

Paul Gingras, in his capacity of trustee in bankruptcy of the Quebec Investment Corporation *Appellant*;

and

Les Immeubles Adams Inc. (*Intervenor*) *Appellant*;

and

Jean-Marc Gagnon *Respondent*.

1974: March 22; 1975: March 26.

Present: Martland, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Hypothecs—Vendor's privilege—Giving in payment clause—Creditor standing security in favour of debtor in a later deed involving the hypothecated immovable—Vendor's security not mentioned in second deed—Is intervention equivalent to waiver?—Interpretation of a deed in authentic form is a question of law—Civil Code, art. 1592 and 2081—Code of Civil Procedure, art. 805.

Respondent Gagnon sold an immovable which he had acquired from one Albert Bouchard and which was burdened with a debt in Saül Garneau's favour at the time of the purchase, to A.B. Motel Inc., a company created by Gagnon and in which he held 9,997 of the 10,000 shares. Payment of the balance on the purchase price was guaranteed by hypothec and vendor's privilege in favour of respondent. A.B. Motel Inc. subsequently borrowed \$7,000 from the Quebec Investment Corporation by a deed of obligation which mentioned the charges of Bouchard and Garneau but not Gagnon's security, and which also contained a giving in payment clause. Gagnon appeared with the deed and stood surety to the creditor. A.B. Motel Inc. later made an assignment of its property. The creditor availed itself of the giving in payment clause, and a judgment of the Superior Court declared it to be the owner of the immovable and declared the immovable to be "free and clear from all rights and privileges other than those" of Bouchard and Garneau. The Quebec Investment Corporation itself made an assignment of its property and appellant was appointed trustee in this bankruptcy. In this capacity he sold the immovable to appellant, Les Immeubles Adams Inc. He then submitted a motion to have Gagnon's privilege cancelled pursuant to art. 805 of the *Code of Civil Procedure*, alleging that the hypothec had become

Paul Gingras, ès-qualité de syndic à la faillite de la Corporation de Placements Immobiliers de Québec *Appellant*;

et

Les Immeubles Adams Inc. (*Intervenante*) *Appelante*;

et

Jean-Marc Gagnon *Intimé*.

1974: le 22 mars; 1975: le 26 mars.

Présents: Les juges Martland, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Hypothèques—Privilège de vendeur—Clause de dation en paiement—Le créancier se portant caution en faveur du débiteur dans un acte subséquent visant l'immeuble hypothéqué—Sûreté du vendeur non mentionné au second acte—L'intervention équivaut-elle à renonciation?—L'interprétation d'un acte en forme authentique est une question de droit—Code civil, art. 1592, 2081—Code de procédure civile, art. 805.

L'intimé Gagnon a vendu à A.B. Motel Inc., une compagnie créée par lui et dont il détenait 9,997 des 10,000 actions, un immeuble qu'il avait acquis d'un certain Albert Bouchard et qui était grevé d'une obligation en faveur de Saül Garneau au moment de l'achat. Le paiement du solde du prix de vente a été garanti par hypothèque et privilège de vendeur en faveur de l'intimé. A.B. Motel Inc. a ensuite emprunté \$7,000 de la Corporation de Placements Immobiliers de Québec par un acte d'obligation qui mentionne les charges, de Bouchard et de Garneau mais non la sûreté de Gagnon, et qui contient en outre une clause de dation en paiement. Gagnon a comparu à cet acte et s'est porté caution envers la créancière. A.B. Motel Inc. a ensuite fait cession de ses biens. La créancière s'est prévalu de la clause de dation en paiement et un jugement de la Cour supérieure l'a déclarée propriétaire de l'immeuble et a déclaré l'immeuble « franc et quitte de tous droits et privilèges autres que ceux » de Bouchard et Garneau. La Corporation de Placements Immobiliers de Québec, a elle-même fait cession de ses biens et l'appellant a été nommé syndic à cette faillite. A ce titre, il a vendu l'immeuble à l'appelante, Les Immeubles Adams Inc. Il a ensuite présenté une requête en radiation du privilège de Gagnon en vertu de l'art. 805 du *Code de procédure civile*, alléguant extinction de l'hypothèque parce que « la

extinct because "the succession of events related" in the action "constitutes an express as well as a tacit remission", which makes para. 4 of art. 2081 of the *Civil Code* applicable. This motion was dismissed. On appeal, Les Immeubles Adams Inc. intervened in support of the trustee's contentions, which were dismissed. Hence the appeals to this Court.

Held (Dickson and de Grandpré JJ. dissenting): The appeals should be allowed.

Per Martland, Pigeon and Beetz JJ.: Tacit renunciation results from unequivocal facts which necessarily imply an intention by the creditor to cancel claims on the immovable. Further, the renunciation is strictly interpreted if there is any doubt as to its scope. The fact to be considered is the text of a deed in authentic form. Respondent is not only a witness to the deed. He intervened to stand surety for A.B. Motel Inc. for the performance of all clauses and conditions contained in the deed. In the deed the immovable is declared "free from any hypothec or incumbrance whatever", except for the three debts which do not include that of respondent. Secondly, a giving in payment clause is included in the deed. Article 1592 of the *Civil Code* provides that the giving of a thing in payment is equivalent to a sale of it. If giving in payment is equivalent to a sale, the giving in payment clause can be likened to a conditional promise of sale. By his intervention respondent, in addition to standing surety for the principal debt, also approved the conditional promise of sale, and even guaranteed its performance, that is to say that in the event of default by the borrower, the immovable would be transferred to the lender free from any hypothec or incumbrance whatever except for the debts described in the deed, which did not include his own. He also gave the borrower a guarantee against eviction, including eviction which might result from enforcement of his own security. By implication, respondent's intervention entailed at least a conditional undertaking to waive the security held on the immovable. When the condition was fulfilled, that is, by the default of the borrower and the election of the lender to avail itself of the giving in payment clause, the waiver took effect.

Per Dickson and de Grandpré JJ., *dissenting*: An express waiver of a hypothec must be contained in a document which in and of itself indicates the decision of the hypothecary creditor to waive the special protection he enjoys. The mere fact that the lower courts did not see in the deed in question a clear waiver of this hypothecary protection by the creditor establishes beyond any doubt that this cannot be an express waiver. If it exists, therefore, the waiver alleged by appellants may only be tacit. As such (a) it is primarily a question

succession des faits relatés» dans la procédure «constitue une remise tant expresse que tacite» qui entraîne la mise en œuvre de l'al. 4 de l'art. 2081 du *Code civil*. Cette requête a été rejetée. En appel, Les Immeubles Adams Inc. est intervenue pour soutenir les conclusions du syndic qui ont été rejetées. D'où les pourvois à cette Cour.

Arrêt (les juges Dickson et de Grandpré, dissidents): Les pourvois doivent être accueillis.

Les juges Martland, Pigeon et Beetz: La renonciation tacite s'induit de faits non équivoques qui impliquent nécessairement la volonté du créancier de libérer l'immeuble. Par ailleurs, la renonciation s'interprète dans un sens étroit s'il y a doute sur son étendue. Le fait qu'il faut apprécier est le texte d'un acte en forme authentique. L'intimé n'est pas un simple témoin à l'acte. Il est intervenu pour se porter caution de A.B. Motel Inc. de l'accomplissement de toutes les clauses et conditions mentionnées à l'acte. Dans l'acte l'immeuble est déclaré «libre de toute hypothèque ou charge quelconques» sauf les trois obligations qui ne comprennent pas celle de l'intimé. D'autre part une clause de dation en paiement est prévue à l'acte. L'article 1592 du *Code civil* porte que la dation d'une chose en paiement équivaut à vente. Si la dation en paiement équivaut à vente, la clause de dation en paiement peut être assimilée à une promesse conditionnelle de vente. Par son intervention, l'intimé en plus de se porter garant de la dette principale, a consenti aussi à la promesse conditionnelle de vente et en a garanti l'exécution, c'est-à-dire, qu'en cas de défaut de l'emprunteuse, l'immeuble serait transféré à la prêteuse libre de toute hypothèque ou charge quelconque sauf les charges décrites à l'acte et qui ne comprennent pas la sienne. Il a aussi donné à l'emprunteuse une garantie contre l'éviction, y compris celle pouvant résulter de l'exécution de sa propre sûreté. Implicitement l'intervention de l'intimé comporte au moins un engagement conditionnel à renoncer à la sûreté détenue sur l'immeuble. La condition s'étant réalisée, i.e. le défaut de l'emprunteuse et le choix de la prêteuse de se prévaloir de la clause de dation en paiement, la renonciation a pris effet.

Les juges Dickson et de Grandpré, *dissidents*: Une renonciation expresse à une hypothèque doit vraiment se retrouver dans un texte qui par lui-même fait état de cette décision de créancier hypothécaire de renoncer à la protection spéciale qu'est la sienne. Le simple fait que les cours d'instance inférieure ne voient pas dans l'acte en question l'abandon clair par le créancier de cette protection hypothécaire démontre à l'évidence qu'il ne peut s'agir d'une renonciation expresse. La renonciation alléguée par les appelants, si elle existe, ne peut être que

of fact; (b) it must be clearly apparent from the proven facts; (c) it places a very heavy onus on the party making the allegation. The deed relied on by appellants must not be given a rigid construction divorced from reality. If respondent had intended to make the remission of hypothec but retain his debt as an ordinary debt, he would have included the amount of the hypothec in his proofs of claims to the trustee. However, he did not do this, as his proofs of claims related to other expenses and advances made by him on behalf of A.B. Motel Inc.

[*Belle-Isle Lumber v. Craft Finance Corp.*, [1966] Que. Q.B. 135, aff. [1966] S.C.R. 661, distinguished; *London Life Insurance Co. v. Benoit* (1939), 66 Que. Q.B. 483; *Plouffe et Cie Ltée v. Aubin* (1931), 50 Que. Q.B. 280, referred to.]

APPEALS from a decision of the Court of Appeal of the Province of Quebec¹, affirming a judgment of the Superior Court. Appeals allowed, Dickson and de Grandpré JJ. dissenting.

