

Helga Petranik *Appellant*;

and

Alice Dale, Frederick W. Parker and Eugene F. Berwick *Respondents*.

1976: May 5; 1976: October 5.

Present: Laskin C.J. and Judson, Ritchie, Spence and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Mortgages — Foreclosure — Power of sale in mortgage — Sale under power after judgment nisi in foreclosure — Right of redemption — Equity — Whether exercise of alternative remedy valid — Whether sale void — Rules of Practice, R.R.O. 1960, Reg. 396, Rule 465.

Appellant brought an action against D, P & B claiming that a mortgage purportedly executed by her in favour of D was null and void and that P and B who purchased the property from D under the power of sale held the property in trust for appellant. D as mortgagee had started foreclosure proceedings in 1961 and a specially endorsed writ was issued against appellant as mortgagor. Appellant failed to appear and a default judgment was taken in 1962. The judgment directed a reference and when originally drawn up in typed form contained a clause providing for a reconveyance to the appellant upon payment of the amount due to the mortgagee. This reconveyance clause was struck out and the deletion initialled by the Assistant Registrar. No explanation was given for the deletion. Appellant did not however proceed with the reference directed in the default judgment but instead purported to act under the power of sale contained in the mortgage. The trial judge founding himself on *Stevens v. Theatres, Ltd.*, [1903] 1 Ch. 857, found that the direction for a reference in the default judgment was enough to preclude exercise of the power of sale without leave of the Court. The Court of Appeal reversed.

Held (Judson and Ritchie JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Laskin C.J. and Spence J.: The default judgment was a judgment *nisi* for foreclosure. The mortgagor would have been entitled to invoke the equitable jurisdiction of the Court to claim a right to redeem on payment of the amounts found owing on the reference and on such other terms as the Court might fix. The

Helga Petranik *Appelante*;

et

Alice Dale, Frederick W. Parker et Eugene F. Berwick *Intimés*.

1976: le 5 mai; 1976: le 5 octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Ritchie, Spence, et Dickson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Hypothèques — Forclusion — Pouvoir de vente attaché à l'hypothèque — Vente en vertu du pouvoir après jugement conditionnel de forclusion — Droit de rachat — Equity — L'exercice d'un recours alternatif est-il valide? — La vente est-elle nulle? — Règles de pratique, R.R.O. 1960, Reg. 396, Règle 465.

L'appelante a intenté une action contre D, P & B, prétendant qu'une hypothèque qu'elle aurait consentie en faveur de D était nulle et non avenue et que P et B qui avaient acheté l'immeuble à D en vertu du pouvoir de vente le détenaient en fiducie pour le compte de l'appelante. D, en sa qualité de créancière hypothécaire, avait entamé des procédures de forclusion en 1961 et un bref spécialement endossé avait été délivré contre l'appelante, débitrice hypothécaire. L'appelante n'ayant pas comparu un jugement par défaut fut rendu en 1962. Le jugement ordonnait un renvoi et, dans sa rédaction originale sous forme dactylographiée, comportait une clause prévoyant une rétrocession en faveur de l'appelante contre paiement du montant dû à la créancière hypothécaire. Cette clause était biffée, la suppression portant les initiales du registraire adjoint. Aucune explication de cette suppression n'a été fournie. Toutefois, l'appelante ne fit pas procéder au renvoi ordonné par le jugement par défaut, mais se résolut plutôt à agir en vertu du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque. Le juge de première instance, s'appuyant sur l'affaire *Stevens v. Theatres, Ltd.*, [1903] 1 Ch. 857, a conclu que l'ordonnance de renvoi du jugement par défaut suffisait à empêcher l'exercice du pouvoir de vente sans permission de la Cour. La Cour d'appel a infirmé ce jugement.

Arrêt (les juges Judson et Ritchie étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

Le juge en chef Laskin et le juge Spence: Le jugement par défaut était un jugement conditionnel de forclusion. La débitrice hypothécaire aurait eu le droit d'invoquer la compétence d'*equity* de la Cour pour se faire reconnaître le droit de racheter, sur paiement des sommes trouvées dues lors du renvoi et aux conditions que la

mortgagee was not entitled to improve her position by proceeding to a sale under the mortgage without leave when she had crystallised her remedies through a judgment *nisi* which called for a reference. Rule 460A (introduced in 1941 and now Rule 465, R.R.O. 1960, Reg. 396 of the Rules of Practice), which provides for filing of a notice of desire of opportunity to redeem if a mortgagor does not otherwise wish to defend the foreclosure action, must be read with Rule 467 [now Rule 472] which makes it clear that failure to appear or to file a D.O.R. notice enables the plaintiff to sign judgment for immediate foreclosure subject to a reference as to encumbrances. The Rule changes did not however deal with the matter on appeal.

Per Dickson J.: An equity of redemption is an interest in land, which the mortgagor can convey, devise, settle, lease or mortgage like any other interest in land. Equity has always jealously guarded the mortgagor's right to redeem. Having obtained a judgment of the type obtained by D, the mortgagee must carry out that judgment or obtain the leave of the Court to do otherwise. The failure of appellant to file a D.O.R. did not extinguish her equity of redemption.

Per Judson J., dissenting: Appellant was in default under the mortgages, and the property was completely pledged to or claimed by others. When the foreclosure proceedings were instituted she was not able to nor did she indicate a desire to redeem the property. The judgment *nisi* effectively foreclosed her equity of redemption and directed a reference. The mortgagee was entitled to pursue alternative remedies. The fact of obtaining such a judgment *nisi* did not preclude the mortgagee from exercising her power of sale under the mortgage since the sale did not prejudice any rights asserted by or accorded to appellant in the foreclosure proceeding.

Per Ritchie J., dissenting: For the reasons given by Arnup J.A. in the Court of Appeal the appeal should be dismissed.

[*Stevens v. Theatres, Ltd.*, [1903] 1 Ch. 857; *De Beck v. Canada Permanent Loan and Savings Co.* (1907), 12 B.C.R. 409; *Marshall v. Miles*, [1970] 3 O.R. 394; *Casborne v. Scarfe* (1737), 1 Atk. 603, 26 E.R. 377; *Burgess v. Wheats* (1759), 1 Eden 177, 28 E.R. 652; *Heath v. Pugh* (1881), 6 Q.B.D. 345; *Tarn v. Turner* (1888), 39 Ch. D. 456; *Campbell v. Holyland* (1877), 7 Ch. D. 166 referred to.]

Cour pouvait déterminer. La créancière hypothécaire n'avait pas le droit d'améliorer sa position en procédant, sans permission, à une vente en vertu de l'hypothèque, alors qu'elle avait cristallisé ses recours dans un jugement conditionnel qui imposait un renvoi. La règle 460A (mise en vigueur le 31 mai 1941, maintenant règle 465, R.R.O. 1960, Reg. 396 des Règles de pratique), qui oblige le débiteur hypothécaire à déposer un avis exprimant son désir d'avoir l'occasion de racheter D.O.R. s'il n'entend pas présenter d'autres défenses à l'action en forclusion, doit être lue avec la règle 467 [présentement la règle 472] qui indique clairement que le défaut de comparaître ou de déposer un D.O.R. habilite un demandeur à obtenir jugement en forclusion immédiate, sauf si un renvoi est exigé quant aux créanciers. Toutefois, les modifications apportées aux règles n'ont pas touché au cas faisant l'objet du pourvoi.

Le juge Dickson: Un droit de rachat est un droit réel immobilier que le débiteur hypothécaire peut céder, léguer, attribuer, louer ou hypothéquer comme n'importe quel autre droit réel immobilier. L'*equity* a toujours jalousement protégé le droit de rachat du débiteur hypothécaire. Ayant obtenu un jugement de la nature de celui qu'a obtenu D, le créancier hypothécaire doit exécuter ce jugement ou obtenir de la cour la permission d'agir autrement. Le défaut par l'appelante de déposer un D.O.R. n'a pas éteint son droit de rachat.

Le juge Judson, dissident: L'appelante avait cessé ses paiements hypothécaires et l'immeuble était complètement obéré. Au moment où les procédures de forclusion ont été engagées, elle n'était pas à même de racheter la propriété et elle n'en a pas manifesté le désir. Le jugement conditionnel de forclusion a effectivement forclus son droit de rachat et ordonné un renvoi. La créancière hypothécaire avait plusieurs moyens à sa disposition. Le fait qu'elle ait obtenu un jugement conditionnel de forclusion ne l'empêchait pas d'exercer son pouvoir de vente résultant de l'hypothèque, puisque la vente ne portait atteinte à aucun droit reconnu ou conféré à l'appelante lors des procédures de forclusion.

Le juge Ritchie, dissident: Pour les motifs du jugement rendus par le juge Arnup au nom de la Cour d'appel, le pourvoi doit être rejeté.

[Arrêts mentionnés: *Stevens v. Theatres, Ltd.*, [1903] 1 Ch. 857; *De Beck v. Canada Permanent Loan and Savings Co.* (1907), 12 B.C.R. 409; *Marshall v. Miles*, [1970] 3 O.R. 394; *Casborne v. Scarfe* (1737), 1 Atk. 603, 26 E.R. 377; *Burgess v. Wheats* (1759), 1 Eden 177, 28 E.R. 652; *Heath v. Pugh* (1881), 6 Q.B.D. 345; *Tarn v. Turner* (1888), 39 Ch. D. 456; *Campbell v. Holyland* (1877), 7 Ch. D. 166.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹, allowing an appeal from a judgment of Moorhouse J., declaring null and void a conveyance made in exercise of a power of sale under a mortgage. Appeal allowed, Judson and Ritchie JJ. dissenting.

Nelles Starr, Q.C., and Walter S. Gonet, Q.C., for the appellant.

George T. Walsh, Q.C., and Tom Pratt, for the respondents.

The judgment of Laskin C.J. and Spence JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal arises out of an action brought by the appellant on April 28, 1969 claiming a declaration that (1) a mortgage on certain property allegedly given by her to one Alice Dale on July 12, 1958, registered on January 8, 1959 and subsequently recorded in full on June 15, 1962, was void because the signature thereon was not hers, and (2) a conveyance of the property by Alice Dale to the respondents Parker and Berwick on June 1, 1962 under the power of sale contained in the mortgage was void and that the respondents held the property in trust for the appellant.

Neither the trial judge nor the Ontario Court of Appeal found in the appellant's favour on her contention that the mortgage was not executed by her, and this question was not pressed in this Court. What is evident from the record is that the mortgage transaction between the appellant and Alice Dale (who was not represented in this Court nor in the Court of Appeal), and other transactions in which the appellant and her husband were involved were carried out by a solicitor whose irresponsibility, incompetence and negligence are made plain in reasons of the trial judge given in a companion case which, as to the evidence and findings, was by consent of counsel, made applicable to the present case. The solicitor in question arranged the mortgage on which no more than \$4,000 was advanced although it is stated to be for

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ accueillant un appel d'un jugement du juge Moorhouse qui a déclaré nul et non avenu un transfert fait en vertu d'un pouvoir de vente attaché à une hypothèque. Pourvoi accueilli, les juges Judson et Ritchie étant dissidents.

Nelles Starr, c.r., et Walter S. Gonet, c.r., pour l'appelante.

George T. Walsh, c.r., et Tom Pratt, pour les intimés.

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Spence a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi a son origine dans une action intentée par l'appelante le 28 avril 1969 par laquelle elle demandait qu'il soit déclaré (1) qu'une hypothèque sur un certain immeuble prétendument consentie par elle à une nommée Alice Dale le 12 juillet 1958, enregistrée sommairement le 8 janvier 1959 et pleinement enregistrée le 15 juin 1962, est nulle parce que la signature figurant à l'acte n'est pas la sienne et (2) qu'un transfert de l'immeuble par Alice Dale aux intimés Parker et Berwick, le 1^{er} juin 1962, en vertu du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque est nul et que les intimés détiennent l'immeuble en fiducie pour le compte de l'appelante.

Ni le juge de première instance ni la Cour d'appel de l'Ontario n'ont fait droit à la prétention selon laquelle l'hypothèque n'avait pas été signée par l'appelante et on n'a pas insisté sur ce point devant notre Cour. Ce que le dossier montre à l'évidence, c'est que l'opération hypothécaire entre l'appelante et Alice Dale (qui n'était pas représentée devant cette Cour, ni en Cour d'appel) ainsi que d'autres opérations auxquelles étaient parties l'appelante et son mari ont été menées par un avocat dont l'irresponsabilité, l'incompétence et la négligence ressortent des motifs exposés par le juge de première instance dans une affaire connexe dont la preuve et les conclusions ont été, sur consentement des procureurs, admises dans la présente affaire. L'avocat en question a préparé une hypothèque sur laquelle il n'a pas été avancé plus

¹ [1973] 2 O.R. 217.

¹ [1973] 2 O.R. 217.

\$5,000. He acted for both parties to the mortgage, and then took foreclosure proceedings on behalf of the mortgagee, Alice Dale. She was an elderly woman and, as found by the trial judge, relied on her daughter, who was the solicitor's secretary, and upon the solicitor, in respect of the transaction in this case. The daughter herself was involved in a mortgage transaction affecting the very property which is the subject of these proceedings.

A question arose in these proceedings whether the appellant had ever been served with the writ in the foreclosure action and, although it was left open by the trial judge who found on other grounds in the appellant's favour, I agree with the Court of Appeal that the issues in this case must be considered on the footing that there was proper service, as indeed is shown by a sheriff's officer's certificate.

Arising out of the foregoing is another matter that should be laid to rest, one which the trial judge considered favourably to the appellant and on which the Court of Appeal did not pronounce because, as it noted, no argument was addressed to that Court on it. I refer to the matter of the delay *ex facie* involved in the prosecution by the appellant of her claim herein. The proceedings out of which this appeal arises were commenced on April 28, 1969. Since they relate to the foreclosure action, which was begun on July 17, 1961, and to the exercise of a power of sale on June 1, 1962, an explanation of the delay was obviously required.

Default judgment in the foreclosure action was signed against the appellant on March 23, 1962 and a writ of possession was issued on April 17, 1962 and executed at the solicitor's behest. If the appellant did not know of the default judgment (and it appears that she did not), she certainly knew of the writ of possession; the evidence makes this clear. On learning of the sale to Parker and Berwick on June 1, 1962 pursuant to an accepted offer of May 17, 1962, the appellant took certain proceedings which proved abortive. It is enough to say that by an order of the Ontario Court of

de \$4,000, bien qu'il soit déclaré qu'elle est de \$5,000. Il a représenté les deux parties à l'hypothèque, puis il a intenté des procédures de forclusion au nom de la créancière hypothécaire, Alice Dale. Celle-ci était une femme âgée et, selon les conclusions du juge de première instance, elle s'en remettait à sa fille, qui était la secrétaire de l'avocat, et à celui-ci, en ce qui concerne l'opération en litige. La fille elle-même était mêlée à une opération hypothécaire portant sur l'immeuble même qui fait l'objet du présent procès.

Dans le présent procès, s'est soulevée la question de savoir si le bref d'action en forclusion avait jamais été signifié à l'appelante et, quoique cette question ait été laissée ouverte par le juge de première instance qui s'est prononcé pour d'autres motifs en faveur de l'appelante, je suis d'accord avec la Cour d'appel que les points en litige doivent être étudiés en prenant pour acquis qu'il y a eu signification régulière, comme le montre d'ailleurs le procès-verbal du fonctionnaire des services du shérif.

Ce qui précède soulève également une question qui doit être mise de côté; le juge de première instance l'a tranchée en faveur de l'appelante et sur laquelle la Cour d'appel ne s'est pas prononcée parce que, comme elle l'a noté, elle n'a pas été plaidée devant elle. Je veux parler du retard apparent avec lequel l'appelante a intenté les poursuites. Les procédures qui sont à l'origine du présent pourvoi ont été entamées le 28 avril 1969. Puisqu'elles sont relatives à une action en forclusion commencée le 17 juillet 1961 et à un pouvoir de vente exercé le 1^{er} juin 1962, une explication de ce retard s'imposait.

Jugement par défaut dans l'action en forclusion a été rendu contre l'appelante le 23 mars 1962 et un bref de possession a été délivré le 17 avril 1962 et exécuté à la requête de l'avocat. Si l'appelante n'a pas eu connaissance du jugement par défaut (et il semble qu'elle ne l'ait pas eue), elle a certainement eu connaissance du bref de possession; la preuve le démontre. Ayant appris la vente à Parker et Berwick le 1^{er} juin 1962 à la suite d'une offre acceptée le 17 mai 1962, elle intenta certaines procédures qui échouèrent. Il suffit de dire que par ordonnance du 10 décembre 1968, la Cour d'appel

Appeal of December 10, 1968, that Court gave leave to the appellant to re-open an action instituted by her in 1964 against Alice Dale, Parker and Berwick, or to institute such other proceedings as she might be advised, under a limiting date in either case of February 3, 1969. A motion by the appellant to re-open the former action was dismissed on April 9, 1969 and the proceedings now in appeal were begun, as already stated, on April 28, 1969. The trial judge indicated that there was no evidence to show that the motion to re-open was not commenced before February 3, 1969. Hence, he proceeded to deal with the case before him on the merits. I think, in view of all the circumstances, that was the proper course. It was the one that the Court of Appeal took, and it was on the merits that the argument proceeded in this Court.

The default judgment in the foreclosure action, which as already noted, was signed on March 23, 1962, was in the following terms:

UPON reading the Writ of Summons issued in this action, and affidavit of service of the said writ and no appearance having been entered and no notice that the defendant desires an opportunity to redeem the mortgaged premises having been filed;

I. IT IS ORDERED AND ADJUDGED that all necessary enquiries be made, accounts taken, costs taxed and proceedings had for redemption or foreclosure and that for these purposes this cause be referred to the Master at the City of Toronto.

II. AND IT IS FURTHER ORDERED AND ADJUDGED that the defendant do forthwith deliver to the plaintiff, or to whom she may appoint, possession of the lands and premises in question in this cause, or of such part thereof as may be in the possession of the said defendant.