P. Jolin, for the appellant Gingras.

R. Truchon, for the appellant Les Immeubles Adams Inc.

J. R. Laffoley, for the respondent.

The judgment of Martland, Pigeon and Beetz was delivered by

BEETZ J.—The Court has to decide whether respondent Gagnon waived a vendor's privilege in his favour on an immovable purchased by Les Immeubles Adams Inc. from appellant Gingras, the trustee in bankruptcy of Quebec Investment Corporation. The trustee is seeking to have the registration of this privilege cancelled pursuant to art. 805 C.C.P. The Superior Court of Quebec dismissed the motion by the trustee, who appealed. After the appeal was entered Les Immeubles Adams Inc. intervened in support of the trustee's contentions. By a majority decision the Court of Appeal upheld the judgment of the Superior Court. Appellants now appeal against the decision of the Court of Appeal.

¹ [1972] C.A. 306.

tacite. Comme telle a) elle est d'abord et avant tout une question de faits; b) elle doit ressortir clairement des faits prouvés; c) elle impose à celui qui l'allègue un fardeau très lourd. L'acte invoqué par les appelants ne doit pas recevoir une interprétation rigide et coupée de la réalité. Si l'intimé avait eu l'intention de faire remise de l'hypothèque mais de conserver sa créance comme créance ordinaire, il aurait inclus le montant de l'hypothèque dans ses preuves de réclamation au syndic. Or, il n'en a rien fait, ses preuves de réclamation portant sur d'autres déboursés et avances faits par lui pour le compte de A.B. Motel Inc.

[Distinction faite avec l'arrêt: *Belle-Isle Lumber c. Craft Finance Corp.*, [1966] B.R. 135, conf. [1966] R.C.S. 661; arrêts mentionnés: *London Life Insurance Co. c. Benoit* (1939), 66 B.R. 483; *Plouffe et Cie Ltée c. Aubin* (1931), 50 B.R. 280.]

POURVOIS à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la province de Québec¹, confirmant un jugement de la Cour supérieure. Pourvois accueillis, les juges Dickson et de Grandpré étant dissidents.

P. Jolin, pour l'appellant Gingras.

R. Truchon, pour l'appelante Les Immeubles Adams Inc.

J. R. Laffoley, pour l'intimé.

Le jugement des juges Martland, Pigeon et Beetz a été rendu par

LE JUGE BEETZ—Il s'agit de décider si l'intimé Gagnon a renoncé au privilège de vendeur qui grevait en sa faveur un immeuble acquis par Les Immeubles Adams Inc. de l'appellant Gingras, syndic à la faillite de la Corporation de Placements Immobiliers de Québec. Le syndic demande la radiation de ce privilège en vertu de l'art. 805 C.p.c. La Cour Supérieure du Québec a rejeté la requête du syndic qui a interjeté appel. Après l'inscription en appel, Les Immeubles Adams Inc. est intervenue pour soutenir les conclusions du syndic. Par une décision majoritaire, la Cour d'appel a confirmé le jugement de la Cour supérieure. Les appelants se pourvoient maintenant contre l'arrêt de la Cour d'Appel.

¹ [1972] C.A. 306.

On June 22, 1961 respondent Gagnon sold an immovable to A.B. Motel Inc.; payment of a sum of \$30,000, the balance on the purchase price, was guaranteed as follows:

[TRANSLATION] To guarantee payment of the aforesaid balance on the purchase price, and interest, the aforementioned immovable sold hereby shall remain specially hypothecated in favour of the vendor by a vendor's privilege.

—This clause speaks of both a hypothec and a privilege; I am inclined to think that the intention was merely to emphasize the existence of a vendor's privilege, rather than to create a special hypothec, but this does not affect the outcome of the litigation.—

On June 18, 1963 A.B. Motel Inc. borrowed \$7,000 from Quebec Investment Corporation, and to guarantee repayment it hypothecated the immovable previously purchased from Gagnon. The following statement by the borrower was included in the deed of obligation:

Statement of debtor

The debtor makes the following statement, which is essential to this loan, to wit:

That it has good and valid title to the property, free from any hypothec or incumbrance whatever;

Apart from the debts stated:

There then follows a description of three charges on the property in favour of Saül Garneau, Albert Bouchard and Quebec Investment Corporation respectively. The deed makes no mention of Gagnon's security. The deed further contains a giving in payment clause:

[TRANSLATION] In the event of failure by the debtor to perform any of its obligations under this deed, for a period of ninety days, or if the said property is seized in execution of a judgment, the creditor shall, on giving notice to the debtor or to the registered owner or owners that, in accordance with then provisions of this clause, the creditor exercises the privilege of becoming owner of the property, then become absolute owner *ipso facto* of the said property, free and clear from all rights, hypothecs, privileges and incumbrances made subject to hypothecs in favour of the creditor, with retroactive effect to the date of these presents, the whole in full settlement of all amounts owed under this deed, and

Le 22 juin 1961, l'intimé Gagnon vend un immeuble à A.B. Motel Inc.; le paiement de la somme de \$30,000, un solde du prix de vente, est garanti comme suit:

«Pour garantir le paiement de la susdite balance de prix de vente et intérêt l'immeuble ci-dessus décrit et présentement vendu demeurera spécialement hypothéqué en faveur du vendeur par privilège de vendeur.»

—Cette clause parle à la fois d'hypothèque et de privilège; j'incline à penser que l'on a voulu tout simplement souligner l'existence du privilège de vendeur plutôt que créer une hypothèque spéciale, mais cela est indifférent au sort du litige.—

Le 18 juin 1963, A.B. Motel Inc. emprunte \$7,000 de La Corporation de Placements Immobiliers de Québec et, pour en garantir le remboursement elle hypothèque l'immeuble précédemment acquis de Gagnon. A l'acte d'obligation figure la déclaration suivante de l'emprunteur:

«Déclaration du débiteur

Le débiteur fait la déclaration suivante qui est essentielle à ce prêt, savoir:-

Que la propriété lui appartient suivant titres bons et valables et libre de toute hypothèque ou charge quelconques.

Sauf les obligations ci-après mentionnées:»

Suit la description de trois charges grevant l'immeuble en faveur respectivement de Saül Garneau, d'Albert Bouchard et de La Corporation de Placements Immobiliers de Québec. L'acte ne mentionne aucunement la sûreté de Gagnon. L'acte contient en outre une clause de dation en paiement:

«Si le débiteur manque de remplir l'une quelconque de ses obligations sous le régime du présent acte, pour une période de quatre-vingt-dix jours, ou si ladite propriété est saisie en exécution d'un jugement, la créancière, sur avis au débiteur ou au propriétaire ou aux co-propriétaires enregistrés à l'effet que la créancière invoque sous le régime des dispositions de la présente clause le privilège de devenir la propriétaire de la propriété, deviendra alors ipso facto le propriétaire absolu de ladite propriété exempte et libre de tous droits, hypothèques, privilèges et charges subordonnés aux hypothèques en faveur de la créancière avec effet rétroactif jusqu'à la date des présentes, le tout en acquittement complet de toutes les

with no entitlement to indemnity or compensation on any grounds whatever.

Finally, the deed mentions a twofold intervention:

The following have also appeared herewith:

[TRANSLATION] Messrs. Jean Joseph Fortin of Quebec City, industrialist, and Jean-Marc Gagnon, of St-Félicien, Lac St-Jean, industrialist;

The aforesaid persons, to whom these presents have been read, do hereby jointly and severally stand surety to the creditor for the repayment of the aforesaid amount of seven thousand dollars (\$7,000), and interest on the same, and for the performance of all clauses and conditions contained in this deed.

The intervenors further state that they renounce the benefit of division and discussion.

On October 26, 1966 A.B. Motel Inc. made an assignment of its property. Appellant Gingras was appointed trustee in bankruptcy. As A.B. Motel Inc. had defaulted on its debts the creditor, Quebec Investment Corporation availed itself of the giving in payment clause cited above; a judgment of the Superior Court dated March 17, 1967 declared it to be owner of the immovable, and declared the immovable to be "free and clear from all rights and privileges other than those" of Saül Garneau and Albert Bouchard.

On July 19, 1967 Quebec Investment Corporation itself made an assignment of its property and appellant Gingras was also appointed trustee in bankruptcy. On September 7, 1967, Gingras, in his capacity of trustee in bankruptcy of Quebec Investment Corporation, sold the immovable to appellant Les Immeubles Adams Inc. He then submitted the motion to cancel which is the subject of this appeal.

Initially, appellant Gingras alleged that Gagnon had given a general release to A.B. Motel Inc. by accepting 9,000 ordinary shares of that company in payment; the trial judge, basing himself on the preponderance of evidence, correctly dismissed that argument, to which no reference is made in the reasons of the judges of the Court of Appeal. Appellants have not pressed the point in this Court; they have emphasized that Gagnon was a shareholder of A.B. Motel Inc. at the time of his

sommes dues sous le régime du présent acte et sans aucune indemnité ou compensation pour quelque raison que ce soit.»

Finalemment l'acte mentionne une double intervention:

«Aux présentes sont aussi comparus:

MM. Jean Joseph Fortin de la cité de Québec, industriel et Jean-Marc Gagnon, de St-Félicien, Lac St-Jean, industriel,

Lesquels comparants, après avoir eu lecture des présentes déclarent se porter caution conjointe et solidaire envers la créancière pour le remboursement de la susdite somme de sept mille dollars (\$7,000.00) et des intérêts sur icelle, et l'accomplissement de toutes les clauses et conditions mentionnées au présent acte.

Les intervenants déclarent de plus renoncer au bénéfice de division et de discussion».

Le 26 octobre 1966, A.B. Motel Inc. fait cession de ses biens. L'appellant Gingras est nommé syndic à la faillite. A.B. Motel Inc. ayant fait défaut d'accomplir ses obligations, la créancière La Corporation de Placements Immobiliers de Québec se prévaut de la clause de dation en paiement citée plus haut; un jugement de la Cour Supérieure daté du 17 mars 1967, la déclare propriétaire de l'immeuble et déclare l'immeuble «franc et quitte de tous droits et privilèges autres que ceux» de Saül Garneau et d'Albert Bouchard.

Le 19 juillet 1967, La Corporation de Placements Immobiliers de Québec fait elle-même cession de ses biens et l'appellant Gingras est également nommé syndic à cette faillite. Le 7 septembre 1967, Gingras, ès-qualité de syndic à la faillite de la Corporation de Placements Immobiliers de Québec, vend l'immeuble à l'appelante, Les Immeubles Adams Inc. Il présente ensuite la requête en radiation qui est l'objet de ce pourvoi.

L'appellant Gingras avait d'abord allégué que Gagnon avait donné une quittance générale à A.B. Motel Inc. en acceptant en paiement 9,000 actions ordinaires de cette compagnie; le juge du procès, s'appuyant sur la prépondérance de la preuve, a rejeté avec raison cet argument dont il n'est pas question dans les opinions des juges de la Cour d'appel; les appelants n'ont pas insisté sur ce point devant nous; ils ont souligné que Gagnon était actionnaire de A.B. Motel Inc. au moment de son

intervention in the deed of June 18, 1963, but the evidence is not clear on this point.

Appellant Gingras further contends that Gagnon renounced his privilege by his intervention in the deed on June 18, 1963. He argues that the renunciation was re-affirmed by the fact that Gagnon, having been appointed inspector in the bankruptcy of A.B. Motel Inc., and being present at meetings where the hypothecs of Saül Garneau and Albert Bouchard were discussed, never mentioned his own privilege and submitted no claim to the trustee.

The Superior Court found there had been no renunciation, explaining the actions of Gagnon by his lack of business know-how, rather than his intention to renounce his security. In the Court of Appeal the majority upheld the Superior Court, and saw Gagnon's intervention as indicating only an intention to stand surety for A.B. Motel Inc. at the lender's request, but not on intention to renounce his security; the Chief Justice of Quebec, dissenting, based himself on art. 2048 C.C. and concluded that by intervening in the deed Gagnon must be deemed to have ceded his preference to Quebec Investment Corporation, and further that the wording of the surety demonstrated the intention of Gagnon to renounce his security.

Paragraph 4 of art. 2081 C.C. provides that "Privileges and hypothecs become extinct: . . . By the express or tacit remission of the privilege or hypothec". This provision is taken from Pothier, who writes [TRANSLATION] "A hypothec becomes extinct by the express or tacit remission of his hypothec right by the creditor": *Traité de l'hypothèque*, No. 192. The *Civil Code* of Quebec is more explicit on this point than the *Code Napoléon*—art. 2180—which makes no mention of tacit remission, although the latter is accepted in French law. Tacit renunciation results from unequivocal facts which necessarily imply an intention by the creditor to cancel claims on the immovable. Further, the renunciation is strictly interpreted if there is any doubt as to its scope. Learned writers indicate, *inter alia*, that the renunciation must be limited to the right to claim the surrender of the property from third parties, when it is not clearly apparent from the terms of

intervention à l'acte du 18 juin 1963 mais la preuve n'est pas claire à ce sujet.

L'appelant Gingras plaide également que Gagnon a renoncé à son privilège par son intervention à l'acte du 18 juin 1963. Cette renonciation serait confirmée par le fait que Gagnon, nommé inspecteur à la faillite de A.B. Motel Inc. et ayant assisté à des réunions où il était question des hypothèques de Saül Garneau et d'Albert Bouchard, n'a nullement fait état de son propre privilège et n'a adressé aucune réclamation au syndic.

La Cour supérieure conclut à l'absence de renonciation, expliquant la conduite de Gagnon par son ignorance des affaires plutôt que par son intention de renoncer à sa sûreté. En Cour d'appel, la majorité confirme la Cour supérieure et voit dans l'intervention de Gagnon uniquement la volonté de se porter caution de A.B. Motel Inc. à la demande de la prêteuse mais non pas celle de renoncer à sa garantie; le Juge en chef du Québec, dissident, se fondant sur l'art. 2048 C.c., considère qu'en intervenant à l'acte, Gagnon est censé avoir cédé la préférence à La Corporation de Placements Immobiliers de Québec et que de plus, le libellé du cautionnement manifeste la volonté de Gagnon de renoncer à sa sûreté.

L'alinéa 4 de l'art. 2081 C.c., prescrit que «Les privilèges et hypothèques s'éteignent: . . . Par la remise expresse ou tacite du privilège ou de l'hypothèque». Ce texte est tiré de Pothier qui écrit: «L'hypothèque s'éteint par la remise expresse ou tacite que fait le créancier de son droit d'hypothèque.»—*Traité de l'hypothèque*, n° 192—. Le *Code civil* du Québec est plus explicite sur ce point que le *Code Napoléon*—art. 2180—lequel ne mentionne pas la remise tacite encore que celle-ci soit admise en droit français. La renonciation tacite s'induit de faits non équivoques qui impliquent nécessairement la volonté du créancier de libérer l'immeuble. Par ailleurs, la renonciation s'interprète dans un sens étroit s'il y a doute sur son étendue. Les auteurs enseignent notamment que la renonciation doit être limitée au droit de suite quand il n'appert pas clairement des termes de l'acte que le créancier a entendu renoncer à tous les attributs de l'hypothèque (Laurent, t. XXXI, n°

the deed that the creditor intended to renounce all attributes of the hypothec (Laurent, v. XXXI, No. 375; Martou, *Des privilèges et hypothèques*, IV, No. 1340; Baudry-Lacantinerie and de Loynes, v. 26, No. 2262). They generally agree in stating that there is a tacit renunciation of the security where the creditor intervenes in or consents to the sale of the immovable hypothecated to him, provided there is no other explanation of his presence or consent to the deed. (*J. Cl. Civil*, art. 2180, "Hypothèques": Sec. Z, pp. 60-61; Aubry and Rau, v. III, 292, p. 663; Troplong, *Privilèges et hypothèques*, v. IV, No. 871; Baudry-Lacantinerie and de Loynes, v. 26, No. 2262; Planiol and Ripert, v. XIII, no 1323.)

Pothier also considers there is tacit remission

[TRANSLATION] where the creditor has allowed the debtor to subject the thing hypothecated to a further hypothec: since, as the debtor had no need of the consent of the first creditor to create in favour of a second creditor a hypothec which would in any case be subordinated to the first hypothec, the consent of the first creditor can hardly be regarded as given and required for any other purpose than to remit his hypothec.

In the latter case, however, the intent of the parties may be considered and the circumstances weighed to determine whether the earlier creditor, in consenting to have the thing which was hypothecated to him subjected to a further hypothec, intended absolutely to remit his hypothec right, or merely to give up his rank to the new creditor, without however remitting his hypothec.

Ordinarily, however, the presumption is that a creditor who has consented to a further hypothec has remitted his own: . . .

In order that the consent which the creditor gives to alienation or to a further hypothecation of the thing hypothecated, entail a tacit remission of his hypothec right, that consent must be formally given.

Op. cit. Nos. 195 and 196.

Troplong maintains that a creditor who signs a deed whereby a debtor hypothecates the immovable to another party, and declares that it is free and clear, is deemed to renounce his hypothec (*Privilèges et hypothèques*, v. IV, No. 871).

Pothier is more explicit: regarding a deed of purchase or obligation containing a clause that *the*

375; Martou, *Des privilèges et hypothèques*, IV, n° 1340; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 26, n° 2262). Ils s'entendent généralement pour affirmer qu'il y a renonciation tacite à la sûreté lorsque le créancier assiste ou consent à la vente de l'immeuble grevé en sa faveur pourvu que sa présence ou son consentement à l'acte ne puisse s'expliquer autrement. (*J. Cl. Civil*: art. 2180, *Hypothèques*: Fasc. Z. pp. 60-61; Aubry et Rau, t. III, 292, p. 663; Troplong, *Privilèges et hypothèques*, t. IV, n° 871; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 26, n° 2262; Planiol et Ripert, t. XIII, n° 1323.)

Pothier est également d'avis qu'il y a remise tacite

«lorsque le créancier a consenti que le débiteur obligé à un nouveau créancier la chose hypothéquée; car le débiteur n'ayant pas besoin du consentement du premier créancier pour constituer à un nouveau une hypothèque qui n'aurait lieu qu'après la première, le consentement du premier créancier ne peut guère paraître donné et requis à d'autre fin que pour remettre son hypothèque.

On pourrait néanmoins, en ce dernier cas, rechercher l'intention des parties, et examiner, par les circonstances, si l'intention de l'ancien créancier en consentant qu'on obligé au nouveau la chose qui lui était hypothéquée, a été de remettre absolument son droit d'hypothèque, ou seulement de céder son rang au nouveau créancier, sans néanmoins remettre son hypothèque.

Mais régulièrement la présomption est que le créancier qui a consenti à la nouvelle hypothèque, a remis la sienne: . . .

Pour que le consentement que le créancier donne à l'aliénation ou à une nouvelle obligation de la chose qui lui est hypothéquée, renferme une remise tacite de son droit d'hypothèque, il faut que ce consentement soit formel».

Op. Cit. n° 195 et 196.

Troplong maintient que le créancier qui signe un acte par lequel le débiteur hypothèque l'immeuble à une autre personne, et le déclare franc et quitte est censé renoncer à son hypothèque (*Privilèges et hypothèques*, t. IV, n° 871).

Pothier est plus explicite: au sujet d'un acte d'acquisition ou d'obligation portant la clause que

land is free of hypothec, subscribed to by a creditor as a witness only, he considers that the creditor must be held to have absolutely waived his hypothec; and he adds:

[TRANSLATION] If there is any doubt that the creditor must be assumed to have absolutely waived his hypothec by subscribing to the deed containing this clause, there is at any rate no question that he cannot rely on it as against the buyer to whom the land has been sold, or against the other creditor to whom it was hypothecated by this deed; since, while he may not have intended to waive his hypothec, he cannot avoid the consequences of having, by his dissimulation, acted together with the debtor to mislead the aforesaid purchaser or the other creditor; for this reason they may raise against him the exception of fraud.

The signature of a creditor on a deed which states that a certain land of his debtor *is not subject to any hypothec* may, however, have no prejudicial effect on his hypothec right; that is, where there are grounds for presuming that he appended his signature without the deed having been read; as e.g. where he has signed a contract of marriage *honoris causa*, solely in the capacity of a relative or friend.

Op. cit., No. 197. (Emphasis is mine.)

Of course, it must be kept in mind that registration did not exist in Pothier's days, but on the other hand, in principle, the law of registration does not have the effect of making a particular type of waiver valid under the earlier law invalid at the present day.

As a general rule the question of whether the actions of a creditor demonstrate his intention to waive his security is a question of fact which is best decided by the judges of fact (Planiol and Ripert, v. 13, No. 1323). And this is precisely one of the principal arguments relied on by respondent Gagnon. He contends that this Court should not intervene because, he says, it is a question of fact on which the Superior Court and Court of Appeal were in agreement, holding that there had been no waiver on his part.