When originally drawn up in typed form, the proposed default judgment consisted of three clauses, the first and third clauses being those set out above and a second clause which was as follows:

2. AND IT IS FURTHER ORDERED AND ADJUDGED that the defendant do forthwith after making of the Master's report pay to the plaintiff what shall be found due her for principal money, interest and costs at the date of the said report and upon payment of the amount due to her that (subject to the provision of

de l'Ontario donna à l'appelante la permission de rouvrir une action qu'elle avait intentée contre Alice Dale, Parker et Berwick en 1964 ou d'entreprendre toute autre procédure qu'elle jugerait opportune, avant une date limite fixée dans les deux cas au 3 février 1969. Une requête en réouverture de l'ancienne action présentée par l'appelante fut rejetée le 9 avril 1969 et les procédures maintenant devant nous furent entamées, comme je l'ai déjà dit, le 28 avril 1969. Le juge de première instance indiqua qu'il n'y avait aucune preuve que la requête en réouverture n'avait pas été présentée avant le 3 février 1969. En conséquence, il procéda à l'audition au fond de l'affaire qui était devant lui. Je pense que c'était, eu égard à toutes les circonstances, la conduite à suivre. C'est celle qu'a suivie la Cour d'appel et c'est donc sur le fond que l'on a plaidé devant notre Cour.

Le jugement par défaut dans l'action en forclusion, rendu, comme je l'ai déjà dit, le 23 mars 1962, était rédigé en ces termes:

[TRADUCTION] VU le bref d'assignation délivré dans la présente action et l'attestation sous serment de la signification dudit bref, en l'absence de comparution et aucun avis n'ayant été déposé exprimant le désir de la défenderesse d'avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués;

I. IL EST ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que toutes les recherches nécessaires soient faites, les comptes dressés, les frais taxés et les mesures prises en vue de rachat ou de forclusion et qu'à ces fins la présente cause soit renvoyée au *Master* en la ville de Toronto.

II. ET IL EST EN OUTRE ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que la défenderesse mette immédiatement la demanderessse ou la personne qu'elle peut désigner, en possession des biens-fonds et lieux en question dans la présente cause ou de toute partie de ceux-ci qui peuvent être en la possession de ladite défenderesse.

Lors de sa rédaction originale sous forme dactylographiée, le jugement par défaut proposé comportait trois clauses, la première et la troisième étant celles qui sont reproduites ci-dessus et une deuxième ainsi libellée:

[TRADUCTION] 2. ET IL EST EN OUTRE ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que, après dépôt du rapport du *Master*, la défenderesse paye immédiatement à la demanderessse ce qui lui sera trouvé dû en capital, intérêts et frais à la date dudit rapport et, sur paiement du montant qui lui est dû, que (sous réserve des disposi-

section 2 of *The Mortgages Act*) the plaintiff do assign and convey the mortgaged premises, and deliver up all documents relating thereto.

This clause was struck out, the deletion being initialled by the Assistant Registrar. No explanation was given for the deletion. It is common ground that had this stricken clause remained in the default judgment the appellant would have been entitled to succeed and to have a proper reference at which the accounts would be taken and the amount properly owing on the mortgage ascertained. There was a contention by the respondents that their position was better than that of Alice Dale in that they were purchasers for value, but it is quite clear that they were aware of the foreclosure proceedings and of the default judgment. Since they took with notice thereof, their title would be vulnerable if the mortgagee was disentitled to act when she did under the power of sale in the mortgage.

I note also that Alice Dale swore an affidavit on May 31, 1962 in respect of the sale to the respondents in which she alleged a continuing default of interest under the mortgage to the date of the sale, which she said was May 29, 1962. The deed of June 1, 1962 also recited that there was default in interest for more than two months (this being a proviso in the mortgage permitting sale) and that it had continued to date. The record shows that the solicitor who was behind all the transactions involving the appellant's mortgaged property had in fact paid up the interest to the end of April, 1962, which was for a period beyond the date on which default judgment was signed and beyond the date of the writ of possession.

The default judgment was a judgment *nisi* for foreclosure, and para. 1 thereof directed a reference to the Master for the usual enquiries with respect to the accounts and as to redemption or foreclosure. Alice Dale did not proceed with the reference which was directed by para. 1 of the default judgment but, instead purported to act under the power of sale contained in the mortgage, and this is what raises the central issue in the present case. In short, was she entitled to exercise

tions de l'article 2 de *The Mortgages Act*) la demanderesse rétrocède les lieux hypothéqués et rend tous documents les concernant.

Cette clause a été biffée, suppression parafée par le registraire adjoint. Aucune explication de cette suppression n'a été fournie. Il n'est pas contesté que, si la clause biffée était demeurée dans le jugement par défaut, l'appelante aurait pu prétendre, avec succès, à un renvoi approprié au cours duquel les comptes auraient été dressés et le montant exact de la dette hypothécaire déterminé. Les intimés ont prétendu qu'ils étaient en meilleure position qu'Alice Dale parce qu'ils étaient des acquéreurs à titre onéreux, mais il est parfaitement clair qu'ils étaient au courant des procédures de forclusion et du jugement par défaut. L'ayant acquis en connaissance de cause, leur titre serait vulnérable, si la créancière hypothécaire n'avait pas le droit d'agir comme elle l'a fait en vertu du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque.

Je note également qu'Alice Dale a fait, le 31 mai 1962, une déclaration sous serment lors de la vente aux intimés dans laquelle elle alléguait défaut continu de paiement des intérêts sur l'hypothèque jusqu'à la date de la vente, qu'elle disait être le 29 mai 1962. L'acte du 1^{er} juin 1962 indique également qu'il y avait défaut de paiement des intérêts depuis plus de deux mois (il s'agit là d'une clause de l'hypothèque permettant la vente) et qu'il avait continué jusqu'à cette date. Le dossier révèle que l'avocat qui était derrière toutes les opérations relatives à l'immeuble hypothéqué de l'appelante avait, en fait, payé les intérêts jusqu'à la fin d'avril 1962, c'est-à-dire sur une période allant au-delà de la date à laquelle le jugement par défaut a été rendu et au-delà de celle du bref de possession.

Le jugement par défaut était un jugement conditionnel de forclusion et son 1^{er} paragraphe ordonnait un renvoi au *Master*, pour les recherches habituelles relatives aux comptes et au rachat ou à la forclusion. Alice Dale ne fit pas procéder au renvoi ordonné par le 1^{er} paragraphe du jugement par défaut mais prétendit plutôt agir en vertu du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque, et c'est ce qui soulève la question au cœur du présent litige. En bref, avait-elle le droit d'exercer le pouvoir de

the power of sale against the appellant who had not entered an appearance, had not filed a defence and had not filed a notice of her desire of an opportunity to redeem, and to do so after the judgment *nisi* for foreclosure and without the leave of the Court?

The trial judge founded himself on the principle expressed in *Stevens v. Theatres, Ltd.*², a case which was followed by the British Columbia Court of Appeal in *De Beck v. Canada Permanent Loan and Savings Co.*³ and approvingly referred to by Stewart J. in *Marshall v. Miles*⁴, at p. 397. Although there is language in the reasons of Farwell J. in the *Stevens* case that indicates that it was because the decree *nisi* of foreclosure directed a reference and also a reconveyance (as under the paragraph deleted from the default judgment herein) that the power of sale was suspended and could not be exercised without leave of the Court, the trial judge viewed the case in wider compass. For him, the direction in para. 1 of the default judgment for a reference was enough to preclude exercise of the power of sale without leave of the Court.

In the Court of Appeal, Arnup J.A. speaking for the Court, was of opinion that the *Stevens* case was inapplicable by reason of the omission of the deleted paragraph from the default judgment and, moreover, that his result was compelled by the change in mortgage practice that occurred in Ontario after 1941. His reasons contain the following:

In my opinion, the *Stevens* rule did not apply in Ontario after 1941 in a situation where a defendant by writ (as mortgagor) did not enter an appearance nor file a D.O.R., even if there were encumbrancers, thus requiring a reference. There would be in such a case no judgment under which the mortgagor acquired rights that would be taken away by the mortgagee's exercising his power of sale. This conclusion is further justified by the facts of this case, namely, that the actual judgment issued is completely silent as to any right of redemption, or direction to the mortgagee to reconvey on payment. The exercise of the power of sale by the mortgagee was

vente à l'encontre de l'appelante qui n'avait pas comparu, n'avait pas produit de défense et n'avait pas déposé d'avis exprimant son désir d'avoir l'occasion de racheter? Avait-elle le droit de l'exercer après le jugement conditionnel de forclusion et sans la permission de la Cour?

Le juge de première instance s'est appuyé sur le principe exprimé dans *Stevens v. Theatres, Ltd.*², arrêt suivi par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *DeBeck v. Canada Permanent Loan and Savings Co.*³ et cité avec approbation par le juge Stewart dans *Marshall v. Miles*⁴, à la p. 397. Bien que le libellé des motifs du juge Farwell dans *Stevens* indique que c'est parce que le jugement conditionnel de forclusion ordonnait un renvoi et également une rétrocession (comme dans le paragraphe supprimé dans le jugement par défaut, dans l'espèce présente) que le pouvoir de vente était suspendu et ne pouvait être exercé sans permission de la Cour, le juge de première instance a vu l'affaire sous un angle plus large. Pour lui, l'ordonnance de renvoi au 1^{er} paragraphe du jugement par défaut suffisait à empêcher l'exercice du pouvoir de vente sans permission de la Cour.

Parlant au nom de la Cour d'appel, le juge Arnup a été d'avis que *Stevens* était inapplicable en raison de l'omission du paragraphe supprimé dans le jugement par défaut et qu'au surplus ce résultat était imposé par les changements intervenus dans la procédure hypothécaire en Ontario depuis 1941. Ses motifs contiennent le passage suivant:

[TRADUCTION] A mon avis, la règle *Stevens* ne s'applique plus en Ontario depuis 1941 dans la situation où un défendeur actionné en tant que débiteur hypothécaire ne fait pas acte de comparution ni ne dépose un D.O.R., même s'il y a des créanciers subséquents, obligeant ainsi à un renvoi. Il n'y a dans ce cas aucun jugement en vertu duquel le débiteur hypothécaire a acquis des droits qui lui seraient ôtés par l'exercice, par le créancier hypothécaire, de son pouvoir de vente. Cette conclusion est encore plus justifiée en l'espèce puisque le jugement effectivement rendu est complètement silencieux sur une quelconque faculté de rachat ou obligation du créancier

² [1903] 1 Ch. 857.

³ (1907), 12 B.C.R. 409.

⁴ [1970] 3 O.R. 394.

² [1903] 1 Ch. 857.

³ (1907), 12 B.C.R. 409.

⁴ [1970] 3 O.R. 394.

not in any way contrary to the order of the Court which had been issued at the behest of the mortgagee.

I would observe that the learned judge's statement in the above-quoted passage that there was no right of redemption given in the default judgment herein is not correct, unless it be taken as a specific reference to the mortgagors right of redemption as depending only on whether there was a direction to reconvey, pursuant to the deleted paragraph. In the absence of this paragraph, it was the learned judge's opinion, fortified by the change in Ontario mortgage practice, that para. 1 of the default judgment referred only to redemption by subsequent encumbrancers and, even if there were such encumbrancers, the failure to proceed to a reference was not a matter of which the mortgagor could complain.

Arnup J.A. conceded that his conclusion "may seem to be a highly technical position to reach but the *Stevens* rule itself is a technical one . . .". I do not think so in the light of the regard which equity has always had for the position of a mortgagor. "Once a mortgage, always a mortgage" is not an idle maxim when even a final order of foreclosure may, in some circumstances, be set aside. Under the original draft of the default judgment containing the paragraph subsequently deleted, the only provision for redemption is in para. 1; the deleted paragraph builds upon para. 1 by referring back to it, and is based upon the assumption that a reference before the Master will take place.

Counsel for the respondent in this Court viewed the deleted paragraph as relating to judgment on the covenant for payment of the mortgage debt, but I do not think that this meets the issue here. The question in this case is whether the excision of the draft para. 2 *ipso facto* relieves the mortgagee in equity from holding the property to answer the exercise by the mortgagor of the equitable right to redeem when the legal right has been lost by a default in payment at the time prescribed in the

hypothécaire de rétrocéder après paiement. L'exercice, par le créancier hypothécaire, de son pouvoir de vente, n'était aucunement contraire à l'ordonnance que la cour avait rendue à sa requête.

Je ferais observer que l'affirmation du savant juge, dans le passage précité, selon laquelle le jugement par défaut n'accordait en l'espèce aucune faculté de rachat, n'est pas exacte, à moins de la considérer comme voulant faire dépendre uniquement la faculté de rachat du débiteur hypothécaire de l'existence d'un ordre de rétrocession, comme dans le paragraphe supprimé. En l'absence de ce paragraphe, et fortifié par les changements intervenus dans la procédure hypothécaire en Ontario, le savant juge était d'avis que le 1^{er} paragraphe du jugement par défaut visait seulement le rachat par des créanciers subséquents et que, même s'il y avait de tels créanciers, le débiteur hypothécaire n'avait pas lieu de se plaindre du défaut de faire procéder au renvoi.

Le juge Arnup a reconnu que sa conclusion [TRADUCTION] «peut sembler une prise de position extrêmement procédurale mais la règle *Stevens* elle-même est une règle de procédure . . .». Je ne pense pas qu'il en soit ainsi, si l'on considère la façon dont l'*equity* a toujours considéré la position du débiteur hypothécaire. [TRADUCTION] «Une hypothèque est toujours une hypothèque» n'est pas une maxime vaine lorsque même une ordonnance définitive de forclusion peut, dans certaines circonstances, être révoquée. Selon la rédaction originale du jugement par défaut contenant le paragraphe supprimé par la suite, la seule disposition envisageant le rachat se trouve au 1^{er} paragraphe; le paragraphe supprimé se fonde sur le par. 1 en s'y référant et repose sur la présomption qu'un renvoi devant le *Master* aura lieu.

Le procureur de l'intimée devant cette Cour voyait le paragraphe supprimé comme se rapportant au jugement sur l'engagement de paiement de la dette hypothécaire, mais je ne pense pas que cela réponde à la question dont il s'agit ici. La question en l'espèce est de savoir si la suppression du par. 2 du projet de jugement dispense *ipso facto* le créancier hypothécaire en *equity* de conserver l'immeuble pour faire face à l'exercice, par le débiteur hypothécaire, du droit que lui confère

mortgage. The contention of the respondent, which was upheld by the Ontario Court of Appeal, is that para. 1 of the default judgment did not preserve any right of redemption by the mortgagor.

In the *Stevens* case, it does not appear that the judgment *nisi* for foreclosure was a default judgment. The recital of facts includes the statement that the order *nisi* for foreclosure was in the common form, directing accounts and directing the plaintiff to reconvey the property on payment of what should be found due. Instead of proceeding to a reference the mortgagee gave notice to the mortgagor of intention to sell, and two weeks later entered into a contract of sale which was later followed by a conveyance to the purchaser. The holding of Farwell J. that the power of sale in the mortgage was suspended in view of the judgment *nisi* for foreclosure and could not be exercised without leave of the Court "because it prejudices the rights given to the mortgagor under the direction to reconvey" relates, of course, to the actual terms of the judgment *nisi* in that case.

The question that arises is whether the *Stevens* case expresses a principle which is equally applicable where there is a provision, as here, for a reference and for redemption or foreclosure under a default judgment *nisi* which, as approved by the Registrar (or Assistant Registrar) omits the follow-up clause containing the direction to reconvey upon payment of the amounts found due on the reference. In the course of his reasons, Farwell J. made some general observations as to the relations of mortgagor and mortgagee which, I think, are relevant here. He said this (at p. 860):

Now this question—whether a decree for foreclosure directing accounts and reconveyance, or, by parity of reasoning, a decree for redemption directing accounts and reconveyance, on payment, operates to prevent the exercise of the power of sale in the mortgage, or that given by the statute—has to be decided on principle in the absence of authority. The first proposition, which I think is plain, is this—neither the mortgagee nor the mortgagor is entitled to dismiss his action, or to discon-

l'*equity* de le racheter lorsque, faute de payer à l'échéance prescrite par l'hypothèque, il en a perdu la faculté en droit strict. La prétention de l'intimée, accueillie par la Cour d'appel de l'Ontario, est que le par. 1 du jugement par défaut ne préservait aucun droit de rachat par la débitrice hypothécaire.

Dans *Stevens*, il ne semble pas que le jugement conditionnel de forclusion était un jugement par défaut. L'exposé des faits contient l'affirmation que l'ordonnance conditionnelle était en la forme usuelle, ordonnant que les comptes soient dressés et que le demandeur rétrocède l'immeuble après paiement de ce qui lui était dû. Au lieu de faire procéder à un renvoi, le créancier hypothécaire avisa le débiteur de son intention de vendre et, deux semaines après, passa un contrat de vente suivi plus tard d'un transfert à l'acheteur. La décision du juge Farwell, selon laquelle le pouvoir de vente attaché à l'hypothèque était suspendu en raison du jugement conditionnel de forclusion et ne pouvait être exercé sans permission de la Cour [TRADUCTION] «parce qu'il porte atteinte aux droits donnés au débiteur hypothécaire en vertu de l'ordre de rétrocession», est évidemment reliée au libellé même du jugement conditionnel dans cette affaire.

La question qui se pose est de savoir si *Stevens* exprime un principe qui est également applicable lorsque renvoi et rachat ou forclusion sont prévus, comme ici, dans un jugement conditionnel par défaut qui, avec l'approbation du registraire (ou du registraire adjoint), omet la clause complémentaire contenant l'ordre de rétrocéder sur paiement des montants trouvés dus lors du renvoi. Le juge Farwell a, dans ses motifs, fait quelques observations générales sur les relations du débiteur et du créancier hypothécaires qui sont, je crois, pertinentes en l'espèce. Il dit ceci (p. 860):

[TRADUCTION] Ceci dit, la question de savoir si un décret de forclusion ordonnant des comptes et la rétrocession ou, par analogie, un décret de rachat ordonnant des comptes et la rétrocession sur paiement a pour effet d'empêcher l'exercice du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque ou de celui prévu par la loi, doit, à défaut de jurisprudence, être résolue compte tenu des principes. La première proposition, qui me paraît évidente, est celle-ci: ni le débiteur hypothécaire ni le créancier hypo-

tinue after judgment. The general principle on which the Court acts with regard to actions of this sort is to regard the plaintiff as dominus litis until judgment; but if, and so far as the judgment operates for the benefit, not merely of himself but for some one else, he cannot get rid of his action *mero motu* after judgment. . . .