However, the "fact" to be considered in the case at bar is actually the text of a deed in authentic form. This text must be interpreted, its meaning and effects determined, and this is a question of law. Where an individual intervenes in a deed in order to assume obligations, his intent must not be

l'héritage est franc d'hypothèque et auquel un créancier aurait souscrit *comme simple témoin*, il tient qu'il y a lieu de penser que ce créancier a renoncé absolument à son hypothèque; il ajoute:

«Si on doutait que le créancier dût être présumé avoir absolument remis son hypothèque en souscrivant à l'acte où était cette clause, au moins il n'est pas douteux qu'il ne pourrait l'exercer contre l'acquéreur à qui l'héritage aurait été vendu, ou contre le nouveau créancier à qui il aurait été hypothéqué par cet acte; car, s'il n'a pas voulu remettre son hypothèque, il ne peut se disculper d'avoir, par sa dissimulation, concouru, avec le débiteur, à tromper cet acquéreur ou ce nouveau créancier, c'est pourquoi ils auront contre lui l'exception de dol.

La signature du créancier à un acte qui énonce qu'un certain héritage de son débiteur *n'est chargé d'aucune hypothèque*, peut quelquefois ne préjudicier en aucune manière à son droit d'hypothèque; savoir, lorsqu'il y a lieu de présumer qu'il a pu apposer sa signature sans prendre lecture de l'acte; *putà*, lorsqu'il a signé, *honoris causâ*, à un contrat de mariage, en la seule qualité de parent ou d'ami.

Op. Cit. n° 197. (C'est moi qui souligne).

Sans doute faut-il garder à l'esprit qu'il n'y avait pas d'enregistrement du temps de Pothier mais, d'autre part et en principe, le droit de l'enregistrement ne fait pas qu'une forme particulière de renonciation valable dans l'ancien droit ne le soit plus aujourd'hui.

En règle générale, la question de savoir si la conduite du créancier manifeste son intention de renoncer à sa sûreté est une question de fait que les juges du fait apprécient souverainement (Planiol et Ripert, t. 13, n° 1323). Or c'est précisément là un des arguments principaux qu'invoque l'intimé Gagnon. Il soutient que nous ne devrions pas intervenir puisqu'il s'agirait d'une question de fait sur laquelle la Cour supérieure et la Cour d'appel sont tombées d'accord en concluant à l'absence de renonciation de sa part.

Cependant, le «fait» qu'il faut apprécier en l'occurrence est en réalité le texte d'un acte en forme authentique. Il s'agit d'interpréter ce texte, d'en déterminer la signification et les effets, ce qui est une question de droit. Lorsqu'une personne intervient à un acte pour y contracter des obligations,

judged from his own subjective point of view—except in cases where he can plead mistake, fraud or violence—but first and foremost in accordance with the objective meaning which the text subscribed by him may have for those who are called upon to read it. If the text is clear, expressly or by implication, it is conclusive and there is nothing to be considered by the judges of fact. What is at stake is the security of contract.

To resolve the issue it is necessary, and in my view sufficient, to consider the effect of the intervention by Gagnon in the deed of June 18, 1963, and the nature of the obligations the performance of which he guaranteed. Gagnon was not, as in the example given by Pothier, merely a witness to the deed. The majority on the Court of Appeal held that he intervened in order to stand surety for A.B. Motel Inc. This obvious conclusion emerges not from consideration of the facts, but from a reading of the deed. One must, however, read further, and see what obligations Gagnon was undertaking by the terms of the deed, and what he was standing surety for. He was standing surety for “the performance of all clauses and conditions contained in this deed”. In the deed, as indicated above, the borrower, in the first place, makes a statement “essential to this loan”, to the effect that the immovable is “free from any hypothec or incumbrance whatever”, except for the three debts therein described. No reference is made to Gagnon’s security. Secondly, a giving in payment clause provides that in the event of default by the borrower and of a decision by the creditor to exercise the option, the latter “shall . . . then become absolute owner *ipso facto* of the said property, free and clear from all rights, hypothecs, privileges and charges made subject to hypothecs in favour of the creditor, with retroactive effect.”

Article 1592 C.C. provides that the giving of a thing in payment is equivalent to a sale of it; and sale entails a warranty against eviction. If giving in payment is equivalent to a sale, the giving in payment clause can be likened to a conditional promise of sale. In the case at bar the borrower, A.B. Motel Inc., promised for all practical purposes to sell the immovable in the event that a

ses intentions ne doivent pas être jugées de son point de vue subjectif, sauf les cas où elle peut plaider erreur, dol ou violence, mais d’abord selon le sens objectif que peut avoir, pour tous ceux qui sont appelés à le lire, le texte auquel elle a souscrit. Si le texte est clair, explicitement ou implicitement, il est concluant et ne laisse plus d’objet à l’appréciation des juges du fait. Il y va de la sécurité des transactions.

Pour trancher le litige, il importe et, selon moi, il suffit de considérer l’effet de l’intervention de Gagnon à l’acte du 18 juin 1963 et la nature des obligations dont il garantit l’exécution. Gagnon n’est pas, comme dans l’exemple de Pothier, un simple témoin à l’acte. La majorité de la Cour d’appel tient qu’il est intervenu pour se porter caution de A.B. Motel Inc. Or c’est là une évidence dont la constatation ne découle pas de l’appréciation des faits mais de la lecture de l’acte. On ne peut cependant s’arrêter de lire. Encore faut-il voir à quoi Gagnon s’oblige, d’après les termes de l’acte, et de quoi il se porte caution. Il se porte caution de «l’accomplissement de toutes les clauses et conditions mentionnées au présent acte». Dans l’acte, je le rappelle, l’emprunteuse fait d’une part une déclaration «essentielle à ce prêt», selon laquelle l’immeuble est «libre de toute hypothèque ou charge quelconques» sauf les trois obligations qui y sont décrites. Il n’y est pas fait mention de la sûreté de Gagnon. D’autre part, une clause de dation en paiement prévoit qu’advenant le défaut de l’emprunteuse et la décision de la créancière de se prévaloir de l’option, cette dernière «deviendra alors *ipso facto* le propriétaire absolu de ladite propriété exempte et libre de tous droits, hypothèques, privilèges et charges subordonnées aux hypothèques en faveur de la créancière avec effet rétroactif».

L’article 1592 C.c. porte que la dation d’une chose en paiement équivaut à vente—et la vente comporte la garantie contre l’éviction.—Si la dation en paiement équivaut à vente, la clause de dation en paiement peut être assimilée à une promesse conditionnelle de vente. Dans l’instance, l’emprunteuse A.B. Motel Inc., promet à toutes fins pratiques de vendre l’immeuble advenant la

condition was fulfilled, namely failure by it to perform any of its obligations. By his intervention Gagnon, in addition to standing surety for the principal debt, also approved the conditional promise of sale, and even guaranteed its performance as surety, which is equivalent to saying that he guaranteed that in the event of default by the borrower the immovable would be transferred to the lender free from any hypothec or incumbrance whatever, apart from the three debts described in the deed, which did not include his own. He also gave the borrower a guarantee against eviction, including eviction which might result from enforcement of his own security. How then can he retain the latter once borrower has become owner of the immovable? In the circumstances, I have choice but to conclude that, by implication, this intervention entailed at least a conditional undertaking to waive the security held on the immovable. When the condition was fulfilled—first, by the default of the borrower, and second, by the election of the lender to avail itself of the giving in payment clause—the waiver took effect.

The question raised by this appeal is somewhat analogous to that decided in *London Life Insurance Co. v. Benoit*²; a wife who held a hypothec on the immovable of her husband had approved an express assignment of priority on the hypothec in favour of the plaintiff, and had further stated that she approved all stipulations in the deed in which she intervened; as the deed contained a giving in payment clause in the event of default by the husband, it was held that the wife intended to abide by this, and hence to have approved the possible loss of her hypothec right if her husband did not pay. It was held that such an undertaking was absolutely void in view of the former art. 1301 C.C.

Furthermore, the facts of the case at bar differ from those in *Belle-Isle Lumber v. Craft Finance Corp.*³: the beneficiary of a giving in payment clause was assigned priority of rank by suppliers of materials, but neglected to secure from the latter a

² (1939), 66 Que. Q.B. 483.

³ [1966] Que. Q.B. 135, aff'd [1966] S.C.R. 661.

réalisation de la condition, soit son défaut de remplir l'une quelconque de ses obligations. Par son intervention, Gagnon, en plus de se porter garant de la dette principale, consent aussi à la promesse conditionnelle de vente et en garantit même l'exécution à titre de caution ce qui revient à dire qu'il garantit qu'en cas de défaut de l'emprunteuse l'immeuble serait transféré à la prêteuse libre de toute hypothèque ou charge quelconque sauf les trois charges décrites à l'acte et qui ne comprennent pas la sienne. Il donne également à l'emprunteuse une garantie contre l'éviction y compris l'éviction qui pourrait résulter de l'exécution de sa propre sûreté. Comment peut-il alors conserver celle-ci une fois que l'emprunteuse est devenue propriétaire de l'immeuble? Il me semble impossible dans les circonstances de ne pas en arriver à la conclusion qu'implicitement, cette intervention comporte au moins un engagement conditionnel à renoncer à la sûreté détenue sur l'immeuble. La condition s'étant réalisée—c'est-à-dire d'une part le défaut de l'emprunteuse et d'autre part le choix de la prêteuse de se prévaloir de la clause de dation en paiement—la renonciation a pris effet.

La question soulevée par ce pourvoi n'est pas sans analogie avec celle qui fut réglée dans l'arrêt *London Life Insurance Co. c. Benoit*²: l'épouse qui détenait une hypothèque sur l'immeuble du mari avait consenti à une cession expresse de priorité d'hypothèque en faveur de la demanderesse et avait déclaré en outre consentir à toutes les stipulations de l'acte où elle intervenait; comme l'acte contenait une clause de dation en paiement advenant le défaut du mari, il fut jugé que l'épouse entendait s'y soumettre et de la sorte consentir à perdre éventuellement son droit d'hypothèque si son mari ne payait pas. Il fut décidé qu'un tel engagement était atteint de nullité absolue vu l'ancien art. 1301 C.c.

Par ailleurs les faits de la présente cause sont différents de ceux de *Belle-Isle Lumber c. Craft Finance Corp.*³: le bénéficiaire de la clause de dation en paiement s'était fait céder une simple priorité de rang par des fournisseurs de matériaux

² (1939), 66 B.R. 483.

³ [1966] B.R. 135, conf. [1966] R.C.S. 661.

waiver of their privilege in the event that it exercised its rights under the giving in payment clause; having elected to rely on the giving in payment clause it could not then benefit from priority on the hypothec, which it could have done had it proceeded by an action on the hypothec alone.

As my opinion on this point suffices to dispose of the suit, it does not appear necessary for me to decide whether there was, first, an implied assignment of priority of rank, as a result of Gagnon's consent to the immovable being hypothecated to a third party, and subsequently, extinction of Gagnon's security when the creditor benefiting from the assignment of rank decided to enforce the giving in payment clause: *Plouffe et Cie Ltée v. Aubin*⁴. Finally, it is not necessary to decide whether Gagnon, by standing surety on the deed by which the debtor hypothecated the immovable—which was stated to be free of any incumbrance or hypothec, except for the three debts specifically described—not only implicitly assigned his rank but unconditionally waived his security.

It was noted by the Superior Court and Court of Appeal that a simple title search would have disclosed the existence of Gagnon's security. That is so. However, this in no way alters the only interpretation that can be placed on Gagnon's intervention: had there been a title search and discovery of Gagnon's security, the same language could still have been used to obtain waiver of his security, at least conditionally.

It was also noted by the Court of Appeal that the notary who recorded the deed had stated he did not know whether Gagnon read it before signing it. Nonetheless, the deed contains a statement that "the aforesaid persons, to whom these presents have been read, do hereby jointly and severally stand surety to the creditor", and respondent did not demand improbation.

I would allow the appeals; set aside the judgments of the Court of Appeal and of the Superior Court; grant the motion of appellant Paul Gingras; allow the intervention of appellant Les

⁴(1931), 50 Que. Q.B. 280.

mais il avait négligé d'obtenir de ceux-ci une renonciation à leur privilège dans l'éventualité où il exercerait ses droits sous la clause de dation en paiement; ayant choisi de se prévaloir de la clause de dation en paiement, il ne pouvait plus bénéficier de la priorité d'hypothèque, ce qui lui aurait été possible s'il avait procédé par voie d'action hypothécaire uniquement.

Comme mon opinion sur ce point suffit pour disposer du litige, il ne m'apparaît pas nécessaire de décider s'il y a eu d'abord cession tacite de priorité de rang par suite du consentement de Gagnon à ce que l'immeuble soit hypothéqué en faveur d'un autre et, plus tard, extinction de la sûreté de Gagnon lorsque le créancier bénéficiant de l'intervention de rang décida de se prévaloir de la clause de dation en paiement: *Plouffe et Cie Ltée c. Aubin*⁴. Il n'est pas nécessaire enfin de décider si Gagnon en cautionnant l'acte par lequel le débiteur hypothéquait l'immeuble déclaré libre de toute charge ou hypothèque—sauf les trois charges qui étaient spécifiquement décrites—non seulement cédaït tacitement son rang mais renonçait inconditionnellement à sa sûreté.

On a fait remarquer en Cour supérieure et en Cour d'appel qu'un simple examen des titres eut révélé l'existence de la sûreté de Gagnon. Il est vrai. Mais cela ne change rien au seul sens que l'on peut donner à l'intervention de Gagnon: y aurait-il eu examen des titres et connaissance de la sûreté de Gagnon que l'on aurait encore pu s'exprimer dans les mêmes termes pour le faire renoncer à sa sûreté au moins conditionnellement.

On a aussi noté en Cour d'appel que le notaire qui a reçu l'acte avait déclaré qu'il ignorait si Gagnon l'avait lu avant de le signer. Or l'acte porte la mention que «les comparants, après avoir eu lecture des présentes déclarent se porter caution conjointe et solidaire envers la créancière» et l'intimé ne s'est pas inscrit en faux.

J'accueillerais les pourvois, je casserais le jugement de la Cour d'appel et celui de la Cour supérieure, j'accorderais la requête de l'appellant Paul Gingras, je ferais droit à l'intervention de

⁴(1931), 50 B.R. 280.

Immeubles Adams Inc. in the Court of Appeal; declare to be extinguished the hypothec created in favour of respondent on June 22, 1961, on the immovable described in the motion of appellant Paul Gingras, by a deed bearing No. 10824 of the minutes of Claude Taschereau, notary, and registered at Quebec City on June 29, 1961 as No. 491-721; and order the Registrar of the Quebec City Registry Office to register the present judgment, the whole with costs throughout against respondent.

The judgment of Dickson and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J. (*dissenting*)—In his capacity of trustee in bankruptcy of the Quebec Investment Corporation appellant Gingras, by a motion in accordance with art. 805 C.C.P., is asking that a hypothec for \$30,000, made in favour of respondent on June 22, 1961 and duly registered on the immovable described in the motion, be cancelled. The motion alleges that the hypothec became extinct because “the succession of events related” in the action “constitutes an express as well as a tacit remission”, which makes para. 4 of art. 2081 C.C. applicable. In the Court of Appeal appellant Adams, the purchaser of the immovable, intervened in support of this contention, and I shall refer to the appellants collectively (unless the context requires otherwise).

The Superior Court refused to view the matter as involving anything but a possible implied waiver:

[TRANSLATION] It remains for the Court to consider whether it is true that, as applicant maintains, Jean-Marc Gagnon implicitly waived his hypothecary claim. If that is so, he made his company a present of some \$30,000.

The majority on the Court of Appeal adopted the same approach; and Turgeon J.A., speaking for the majority had this to say:

[TRANSLATION] It is well established that tacit remission or waiver is inferred from certain actions taken by the creditor: those actions must be such as to necessarily imply an intention to waive the hypothec. They must be of an unequivocal nature, so that it is impossible to interpret them as meaning anything but a waiver. It

l'appelante Les Immeubles Adams Inc., en Cour d'appel, je déclarerais éteinte l'hypothèque constituée en faveur de l'intimé le 22 juin 1961 sur l'immeuble décrit dans la requête de l'appellant Paul Gingras par un acte portant le numéro 10824 des minutes du notaire Claude Taschereau enregistré à Québec le 29 juin 1961 sous le numéro 491-721, et j'enjoindrais au Régistrateur du Bureau d'enregistrement de Québec d'enregistrer le présent jugement, le tout avec dépens dans toutes les cours contre l'intimé.

Le jugement des juges Dickson et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ (*dissident*)—En sa qualité de syndic à la faillite de Quebec Investment Corporation, l'appellant Gingras, par requête aux termes de l'art. 805 C.p., demande la radiation d'une hypothèque de \$30,000 constituée en faveur de l'intimé le 22 juin 1961 et dûment enregistrée sur l'immeuble décrit dans la requête. Celle-ci allègue extinction de l'hypothèque parce que «la succession des faits relatés» dans la procédure «constitue une remise tant expresse que tacite» qui entraîne la mise en œuvre de l'al. 4 de l'art. 2081 C.c. En Cour d'appel, l'appellant Adams, acquéreur de l'immeuble, est intervenu pour supporter cette conclusion et je référerai aux appelants collectivement (sauf si le contexte exige une autre lecture).

La Cour supérieure a refusé de voir en la matière autre chose que la possibilité d'une renonciation implicite:

Il reste à savoir s'il est vrai, comme le soutient le requérant, que Jean-Marc Gagnon a renoncé implicitement à sa créance hypothécaire. Si tel était le cas, il aurait fait à sa compagnie un cadeau de l'ordre de \$30,000.00

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont adopté la même démarche et par la voix de M. le juge Turgeon, ont affirmé:

L'on sait que la remise ou renonciation tacite s'induit de certains actes posés par le créancier: Ces actes doivent être de nature à impliquer nécessairement la volonté de renoncer à l'hypothèque. Ils doivent présenter un caractère non équivoque de façon qu'il soit impossible de les interpréter dans un autre sens que celui d'une renoncia-

should be observed that waiver is not presumed, and that it must be given a narrow interpretation.

The Court accordingly has before it concurrent findings of the Quebec courts that the remission, if there was one, was tacit and not express. If that really is the case, the question is primarily one of fact. These concurrent findings carry great weight.

In their factum appellants appear to recognize the obstacle presented by the concurrent findings of the Superior Court and the Court of Appeal, as they state:

[TRANSLATION] In the case at bar we feel the remission was express, by reason of the deed signed by respondent, and this deed was confirmed by a situation of fact in which respondent reaffirmed his intention to waive his hypothecary right.

Appellants see this express waiver as contained in the wording of a deed of obligation concluded on June 18, 1963; in his dissenting opinion the Chief Justice of Quebec outlines the main points of this deed, and the clauses of particular relevance, in the following terms:

[TRANSLATION] By deed of obligation concluded on June 18, 1963 A.B. Motel Inc. acknowledged that it owed the Quebec Investment Corporation the sum of \$7,000 on a loan, and to guarantee repayment of this amount it hypothecated the immovable it had purchased from Gagnon. In this deed A.B. Motel Inc. stated that "it had good and valid title to the property, free of any hypothec or incumbrance whatever", apart from a debt in the amount of \$30,000 to Saül Garneau, a sale price balance of \$95,000 owed to Albert Bouchard and a debt in the amount of \$15,000 to the Quebec Investment Corporation. The deed contained the following clause:

In the event of failure by the debtor to perform any of its obligations under this deed, for a period of ninety days, or if the said property is seized in execution of a judgment, the creditor shall, on giving notice to the debtor or to the registered owner or owners that, in accordance with the provisions of this clause, the creditor exercises the privilege of becoming owner of the property, then become absolute owner *ipso facto* of the said property, free and clear of all rights, hypothecs, privileges and charges made subject to hypothecs in favour of the creditor, with retroactive effect to the date of these presents, the whole in full

tion. Il faut rappeler que la renonciation ne se présume pas et qu'elle doit être interprétée d'une façon étroite.

Nous sommes donc devant des conclusions concordantes des tribunaux du Québec que la remise, si elle existe, est tacite, et non expresse. Si telle est vraiment la situation, la question est d'abord et avant tout une question de faits. Ces conclusions concordantes ont un poids très lourd.

Les appelants semblent reconnaître dans leur mémoire l'obstacle que créent ces conclusions concordantes de la Cour supérieure et de la Cour d'appel puisqu'ils affirment:

Dans le cas qui nous occupe, nous croyons que la remise fut expresse, en raison de l'acte signé par l'intimé, acte qui fut confirmé par une situation de faits par lesquels l'intimé a confirmé l'intention qu'il avait de renoncer à son droit hypothécaire.