Now, if the plaintiff cannot get rid of his action after judgment because the judgment is for the benefit also of the defendants, it must follow that he cannot in any way vary the form of that judgment by doing an act which would put it out of his power to perform that which the Court has directed him to do as the condition of getting the judgment.

It is also useful to consider the British Columbia case of *DeBeck v. Canada Permanent Loan and Savings Co.*, *supra*. There, a mortgagee obtained a judgment *nisi* for foreclosure against the mortgagor who had appeared in the action and filed a defence, and also a judgment *nisi* for foreclosure against a second mortgagee who did not (apparently) appear and did not file a defence. A reference was had, and neither the mortgagor nor the second mortgagee attempted to redeem within the six month period fixed on the reference. The foreclosing mortgagee then purported to sell the property, having given notice to the mortgagor but not to the second mortgagee, but without having obtained an order absolute for foreclosure and without having the leave of the Court. The purchaser knew of the foreclosure proceedings. Three years later the mortgagor and the second mortgagee made a tender seeking redemption, and when it was denied they sued the foreclosing mortgagee and the purchaser claiming that they were entitled to redeem.

Their claim was upheld by Hunter C.J. whose judgment, relying on the *Stevens* case, was sustained on appeal. The trial judge noted that the sale agreement was made before the expiry of the time fixed for redemption, and the foreclosing mortgagee was therefore disentitled to sell without leave of the Court. This is entirely consistent with the principle of the *Stevens* case. If a private sale is prohibited without leave of the Court where a

thécaire n'a le droit de se désister de son action ou de renoncer après jugement. Le principe général qu'appliquent les tribunaux dans des actions de cette sorte est que le demandeur doit être considéré comme le *dominus litis* jusqu'au jugement; mais dès lors que le jugement, et dans la mesure où il le fait, produit des effets en faveur non seulement du demandeur mais aussi de quelqu'un d'autre, il ne peut se défaire de son action *mero motu* après jugement. . . .

Ceci dit, si le demandeur ne peut se défaire de son action après jugement parce que le jugement profite aussi aux défendeurs, il doit s'ensuivre qu'il ne peut en aucune façon modifier la forme de ce jugement en accomplissant un acte qui se situerait en dehors de son pouvoir d'exécuter ce que la cour lui a ordonné de faire comme condition d'obtention du jugement.

Il est également utile d'examiner l'affaire de Colombie-Britannique, *DeBeck v. Canada Permanent Loan and Savings Co.*, précitée. Il s'agissait d'un créancier hypothécaire qui avait obtenu un jugement conditionnel de forclusion contre le débiteur hypothécaire qui avait comparu à l'action et produit une défense, ainsi qu'un jugement conditionnel de forclusion contre un second créancier hypothécaire qui (apparemment) n'avait pas comparu ni produit de défense. Un renvoi eut lieu et ni le débiteur ni le second créancier hypothécaire ne tentèrent de racheter durant la période de six mois fixée en renvoi. Le créancier hypothécaire saisissant entendit alors vendre l'immeuble, après en avoir avisé le débiteur, mais sans en aviser le second créancier hypothécaire et sans avoir obtenu de jugement définitif de forclusion ni la permission de la Cour. L'acheteur était au courant des procédures de forclusion. Trois ans plus tard, le débiteur et le second créancier hypothécaire firent une offre de rachat et, celle-ci ayant été refusée, ils poursuivirent le créancier hypothécaire saisissant et l'acheteur, prétendant avoir le droit de racheter.

Leur demande fut accueillie par le juge en chef Hunter dont le jugement, qui s'appuyait sur *Stevens*, fut confirmé en appel. Le juge de première instance releva que le contrat de vente avait été passé avant l'expiration du délai fixé pour le rachat et que le créancier hypothécaire saisissant n'avait donc pas le droit de vendre sans la permission de la Cour. Cela est parfaitement compatible avec le principe posé par *Stevens*. Si une vente

reference is directed but has not been held, it must equally be prohibited where it is held but the period fixed thereunder for redemption has not expired.

What emerges from the *DeBeck* case is a reassertion of the well-established proposition that the equitable right to redeem is more than a mere equity but is, indeed, an interest in the mortgaged land which is not lightly to be put aside and which is enforceable by courts of equity: see *Falconbridge, Law of Mortgages* (3rd. ed. 1942), pp. 50-53. I question, therefore, whether it can be put aside by a rule of practice that would preclude a Court from considering all the circumstances that may support a discretion to allow redemption, albeit on terms.

In his reasons in the Court of Appeal, Arnup J.A. emphasized the view that the reason for the suspension of the power of sale under a judgment *nisi* for foreclosure, unless leave of the Court is obtained, is that the mortgagor is given certain rights under the foreclosure judgment (for example, the right to a reconveyance on paying what is owing, as ascertained on a reference), and a sale without leave would deprive him of those rights. I think that this overlooks the fact that a mortgagor under a judgment *nisi* for foreclosure has not yet been deprived of his pre-existing equitable right to redeem; the judgment *nisi* cannot be said to have conferred new rights but rather to have prescribed a procedure by which the existing right could be pursued and the property reclaimed, so long as the foreclosure did not become absolute.

There were in the present case, subsequent encumbrancers, namely, another mortgagee and two execution creditors, and if the mortgagee had on that account proceeded to a reference instead of purporting to exercise a power of sale without leave, I am of the opinion that the mortgagor, although not entitled to notice of the reference by reason of her non-appearance, would have been entitled to invoke the equitable jurisdiction of the Court to claim a right to redeem on payment of the amounts found owing on the reference and on

privée est interdite sans la permission de la Cour quand un renvoi a été ordonné mais n'a pas eu lieu, elle doit l'être également lorsque le renvoi a lieu mais que le délai de rachat qui y est fixé n'est pas expiré.

Ce qui ressort de *DeBeck*, c'est la réaffirmation d'une théorie bien établie selon laquelle le droit de racheter en *equity* est plus qu'une simple faculté mais est, en réalité, un droit réel sur le bien-fonds hypothéqué qui ne saurait être écarté à la légère et que les cours d'*equity* pourront faire respecter: voir *Falconbridge, Law of Mortgages* (3^e éd. 1942), pp. 50 à 53. Je me demande, en conséquence, si un tel droit peut être écarté par une règle de procédure qui empêcherait un tribunal de prendre en considération toutes les circonstances de nature à le justifier d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'autoriser le rachat, sous certaines conditions.

Dans ses motifs en Cour d'appel, le juge Arnup a souligné que la raison pour laquelle le pouvoir de vente est, sauf autorisation judiciaire, suspendu aux termes d'un jugement conditionnel de forclusion, est que le débiteur hypothécaire se voit conférer certains droits par le jugement de forclusion (par exemple, le droit à une rétrocession sur paiement de la dette fixée en renvoi) et qu'une vente sans autorisation le priverait de ces droits. Je pense que c'est oublier que le débiteur hypothécaire qui est sous le coup d'un jugement conditionnel de forclusion, n'est pas encore privé de son droit de rachat préexistant en *equity*. On ne peut dire que le jugement conditionnel confère de nouveaux droits mais plutôt qu'il détermine la procédure selon laquelle le droit existant peut être exercé et l'immeuble réclamé, tant que la forclusion n'est pas devenue définitive.

Dans la présente espèce, il y avait des créanciers subséquents, à savoir un autre créancier hypothécaire et deux créanciers saisissants en vertu d'un jugement. Si le créancier hypothécaire avait en conséquence procédé à un renvoi au lieu de prétendre exercer un pouvoir de vente sans permission, je suis d'avis que la débitrice hypothécaire, quoique n'ayant pas le droit d'être avisée du renvoi puisqu'elle n'avait pas comparu, aurait eu le droit d'invoquer la compétence d'*equity* de la Cour pour se faire reconnaître le droit de racheter sur paie-

such other terms as the Court might fix in view of the default of appearance. If this be so, I do not see how the mortgagee could improve her position by proceeding to a sale under the mortgage without leave when she had crystallized her remedies through a judgment *nisi* which called for a reference. To sell in such circumstances, not by order of the Court nor by its leave, is to defeat what the Court has formally directed.

The Court of Appeal would have it that Ontario Rule 460A, introduced as of May 31, 1941 and companion changes in the Rules, have altered the position of a mortgagor by obliging him to file a notice of desire of opportunity to redeem (known as a D.O.R.) if he does not otherwise wish to defend the foreclosure action; failing this (and failing defence), his previous automatic right to redemption is said to be lost. Rule 460A, which became Rule 465 in the 1960 consolidation of the Ontario Rules and which was in force at the material times herein, is as follows:

Where a defendant by writ in an action for foreclosure or sale desires an opportunity to redeem the mortgaged premises but does not otherwise desire to defend the action, he shall within the time allowed for appearance file and serve a memorandum entitled in the action to the following effect: 'I desire an opportunity to redeem the mortgaged premises', whereupon he shall be entitled to four days notice of the taking of the account of the amount due to the plaintiff and shall have six calendar months from the time of the taking of the account to redeem the mortgaged premises.

This Rule must be read with Rule 467 which makes it clear that the failure to appear or to file a D.O.R. enables the plaintiff to sign judgment for immediate foreclosure, subject to a reference being required as to encumbrancers, and the plaintiff will be entitled to a final order of foreclosure if on the reference no encumbrancer proves a claim.

The Rule changes do not appear to have dealt with the case where, as here, a plaintiff does not proceed to final judgment for foreclosure upon a

ment des sommes trouvées dues en renvoi et aux conditions que la Cour pouvait déterminer étant donné le défaut de comparution. S'il en est ainsi, je ne vois pas comment la créancière hypothécaire pouvait améliorer sa position en procédant, sans permission, à une vente en vertu de l'hypothèque, alors qu'elle avait cristallisé ses recours dans un jugement conditionnel qui imposait un renvoi. Vendre dans de telles circonstances, sans ordre ni permission de la Cour, revient à méconnaître ce que la Cour a formellement ordonné.

La Cour d'appel a soutenu que la règle 460A de l'Ontario, mise en vigueur le 31 mai 1941, ainsi que les modifications corrélatives aux Règles de procédure ont modifié la position du débiteur hypothécaire en l'obligeant à déposer un avis exprimant son désir d'avoir l'occasion de racheter (couramment appelé D.O.R.) s'il n'entend pas présenter d'autre défense à l'action en forclusion. À défaut de cet avis (et à défaut de défense), le droit de rachat automatique qu'il avait antérieurement serait perdu. La règle 460A, qui est devenue la règle 465 dans la refonte des Règles de pratique de l'Ontario effectuée en 1960, et qui était en vigueur à l'époque des faits de l'espèce, se lit comme suit:

[TRADUCTION] Le défendeur à une action en forclusion ou vente forcée qui désire avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués mais ne désire pas présenter d'autre défense à l'action, doit, dans le délai de comparution, déposer et signifier une note portant l'intitulé de l'action et ayant la teneur suivante: «Je désire avoir une occasion de racheter les lieux hypothéqués», sur quoi il aura droit à un avis de quatre jours de l'établissement du compte du montant dû au demandeur et aura six mois à compter de cet établissement pour racheter les lieux hypothéqués.

Cette règle doit être lue avec la règle 467 qui indique clairement que le défaut de comparaître ou de déposer un D.O.R. habilite le demandeur à obtenir jugement en forclusion immédiate, sauf si un renvoi est exigé quant aux créanciers, et le demandeur aura droit à une ordonnance définitive de forclusion si, lors du renvoi, aucun créancier ne prouve son droit.

Les modifications apportées aux Règles ne semblent pas avoir touché le cas où, comme ici, un demandeur ne requiert pas un jugement définitif

default by the mortgagor and on his failure to file a D.O.R., but instead seeks a judgment *nisi*. It is my opinion that such a judgment leaves open the equitable right to redeem, at least until judgment absolute is obtained, and that the plaintiff cannot sell under the power of sale without leave of the Court.

I return, too, to the observation previously made that the judgment *nisi* in this case does direct a reference, although the consequences thereof are not spelled out because of the deleted paragraph. The deletion is, however, mere form and the prevailing practice of allowing six months to redeem after the taking of accounts would be applicable.

Counsel for the appellant stressed the equities of the present case and, apart from the question of delay, they are clearly with the appellant. I refer to three matters; first, the property, mortgaged for \$4,000, was sold to the respondents for \$25,500; second, the solicitor, who was in complete charge of the dealings between the appellant and Alice Dale, acted on behalf of the latter to the detriment of the former; and third, there were existing subsequent encumbrancers of whom, apparently, no notice was taken by the solicitor and who were entitled to consideration in the foreclosure proceedings, and certainly, upon the reference directed by the judgment *nisi*.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal and restore the judgment of Moorhouse J. with costs to the appellant throughout.

JUDSON J. (*dissenting*)—The appellant Helga Petranik brought an action against Alice Dale, Frederick Parker and Eugene Berwick, claiming a declaration that a \$5,000 mortgage on a house and lot known as 62 La Rose Avenue, Etobicoke, Ontario, which was purportedly executed by Mrs. Petranik in favour of Mrs. Dale, was null and void, and that Parker and Berwick, who purchased the property from Mrs. Dale under power of sale in the mortgage, held the property in trust for Mrs. Petranik. Mrs. Dale counterclaimed for the difference between the amount realized on the sale and

de forclusion sur défaut du débiteur hypothécaire de comparaître et de déposer un D.O.R., mais demande à la place un jugement conditionnel. A mon avis, un tel jugement laisse intact le droit de racheter en *equity*, tout au moins jusqu'à l'obtention du jugement définitif. Le demandeur ne peut exercer le pouvoir de vente sans permission de la cour.

Je rappelle également qu'en l'espèce, le jugement conditionnel ordonne expressément un renvoi, encore que les conséquences n'en soient pas précisées à cause du paragraphe supprimé. La suppression n'est cependant que pure forme et la pratique courante, qui consiste à accorder un délai de rachat de six mois après l'établissement des comptes, est applicable.

Les procureurs de l'appelante ont insisté sur les considérations d'équité dans la présente affaire et, mise à part la question du retard, elles sont nettement en faveur de l'appelante. J'en relève trois: d'abord, l'immeuble, hypothéqué pour \$4,000, a été vendu \$25,500 aux intimés; ensuite, l'avocat, qui était entièrement chargé des négociations entre l'appelante et Alice Dale, a agi au profit de celle-ci au détriment de celle-là; et enfin, il existait des créanciers subséquents dont, apparemment, l'avocat n'a tenu aucun compte et qui avaient le droit d'être pris en considération lors des procédures de forclusion et, en tout cas, lors du renvoi ordonné par le jugement conditionnel.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir le jugement du juge Moorhouse, avec dépens en faveur de l'appelante dans toutes les cours.

LE JUGE JUDSON (*dissident*)—L'appelante Helga Petranik a intenté une action contre Alice Dale, Frederick Parker et Eugene Berwick, demandant qu'il soit déclaré qu'une hypothèque de \$5,000 sur une maison et un lot situés au 62, avenue La Rose à Etobicoke, en Ontario, qui avait été censément consentie par M^{me} Petranik en faveur de M^{me} Dale, était nulle et que Parker et Berwick, qui avaient acheté l'immeuble de M^{me} Dale en vertu du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque, le détenaient en fiducie pour le compte de M^{me} Petranik. Par demande reconventionnelle,

the amount owing to her on the mortgage and for expenses incurred. Parker and Berwick counter-claimed for damages suffered when a notice of claim registered on title by Mrs. Petranik prevented them from selling 62 La Rose after they had built another home on other property.

Moorhouse J., in a judgment dated June 3, 1971, found that the mortgage was valid to the extent of \$4000, but that the sale to Parker and Berwick, which took place after Mrs. Dale had obtained judgment *nisi* in a foreclosure action of which Parker and Berwick had notice, was null and void. The defendants Parker and Berwick appealed to the Ontario Court of Appeal which, in a unanimous judgment written by Arnup J.A., reported at [1973] 2 O.R. 217, held that the exercise of the power of sale was not invalid since the mortgagor had not given notice that she desired an opportunity to redeem and the judgment *nisi* did not confer any rights on the mortgagor which could be defeated by a sale. The plaintiff appealed to this Court.

Although the case involves *The Mortgages Act*, R.S.O. 1960, c. 245, and the Rules of Practice, R.R.O. 1960, Reg. 396, both of which have been substantially amended, it raises an issue which could affect other properties sold under power of sale within the limitation period of the last ten years: *The Limitations Act*, R.S.O. 1970, c. 246, s. 4.

The issue is not merely one of practice, but, as in any mortgage action, one of equity. It is well established that even a final foreclosure order can be reopened if the circumstances warrant such action. It is thus important to inquire into the dealings of the parties though they are complex and reach back many years.

M^{me} Dale a réclamé la différence entre le montant réalisé lors de la vente et le montant qui lui était dû en vertu de l'hypothèque, ainsi que le remboursement des dépenses engagées. Par demande reconventionnelle, Parker et Berwick ont réclamé des dommages-intérêts pour le préjudice qu'ils avaient subi lorsqu'un avis de réclamation enregistré contre le titre de propriété par M^{me} Petranik les avait empêchés de vendre le 62, La Rose après qu'ils ont construit une autre maison sur un autre terrain.

Le juge Moorhouse, dans un jugement du 3 juin 1971, a estimé que l'hypothèque était valide à concurrence de \$4,000, mais que la vente à Parker et Berwick, qui avait eu lieu après que M^{me} Dale eut obtenu un jugement conditionnel dans une action en forclusion dont Parker et Berwick avaient été avisés, était nulle. Les défendeurs Parker et Berwick ont fait appel à la Cour d'appel de l'Ontario qui, dans un jugement unanime rédigé par le juge Arnup, publié dans [1973] 2 O.R. 217, a décidé que le pouvoir de vente n'avait pas été irrégulièrement exercé puisque la débitrice hypothécaire n'avait pas donné avis de son désir d'avoir une occasion de racheter et que le jugement conditionnel ne lui conférait aucun droit auquel une vente puisse faire échec. La demanderesse en a alors appelé à notre Cour.

Bien que *The Mortgages Act*, R.S.O. 1960, c. 245 et les Règles de pratique, R.R.O. 1960, R. 396, que cette affaire met en jeu, aient été toutes deux profondément modifiées depuis, cette affaire soulève une question qui peut viser d'autres immeubles vendus en vertu d'un pouvoir de vente durant la période de prescription des dix dernières années: *The Limitations Act*, R.S.O. 1970, c. 246, art. 4.