Cette renonciation expresse, les appelants la voient dans le texte d'un acte d'obligation passé le 18 juin 1963 dont le Juge en chef du Québec, dans son opinion dissidente, rappelle les grandes lignes et les clauses particulièrement pertinentes dans les termes suivants:

Par acte d'obligation passé le 18 juin 1963, A.B. Motel Inc. reconnaît devoir à la Corporation de Placements Immobiliers de Québec la somme de \$7,000.00 à titre de prêt et, pour garantir le remboursement de cette somme, elle hypothèque l'immeuble qu'elle avait acquis de Gagnon. A cet acte, A.B. Motel Inc. déclare «que la propriété lui appartient suivant titres bons et valables et libre de toute hypothèque ou charge quelconques» sauf une obligation, au montant de \$30,000.00, en faveur de Saül Garneau, un solde de prix de vente, au montant de \$95,000.00, en faveur de Albert Bouchard et une obligation au montant de \$15,000.00 en faveur de La Corporation de Placements Immobiliers de Québec. Cet acte contient la clause suivante:

Si le débiteur manque de remplir l'une quelconque de ses obligations sous le régime du présent acte, pour une période de quatre-vingt-dix jours, ou si ladite propriété est saisie en exécution d'un jugement, la créancière, sur avis au débiteur ou au propriétaire ou aux co-propriétaires enregistrés à l'effet que la créancière invoque sous le régime des dispositions de la présente clause le privilège de devenir le propriétaire de la propriété, deviendra alors *ipso facto* le propriétaire absolu de ladite propriété exempte et libre de tous droits, hypothèques, privilèges et charges subordonnés aux hypothèques, privilèges et charges subor-

settlement of all amounts owed under this deed, and with no entitlement to indemnity or compensation on any grounds whatever.

The intervention appearing at the end of the deed is as follows:

[TRANSLATION] THE FOLLOWING HAVE ALSO APPEARED TO THESE PRESENTS:

Messrs. JEAN JOSEPH FORTIN of Quebec City, industrialist, and JEAN-MARC GAGNON, of St-Félicien, Lac St-Jean, industrialist;

THE AFORESAID persons, to whom these presents have been read, do hereby jointly and severally stand surety to the creditor for the repayment of the aforesaid amount of seven thousand dollars (\$7,000), and interest on the same, and for the performance of all clauses and conditions contained in this deed.

The intervenors further state they waive the benefit of division and discussion.

Appellants submit that this intervention by respondent in a deed in which his mortgage of \$30,000 is not mentioned, and in which he stands surety for the obligations of A.B. Motel Inc., including the *dation en paiement* clause, constitutes an express waiver by him of the hypothecary protection afforded him by the deed of June 22, 1961. I cannot agree with that argument. In truth, an express waiver of a hypothec must be contained in a document which in and of itself indicates the decision of the hypothecary creditor to waive the special protection he enjoys. The mere fact that a judge of the Superior Court and two of the three judges of the Court of Appeal did not see in the deed of June 18, 1963, a clear waiver of this hypothecary protection by the creditor establishes beyond any doubt that this cannot be an express waiver.

In support of the foregoing we need only refer to the definition of "express" (express) in the *Dictionnaire encyclopédique Quillet*, (1962):

[TRANSLATION] Stated in such a clear and precise manner that no doubt is possible;

and cite the following paragraph from Mignault, *Le droit civil canadien*, vol. 9, p. 182:

donnés aux hypothèques en faveur de la créancière avec effet rétroactif jusqu'à la date des présentes, le tout en acquittement complet de toutes les sommes dues sous le régime du présent acte et sans aucune indemnité ou compensation pour quelque raison que ce soit.

Voici maintenant l'intervention apparaissant à la fin de l'acte:

AUX PRÉSENTES SONT AUSSI COMPARUS:

MM. JEAN JOSEPH FORTIN de la cité de Québec, industriel et JEAN-MARC GAGNON, de St-Félicien, Lac St-Jean, industriel,

LESQUELS comparant, après avoir eu lecture des présentes déclarent se porter caution conjointe et solidaire envers la créancière pour le remboursement de la susdite somme de sept mille dollars (\$7,000.00) et des intérêts sur icelle, et l'accomplissement de toutes les clauses et conditions mentionnées au présent acte.

Lea intervenants déclarent de plus renoncer au bénéfice de division et de discussion.

Les appelants soumettent que cette intervention de l'intimé dans un acte où n'est pas mentionnée son hypothèque de \$30,000 et où il se porte caution des engagements de A.B. Motel Inc., y compris la clause de *dation en paiement*, constitue de sa part une renonciation expresse à la protection hypothécaire que lui accordait l'acte du 22 juin 1961. Je ne puis accepter cette prétention. Une renonciation expresse à une hypothèque doit vraiment se retrouver dans un texte qui par lui-même fait état de cette décision du créancier hypothécaire de renoncer à la protection spéciale qui est la sienne. Le simple fait que le juge de la Cour supérieure et deux des trois juges de la Cour d'appel ne voient pas dans l'acte du 18 juin 1963 l'abandon clair par le créancier de cette protection hypothécaire démontre à l'évidence qu'il ne peut s'agir d'une renonciation expresse.

Au soutien de ce qui précède, il suffit de rappeler la définition de «*express*» dans le *Dictionnaire encyclopédique Quillet*, (1962):

Qui est énoncé d'une manière tellement précise et formelle qu'aucun doute n'est possible

et de citer le paragraphe suivant tiré de Mignault, *Le droit civil canadien*, tome 9, p. 182:

[TRANSLATION] Our article provides that the remission can be express or tacit, and in so doing it accords with general principles. There is no difficulty with regard to express remission, as it is only a matter of giving effect to the intent expressed by the creditor. However, it should be noted that a hypothecary creditor may waive his rank, that is yield priority on the hypothec to another hypothecary creditor, without losing his hypothec, the effectiveness of which only is impaired by his waiver. If it is alleged there was a tacit remission the Court will decide this, but it goes without saying that such a remission will not be presumed. Pothier (No. 194) states that consent to alienation of the hypothecary right without reservation, or consent for the immovable to be hypothecated to another creditor, entails a tacit waiver of the hypothec, since the only explanation for such consent, which the owner had no need of in order to alienate or hypothecate his immovable, must be that the hypothecary creditor intended the immovable to be sold or hypothecated free of his hypothec. The question whether there was an absolute waiver, or merely a yielding of priority or consent not to exercise the hypothec with respect to the purchaser, must, no doubt, be considered. Further, the remission of a hypothec, by consent to alienation, cannot be a defence to a claim by the creditor if the alienation has not occurred, or if it has been cancelled. In general, the debtor, in alienating the immovable, must have acted in accordance with the conditions specified by the creditor, but alienation on more advantageous terms, or at a higher price, does not appear to constitute a breach of the permission to sell. Thus, consent to onerous alienation does not appear to authorize a gift *inter vivos*, but when the creditor permits a gift, it is held that he cannot object to a sale, unless the gift was only permitted with respect to a certain person. *It may be concluded that all of the foregoing is merely a question of fact and of assessment to be arbitrated by the Court.* (Emphasis added.)

If it exists, therefore, the waiver alleged by appellants may only be tacit. As such

- (a) it is primarily a question of fact;
- (b) it must be clearly apparent from the proven facts;
- (c) it places a very heavy onus on the party making the allegation.

These rules have been accepted and followed by the Quebec courts, and I see no basis for intervention by this Court.

Notre article dit que la remise peut être expresse ou tacite, et en cela il est conforme aux principes. Il n'y a pas de difficulté à l'égard de la remise expresse, car il ne s'agit que de donner effet à la volonté exprimée par le créancier. Remarquons toutefois qu'un créancier hypothécaire peut renoncer à son rang, en d'autres termes céder la priorité d'hypothèque à un autre créancier hypothécaire, sans perdre son hypothèque dont il affaiblit seulement l'efficacité par sa renonciation. Si on prétend qu'il y a eu remise tacite, le tribunal prononcera, mais il va sans dire que cette remise ne se présumera pas. Pothier (n° 194) enseigne que le consentement à l'aliénation sans réserve du droit d'hypothèque, ou le consentement que l'immeuble soit hypothéqué en faveur d'un autre créancier, emporte renonciation tacite à l'hypothèque, car la seule explication de ce consentement, dont le propriétaire n'avait nullement besoin pour aliéner ou hypothéquer son immeuble, c'est que le créancier hypothécaire a voulu que l'immeuble fût vendu ou hypothéqué libre de son hypothèque. Il faudra sans doute se demander s'il y a eu renonciation absolue ou seulement cession de priorité ou consentement à ne point se prévaloir de l'hypothèque à l'égard de l'acquéreur. Et la remise de l'hypothèque, par le consentement à l'aliénation, ne peut être opposée au créancier si l'aliénation n'a pas eu lieu ou si elle a été résolue. En général, il faut que le débiteur, en aliénant l'immeuble, se soit conformé aux conditions prescrites par le créancier, mais l'aliénation à des conditions plus avantageuses ou à un prix plus élevé, ne serait pas une violation de la permission de vendre. Ainsi, le consentement à une aliénation à titre onéreux n'autoriserait pas une donation entre vifs, mais quand le créancier permet la donation, on décide qu'il ne saurait se plaindre de la vente, à moins que la donation n'ait été permise qu'en faveur d'une personne désignée. *On conclut qu'il n'y a en tout cela qu'une question de fait et d'appréciation abandonnée à l'arbitrage des tribunaux.* (J'ai mis des mots en italique).

La renonciation alléguée par les appelants, si elle existe, ne peut donc être que tacite. Comme telle

- a) elle est d'abord et avant tout une question de faits;
- b) elle doit ressortir clairement des faits prouvés;
- c) elle impose à celui qui l'allègue un fardeau très lourd.

Ces règles ont été acceptées et suivies par les tribunaux du Québec et je ne vois pas qu'il y ait raison pour cette Cour d'intervenir.

Without entering upon too detailed an analysis of the oral and written evidence, I should like to indicate the major points. Before doing so, it is worth emphasizing that when the motion was submitted on March 25, 1968, appellant Gingras summoned only one witness, namely respondent, to whom he asked only a few questions.

On April 25, 1968 the trial judge made an order for a re-opening of the hearing, in the following terms:

[TRANSLATION] The hearing shall be re-opened, in order if possible to obtain further information on the following points.