La question n'est pas seulement d'ordre procédural. C'est aussi, comme dans toute action hypothécaire, une question d'*equity*. Il est bien établi en effet que même une ordonnance définitive de forclusion peut être réouverte si les circonstances le justifient. Il est donc important d'examiner les relations entre les parties même si elles sont complexes et remontent à de nombreuses années.

The appellant Helga Petranik and her husband Ludwik came to Canada from Germany in 1949 and worked industriously to establish themselves. Mr. Petranik worked on the construction of houses, at first as a carpenter and then as a self-employed contractor. In 1951 the Petraniks built a triplex at 38 Beckett Avenue. They rented two units and lived in the other until 1957 when they moved into a house which Mr. Petranik had built on Hadrian Drive. They stayed there two months until the house was sold and then moved into a house which Mr. Petranik had built at 37 Beckett Avenue. Mrs. Petranik, on the recommendation of a friend at work, consulted Mr. G. A. Howell, a solicitor, about a by-law affecting 38 Beckett Avenue. Mr. Howell had clients willing to invest in mortgages, and the Petraniks came to rely on him for some of the financing for their growing construction business.

Unfortunately, the conduct of Mr. Howell's mortgage practice was, in the words of the trial judge, "irresponsible, incompetent or negligent". It appears that as Mr. Petranik needed money, Mr. Howell would have him or Mrs. Petranik execute a mortgage on one of their properties. There is reason for suspicion that some of these mortgages may have been executed in blank to be used as needed. The trial judge did not find that Mr. Howell had acted fraudulently, but he certainly acted improperly, not only on the mortgage transactions where he acted for both parties, but at trial where he represented Mrs. Dale against Mrs. Petranik.

One of the mortgages registered against 37 Beckett Avenue was a mortgage for \$5,000 in favour of Mrs. Dale, a client of Mr. Howell and the 83 year old mother of Mr. Howell's secretary. On January 11, 1956, Mrs. Dale had advanced \$4,000 to Mr. Howell by a cheque marked "Re: Petranik Loan". It was alleged, but not established, that in return she received an unregistered mortgage from the Petraniks on three houses on Hadrian Drive. On January 12, 1958, Mrs. Dale

Originaires d'Allemagne, Helga Petranik et son mari Ludwik arrivèrent au Canada en 1949 et travaillèrent assidûment à s'y établir. M. Petranik travailla dans la construction domiciliaire, d'abord comme charpentier, puis comme entrepreneur indépendant. En 1951, les Petranik construisirent un triplex au 38, avenue Beckett. Ils louèrent deux des logements et vécurent dans le troisième jusqu'en 1957, date à laquelle ils emménagèrent dans une maison que M. Petranik avait construite sur la promenade Hadrian. Ils y restèrent deux mois jusqu'à ce que la maison soit vendue et emménagèrent alors dans une maison que M. Petranik avait construite au 37, avenue Beckett. M^{me} Petranik, sur la recommandation d'une amie qui travaillait avec elle, consulta un avocat, M^c G. A. Howell, à propos d'un règlement qui visait le 38, avenue Beckett. M^c Howell avait des clients qui voulaient faire des placements hypothécaires et les Petranik s'en remirent à lui pour une partie du financement de leur entreprise de construction en expansion.

Malheureusement, M^c Howell menait sa pratique hypothécaire, selon les propres termes du juge de première instance, de façon [TRADUCTION] «irresponsable, incompétente ou négligente». M. Petranik ayant besoin d'argent, il semble que M^c Howell aurait amené M. Petranik ou M^{me} Petranik à consentir une hypothèque sur un de leurs immeubles. Il y a quelque raison de soupçonner que certaines de ces hypothèques aient pu être signées en blanc pour être utilisées au besoin. Le juge de première instance n'a pas considéré que M^c Howell avait agi frauduleusement mais qu'il avait certainement agi contre l'éthique professionnelle, non seulement en agissant pour les deux parties lors d'opérations hypothécaires mais en représentant M^{me} Dale au procès contre M^{me} Petranik.

L'une des hypothèques enregistrées sur le 37, avenue Beckett était une hypothèque de \$5,000 en faveur de M^{me} Dale. Cliente de M^c Howell et mère de la secrétaire de celui-ci, elle était âgée de 83 ans. Le 11 janvier 1956, M^{me} Dale avait avancé \$4,000 à M^c Howell avec un chèque portant l'inscription [TRADUCTION]: «Objet: prêt Petranik». Il a été allégué, mais non prouvé, qu'en retour elle avait obtenu des Petranik une hypothèque non enregistrée sur trois maisons de la promenade

gave Mr. Petranik an additional \$1,000 which was added to the mortgage principal. A \$5,000 mortgage was then registered against 37 Beckett Avenue. The Petraniks claimed that the \$1,000 was not a loan but was part payment for renovations which Mr. Petranik had completed for another client of Mr. Howell. The trial judge accepted this explanation, but since there was evidence that the Petraniks had made payments to Mrs. Dale for interest on a loan of \$4,000, he rejected the Petraniks' claim that they had never borrowed money from Mrs. Dale.

In May 1958, Helga Petranik purchased municipal lots 62 and 64 La Rose Avenue for \$12,800. She paid \$3,500 cash and the vendor took back a mortgage for \$9,800. Two months later, Mr. Petranik exchanged 37 Beckett Avenue for 50 acres of farmland in Chinguacousy Township. Mrs. Dale's mortgage on 37 Beckett was discharged before the exchange, and in its place Mrs. Petranik executed a mortgage on 62 La Rose in favour of Mrs. Dale for \$5,000. This was dated July 12, 1958, but not registered until January 8, 1959. In the meantime, in order to finance the construction of a house on 62 La Rose, Mrs. Petranik arranged through Mr. Howell to mortgage the property to Mr. White for \$16,000. This mortgage was executed November 1, 1958 and registered December 11, 1958. On March 10, 1959, a further mortgage was registered against both 62 and 64 La Rose Avenue to secure \$3,000 which was purportedly advanced by Richard and Stella Graham, also clients of Mr. Howell. The first mortgage to the vendor was discharged on March 21, 1959, the discharge being registered on April 22, 1959. On September 23, 1960, White assigned part of his mortgage to May E. Wallace. Thus, in 1960, 62 La Rose was mortgaged to White and Wallace for \$16,000, to Dale for \$5,000, and to the Grahams for \$3,000.

In July 1961 the Petraniks moved to Chatham, Ontario, where Mr. Petranik worked on a construction project. They rented 62 La Rose to Ivor Andrew who lived there with his family from July

Hadrian. Le 12 janvier 1958, M^{me} Dale remit à M. Petranik \$1,000 supplémentaires qui furent ajoutés au principal de la dette hypothécaire. Une hypothèque de \$5,000 fut alors enregistrée sur le 37, avenue Beckett. Les Petranik ont fait valoir que les \$1,000 ne représentaient pas un prêt mais le paiement partiel de renovations que M. Petranik avait effectuées pour un autre client de M^c Howell. Le juge de première instance a accepté cette explication, mais puisqu'il était prouvé que les Petranik avaient versé à M^{me} Dale des intérêts sur un prêt de \$4,000, il a rejeté leur prétention selon laquelle ils n'avaient jamais emprunté d'argent à M^{me} Dale.

En mai 1958, Helga Petranik acheta des lots situés aux numéros 62 et 64 de l'avenue La Rose pour \$12,800. Elle versa \$3,500 comptant et le vendeur prit une hypothèque de \$9,800. Deux mois plus tard, M. Petranik échangea le 37, avenue Beckett contre 50 acres de terre à culture dans le canton de Chinguacousy. L'hypothèque de M^{me} Dale sur le 37, avenue Beckett fut purgée avant l'échange et, à sa place, M^{me} Petranik consentit à M^{me} Dale une hypothèque de \$5,000 sur le 62, avenue La Rose. Celle-ci était datée du 12 juillet 1958, mais elle ne fut enregistrée que le 8 janvier 1959. Entre-temps, pour financer la construction d'une maison au 62, avenue La Rose, M^{me} Petranik consentit, par l'intermédiaire de M^c Howell, une hypothèque de \$16,000 sur l'immeuble à M. White. Cette hypothèque fut signée le 1^{er} novembre 1958 et enregistrée le 11 décembre 1958. Le 10 mars 1959, une autre hypothèque fut enregistrée sur les 62 et 64, avenue La Rose pour garantir \$3,000 censément avancés par Richard et Stella Graham, également clients de M^c Howell. La première hypothèque du vendeur fut purgée le 21 mars 1959, la purge étant enregistrée le 22 avril 1959. Le 23 septembre 1960, White céda une partie de son hypothèque à May E. Wallace. Ainsi, en 1960, le 62, avenue La Rose était hypothéqué pour \$16,000 en faveur de White et de Wallace, \$5,000 en faveur de Dale, et \$3,000 en faveur des Graham.

En juillet 1961, les Petranik déménagèrent à Chatham en Ontario, où M. Petranik travaillait dans un projet de construction. Ils louèrent le 62, avenue La Rose à Ivor Andrew qui vécut là avec sa

15, 1961 to December 31, 1961. After the Andrews moved out, the house was left vacant. The Petraniks returned from Chatham in the fall of 1961 when the contractor for the project went bankrupt. Since the Andrews were still occupying 62 La Rose, the Petraniks moved into one of the houses Mr. Petranik was building in Oakville.

The Petraniks were in a precarious financial position. One of the houses in Oakville was foreclosed and, according to Mrs. Petranik, they had to let it go because they could not afford to redeem it. Mrs. Petranik also volunteered that their cottage was being foreclosed and that she was served with a writ of possession with respect to another Oakville house. Writs of execution amounting to \$8,082.81 were registered against the lands of Helga Petranik in 1960 and 1961. Taxes on 62 La Rose were not paid after 1959, no payments were made on the White mortgage after January 1960, and the Dale mortgage was also in default.

On May 26, 1961, Mr. Howell wrote to Mrs. Petranik that, because of the continuing default under the mortgages, he would require vacant possession of both 62 and 64 La Rose. The Dale mortgage provided for repayment of principal on July 12, 1961. On July 17, 1961, payments of the interest and principal were both in default and Mrs. Dale, through Mr. Howell, commenced a foreclosure action. Mrs. Petranik denied being served with the specially-endorsed writ, but the affidavit of a sheriff's officer, who had died before trial, indicates that it was served on February 2, 1962. The trial judge expressly made no finding as to service, but as Arnup J.A. pointed out in the Court of Appeal, Mrs. Petranik has no cause of action unless the writ was served. Arnup J.A. dealt with the case on the assumption of service and his doing so was not disputed in this Court. The writ provided as follows:

... and that the mortgage may be enforced by foreclosure. And to recover from you the defendant

famille du 15 juillet 1961 au 31 décembre 1961. Après le départ des Andrew, la maison demeura vacante. Les Petranik revinrent de Chatham en automne 1961 lorsque l'entrepreneur du projet fit faillite. Comme les Andrew occupaient encore le 62, avenue La Rose, les Petranik emménagèrent dans une des maisons que M. Petranik était en train de construire à Oakville.

Les Petranik étaient dans une situation financière précaire. Une des maisons d'Oakville fut frappée de forclusion et, selon M^{me} Petranik, ils durent l'abandonner parce qu'ils n'avaient pas les moyens de la racheter. M^{me} Petranik a admis que leur chalet était en instance de forclusion et qu'un bref de possession concernant une autre maison d'Oakville lui avait été signifié. Des brefs d'exécution d'un montant de \$8,082.81 furent enregistrés sur les biens-fonds d'Helga Petranik en 1960 et 1961. Les taxes du 62, avenue La Rose ne furent pas payées après 1959; aucun paiement ne fut effectué sur l'hypothèque White après janvier 1960 et l'hypothèque Dale était également en souffrance.

Le 26 mai 1961, M^c Howell écrivit à M^{me} Petranik qu'en raison du défaut persistant de paiement des hypothèques, il exigerait la pleine possession du 62 et du 64, avenue La Rose. L'hypothèque Dale prévoyait le remboursement du principal pour le 12 juillet 1961. Le 17 juillet 1961, le paiement des intérêts et du principal n'ayant pas été effectué, M^{me} Dale, par l'intermédiaire de M^c Howell, intenta une action en forclusion. M^{me} Petranik a nié que le bref à endossement spécial lui ait été signifié, mais la déclaration sous serment d'un fonctionnaire du bureau du shérif, décédé avant le procès, indique qu'il a été signifié le 2 février 1962. Le juge de première instance ne s'est pas prononcé expressément sur la signification mais, comme l'a souligné le juge Arnup en Cour d'appel, M^{me} Petranik n'a de cause d'action que si le bref lui a été signifié. Le juge Arnup a étudié l'affaire en présumant que la signification avait eu lieu et son attitude n'a pas été contestée devant notre Cour. Le bref était libellé en ces termes:

[TRADUCTION] ... et que l'hypothèque peut être exécutée par forclusion. Et pour recouvrer de vous la défende-

payment of the amount due under a covenant by (you)

in that behalf contained in said Mortgage.

And take notice further that the plaintiff claims to be entitled to recover immediate possession of the mortgaged premises.

And take notice that the plaintiff claims that there is now due for principal money the sum of \$5,000.00 and for interest the sum of \$384.30 due the 12th day of July 1961.

And that you are liable to be charged with these sums with subsequent interest to be computed at the rate of ten per cent per annum, and costs in and by the judgment to be drawn up, *and that judgment for immediate foreclosure* of your interest in the mortgaged premises *may be entered* unless you desire an opportunity to redeem the mortgaged premises and before the expiration of the time allowed you for appearance you do file in the office within named and serve a memorandum in writing entitled in this action and signed by yourself or your solicitor to the following effect: "I desire an opportunity to redeem the mortgaged premises", and give an address for service, in which case you will be entitled to four days' notice of the taking of the account of the amount due to the plaintiff and in default of payment of the amount found due within six calendar months from the time of taking of the account and the drawing up of the judgment your interest in the mortgaged premises may be foreclosed.

Mrs. Petranik was thus given notice that if she desired to defend or to redeem she must take certain steps, as provided in Rule 465 (formerly R. 460A). Mrs. Petranik did not file an appearance or a notice desiring opportunity to redeem, and on March 23, 1962, the Assistant Registrar signed judgment, directed a reference with respect to subsequent encumbrancers, and ordered Mrs. Petranik to deliver up possession of the property. The form of judgment as first drafted provided as follows:

Judgment

Friday, the 23rd day of March, 1962.

UPON reading the Writ of Summons issued in this action, and affidavit of service of the said writ and no appearance having been entered and *no notice that the defendant desires an opportunity to redeem the mortgaged premises having been filed*;

resse paiement du montant dû en vertu d'un engagement souscrit par (vous)

contenu à cet effet dans ladite hypothèque.

Et soyez avisée en outre que la demanderesse prétend avoir le droit de recouvrer la possession immédiate des lieux hypothéqués.

Et soyez avisée que la demanderesse prétend qu'il lui est maintenant dû \$5,000 en capital et \$384.30 en intérêts échus au 12 juillet 1961.

Et que vous êtes susceptible d'être condamnée à ces sommes qui porteront intérêt au taux de dix pour cent par an, ainsi qu'aux frais du jugement qui doit être dressé à cet effet, *et qu'un jugement de forclusion immédiate* de vos droits sur les lieux hypothéqués *peut être inscrit* à moins que vous ne desiriez avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués et qu'avant l'expiration du temps qui vous est accordé pour comparaître, vous ne déposiez au bureau désigné dans les présentes et ne signifiiez une note, portant l'intitulé de l'action, signée par vous-même ou votre avocat et ayant la teneur suivante: «Je désire avoir une occasion de racheter les lieux hypothéqués» et ne donniez une adresse en vue des significations, auquel cas vous aurez droit à un avis de quatre jours de l'établissement du compte du montant dû à la demanderesse et à défaut de paiement du montant trouvé dû dans les six mois à compter de la date de l'établissement du compte et de la rédaction du jugement, vos droits sur les lieux hypothéqués peuvent être forclos.

M^{me} Petranik fut ainsi avisée que si elle désirait se défendre ou racheter, elle devait prendre certaines mesures, prévues par la règle 465 (anciennement R. 460A). M^{me} Petranik ne comparut pas et ne déposa pas avis de son désir d'avoir l'occasion de racheter et, le 23 mars 1962, le registraire adjoint signa jugement, ordonna un renvoi en ce qui concernait les créanciers subséquents et ordonna à M^{me} Petranik de remettre l'immeuble. La première rédaction du jugement était la suivante:

[TRADUCTION] Jugement

le vendredi 23 mars 1962

VU le bref d'assignation délivré dans la présente action et l'attestation sous serment de la signification dudit bref, en l'absence de comparution et *aucun avis n'ayant été déposé exprimant le désir de la défenderesse d'avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués*;

1. IT IS ORDERED AND ADJUDGED that all necessary enquiries be made, accounts taken, costs taxed and proceedings had for redemption or foreclosure and that for these purposes this cause be referred to the Master at the City of Toronto.

2. AND IT IS FURTHER ORDERED AND ADJUDGED that the defendant do forthwith after making of the Master's report pay to the plaintiff what shall be found due her for principal money, interest and costs at the date of the said report and upon payment of the amount due to her that, (subject to the provision of section 2 of The Mortgages Act) the plaintiff do assign and convey the mortgaged premises, and deliver up all documents relating thereto.

3. AND IT IS FURTHER ORDERED AND ADJUDGED that the defendant do forthwith deliver to the plaintiff, or to whom she may appoint, possession of the lands and premises in question in this cause, or of such part thereof as may be in the possession of the said defendant.

In the judgment as issued, paragraph 2 was struck out and the remaining paragraphs renumber I and II. No explanation was given for this deletion, but it seems clear that it was designed to comply with the possible judgments set out in Rule 472 (formerly R. 467):

472. (1) In an action for foreclosure or sale where the writ has been duly endorsed and the defendant fails to appear or fails to file a notice that he desires an opportunity to redeem the mortgaged premises, the plaintiff may sign judgment for immediate sale or for immediate foreclosure unless a reference is desired as to encumbrancers (Form 104).

(2) If a reference is desired as to encumbrancers, the plaintiff is entitled to judgment with a reference, and, if no encumbrancer, shall prove any claim the Master so certifies, and, upon confirmation of the Master's report, a final order of sale or of foreclosure shall be made.

(3) If upon the reference a subsequent encumbrancer proves a claim, the usual period of redemption shall be granted, but, if the encumbrancer consents, a final order may be made at an earlier date.

(4) In the event of a notice being filed by the defendant desiring an opportunity to redeem the mortgaged premises and no reference as to encumbrancers being required, judgment may be signed and the officer signing it may in simple cases take the account on four days'

1. IL EST ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que toutes les recherches nécessaires soient faites, les comptes dressés, les frais taxés et les mesures prises en vue de rachat ou de forclusion et qu'à ces fins la présente cause soit renvoyée au *Master* en la ville de Toronto.

2. ET IL EST EN OUTRE ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que, après dépôt du rapport du *Master*, la défenderesse paye immédiatement à la demanderesse ce qui lui sera trouvé dû en capital, intérêts et frais à la date dudit rapport et, sur paiement du montant qui lui est dû, que (sous réserve des dispositions de l'article 2 de *The Mortgages Act*) la demanderesse rétrocède les lieux hypothéqués et rende tous documents les concernant.

3. ET IL EST EN OUTRE ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que la défenderesse mette immédiatement la demanderesse, ou la personne qu'elle peut désigner, en possession des biens-fonds et lieux en question dans la présente cause ou de toute partie de ceux-ci qui peut être en la possession de ladite défenderesse.

Dans le jugement réellement rendu, le paragraphe 2 fut biffé et les paragraphes restants renumérotés I et II. Aucune explication de cette suppression n'a été fournie, mais il paraît clair qu'elle fut effectuée pour se conformer aux diverses possibilités de jugement envisagées par la règle 472 (anciennement R. 467):

[TRADUCTION] 472. (1) Lorsque dans une action en forclusion ou vente forcée, le bref a été régulièrement signifié et que le défendeur fait défaut de comparaître ou de déposer un avis de son désir d'avoir une occasion de racheter les lieux hypothéqués, le demandeur peut obtenir un jugement de vente immédiate ou de forclusion immédiate à moins qu'un renvoi concernant les créanciers ne soit désiré (Formule 104).

(2) Si un renvoi concernant les créanciers est désiré, le demandeur a droit à un jugement avec renvoi et, s'il n'y a pas de créancier, doit prouver toute créance que le *Master* certifie ainsi, et, sur confirmation du rapport du *Master*, une ordonnance définitive de vente ou de forclusion doit être prononcée.

(3) Si lors du renvoi un créancier subséquent prouve une créance, la période habituelle de rachat sera accordée mais, si le créancier y consent, une ordonnance définitive peut être prononcée dans un délai plus court.

(4) Au cas où un avis est déposé par le défendeur qui désire avoir une occasion de racheter les lieux hypothéqués et où aucun renvoi concernant les créanciers n'est requis, jugement peut être délivré et le fonctionnaire qui le délivre peut, dans les cas simples, dresser les comptes

notice to the defendant. His findings are subject to an appeal to a judge in chambers in the manner prescribed for appeals from the Master. In complicated cases a judgment shall issue directing a reference (Form 103).

(5) In the event of a notice being filed by the defendant desiring an opportunity to redeem the mortgaged premises and a reference being desired as to encumbrancers, judgment may be signed directing a reference, and the account shall be taken by the Master on four days' notice to the person filing the notice (Form 102).

(6) Where the writ has not been personally served, the claim of the plaintiff shall be duly verified by an affidavit which shall be filed with the officer taking the account. (467)

If there had been no subsequent encumbrancers, a final order of immediate foreclosure would have been signed on March 23, 1962 since the mortgagor had not indicated that she desired an opportunity to redeem. However, there were subsequent encumbrancers in this case: the Grahams held a \$3,000 mortgage on 62 and 64 La Rose Avenue and there were two execution creditors. According to Mr. Howell, he had purchased the Graham mortgage in 1962 and discharged it insofar as it affected 62 La Rose, but neither the assignment nor the discharge had been registered. A reference was directed to enable the encumbrancers to prove their claims. By virtue of Rule 406 (formerly R. 403), Mrs. Petranik was not entitled to any notice of the reference. Her interest in the equity of redemption was already effectively foreclosed, but others with an interest in the equity were to be given their opportunity to redeem. If, like Mrs. Petranik, they took no further steps, a final order of foreclosure would be issued.

The Rules of Practice do not prevail over the principles of equity which govern mortgage actions, and the court retains jurisdiction to exercise its equitable discretion to allow a mortgagor to redeem his property even after a final order of foreclosure is made: Falconbridge, *The Law of Mortgages* (3rd ed., 1942), at pp. 450 ff. If Mrs. Petranik had, through inadvertence or otherwise, failed to file a notice desiring opportunity to redeem when in fact she did desire to redeem and had a substantial interest in the equity to protect, a

sur avis de quatre jours adressé au défendeur. Ses conclusions peuvent être portées en appel devant un juge en chambre en la manière prescrite pour les appels des décisions du *Master*. Dans les cas compliqués, un renvoi sera ordonné par jugement (Formule 103).

(5) Au cas où un avis est déposé par le défendeur qui désire avoir une occasion de racheter les lieux hypothéqués et où un renvoi concernant les créanciers est désiré, un jugement ordonnant un renvoi peut être délivré et les comptes seront dressés par le *Master* sur avis de quatre jours adressé à la personne qui dépose l'avis (Formule 102).

(6) Quand le bref n'a pas été signifié en personne, la créance du demandeur sera attestée par une déclaration sous serment remise au fonctionnaire qui dresse les comptes. (467)

S'il n'y avait pas eu de créanciers subséquents, une ordonnance définitive de forclusion immédiate aurait été rendue le 23 mars 1962 puisque la débitrice hypothécaire n'avait pas indiqué qu'elle désirait avoir une occasion de racheter. Mais dans cette affaire, il y en avait: les Graham détenaient une hypothèque de \$3,000 sur le 62 et le 64, avenue La Rose et il y avait deux créanciers saisissants. Selon M^c Howell, il avait acheté l'hypothèque des Graham en 1962 et l'avait purgée en ce qui concerne le 62, avenue La Rose, mais ni la cession ni la purge n'avaient été enregistrées. Un renvoi fut ordonné pour permettre aux créanciers de prouver leurs créances. En vertu de la règle 406 (anciennement R. 403), M^{me} Petranik n'avait pas le droit d'être avisée du renvoi. Son droit de rachat était déjà effectivement forclos, mais il fallait donner une occasion de racheter aux autres personnes qui avaient un droit. Si, comme M^{me} Petranik, ils ne se manifestaient pas, une ordonnance définitive de forclusion serait rendue.

Les Règles de pratique ne l'emportent pas sur les principes d'*equity* qui régissent les actions hypothécaires, et les tribunaux demeurent compétents en *equity* pour exercer leur pouvoir discrétionnaire et permettre à un débiteur hypothécaire de racheter sa propriété même après une ordonnance définitive de forclusion: Falconbridge, *The Law of Mortgages* (3^e éd. 1942), pp. 450 et suiv. Si M^{me} Petranik avait, par inadvertance ou autrement, omis de déposer un avis de son désir d'avoir l'occasion de racheter alors qu'elle voulait vrai-

court might well have reopened the judgment and allowed her a redemption period. However, Mrs. Petranik at no time indicated a desire to redeem the property even after seeking legal advice about her rights. Her slight interest in the equity of redemption did not make it worth her while to redeem and she was not in a financial position to do so.

On the basis of the March 23, 1962 judgment, Mrs. Dale obtained a writ of possession, and in April 1962 the writ was executed. If Mrs. Petranik had not been aware of the foreclosure action, she certainly was aware that Mrs. Dale had taken possession. She immediately consulted a solicitor, but took no further action at that time.

Mrs. Dale did not proceed with a reference as to subsequent encumbrancers as ordered in the judgment. In May 1962, H. W. Anderson, a real estate broker who was looking for a house for the respondent Berwick, inquired whether 62 La Rose, which was vacant, was for sale. On May 15, 1962, Mr. Berwick offered \$23,500 for the house. Mr. Howell's secretary (Mrs. Dale's daughter) advertised the house for sale in the *Toronto Star* on May 15-18, 1962. Mrs. Dale asked \$26,800 for the property. On May 29, 1962, Mr. Berwick offered \$25,500 subject to adjustments and conditional on the vendor agreeing to discharge any existing mortgages or encumbrances. Mrs. Dale accepted this offer. She sold the property by purported exercise of her power of sale under the mortgage which provided that after default of payment for two months she could sell without notice. Amendments to *The Mortgages Act* which provide that a power of sale under a mortgage cannot be exercised without 35 days' notice to the mortgagor and all subsequent encumbrancers did not come into effect until 1964 and thus Mrs. Dale was not required to give notice of the sale.

After adjustments, Mrs. Dale received \$24,499.66 from Berwick and Parker, who took joint title. She paid \$9,100.64 to Mr. White and \$10,086.30 to May Wallace to whom White had

ment le faire et si elle avait eu vraiment un droit à protéger, un tribunal aurait fort bien pu rouvrir le jugement et lui accorder un délai de rachat. Cependant, à aucun moment M^{me} Petranik n'a manifesté le désir de racheter l'immeuble même après s'être renseignée sur ses droits auprès d'un avocat. Ce qu'elle pouvait retirer de son droit de rachat ne valait guère la peine de l'exercer et sa situation financière ne le lui permettait pas.

Se fondant sur le jugement du 23 mars 1962, M^{me} Dale obtint un bref de possession qui fut exécuté en avril 1962. Si M^{me} Petranik n'avait pas eu connaissance de l'action en forclusion, elle était certainement au courant de la prise de possession par M^{me} Dale. D'ailleurs, elle consulta immédiatement un avocat, mais ne prit pas d'autres mesures à l'époque.

M^{me} Dale ne fit pas procéder au renvoi concernant les créanciers subséquents, comme le jugement l'avait ordonné. En mai 1962, H. W. Anderson, courtier en immeubles qui cherchait une maison pour l'intimé Berwick, demanda si le 62, avenue La Rose, qui était vacant, était à vendre. Le 15 mai 1962, M. Berwick en offrit \$23,500. La secrétaire de M^c Howell (fille de M^{me} Dale) fit paraître une annonce de maison à vendre dans le *Toronto Star* du 15 au 18 mai 1962. M^{me} Dale demandait \$26,800 pour l'immeuble. Le 29 mai 1962, M. Berwick fit une offre de \$25,500 sous réserve des ajustements et à condition que le vendeur s'engageât à purger toutes hypothèques ou charges existantes. M^{me} Dale accepta cette offre. Elle vendit l'immeuble, se réclamant de l'exercice de son pouvoir de vente attaché à l'hypothèque qui prévoyait qu'à défaut de paiement pendant deux mois, elle pouvait vendre sans préavis. Les modifications apportées à *The Mortgages Act*, qui disposent qu'un pouvoir de vente en vertu d'une hypothèque ne peut être exercé que 35 jours après en avoir avisé le débiteur hypothécaire et tous les créanciers subséquents, ne sont entrées en vigueur qu'en 1964 et M^{me} Dale n'était donc pas tenue de donner avis de la vente.

Après ajustements, M^{me} Dale reçut \$24,499.66 de Berwick et Parker, qui devinrent copropriétaires. Elle paya \$9,100.64 à M. White et \$10,086.30 à May Wallace à qui White avait cédé une partie

assigned part of his mortgage. After payment of various expenses associated with the sale, Mrs. Dale received a cheque for \$2,250.39.

More than two years after the sale, on July 14, 1964, Mrs. Petranik issued a writ against Mrs. Dale, Mr. Berwick and Mr. Parker, claiming a declaration that the mortgage to Mrs. Dale was null and void and an accounting of the proceeds of the sale. Mrs. Petranik also claimed a declaration that Parker and Berwick hold the property in trust for her and filed a *lis pendens* against the lands. No further steps were taken, and on September 27, 1966, the action was dismissed by the Master for want of prosecution and the *lis pendens* vacated. Mrs. Petranik then filed a notice of claim against the property which, on May 30, 1968, Stewart J. ordered vacated. An application to set aside the order dismissing the action for want of prosecution was dismissed on April 9, 1969, but, on appeal from the order vacating the notice of claim, the Court of Appeal reinstated the notice pending commencement by Mrs. Petranik on or before February 3, 1969 of proceedings to reopen the action instituted by her in 1964 or to institute other proceedings. The Court further ordered that if no proceedings had been taken by February 3, 1969, Berwick and Parker could revive their application to vacate registration of the notice of claim. Mrs. Petranik issued the writ in this action on April 28, 1969. The defendants applied to vacate the notice of claim, and on May 28, 1969, Stark J. so ordered. In their statement of defence to this action, Parker and Berwick argued that the action should be dismissed because of the plaintiff's laches, but the trial judge dealt with the case on its merits. No argument was addressed either to the Court of Appeal or to this Court on the question of delay, but when assessing the equities, it is relevant to consider the plaintiff's delay in asserting her claim.

The refusal of Mrs. Petranik to remove the notice of claim registered on title prevented Parker and Berwick from selling the property. They had

de son hypothèque. Après paiement de diverses dépenses reliées à la vente, M^{me} Dale reçut un chèque de \$2,250.39.

Plus de deux ans après la vente, le 14 juillet 1964, M^{me} Petranik se fit délivrer un bref contre M^{me} Dale, M. Berwick et M. Parker, par lequel elle demandait une déclaration de nullité de l'hypothèque consentie à M^{me} Dale ainsi qu'une reddition de compte des produits de la vente. M^{me} Petranik demandait également une déclaration selon laquelle Parker et Berwick détenaient l'immeuble en fiducie pour son compte et elle enregistra un avis de litispendance contre les biens-fonds. Aucune autre mesure ne fut prise et, le 27 septembre 1966, l'action fut rejetée par le *Master* pour absence de procédures et la litispendance annulée. M^{me} Petranik déposa alors un avis de réclamation contre l'immeuble, dont le juge Stewart ordonna l'annulation le 30 mai 1968. Une requête en révocation de l'ordonnance rejetant l'action pour absence de procédures fut rejetée le 9 avril 1969 mais, sur appel de l'ordonnance d'annulation de l'avis de réclamation, la Cour d'appel rétablit l'avis sous condition que, le 3 février 1969 au plus tard, M^{me} Petranik entamât des procédures pour rouvrir l'action qu'elle avait intentée en 1964 ou intentât d'autres procédures. La Cour ordonna au surplus que, si aucune procédure n'était intentée le 3 février 1969, Berwick et Parker pourraient renouveler leur demande d'annulation de l'enregistrement de l'avis de réclamation. Le bref dans la présente action fut délivré à M^{me} Petranik le 28 avril 1969. Les défendeurs demandèrent l'annulation de l'avis de réclamation et, le 28 mai 1969, le juge Stark prononça une ordonnance en ce sens. Dans leur défense à la présente action, Parker et Berwick ont prétendu que celle-ci devait être rejetée en raison des retards déraisonnables de la demanderesse, mais le juge de première instance examina l'affaire au fond. La question du retard n'a été plaidée ni devant la Cour d'appel ni devant cette Cour mais, s'agissant d'apprécier la situation en *equity*, il est à-propos d'examiner le retard de la demanderesse à faire valoir son droit.

Le refus de M^{me} Petranik de retirer l'avis de réclamation enregistré contre le titre empêcha Parker et Berwick de vendre la propriété. Ceux-ci

built a house on 30 acres in Campbellville, and planned to sell 62 La Rose. In September 1968, they received an offer to purchase 62 La Rose for \$44,000, but because of the notice of claim they could not satisfy the requisitions with respect to title. A subsequent offer from another party also fell through. Finally, Berwick and Parker sold the Campbellville property. They counterclaimed for damages for abuse of process and slander of title, but did not press their claim on appeal.

The principal ground on which Mrs. Petranik sought to set aside the sale of the property to Parker and Berwick was that she had not executed a mortgage in favour of Mrs. Dale and had received no consideration for such a mortgage. As indicated above, these allegations were rejected by the trial judge and were not pursued on appeal.

The issue on which the case turned at trial and on appeal was whether Mrs. Dale was entitled to sell the property under power of sale in the mortgage or whether this power was suspended by virtue of the judgment signed by the assistant registrar in the foreclosure action. At trial Moorhouse J., relying on a judgment of Farwell J. in *Stevens v. Theatres, Limited*⁵, which has been followed in *DeBeck v. Canada Permanent Loan and Savings Co.*⁶ and *Marshall et al v. Miles*⁷, held that after Mrs. Dale had obtained judgment *nisi* for foreclosure, she could not exercise a power of sale without leave of the court. The trial judge declared that the deed from Dale to Parker and Berwick was invalid, directed that Dale or others may proceed with the reference directed by the judgment *nisi* and ordered that Mrs. Petranik be given notice of the reference. He made certain other declarations with respect to the interest of Parker and Berwick in the moneys they paid on the invalid sale and gave direction as to how accounts were to be taken at the reference. He

avaient construit une maison sur un terrain de 30 acres à Campbellville et fait le projet de vendre le 62, avenue La Rose. En septembre 1968, ils reçurent une offre d'achat de \$44,000 pour le 62, avenue La Rose mais, à cause de l'avis de réclamation, ils ne purent satisfaire aux exigences concernant le titre. Une offre postérieure faite par une autre personne tomba également. Finalement, Berwick et Parker vendirent leur propriété de Campbellville. Ils agirent reconventionnellement en dommages-intérêts pour abus de procédures et fausse déclaration concernant un titre de propriété, mais abandonnèrent cette prétention en appel.

Le principal motif invoqué par M^{me} Petranik pour faire annuler la vente de l'immeuble à Parker et Berwick était qu'elle n'avait pas signé d'hypothèque en faveur de M^{me} Dale et qu'elle n'avait reçu aucune contrepartie pour une telle hypothèque. Comme on l'a déjà indiqué, ces allégations ont été rejetées par le juge de première instance et n'ont pas été reprises en appel.