1. Who were the directors of the company who provided the company auditor with the information used by him in preparing the financial statements, with respect to the hypothecary debts?
2. Have there ever been entries made on the company books respecting the hypothec at issue?
3. Was there an account in the name of Jean-Marc Gagnon, and if not, how was the auditor able to establish the debts owed Jean-Marc Gagnon by the company?
4. What did Jean Joseph Fortin, Philippe Gagnon and Jacques Gingras know of the hypothec at issue and the debts of the company to Jean-Marc Gagnon?
5. What other facts or documents can serve as a basis for dating the alleged waiver of the hypothec at issue by Jean-Marc Gagnon?

I can see the necessity for this order since, in my opinion, the deed of June 18, 1963 was not of itself a sufficient basis for arriving at a conclusion. It must be seen as part of the sequence of events, and it can only be fully and properly understood in the light of the circumstances as a whole. Though the evidence is not as detailed as it might have been, it is sufficiently clear for the Quebec courts to have been correct in concluding that it did not establish waiver by respondent of the hypothec of \$30,000 created in his favour on June 22, 1961.

On May 5, 1961 respondent purchased the immovable from Albert Bouchard under a deed of sale stipulating that a balance of \$95,000 was owed on the purchase price. At the time a debt of \$30,000 was owed to Saül Garneau. The motel was operated by respondent under a trade name

Sans entrer dans une analyse trop détaillée de la preuve orale et écrite, je voudrais en rappeler les grandes lignes. Avant de ce faire, il n'est pas inutile de souligner que lors de la présentation de la requête, le 25 mars 1968, l'appellant Gingras n'a fait entendre qu'un seul témoin, savoir l'intimé à qui il n'a posé que quelques questions.

Le 25 avril 1968, le premier juge a prononcé une ordonnance de réouverture d'enquête dans les termes suivants:

Il y a lieu à réouverture d'enquête, afin de fournir si possible des précisions sur les points suivants:

1. Quels sont les administrateurs de la compagnie qui ont fourni au vérificateur de la compagnie les informations qu'il a retenues aux états financiers, en ce qui touche les dettes hypothécaires.
2. Y a-t-il déjà eu des inscriptions aux livres de la compagnie touchant l'hypothèque litigieuse?
3. Existait-il un compte au nom de Jean-Marc Gagnon, sinon, comment le vérificateur a-t-il pu établir les dettes de la compagnie envers Jean-Marc Gagnon?
4. Que savent Jean-Joseph Fortin, Philippe Gagnon et Jacques Gingras de l'hypothèque litigieuse et des dettes de la compagnie envers Jean-Marc Gagnon?
5. Quels autres faits ou documents pourraient permettre de dater la prétendue renonciation de Jean-Marc Gagnon à l'hypothèque litigieuse?

Je suis d'accord avec la nécessité de cette ordonnance puisque, à mes yeux, l'acte du 18 juin 1963 ne permet pas à lui seul d'en arriver à une conclusion. Il faut l'inscrire dans la trame des événements et sa lecture ne peut être complète et au point que si elle prend en considération l'ensemble des circonstances. Bien que la preuve ne soit pas aussi détaillée qu'elle aurait pu l'être, elle est suffisamment claire pour que les tribunaux du Québec aient eu raison de conclure qu'elle n'établissait pas la renonciation par l'intimé de l'hypothèque de \$30,000 créée en sa faveur le 22 juin 1961.

Le 5 mai 1961, l'intimé achetait l'immeuble de Albert Bouchard aux termes d'un acte de vente stipulant une balance de prix au montant de \$95,000. A ce moment existait alors une obligation de \$30,000 en faveur de Saül Garneau. Ce motel fut exploité par l'intimé sous une raison sociale

for some weeks, and respondent stated in his testimony that his investment in the transaction was about \$40,000.

A.B. Motel Inc. was created by letters patent on May 29, 1961, and the evidence shows that of the share capital of \$10,000, divided into 10,000 ordinary shares, 9,997 were issued to respondent.

On June 22, 1961 respondent sold the immovable to his company for the total invested by him. The aforementioned \$40,000 was accordingly repaid to him in two ways:

- (a) \$10,000 in cash (the evidence does not indicate whether this was for shares);
- (b) a sale price balance of \$30,000 guaranteed by a privilege amounting to a hypothec.

On March 8, 1962 the sum of \$15,000 was borrowed by A.B. Motel Inc. from Quebec Investment Corporation, and though the record does not include a copy of this deed, it appears to be established that a personal guarantee was not given by respondent.

In the weeks that followed respondent sold his shares to Jean Joseph Fortin for the sum of \$50,000, but as a good part of the purchase price was payable in notes spread over a five-year period, respondent continued to have at least an indirect financial interest in the matter. Accordingly, as may be seen from the claims filed after the bankruptcy of A.B. Motel Inc., during 1962, 1963, 1964 and 1965 respondent spent a total amount of at least \$30,000 on account of the Motel.

When on June 18, 1963, it became necessary to obtain the amount of \$7,000 to make the payments due on the Garneau and Bouchard hypothecs, Quebec Investment Corporation agreed to pay an additional sum of \$7,000. Negotiations were held with the president of this company, Mr. Jacques Légaré, who was not heard as a witness. However, Paul Ledoux, who signed the deed on behalf of Quebec Investment, stated in his testimony:

[TRANSLATION] My recollection is that the surety of Mr. Gagnon was offered. I don't recall that there was a requirement in order for the loan to be made, but rather

pendant quelques semaines et l'intimé affirme dans son témoignage que sa mise de fonds dans l'affaire fut de l'ordre de \$40,000.

La compagnie A.B. Motel Inc. fut créée par lettres patentes le 29 mai 1961 et la preuve révèle que du capital actions de \$10,000 divisé en 10,000 actions ordinaires, 9,997 furent émises à l'intimé.

Celui-ci vendit l'immeuble à sa compagnie le 22 juin 1961 pour le total qu'il avait déboursé. C'est ainsi que le \$40,000 précité lui fut remboursé de deux façons

- a) une somme comptant de \$10,000 (la preuve ne révèle pas s'il s'agit du coût des actions);
- b) un solde de prix de vente de \$30,000 garanti par privilège équivalant à hypothèque.

Le 8 mars 1962, une somme de \$15,000 fut empruntée par A.B. Motel Inc. de la Quebec Investment Corporation et, bien que le dossier ne contienne pas copie de cet acte, il semble établi qu'à ce moment-là il n'ait pas été question d'obtenir la garantie personnelle de l'intimé.

Dans les semaines qui suivirent, celui-ci vendit ses actions à Jean Joseph Fortin pour une somme de \$50,000 mais comme une bonne partie du prix d'achat était payable par billets répartis sur une période de cinq ans, l'intimé garda un intérêt financier au moins indirect dans l'affaire. C'est ainsi, comme l'indiquent les réclamations à la suite de la faillite de A.B. Motel Inc., que, au cours des années 1962, 1963, 1964 et 1965, l'intimé déboursa pour le compte du Motel une somme totale d'au moins \$30,000.

Lorsque le 18 juin 1963, il devint nécessaire d'obtenir une somme de \$7,000 pour rembourser les versements dus sur les hypothèques Garneau et Bouchard, Quebec Investment Corporation accepta de verser un montant supplémentaire de \$7,000. Les négociations eurent lieu avec le président de cette compagnie, M. Jacques Légaré, qui ne fut pas entendu comme témoin. Toutefois, Paul Ledoux qui signa l'acte pour le compte de Quebec Investment affirme dans son témoignage:

Le souvenir que j'en ai, c'est que le cautionnement de monsieur Gagnon a été offert. Je ne me souviens pas qu'il y ait eu une exigence qui ait été placée pour faire le

that it was offered, that Mr. Gagnon would stand surety for the loan of \$7,000.

Further, Jean Joseph Fortin, who signed the deed of June 18, 1973 for A.B. Motel Inc., confirmed and repeated that in his opinion respondent had not abandoned his guarantees. The following extract is relevant:

[TRANSLATION] I was certain of one thing, well ... I have always heard of Saül Garneau but I know one thing, I knew for certain that Jean-Marc would definitely not abandon his guarantees in this matter, because ...

In this context it is difficult to believe that, to help A.B. Motel Inc. obtain the sum of \$7,000, respondent would have waived the protection afforded him by his hypothec of \$30,000. In my view such a reading of the deed of June 1963 places a rigid construction divorced from reality on an intervention involving a suretyship signed by an individual with no legal training.

Moreover, the evidence showed that at all times respondent treated this hypothec of \$30,000 as something quite different from his ordinary claim against A.B. Motel Inc. As was admitted by appellants, even if the construction they suggest is given to the deed of June 18, 1963, respondent did not waive his debt, but only the collateral remedy represented by the hypothec. If respondent had intended to make the remission of hypothec but retain his debt as an ordinary debt, he would have included this amount of \$30,000 in his proofs of claims to the trustee. However, he did not do this, as these proofs of claims related to other expenses and advances made by him on behalf of A.B. Motel Inc.

In his testimony Gagnon—who it was alleged failed to mention his hypothec at the time of the inspectors' discussions—said the following, in his examination-in-chief by counsel for appellant Gingras:

[TRANSLATION] Q. So, at that time you did not even have your hypothec of \$30,000 in mind; or did you deliberately conceal it from those who were deciding whether to hand over the immovable?

prêt, mais que plutôt ça a été offert, que monsieur Gagnon se porte caution du prêt de \$7,000.00.

De son côté, Jean Joseph Fortin qui signa l'acte du 18 juin 1973 pour A.B. Motel Inc. affirme et répète qu'à ses yeux l'intimé se gardait des garanties. L'extrait suivant est pertinent:

J'étais sûr d'une chose, bien ... moi, j'ai toujours entendu parler de Saül Garneau, mais je savais une chose, je savais bien que Jean-Marc devait se garder certainement des, des garanties sur l'affaire, parce que enfin ...

Dans ce contexte, il est difficile de concevoir que pour aider A.B. Motel Inc. à obtenir une somme de \$7,000, l'intimé aurait renoncé à la protection que lui donnait son hypothèque de \$30,000. Une telle lecture de l'acte de juin 1963 donne à mes yeux une interprétation rigide et coupée de la réalité à une intervention comportant un cautionnement signé par une personne sans préparation juridique.

D'ailleurs, la preuve révèle qu'en tout temps l'intimé a considéré cette hypothèque de \$30,000 comme quelque chose de tout à fait différent de sa réclamation ordinaire contre A.B. Motel Inc. Comme le reconnaissent les appelants, même si l'on donne à l'acte du 18 juin 1963 l'interprétation qu'ils suggèrent, l'intimé n'a pas renoncé à sa créance mais simplement à l'accessoire que constitue l'hypothèque. Si l'intimé avait eu l'intention de faire remise de l'hypothèque mais de conserver sa créance comme créance ordinaire, il aurait dans ses preuves de réclamation au syndic inclus cette somme de \$30,000. Or, il n'en a rien fait, ces preuves de réclamation portant sur d'autres déboursés et avances faits par lui pour le compte de A.B. Motel Inc.