La question sur laquelle a porté l'affaire en première instance et en appel était de savoir si M^{me} Dale avait le droit de vendre l'immeuble en vertu du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque ou si ce pouvoir était suspendu par le jugement signé par le registraire adjoint dans l'action en forclusion. En première instance, le juge Moorhouse, se fondant sur un jugement du juge Farwell dans *Stevens v. Theatres, Limited*⁵, qui a été suivi dans *DeBeck v. Canada Permanent Loan and Savings Co.*⁶ et *Marshall et al. v. Miles*⁷, a décidé qu'après l'obtention du jugement conditionnel de forclusion, M^{me} Dale ne pouvait plus exercer son pouvoir de vente sans permission de la Cour. Le juge de première instance a déclaré que l'acte intervenu entre Dale et Parker et Berwick était invalide et a ordonné que Dale ou d'autres personnes procèdent au renvoi prévu par le jugement conditionnel et qu'avis du renvoi soit donné à M^{me} Petranik. Il a fait certaines autres déclarations en ce qui concerne les droits de Parker et Berwick sur les sommes payées lors de la vente invalide et donna

⁵ (1903), 1 Ch. 857.

⁶ (1907), 12 B.C.R. 409 (B.C.C.A.).

⁷ (1970), 3 O.R. 394 (H. Ct.).

⁵ (1903), 1 Ch. 857.

⁶ (1907), 12 B.C.R. 409 (B.C.C.A.).

⁷ [1970] 3 O.R. 394 (H. Ct.).

dismissed both counterclaims without costs. On an appeal taken by Parker and Berwick, the Court of Appeal reversed the trial judgment and held that the sale was valid. In reasoning which I adopt, Arnup J.A. held that since the judgment *nisi* in the foreclosure action did not confer any rights on Mrs. Petranik, it did not operate to suspend Mrs. Dale's power of sale under the mortgage.

I agree with Arnup J.A. that, as a general principle, a mortgagee can pursue all the remedies available to him, concurrently or in succession. See Falconbridge, *The law of Mortgages, supra*, at pp. 687-88. There are exceptions to this principle, including that specified in what is now s. 40 of *The Mortgages Act*, R.S.O. 1970, c. 279, which provides that once a demand for payment or a notice of intention to exercise a power of sale has been given in accordance with a term of the mortgage, no other proceedings can be taken by a mortgagee without leave of the court before the time limited for payment or sale has expired. A complementary exception was formulated by Farwell J. in *Stevens v. Theatres, Limited, supra*. In that case a mortgagee had brought foreclosure proceedings and a judgment *nisi* had directed that accounts be taken and that the property be reconveyed to the mortgagor on payment of what was found owing. Without proceeding to accounts, the mortgagee sold the property under power of sale in the mortgage. Farwell J. held that the mortgagee was not entitled to sell since the judgment *nisi*, which directed reconveyance on payment, operated for the benefit of the mortgagor as well as the mortgagee. In these circumstances, the mortgagee could not get rid of his action *mero motu* after judgment and could not vary the form of that judgment by doing an act which would put it out of his power to perform that which the Court had directed him to do as a condition of getting the judgment (at pp. 860-61). As Arnup J.A. points out, the essence of this holding is concisely stated at p. 862 where

des instructions sur la façon dont les comptes devaient être dressés à l'occasion du renvoi. Il a rejeté les deux demandes reconventionnelles sans frais. Sur appel de Parker et Berwick, la Cour d'appel a renversé le jugement de première instance et jugé que la vente était valide. Pour des motifs que j'approuve, le juge Arnup a décidé que, puisque le jugement conditionnel de forclusion ne conférait aucun droit à M^{me} Petranik, il n'avait pas pour effet de suspendre le pouvoir de vente que M^{me} Dale possédait en vertu de l'hypothèque.

Je suis d'accord avec le juge Arnup qu'en principe, un créancier hypothécaire peut exercer tous les recours dont il dispose, concurremment ou successivement. Voir Falconbridge, *The Law of Mortgages*, précité, aux pp. 687 et 688. Il existe des exceptions à ce principe, notamment celle qui est prévue à l'actuel art. 40 de *The Mortgages Act*, R.S.O. 1970, c. 279, en vertu duquel une fois qu'une demande de paiement a été faite ou un avis d'intention d'exercer un pouvoir de vente adressé conformément à une clause hypothécaire, aucune autre procédure ne peut être intentée par un créancier hypothécaire sans autorisation judiciaire avant l'expiration du délai prescrit pour le paiement ou la vente. Une exception complémentaire a été formulée par le juge Farwell dans *Stevens v. Theatres, Limited*, précitée. Dans cette affaire, un créancier hypothécaire avait intenté une action en forclusion et un jugement conditionnel avait ordonné l'établissement des comptes et la rétrocession de l'immeuble au débiteur sur paiement de ce qui serait trouvé dû. Sans faire procéder aux comptes, le créancier hypothécaire avait vendu la propriété en vertu du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque. Le juge Farwell décida que le créancier hypothécaire n'avait pas le droit de vendre puisque le jugement conditionnel, qui ordonnait la rétrocession sur paiement de la dette, jouait autant en faveur du débiteur hypothécaire que du créancier hypothécaire. Dans ces conditions, le créancier hypothécaire ne pouvait se défaire de son action *mero motu* après jugement et il ne pouvait modifier la forme de ce jugement en accomplissant un acte qui se situerait en dehors de son pouvoir d'exécuter ce que la Cour lui avait ordonné de faire comme condition d'obtention du jugement (aux pp. 860 et 861). Comme le juge Arnup le

Farwell J. said:

I hold, therefore, that the power of sale cannot be exercised after the judgment nisi without the leave of the Court, because it prejudices the rights given to the mortgagor under the direction to reconvey.

Farwell J. went on to hold that the power of sale is suspended after judgment *nisi* rather than extinguished and that, accordingly, if the property had been bought by a purchaser for value without notice, he could get a good title under the sale. As Arnup J.A. correctly states, at p. 224, Farwell J. did not suggest that, apart from the terms of the judgment, the mortgagee would be prohibited by law (i.e. in equity) from exercising the power of sale. He was entitled to pursue all his remedies concurrently. The ratio of *Stevens v. Theatres, Limited, supra*, is accurately stated by Falconbridge, *The Law of Mortgages, supra*, at p. 888:

... a mortgagee cannot, after the usual order nisi for foreclosure and before the foreclosure is made absolute, exercise his power of sale without the leave of the court, because a sale would prejudice the rights given to the mortgagor by the Court under the direction in the judgment for reconveyance on payment, but the power of sale is suspended only, not extinguished, and a purchaser in good faith without notice may get a good title.

In the case at bar, the purchasers, through their solicitor, had notice of the foreclosure judgment when they purchased the property. Whether they have good title thus depends on whether the sale prejudiced rights conferred on the mortgagor by the judgment.

It is a well-established principle, embodied in the Rules of Practice, that where a mortgagor desires an opportunity to redeem his property after default, a court of equity will exercise its discretion to enable him to do so, unless his conduct has been such that it would be inequitable to grant the relief he claims. In exercising its equitable jurisdiction a court will protect a mortgagor from harsh or

souligne, l'essence de cette décision se trouve exprimée avec concision à la p. 862, où le juge Farwell déclare:

[TRADUCTION] Je suis donc d'avis que le pouvoir de vente ne peut être exercé après le jugement conditionnel sans la permission de la cour, parce qu'il porte atteinte aux droits conférés au débiteur hypothécaire en vertu de l'ordonnance de rétrocession.

Le juge Farwell a ensuite décidé que le pouvoir de vente est suspendu plutôt qu'éteint après le jugement conditionnel et qu'en conséquence, si la propriété avait été achetée par un acquéreur à titre onéreux ignorant le jugement, la vente pouvait conférer un titre régulier à l'acheteur. Comme l'expose avec raison le juge Arnup, à la p. 224, le juge Farwell n'a pas laissé entendre que, les clauses du jugement mises à part, le créancier hypothécaire serait empêché en droit (c.-à-d. en *equity*) d'exercer le pouvoir de vente. Il avait le droit d'exercer tous ses recours concurremment. Le motif déterminant dans *Stevens v. Theatres, Limited*, précité, est exposé avec exactitude par Falconbridge, *The Law of Mortgages*, précité, à la p. 888:

[TRADUCTION] ... un créancier hypothécaire ne peut, après l'ordonnance conditionnelle habituelle de forclusion et avant qu'elle ne soit devenue définitive, exercer son pouvoir de vente sans la permission de la cour, parce qu'une vente porterait atteinte aux droits que la cour a conférés au débiteur en ordonnant dans son jugement la rétrocession sur paiement de la dette, mais le pouvoir de vente est seulement suspendu; il n'est pas éteint et un acheteur de bonne foi qui n'aurait pas eu connaissance du jugement pourrait acquérir un titre régulier.

Dans la présente espèce, les acheteurs, par l'intermédiaire de leur avocat, avaient connaissance du jugement de forclusion quand ils ont acheté la propriété. La régularité de leur titre de propriété dépend donc du point de savoir si la vente portait atteinte à des droits conférés à la débitrice hypothécaire par le jugement.

C'est un principe bien établi, incorporé dans les Règles de pratique, que lorsqu'un débiteur hypothécaire désire avoir une occasion de racheter son immeuble après défaut, une cour d'*equity* exercera son pouvoir discrétionnaire de façon à le lui permettre, à moins qu'il ne se soit conduit de façon telle qu'il serait inequitable de lui accorder le remède qu'il réclame. En exerçant sa juridiction

oppressive action by a mortgagee, and when a court has ordered that a mortgagor be given an opportunity to redeem, a mortgagee will not be allowed to circumvent this relief by selling the property under power of sale in the mortgage. Even where there has been no judgment conferring the right to redeem, a court will prevent a sale where the mortgagor genuinely desires to redeem: *Marshall et al. v. Miles*, *supra*. However, as Arnup J.A. points out, as a result of amendments to the Rules of Practice in 1941, a mortgagor in Ontario did not have an automatic right to redeem. On receipt of a writ in a foreclosure action he must file a notice desiring an opportunity to redeem, or, if he fails to file the notice, appeal to the court to exercise its equitable jurisdiction to allow him to redeem. If the mortgagor fails to take either of these steps, and the judgment *nisi* in the foreclosure action confers on the mortgagor no right to redeem or to obtain a reconveyance on payment of the amounts found owing, the mortgagor is not prejudiced by a sale of the property for a fair price under power of sale prior to a final order of foreclosure.

The only right of the mortgagor which is shortened by the sale is that accorded by Rule 491 (formerly R. 485) which enables the defendant in a foreclosure action to stay proceedings by paying the amount due for principal, interest and costs before the final order of foreclosure. The length of time available to the mortgagor in which to make such a payment depends on whether anyone with an interest in the equity of redemption claims an opportunity to redeem. As a practical matter, it is highly unlikely that any of the encumbrancers would have claimed this opportunity in this case since the value of the property did not exceed the amounts owing on the prior mortgages. There was no evidence that the sale price of the house, \$25,500, was not a fair price in 1962 for a property on the outskirts of a metropolitan area, serviced by a well and septic tank. In any event, it is clear that Mrs. Petranik was not in a position to

d'*equity*, la cour protégera le débiteur hypothécaire contre toute action abusive ou accablante du créancier hypothécaire. Quand elle aura ordonné qu'une occasion de racheter soit donnée au débiteur, il ne sera pas permis au créancier hypothécaire de faire échec au remède accordé en vendant la propriété en vertu du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque. Alors même qu'aucun jugement n'a accordé de droit de rachat, la cour empêchera la vente si le débiteur désire sincèrement procéder au rachat: *Marshall et al. v. Miles*, précité. Toutefois, comme le souligne le juge Arnup, les modifications apportées aux Règles de pratique en 1941 ont eu pour résultat que le débiteur hypothécaire n'a pas en Ontario un droit automatique de rachat. Sur réception d'un bref d'action en forclusion, il doit déposer un avis exprimant son désir d'avoir l'occasion de racheter ou, s'il omet de déposer l'avis, il doit demander à la cour d'exercer sa juridiction d'*equity* pour l'autoriser à racheter. Si le débiteur hypothécaire omet de prendre l'une ou l'autre de ces mesures et si le jugement conditionnel de forclusion ne lui confère aucun droit de rachat ni droit d'obtenir la rétrocession du bien sur paiement des montants trouvés dus, ses droits ne sont pas atteints par la vente de l'immeuble à un juste prix en vertu du pouvoir de vente avant l'ordonnance finale de forclusion.

Le seul droit du débiteur hypothécaire qui soit diminué par la vente est celui qui est accordé par la règle 491 (anciennement R. 485) qui permet au défendeur à une action en forclusion d'arrêter les procédures en payant le montant dû en capital, intérêts et frais avant l'ordonnance finale de forclusion. Le temps dont dispose le débiteur hypothécaire pour procéder au paiement dépend du point de savoir si quelqu'un ayant un droit de rachat demande d'avoir l'occasion de le faire. En pratique, il est très improbable que l'un quelconque des créanciers l'aurait demandé en l'espèce, puisque la valeur de la propriété ne dépassait pas les montants dus en vertu des hypothèques antérieures. Il n'existe aucune preuve que le prix de vente de la maison, soit \$25,500, n'était pas un juste prix en 1962, pour une propriété située aux abords d'une grande agglomération et équipée d'un puits et d'une fosse septique. En tout cas, il

take advantage of Rule 491 and does not allege that she was prevented from doing so.

It is true that the sale under power of sale could have prevented the subsequent encumbrancers from claiming in the reference and exercising a power to redeem. It was not until 1964 that *The Mortgages Act*, now s. 31 of R.S.O. 1970, c. 279, prevented such prejudice to subsequent encumbrancers by requiring that they be given notice of any sale under power, and not until 1969 that the Rules gave subsequent encumbrancers the same opportunity to redeem as is given to mortgagors. As already noted, however, it seems clear that the subsequent encumbrancers in this case would not have exercised a right to redeem the property, and they have not complained that they were precluded from doing so. Even if their rights were prejudiced, that does not provide grounds for a claim by Mrs. Petranik.

Mrs. Petranik was in default under the mortgages, and the property was completely pledged to or claimed by others. When foreclosure proceedings were instituted, Mrs. Petranik was not able nor did she indicate a desire to redeem the property. The judgment *nisi* in the foreclosure action effectively foreclosed her equity of redemption and directed a reference with respect to the interests of subsequent encumbrancers. Without proceeding with this reference, the second mortgagee sold the property under power of sale for a fair price which was sufficient to pay out the first mortgage, costs incurred and half of the second mortgage. The second mortgagee has not sued for the remainder owing except by way of counterclaim in this action which was not forcefully pursued. Looking at the situation as it existed in 1962 when this cause of action arose, it is difficult to see how Mrs. Petranik has been prejudiced. The property has now appreciated greatly and Mrs. Petranik may now be in a position to redeem, but there are no grounds to justify setting aside the sale which took place in 1962. The mortgagee was entitled to pursue alternative remedies. The fact that she had obtained judgment *nisi* in a foreclosure action did

est claire que M^{me} Petranik n'était pas en position de se prévaloir de la règle 491 et elle n'allègue pas qu'on l'en ait empêchée.

Il est vrai que la vente en vertu du pouvoir de vente aurait pu empêcher les créanciers subséquents de produire leurs créances lors du renvoi et d'exercer une faculté de rachat. Ce n'est qu'en 1964 que *The Mortgages Act*, art. 31 actuel, R.S.O. 1970, c. 279, a empêché que les créanciers subséquents soient ainsi frustrés de leurs droits, en exigeant qu'ils soient avisés de tout exercice du pouvoir de vente et ce n'est qu'en 1969 que les Règles de pratique ont donné aux créanciers subséquents la même occasion de racheter que celle qui est donnée aux débiteurs hypothécaires. Comme on l'a déjà souligné toutefois, il semble clair que les créanciers subséquents n'auraient pas exercé en l'espèce leur droit de racheter la propriété et ils ne se sont pas plaints d'en avoir été empêchés. Quand bien même il aurait été porté atteinte à leurs droits, la demande de M^{me} Petranik ne s'en trouve pas mieux fondée pour autant.

M^{me} Petranik avait cessé ses paiements hypothécaires et l'immeuble était complètement obéré. Au moment où les procédures de forclusion ont été intentées, M^{me} Petranik n'était pas à même de racheter la propriété et elle n'en a pas manifesté le désir. Le jugement conditionnel de forclusion a effectivement forclos son droit de rachat et ordonné un renvoi quant aux droits des créanciers subséquents. Sans faire procéder à ce renvoi, la seconde créancière hypothécaire a vendu la propriété en vertu de son pouvoir de vente à un juste prix qui a permis de rembourser la première hypothèque, les frais engagés et la moitié de la seconde hypothèque. La seconde créancière hypothécaire n'a pas poursuivi pour le solde, sauf par voie de demande reconventionnelle dans la présente action, demande qui n'a pas été poussée plus avant. Si l'on considère la situation qui existait en 1962 lorsque la cause d'action a pris naissance, il est difficile de découvrir le préjudice qu'a subi M^{me} Petranik. La propriété a pris maintenant beaucoup de valeur et il se peut que M^{me} Petranik soit maintenant à même de la racheter, mais rien ne justifie l'annulation de la vente intervenue en 1962. La créancière hypothécaire avait plusieurs moyens

not preclude her from exercising her power of sale under the mortgage since the sale did not prejudice any rights asserted by or accorded to Mrs. Petranik in the foreclosure proceeding.

I agree completely with the reasons delivered in the Court of Appeal. I would dismiss the appeal with costs.

RITCHIE J. (*dissenting*)—Like my brother Judson, I agree with the reasons for judgment delivered by Mr. Justice Arnup on behalf of the Court of Appeal for Ontario and would dismiss this appeal with costs.

DICKSON J.—I would allow this appeal. In my view, Mrs. Petranik's equity of redemption in the subject property was not extinguished by either the foreclosure proceedings commenced by Mrs. Dale but not completed, or by the purported exercise of the power of sale contained in the mortgage. An equity of redemption is a right of property. Holdsworth (*A History of English Law*, vol. VI, at p. 663) says:

We have seen that the relief given by equity to the mortgagor originally depended on principles similar to those which underlay the relief given in cases of the breach of a condition, and in cases of penalties; but that, the regularity with which this relief was given, had altered its basis, and caused it to depend, not upon the existence of any supposed hardship, but upon a right belonging as of course to a mortgagor. The result had been to make the mortgagor's equity to redeem a right of property. He had an equitable estate in the land; and, subject to the legal rights of the mortgagee, was, in equity, regarded as its owner.