Dans son témoignage, Gagnon à qui par ailleurs on reproche de n'avoir pas parlé de son hypothèque lors des délibérations des inspecteurs, s'exprime comme suit lors de son interrogatoire-en-chef par le procureur de l'appellant Gingras:

Q. Alors, vous ne l'aviez même pas à l'idée à ce moment-là votre hypothèque de \$30,000.00 ou est-ce que vous l'avez cachée délibérément à ceux qui prenaient la décision de remettre l'immeuble?

A. At that time, I did not have the money—as I told you just a moment ago, I did not have the money to pay the first and second. . . I let it go, I said, with my shares, I will recover my \$30,000, I have my hypothec, a hypothec follows the contract. Then, I said, I cannot. . . there must be. . . first of all, you came to me with a list saying, first hypothec, so-and-so, second hypothec, Mr. so-and-so. I looked at it, I said. . . they owe me money on that.

Responding to an intervention by the presiding judge, respondent expressed the same thought:

[TRANSLATION] Q. So it was necessary to establish the sum of money, and in order to establish it it was necessary to know the position regarding hypothecary liabilities—did you understand that?

A. I thought that my contract, at the notary's, I thought that at that time, when we would go to the notary, and we would begin by saying, so many dollars are due to Saül Garneau, so many dollars to Mr. Bouchard, so many dollars to Jean-Marc Gagnon; I said, at that stage, they. . . they will soon realize they owe me money.

In my view these facts taken as a whole justify the conclusion stated by Turgeon J., speaking for the majority on the Court of Appeal:

[TRANSLATION] It is, rather, a question of fact to determine what acts entail a tacit waiver, and this is a matter for the trial judge to decide based on the circumstances and the evidence. In the case at bar the Superior Court found in respondent's favour after hearing his explanations and seeing his behaviour as a witness. The trial judge came to the conclusion that his actions were attributable to his ignorance, not to an intention by him to waive his privilege, as appears from the following extract from the judgment:

On June 22, 1961, that is the day the deed creating the hypothec to Jean-Marc Gagnon was concluded, it was Jacques Gingras who represented A.B. Motel Inc. Testifying at the hearing, he stated that subsequently, as secretary of the company, he did not recall the existence of the hypothec, which explains why he did not have the hypothecary debt of \$30,000 shown on the accounting records of the company.

It should be noted here that even then Jean-Marc Gagnon did not mention his hypothecary claim to his immediate colleagues. In all probability, he attached no great importance to the company's accounting. How can his silence at the time be explained? The

R. A ce moment-là, à ce moment-là, j'avais pas les argents, comme je vous l'ai dit tout à l'heure, j'avais pas les argents pour payer la première et la deuxième puis . . . j'ai laissé faire, j'ai dit: Moi, avec mes actions, je vas récupérer mon \$30,000.00, j'ai mon hypothèque, une hypothèque ça suit le contrat. Puis, j'ai dit: je peux pas . . . il faut absolument que . . . d'abord, vous m'êtes arrivé avec une liste disant: Première hypothèque Untel, deuxième hypothèque, Untel. J'ai regardé ça, j'ai dit . . . ils me doivent de l'argent sur ça.

Lors d'une intervention du président du tribunal, l'intimé exprime la même pensée:

Q. Alors, il fallait établir le montant d'argent, puis alors pour l'établir il fallait connaître l'état des . . . du passif hypothécaire—avez-vous compris ça?

R. Moi, je croyais que mon contrat, chez le notaire, je croyais qu'à ce moment-là lorsqu'on irait chez le notaire, puis qu'on commencerait à . . . à dire: bien, il est dû à Saül Garneau tant de piastres, dû à monsieur Bouchard tant de piastres, et dû à Jean-Marc Gagnon tant de piastres, j'ai dit: Là, à ce moment-là, ils . . . vont bien s'apercevoir qu'ils me doivent de l'argent.

Cet ensemble de faits justifie à mes yeux la conclusion exprimée par M. le juge Turgeon, parlant pour la majorité de la Cour d'appel:

C'est plutôt une question de fait que de déterminer quels sont les actes qui entraînent une renonciation tacite et il appartient au premier juge de décider suivant les circonstances et la preuve. Dans la présente cause, la Cour supérieure s'est prononcée en faveur de l'intimé après avoir entendu ses explications et avoir vu son comportement. Le premier juge en est venu à la conclusion que c'était son ignorance qui expliquait sa conduite et non sa volonté de renoncer à son privilège comme cela appert de l'extrait suivant de son jugement:

Le 22 juin 1961, c'est-à dire le jour de l'acte constituant l'hypothèque de Jean-Marc Gagnon, c'est Jacques Gingras qui représentait A.B. Motel Inc. Entendu à l'enquête, il dit que plus tard, secrétaire de la compagnie, il ne s'est pas souvenu de l'existence de l'hypothèque, ce qui explique qu'il n'ait pas fait porter cette dette hypothécaire de \$30,000 aux livres de comptabilité de la compagnie.

Il faut ici constater que déjà Jean-Marc Gagnon ne parlait pas de sa créance hypothécaire à ses collaborateurs immédiats. Selon toute probabilité, il n'attachait pas à la comptabilité de la compagnie grande importance. Comment expliquer son silence du temps? Il y

evidence creates a strong presumption that he lacked much knowledge of administration, and did not know exactly how to differentiate ordinary debts and hypothecary debts. He knew that a hypothec represented a guarantee, but he does not appear to have understood all the characteristic features of a hypothec. On June 22, 1961, and before his company borrowed the money, he definitely had no intention to deceive. Moreover, when he borrowed, what reason had he to think that responsible lenders would not investigate the titles? This hypothesis does not stand up.

Jean-Marc Gagnon remained silent at the meetings of the inspectors, when there was discussion of the hypothecary liabilities of A.B. Motel Inc., or more precisely, of the hypothecs encumbering the immovable in question, and he did not file a claim for his secured debt of \$30,000. The explanation he gave for his behaviour was that he believed his hypothec was still valid. He stated that he mentioned it for the first time when he realized there was a purchaser willing to pay a price high enough to cover his hypothec.

It is therefore clear that Jean-Marc Gagnon never waived his hypothecary debt.

So far as the intervenor is concerned, its position is certainly no better than that of appellant Gingras. The entries at the Registry Office should have placed them both on notice, as those entries showed that respondent held a hypothec of \$30,000 on the immovable.

One final word. In a well researched *factum* appellants cite the sources of art. 2081 C.C., in addition to certain extracts from French authors. Not only do I not feel it necessary to refer to those authorities here, but, should the occasion arise, I should hesitate to do so:

- (a) registration did not exist under the earlier law, and the latter therefore had to place much more emphasis on appearances;
- (b) the socio-economic circumstances of the time did not permit the flexibility in real property transactions that now exists, and their use for financing purposes, such transactions forming a whole which our courts are required to take into account;

a une forte présomption, à la preuve, qu'il manquait de connaissances en administration et ne savait pas exactement distinguer créances ordinaires et créances hypothécaires. Il savait que l'hypothèque constitue une garantie, mais il ne semble pas qu'il ait connu toutes les caractéristiques de l'hypothèque. Le 22 juin 1961, et avant que sa compagnie emprunte de l'argent, il n'avait certainement pas l'intention de tromper. D'ailleurs, quand il a emprunté, comment aurait-il pu penser que des prêteurs sérieux ne feraient pas l'étude des titres? Cette hypothèse ne tient pas.

Jean-Marc Gagnon a gardé le silence aux assemblées des inspecteurs, quand il s'est agi du passif hypothécaire de A.B. Motel Inc., ou plus exactement, des hypothèques grevant l'immeuble en question, de même qu'il n'a pas produit de réclamation pour sa créance garantie de \$30,000. L'explication qu'il donne de son attitude, c'est qu'il croyait que son hypothèque valait toujours. Il dit qu'il en a parlé, la première fois, quand il s'est rendu compte qu'il y avait un acheteur disposé à payer un prix suffisamment élevé pour payer son hypothèque.

Il est donc certain que jamais Jean-Marc Gagnon n'a renoncé à sa créance hypothécaire.

Quant à l'intervenant, sa situation n'est certainement pas meilleure que celle de l'appelant Gingras. Les entrées au bureau d'enregistrement auraient dû les mettre tous deux sur leurs gardes, les inscriptions y apparaissant démontrant que l'intimé détenait sur l'immeuble une hypothèque de \$30,000.

Un dernier mot. Les appelants, dans un mémoire fouillé, citent les sources de notre art. 2081 C.c. ainsi que quelques extraits de la doctrine française. Non seulement je ne crois pas nécessaire ici d'y avoir recours mais, le cas échéant, j'hésiterais à le faire:

- a) l'ancien droit ne connaissait pas l'enregistrement et, par conséquent, se devait d'attacher beaucoup plus d'importance aux apparences;
- b) le contexte socio-économique du temps ne permettait pas la fluidité des transactions immobilières que connaît notre époque et leur utilisation à des fins de financement, l'ensemble de ces transactions formant un tableau que nos tribunaux sont appelés à lire;

(c) the French commentators who have written since the *Code Napoléon* have had before them a wording different from our own (art. 2180 C.N.), which they must interpret and which they have often sought to extend.

I would affirm the judgment *a quo* with costs.

Appeals allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Dorion, Dorion, Bernier, Jolin & Champoux, Quebec.

Solicitors for the intervenant, appellant: Tremblay, Beauvais & Associates, Quebec.

Solicitors for the respondent: Campbell, Pepper & Associates, Montreal.

c) les auteurs français qui ont écrit depuis le *Code Napoléon* ont devant eux un texte différent du nôtre (art. 2180 C.N.) qu'ils doivent interpréter et que souvent ils désirent compléter.

Je confirmerais le jugement dont appel avec dépens.

Pourvois accueillis avec dépens.

Procureurs de l'appellant: Dorion, Dorion, Bernier, Jolin & Champoux, Québec.

Procureurs de l'intervenante, appelante: Tremblay, Beauvais & Associés, Québec.

Procureurs de l'intimé: Campbell, Pepper & Associés, Montréal.