In *Casborne v. Scarfe*⁸ at p. 604-5, Lord Hardwicke said:

First, an equity of redemption has always been considered as an estate in the land, for it may be devised, granted, or entailed with remainders, and such entail and remainders may be barred by a fine and recovery, and therefore cannot be considered as a mere right only but such an estate whereof there may be seisin; the

à sa disposition. Le fait qu'elle ait obtenu un jugement conditionnel de forclusion ne l'empêchait pas d'exercer son pouvoir de vente attaché à l'hypothèque puisque la vente ne portait atteinte à aucun droit reconnu ou conféré à M^{me} Petranik lors des procédures de forclusion.

Je suis en complet accord avec les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel. Je rejetterais le pourvoi avec dépens.

LE JUGE RITCHIE (*dissident*)—Comme mon collègue Judson, je suis d'accord avec les motifs du jugement rendu par le juge Arnup au nom de la Cour d'appel de l'Ontario et je rejetterais ce pourvoi avec dépens.

LE JUGE DICKSON—Je suis d'avis d'accueillir ce pourvoi. A mon avis, le droit que M^{me} Petranik avait en *equity* de racheter la propriété litigieuse n'a été éteint ni par les procédures de forclusion que M^{me} Dale a entamées sans les mener à terme, ni par le prétendu exercice du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque. Un droit de rachat est un droit réel. Holdsworth (*A History of English Law*, vol. VI, p. 663) écrit:

[TRADUCTION] Nous avons vu que le recours que l'*equity* accordait au débiteur hypothécaire dépendait à l'origine de principes semblables à ceux qui sous-tendaient le recours accordé dans les cas de violation d'une condition et dans les cas de clauses pénales, mais que la régularité avec laquelle ce recours était accordé avait modifié son fondement et l'avait amené à dépendre non plus de l'existence de quelque grave iniquité supposée mais d'un droit appartenant, comme allant de soi, au débiteur hypothécaire. Le résultat avait été la transformation du privilège de rachat du débiteur hypothécaire en droit réel. Le débiteur avait un droit de tenure en *equity* sur le biens-fonds et il en était considéré, en *equity*, comme le propriétaire, sous réserve des droits que la *common law* donnait au créancier hypothécaire.

Dans *Casborne v. Scarfe*⁸, aux pp. 604-605, lord Hardwicke déclarait:

[TRADUCTION] En premier lieu, un droit de rachat a toujours été considéré comme droit de tenure sur le bien-fonds, car il peut être légué, donné ou grevé de substitutions auxquelles on peut faire échec par amiable composition et recouvrement, et il ne peut donc être considéré comme un simple droit mais comme un droit

⁸(1737), 1 Atk. 603.

⁸(1737), 1 Atk. 603.

person therefore intitled to the equity of redemption is considered as the owner of the land, and a mortgage in fee is considered as personal assets.

In *Burgess v. Wheats*⁹, at p. 225, Lord Mansfield said:

In the eye of this court Lord Hardwicke thought the equity of redemption is the fee simple of the land.

In *Heath v. Pugh*¹⁰, at p. 360, Lord Chancellor Selborne said that it was sufficient to quote the above passage on the point, and in *Tarn v. Turner*¹¹, at p. 460, Mr. Justice Kekewich said:

The Court having decided that the mortgagor has that right to redeem, construes it as really an estate in the land. It is not a legal estate, but what is termed an equitable estate—as much an interest in the land as the real fee simple. It is a fee simple subject to a charge, and is vulgarly styled in legal language the equity of redemption.

An equity of redemption is an equitable estate, which can be sold or quit claimed, and which cannot be clogged or fettered.

In the case at bar, Mrs. Dale commenced a foreclosure action for the purpose of extinguishing the interest which, as owner of the equity of redemption, Mrs. Petranik held in the lands mortgaged to Mrs. Dale. Mrs. Dale issued a specially endorsed writ against Mrs. Petranik in the usual form of a writ of foreclosure. The prayer for relief stated that the plaintiff's claim was on the mortgage and continued with notice of a claim of entitlement to immediate possession and a claim for \$5,000 principal money and interest. The prayer for relief also gave notice that:

... judgment for immediate foreclosure of your interest in the mortgaged premises may be entered unless you desire an opportunity to redeem the mortgaged premises and before the expiration of the time allowed you for

de tenure dont il peut y avoir saisine. La personne titulaire du droit de rachat est donc considérée comme propriétaire du bien-fonds et une hypothèque en fief est considérée comme des biens meubles.

Dans *Burgess v. Wheats*⁹, à la p. 225, lord Mansfield déclarait:

[TRADUCTION] De l'avis de cette cour, lord Hardwicke pensait que le droit de rachat est le droit de propriété absolue du bien-fonds.

Dans *Heath v. Pugh*¹⁰, à la p. 360, le lord chancelier Selborne a déclaré qu'il suffisait, sur ce point, de citer le passage ci-dessus, et dans *Tarn v. Turner*¹¹, à la p. 460, le juge Kekewich déclarait:

[TRADUCTION] Ayant décidé que le débiteur hypothécaire a le droit de racheter, la Cour voit celui-ci comme un véritable droit de tenure sur le bien-fonds. Ce n'est pas un droit de tenure légale, mais ce que l'on appelle un droit de tenure en *equity*—un droit réel tout autant que l'est le véritable droit de propriété absolue. C'est un droit de propriété absolue grevée d'une charge, que l'on appelle communément droit de rachat dans le langage juridique.

Un droit de rachat est un droit de tenure en *equity*, qui peut être vendu ou faire l'objet d'une renonciation et que rien ne peut entraver.

En l'espèce, M^{me} Dale a intenté une action en forclusion dans le but d'éteindre le droit que, en tant que propriétaire du droit de rachat, M^{me} Petranik détenait sur le bien-fonds hypothéqué en faveur de M^{me} Dale. M^{me} Dale a fait délivrer un bref à endossement spécial contre M^{me} Petranik en la forme habituelle d'un bref de forclusion. La demande de redressement exposait que la réclamation de la demanderesse portait sur l'hypothèque et se poursuivait avec un avis par lequel la demanderesse entendait se faire reconnaître le droit à la possession immédiate et réclamait le remboursement d'un capital de \$5,000, avec les intérêts. La demande de redressement donnait également avis que:

[TRADUCTION] ... jugement de forclusion immédiate de vos droits sur les lieux hypothéqués peut être inscrit à moins que vous ne desiriez avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués et qu'avant l'expiration du temps

⁹ (1759) 1 Eden. 177.

¹⁰ (1881), 6 Q.B.D. 345.

¹¹ (1888), 39 Ch. D. 456.

⁹ (1759), 1 Eden 177.

¹⁰ (1881), 6 Q.B.D. 345.

¹¹ (1888), 39 Ch. D. 456.

appearance you do file in the office within named and serve a memorandum in writing entitled in this action and signed by yourself or your solicitor to the following effect: 'I desire an opportunity to redeem the mortgaged premises', and give an address for service, in which case you will be entitled to four days' notice of the taking of the account of the amount due to the plaintiff and in default of payment of the amount found due within six calendar months from the time of taking of the account and the drawing up of the judgment your interest in the mortgaged premises may be foreclosed.

Rule 465 (formerly Rule 460A) of the *Ontario Annual Practice* 1962 provided:

465. Where a defendant by writ in an action for foreclosure or sale desires an opportunity to redeem the mortgaged premises but does not otherwise desire to defend the action, he shall, within the time allowed for appearance, file and serve a memorandum entitled in the action to the following effect: 'I desire an opportunity to redeem the mortgaged premises', whereupon he is entitled to four days' notice of the taking of the account of the amount due to the plaintiff and has six calendar months from the time of the taking of the account to redeem the mortgaged premises.

Rule 472 (1) and (2) (formerly Rule 467 (1) and (2)) then goes on to provide:

472. (1) In an action for foreclosure or sale where the writ has been duly endorsed and the defendant fails to appear or fails to file a notice that he desires an opportunity to redeem the mortgaged premises, the plaintiff may sign judgment for immediate sale or for immediate foreclosure unless a reference is desired as to encumbrancers (Form 104).

(2) If a reference is desired as to encumbrancers, the plaintiff is entitled to judgment with a reference, and, if no encumbrancer, shall prove any claim the Master so certifies, and, upon confirmation of the Master's report, a final order of sale or of foreclosure shall be made.

Form 104, referred to above, is of particular interest. It reads:

FORM 104

Form of Judgment on Praecipe for Immediate Foreclosure or Sale and Orders for Immediate Payment and Delivery of Possession

(Rule 472)

qui vous est accordé pour comparaître, vous ne déposiez au bureau désigné dans les présentes et ne signifiez une note écrite, portant l'intitulé de l'action, signée par vous-même ou votre avocat et ayant la teneur suivante: «Je désire avoir une occasion de racheter les lieux hypothéqués» et ne donniez une adresse en vue des significations, auquel cas vous aurez droit à un avis de quatre jours de l'établissement du compte du montant dû à la demanderesse et à défaut de paiement du montant trouvé dû dans les six mois à compter de la date d'établissement du compte et de la rédaction du jugement, vos droits sur les lieux hypothéqués peuvent être forclos.

La règle 465 (ancienne règle 460A) de l'*Ontario Annual Practice* de 1962 prévoit que:

[TRADUCTION] 465. Le défendeur à une action en forclusion ou vente forcée qui désire avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués mais ne désire pas présenter d'autre défense à l'action, doit, dans le délai de comparution, déposer et signifier une note portant l'intitulé de l'action et ayant la teneur suivante: «Je désire avoir une occasion de racheter les lieux hypothéqués», sur quoi il aura droit à un avis de quatre jours de l'établissement du compte du montant dû au demandeur et aura six mois à compter de cet établissement pour racheter les lieux hypothéqués.

Le règle 472(1) et (2) (ancienne règle 467(1) et (2)) prévoit en outre que:

[TRADUCTION] 472. (1) Lorsque dans une action en forclusion ou vente forcée, le bref a été régulièrement signifié et que le défendeur fait défaut de comparaître ou de déposer un avis de son désir d'avoir une occasion de racheter les lieux hypothéqués, le demandeur peut obtenir un jugement de vente immédiate ou de forclusion immédiate à moins qu'un renvoi concernant les créanciers ne soit désiré (Formule 104).

(2) Si un renvoi concernant les créanciers est désiré, le demandeur a droit à un jugement avec renvoi et, s'il n'y a pas de créancier, doit prouver toute créance que le *Master* certifie ainsi, et, sur confirmation du rapport du *Master*, une ordonnance définitive de vente ou de forclusion doit être prononcée.

La formule 104, mentionnée ci-dessus, est particulièrement intéressante. Elle se lit ainsi:

[TRADUCTION] FORMULE 104

Formule de jugement sur réquisition écrite de forclusion immédiate ou de vente et d'ordonnances de paiement immédiat et de mise en possession

(Règle 472)

Upon reading the writ of summons issued in this action, and an affidavit of service of the said writ and no appearance having been entered and no notice that the defendant desires an opportunity to redeem the mortgaged premises having been filed:

1. It is ordered and adjudged (*Where judgment is for foreclosure after 'adjudged', add: 'that the said defendant do stand absolutely debarred and foreclosed of and from all right, title and equity of redemption of, in and to the mortgaged premises', where judgment is for sale, then after the word 'adjudged', add 'that the said premises be sold, with the approbation of the Master, at.....'*).

2. (*If judgment is for foreclosure omit this clause.*) And it is further ordered and adjudged that the purchasers do pay their purchase money into Court to the credit of this action and that the same when so paid in be applied in payment of what is found to be due to the said plaintiff for principal money, interest and costs as computed and taxed by the said Master, and that the balance do abide the further order of the Court.

3. (*Where judgment is for immediate payment, add:* And it is further ordered and adjudged that the defendant.....do forthwith pay to the plaintiff the sum of.....being the amount due to him at the date hereof for principal money, interest and costs.)

4. (*Where judgment is for recovery of possession, add:* And it is further ordered and adjudged that the defendant.....do forthwith deliver to the plaintiff.....or to whom he may appoint, possession of the mortgaged premises, or of such part thereof as may be in the possession of the said defendant.)

Mrs. Petranik failed to appear and failed to give a notice that she desired an opportunity to redeem the mortgaged premises. Judgment was signed directing a reference and ordering Mrs. Petranik to deliver up possession of the property. A draft judgment was presented in the following form:

JUDGMENT

Friday, the 23rd day of March, 1962.

UPON reading the Writ of Summons issued in this action, and affidavit of service of the said writ and no appearance having been entered and no notice that the defendant desires an opportunity to redeem the mortgaged premises having been filed;

1. IT IS ORDERED AND ADJUDGED that all necessary enquiries be made, accounts taken, costs taxed

Vu le bref d'assignation délivré dans la présente action et l'attestation sous serment de la signification dudit bref, en l'absence de comparution et aucun avis n'ayant été déposé exprimant le désir du défendeur d'avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués:

1. Il est ordonné et décidé (*S'il s'agit d'un jugement de forclusion, après «décidé», ajouter: «que ledit défendeur soit absolument déchu et forclus de tout droit, titre et faculté de rachat à l'égard des lieux hypothéqués; quand il s'agit d'un jugement de vente, après «décidé», ajouter alors: «que lesdits lieux soient vendus, avec l'approbation du Master, à.....»*).

2. (*S'il s'agit d'un jugement de forclusion, omettez cette clause.*) Et il est en outre ordonné et décidé que les acheteurs consignent leur prix d'achat à la cour au crédit de la présente action et que l'argent ainsi consigné soit affecté au paiement de ce qui est trouvé dû audit demandeur en capital, intérêts et frais tels que calculés et taxés par ledit Master et qu'il soit disposé du solde selon ordonnance ultérieure de la cour.

3. (*S'il s'agit d'un jugement de paiement immédiat, ajouter:* Et il est en outre ordonné et décidé que le défendeur.....paye immédiatement au demandeur la somme de.....représentant ce qui lui est dû à cette date en capital, intérêts et frais.)

4. (*S'il s'agit d'un jugement de mise en possession, ajouter:* Et il est en outre ordonné et décidé que le défendeur.....mette immédiatement le demandeur....., ou la personne qu'il peut désigner, en possession des lieux hypothéqués ou de toute partie de ceux-ci qui peut être en la possession dudit défendeur.)

M^{me} Petranik n'a pas comparu et n'a pas donné d'avis de son désir d'avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués. Jugement a été rendu ordonnant un renvoi et ordonnant à M^{me} Petranik de remettre la propriété. Le projet de jugement se présentait sous la forme suivante:

[TRADUCTION] JUGEMENT

le vendredi 23 mars 1962

VU le bref d'assignation délivré dans la présente action et l'attestation sous serment de la signification dudit bref, en l'absence de comparution et aucun avis n'ayant été déposé exprimant le désir de la défenderesse d'avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués;

1. IL EST ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que toutes les recherches nécessaires soient faites, les comptes dressés,

and proceedings had for redemption or foreclosure and that for these purposes this cause be referred to the Master at the City of Toronto.

2. AND IT IS FURTHER ORDERED AND ADJUDGED that the defendant do forthwith after making of the Master's report pay to the plaintiff what shall be found due her for principal money, interest and costs at the date of the said report and upon payment of the amount due to her that (subject to the provision of section 2 of The Mortgages Act) the plaintiff do assign and convey the mortgaged premises, and deliver up all documents relating thereto.

3. AND IT IS FURTHER ORDERED AND ADJUDGED that the defendant do forthwith deliver to the plaintiff, or to whom she may appoint, possession of the lands and premises in question in this cause, or of such part thereof as may be in the possession of the said defendant.

At the time of signing the judgment, the paragraph numbered "2" was struck out and the remaining paragraphs renumbered "I" and "II".

The first thing to observe about the judgment is that it is not a judgment for immediate foreclosure. Form 104 states that where judgment is for immediate foreclosure the order shall state "that the said defendant do stand absolutely debarred and foreclosed of and from all right, title and equity of redemption of, in and to the mortgaged premises". The form of the judgment which was entered contains no such language. Paragraph II of the judgment as entered directs the delivery of possession but in no way affects the equity of redemption. The taking of possession by a mortgagee does not extinguish the right of the mortgagor to redeem the mortgaged premises. If the judgment as signed had contained the paragraph numbered "2" in the draft, the case would without doubt fall within *Stevens v. Theatres, Limited*¹², but I do not think the question whether Mrs. Petranik retains an equity of redemption in the subject property depends upon the presence or absence of the expunged paragraph in the judgment entered. The crucial issue in this appeal is whether the estate or interest owned by Mrs. Petranik in the mortgaged land was extinguished and if so, when and in what manner. The judgment

les frais taxés et les mesures prises en vue de rachat ou de forclusion et qu'à ces fins la présente cause soit renvoyée au *Master* en la ville de Toronto.

2. ET IL EST EN OUTRE ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que, après dépôt du rapport du *Master*, la défenderesse paye immédiatement à la demanderesse ce qui lui sera trouvé dû en capital, intérêts et frais à la date dudit rapport et, sur paiement du montant qui lui est dû, que (sous réserve des dispositions de l'article 2 de *The Mortgages Act*) la demanderesse rétrocède les lieux hypothéqués et rende tous documents les concernant.

3. ET IL EST EN OUTRE ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que la défenderesse mette immédiatement la demanderesse, ou la personne qu'elle peut désigner, en possession des biens-fonds et lieux en question dans la présente cause ou de toute partie de ceux-ci qui peuvent être en possession de ladite défenderesse.

Au moment de rendre le jugement, le paragraphe numéroté «2» a été biffé et les paragraphes restants ont été renumérotés «I» et «II».

La première chose à souligner à propos de ce jugement, c'est qu'il ne s'agit pas d'un jugement de forclusion immédiate. La formule 104 dispose que, lorsqu'il s'agit d'un jugement de forclusion immédiate, l'ordonnance doit indiquer [TRADUCTION] «que ledit défendeur soit absolument déchu et forclos de tout droit, titre et faculté de rachat à l'égard des lieux hypothéqués». La formulation du jugement rendu ne contient rien de tel. Le paragraphe II du jugement rendu ordonne la mise en possession, mais ne touche aucunement au droit de rachat. La prise de possession par un créancier hypothécaire n'éteint pas le droit du débiteur de racheter les lieux hypothéqués. Si le jugement rendu contenait le paragraphe numéroté «2» dans le projet, nul doute que la cause aurait relevé de *Stevens v. Theatres, Limited*¹², mais je ne pense pas que la question de savoir si M^{me} Petranik conserve un droit de rachat sur la propriété litigieuse dépende de la présence ou de l'absence du paragraphe supprimé dans le jugement rendu. La question cruciale dans le présent pourvoi est de savoir si la tenure ou droit réel de M^{me} Petranik sur le bien-fonds hypothéqué a été éteint et, dans l'affirmative, quant et comment. Le jugement

¹² [1903] 1 Ch. 857.

¹² [1903] 1 Ch. 857.

which was entered did not, nor did it purport to, extinguish that interest. Neither was that interest extinguished by Mrs. Petranik's failure to appear or her failure to give a notice that she desired an opportunity to redeem the mortgaged premises. The passage of Rule 460A and the amendment of Rule 467 (the forerunner of Rule 472), effected a major change in foreclosure practice and procedure in Ontario by authorizing the signing of final judgment for immediate foreclosure unless the defendant filed a memorandum stating that he wished to redeem the property in question. This altered the earlier practice which required the plaintiff to sign interlocutory, not final, judgment. That is the effect of the change. I do not think it can be said that Mrs. Petranik's failure to file such a memorandum extinguished her equity of redemption. The Rule does not say that such is the effect and I very much doubt that ownership of an estate in land can be swept away by a rule of practice. Rules of practice do not prevail over equitable estates. Counsel for the respondent Mrs. Dale, early in his argument submitted that the effect of the amendment to the Rules was to extinguish the right of the mortgagor to redeem upon failure to file a request for an opportunity to redeem. Before his argument concluded, however, he had altered his position and conceded that an attenuated right of redemption continued. I think the concession is correct. The judgment was not an order absolute. An equity of redemption is so intense that even after an order absolute the court on occasion has given the mortgagor the right to redeem: *Campbell v. Holyland*¹³.

The Rules gave Mrs. Dale the right to enter judgment immediately for final order of foreclosure upon failure of Mrs. Petranik to appear or to give notice. Mrs. Dale did not avail herself of the opportunity to enter final judgment against Mrs. Petranik. She obtained an order for a reference because, no doubt, there were subsequent encumbrances, but whatever may have been her reason, Mrs. Dale obtained a judgment which left unextinguished Mrs. Petranik's equitable estate in the

rendu n'a pas éteint et n'avait d'ailleurs pas pour objet d'éteindre ce droit. Pas davantage ce droit n'a-t-il été éteint par le défaut de comparaître de M^{me} Petranik ou son défaut de donner avis de son désir d'avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués. L'adoption de la règle 460A et la modification de la règle 467 (précurseur de la règle 472) ont opéré un changement majeur dans les procédures de forclusion en Ontario en autorisant le prononcé d'un jugement final de forclusion immédiate à moins que le défendeur ne dépose un mémoire indiquant son désir de racheter la propriété en question. Cela modifie la pratique antérieure qui obligeait le demandeur à obtenir un jugement interlocutoire et non pas final. Telle est la portée du changement. Je ne pense pas que l'on puisse dire que le défaut de M^{me} Petranik de déposer pareil mémoire a éteint son droit de rachat. La règle ne déclare pas que tel est son effet et je doute fort que la propriété d'un droit de tenure sur un bien-fonds puisse être écartée par une règle de pratique. Les Règles de pratique ne l'emportent pas sur les droits de tenure en *equity*. Au début de sa plaidoirie, le procureur de la défenderesse M^{me} Dale a prétendu que la modification apportée aux règles avait pour effet d'éteindre le droit de rachat du débiteur hypothécaire qui omet de demander une occasion de racheter. Il a toutefois modifié sa position avant de conclure sa plaidoirie et concédé qu'il subsistait un droit de rachat atténué. Je pense que cette concession est correcte. Le jugement n'était pas une ordonnance définitive. Le droit de rachat est si fort que, même après une ordonnance définitive, il est parfois arrivé aux tribunaux d'accorder au débiteur hypothécaire le droit de racheter: *Campbell v. Holyland*¹³.

Les règles donnaient à M^{me} Dale le droit d'obtenir immédiatement un jugement final ordonnant la forclusion sur défaut de comparution ou de donner avis de M^{me} Petranik. M^{me} Dale ne s'est pas prévalu de sa faculté d'obtenir un jugement final contre cette dernière. Elle a obtenu une ordonnance de renvoi. Sans doute était-ce parce qu'il existait des créanciers subséquents mais, quelles qu'aient pu être ses raisons, M^{me} Dale a obtenu un jugement qui n'éteignait pas le droit de tenure en *equity* de

¹³ [1877] 7 Ch. D. 166.

¹³ [1877] 7 Ch. D. 166.

land. Mrs. Dale did not proceed with the reference before the Master; instead, she sold the property to Mr. Parker and Mr. Berwick, purporting to act under the power of sale contained in the mortgage. So far as giving notice of exercising power of sale to Mrs. Petranik, the trial judge, Moorhouse J., had this to say:

The sale was carried out with little if any notice, it being now alleged Helga [Mrs. Petranik] had abandoned the property, sale was purported to be made without notice.

It is contended that Mrs. Dale was entitled to pursue all remedies available to her, concurrently or in succession. Whether this is so in the present case depends, I think, upon the effect to be given to paragraph "I" of the judgment entered on behalf of Mrs. Dale which, it will be recalled, reads:

I. IT IS ORDERED AND ADJUDGED that all necessary enquiries be made, accounts taken, costs taxed and proceedings had for redemption or foreclosure and that for these purposes this cause be referred to the Master at the City of Toronto.

The form of judgment entered on behalf of Mrs. Dale should be read against the form appearing in Marriott, *Practice in Mortgage Actions in Ontario* (2nd. ed.) (1955) at p. 322 which I would like to set out in full:

FORM 20
(Form 96, C.R.)

Form of Judgment on Praeceptum for Foreclosure with Reference as to Encumbrancers, etc., where the Original Defendants do not File a Notice D. O. R., and Orders for Immediate Payment and Delivery of Possession

(Court and Cause)
.....day the.....day of.....19....

Upon reading the writ of summons issued in this action, and the statement of claim (if any), and an affidavit of service of the said writ on the defendant, and no appearance having been entered, (or, and the defendant having made default in the delivery of the defence) and no notice that the defendant desires an opportunity to redeem the mortgaged premises having been filed:

I. IT IS ORDERED AND ADJUDGED that all necessary enquiries be made, accounts taken, costs taxed

M^{me} Petranik sur le bien-fonds. M^{me} Dale n'a pas fait procéder au renvoi devant le *Master*; au lieu de cela, elle a vendu la propriété à M. Parker et M. Berwick, prétendant agir en vertu du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque. En ce qui concerne l'avis à donner à M^{me} Petranik de l'exercice du pouvoir de vente, le juge de première instance Moorhouse a fait remarquer ceci:

[TRADUCTION] La vente a été conclue avec peu ou pas d'avis, et comme il est maintenant allégué qu'Helga [M^{me} Petranik] avait abandonné la propriété, il semble qu'on ait entendu procéder à la vente sans avis.

Il est prétendu que M^{me} Dale avait le droit d'exercer tous les recours à sa disposition, concurremment ou successivement. Le point de savoir s'il en est ainsi en l'espèce dépend, je pense, de l'effet que l'on accorde au 1^{er} paragraphe du jugement rendu en faveur de M^{me} Dale, paragraphe qui, rappelons-le, se lit comme suit:

[TRADUCTION] I. IL EST ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que toutes les recherches nécessaires soient faites, les comptes dressés, les frais taxés et les mesures prises en vue de rachat ou de forclusion et qu'à ces fins la présente cause soit renvoyée au *Master* en la ville de Toronto.

La formulation du jugement rendu en faveur de M^{me} Dale doit être rapprochée de la formule que l'on trouve dans Marriott, *Practice in Mortgage Actions in Ontario* (2^e éd.) (1955), à la p. 322, que je reproduis en entier:

[TRADUCTION] FORMULE 20
(Formule 96, R.C.)

Formule de jugement sur réquisition écrite de forclusion avec renvoi quant aux créanciers, etc., quand les défendeurs originaires n'ont pas déposé d'avis de D. O. R., et d'ordonnance de paiement immédiat et de mise en possession

(Cour et cause)
Le.....19....

Vu le bref d'assignation délivré dans la présente action, et la déclaration (le cas échéant), et une attestation sous serment de la signification dudit bref au défendeur, en l'absence de comparution (ou, le défendeur n'ayant pas produit de défense) et aucun avis n'ayant été déposé exprimant le désir du défendeur d'avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués:

1. IL EST ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que toutes les recherches nécessaires soient faites, les comptes dressés,

and proceedings had for redemption or foreclosure and that for these purposes this cause be referred to the Master at.....

2. (*Where judgment is for immediate payment add:*) AND IT IS FURTHER ORDERED AND ADJUDGED that the defendant.....do forthwith pay to the plaintiff the sum of \$.....being the amount due to him for principal money, interest and costs at the date hereof; and upon payment of the amount due to the plaintiff that (subject to the provisions of section 2 of *The Mortgages Act*) the plaintiff do assign (sic) and convey the mortgaged premises and deliver up all documents relating thereto.

2. (*Or where judgment is for the amount found due by the Master substitute this paragraph for the one above:*) AND IT IS FURTHER ORDERED AND ADJUDGED that the defendant do forthwith after making of the Master's report pay to the plaintiff what shall be found due him for principal money, interest and costs at the date of the said report and upon payment of the amount due to him that, (subject to the provision of section 2 of *The Mortgages Act*) the plaintiff do assign and convey the mortgaged premises, and deliver up all the documents relating thereto.

3. (*Where judgment is for recovery of possession add:*) AND IT IS FURTHER ORDERED AND ADJUDGED that the defendant do forthwith deliver to the plaintiff, or to whom he may appoint, possession of the lands and premises in question in this cause, or of such part thereof as may be in the possession of the said defendant.

Judgment signed this.....day of..... 19....

REGISTRAR

The following points might be noted particularly (i) that the form of judgment in the instant case adopted, practically verbatim, the language of the recital and of paragraphs "1" and "3" of Form 20; (ii) that form 20 is a Form of Judgment for Foreclosure; (iii) that it is not a judgment for immediate foreclosure but in the nature of a judgment *nisi*; (iv) that the judgment entered on behalf of Mrs. Dale does not include paragraph "2" of Form 20 ordering immediate payment.

Marriott, *supra*, says at p. 76:

In a combined action for foreclosure, possession and payment, it should be kept in mind that in reality there

les frais taxés et les mesures prises en vue de rachat ou de forclusion et qu'à ces fins la présente cause soit renvoyée au *Master* à.....

2. (*Quand il s'agit d'un jugement de paiement immédiat, ajouter:*) ET IL EST EN OUTRE ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que le défendeur..... paye immédiatement au demandeur la somme de \$..... représentant le montant qui lui est dû en capital, intérêts et frais à cette date; et que, sur paiement du montant dû au demandeur (sous réserve des dispositions de l'article 2 de *The Mortgages Act*), le demandeur rétrocède les lieux hypothéqués et rende tous documents les concernant.

2. (*Ou s'il s'agit d'un jugement pour le montant établi par le Master, substituer le paragraphe suivant au précédent:*) ET IL EST EN OUTRE ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que, après dépôt du rapport du *Master*, le défendeur paye immédiatement au demandeur ce qui lui sera trouvé dû en capital, intérêts et frais à la date dudit rapport et, sur paiement du montant qui lui est dû, que (sous réserve des dispositions de l'article 2 de *The Mortgages Act*) le demandeur rétrocède les lieux hypothéqués et rende tous documents les concernant.

3. (*S'il s'agit d'un jugement de mise en possession, ajouter:*) ET IL EST EN OUTRE ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que le défendeur mette immédiatement le demandeur, ou la personne qu'il peut désigner, en possession des biens-fonds et lieux en question dans la présente cause, ou de toute partie de ceux-ci qui peuvent être en la possession dudit défendeur.

Jugement signé ce.....jour de..... 19....

REGISTRAIRE

On peut relever notamment les points suivants: i) que la formulation du jugement rendu en l'espèce a repris, presque mot pour mot, les termes de l'exposé introductif et des paragraphes 1 et 3 de la formule 20; ii) que la formule 20 est une formule de jugement de forclusion; iii) qu'il ne s'agit pas d'un jugement de forclusion immédiate mais d'un jugement de nature conditionnelle; iv) que le jugement rendu en faveur de M^{me} Dale ne contient pas le paragraphe 2 de la formule 20 ordonnant le paiement immédiat.

Marriott, précité, déclare à la p. 76:

[TRANSLATION] Dans une action combinée en forclusion, possession et paiement, il faut garder présent à

are three actions and the judgment when entered gives three remedies. If no notice D. O. R. [desire opportunity to redeem] is filed in effect three judgments are obtained, one for immediate foreclosure, one for possession and another for payment.

Where a notice D. O. R. is filed and the defendant is given three months to redeem, or a reference is required as to encumbrancers, the foreclosure action is not concluded and the right to redeem is still outstanding until a final order is obtained. However, as the other two actions have been completed and the plaintiff has the right to pursue his remedies thereon without regard to the foreclosure action he may at once obtain an execution on the judgment for payment and issue a writ of possession and place them in the Sheriff's hands: *Euclid Avenue Trusts Co. v. Hohns* (1911) 24 O.L.R. 447 at 452.

[The emphasis is mine.]

The effect of the judgment taken out by Mrs. Dale on March 23, 1962 was (i) to leave outstanding Mrs. Petranik's right of redemption until a final order of foreclosure could be obtained; (ii) not to take judgment for immediate payment; (iii) to obtain the right of immediate possession.

It is contended on behalf of Mrs. Dale that the omission from the judgment of the order for immediate payment (which embodied an express obligation to reconvey on payment) served to distinguish this case from *Stevens v. Theatres, Ltd.*, *supra*, and that in consequence Mrs. Dale was free to disregard the judgment which had been obtained at her behest from the Supreme Court of Ontario ordering a reference to the Master, and free to sell the mortgaged lands by private sale without notice to Mrs. Petranik. With respect, I think that that is taking too narrow a view of what was said by Mr. Justice Farwell in the *Stevens* case. I do not regard *Stevens* as a technical rule. Once the court has given judgment in foreclosure proceedings the mortgagee's power of sale is suspended pending implementation of that judgment. Although there is language in *Stevens* which might suggest that the suspension of the exercise of the power of sale depended upon an obligation to reconvey being expressly set forth in the judgment *nisi*, there is other language which can be read

l'esprit qu'en réalité il y a trois actions et que le jugement, une fois inscrit, fournit trois remèdes. Si aucun avis de D. O. R. [désir d'occasion de racheter] n'est déposé, ce sont en fait trois jugements qui sont obtenus, un de forclusion immédiate, un de possession, et un autre de paiement.

Quand un avis de D. O. R. est déposé et que le défendeur se voit accorder trois mois pour racheter, ou quand un renvoi est exigé quant aux créanciers, l'action en forclusion n'est pas terminée et le droit de racheter subsiste encore jusqu'à l'obtention d'une ordonnance finale. Toutefois, comme les deux autres actions sont achevées et que le demandeur a le droit d'exercer les recours qu'elles lui ont ouverts sans égard à l'action en forclusion, il peut aussitôt obtenir un bref d'exécution en vertu du jugement de paiement et faire émettre un bref de possession et les mettre entre les mains du shérif: *Euclid Avenue Trusts Co. v. Hohns* (1911) 24 O.L.R. 447, p. 452.

[C'est moi qui souligne.]

L'effet du jugement obtenu par M^{me} Dale le 23 mars 1962 était i) de laisser subsister le droit de rachat de M^{me} Petranik jusqu'à ce qu'une ordonnance finale de forclusion puisse être obtenue; ii) de ne pas obtenir jugement de paiement immédiat; iii) d'obtenir un droit de possession immédiate.

On a prétendu, en faveur de M^{me} Dale, que l'omission dans le jugement, de l'ordonnance de paiement immédiat (à laquelle était incorporée une obligation expresse de rétrocession sur paiement) permettait de distinguer la présente affaire de *Stevens v. Theatres, Ltd.*, précité. En conséquence, M^{me} Dale était libre de ne pas tenir compte du jugement prononcé à sa demande par la Cour suprême de l'Ontario, ordonnant un renvoi au *Master*, et de vendre privément les biens-fonds hypothéqués sans en aviser M^{me} Petranik. Avec égards, je pense que c'est interpréter trop étroitement les déclarations du juge Farwell dans *Stevens*. Je ne vois pas la règle *Stevens* comme une règle de procédure. Dès lors qu'un tribunal a prononcé jugement dans des procédures de forclusion, le pouvoir de vente du créancier hypothécaire est suspendu tant que l'exécution du jugement est elle-même pendante. Bien qu'il y ait, dans *Stevens*, certains passages qui pourraient laisser entendre que la suspension de l'exercice du pouvoir de vente est subordonnée à la présence, dans le jugement

more broadly and as being apposite in the case at bar. I have in mind, for example, the following:

When the parties have once taken the judgment of the Court neither party, in my opinion, is entitled without the leave of the Court to put it out of his own power, by any act of his own, to obey the judgment of the Court.

Whatever may be the reach of the *Stevens* decision, I am in no doubt that when a mortgagee seeks the aid of the court in the enforcement of a remedy against a mortgagor and engages the court system to the extent of obtaining a judgment of the nature of that obtained by Mrs. Dale, the mortgagee must carry out that judgment or obtain leave of the court to do otherwise. Having resorted to the Queen's justice, he can not resort to his own.

I conclude by reiterating that an equity of redemption is an interest in land, which the mortgagor can convey, devise, settle, lease or mortgage like any other interest in land (Megarry and Wade, *The Law of Real Property* (3rd ed.) at p. 885, and Cheshire's *Modern Real Property* (10th ed.) at p. 568) and that equity has always jealously guarded the mortgagor's right to redeem.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal and restore the judgment of Moorhouse J. with costs to the appellant throughout.

Appeal allowed with costs, JUDSON and RITCHIE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Black, Osborne, Black & Bassel, Toronto.

Solicitor for the respondents, Parker and Berwick: George T. Walsh, Toronto.

Solicitor for the respondent, Dale: G. L. Howell, Toronto.

conditionnel, d'une obligation expresse de rétrocession, il en est d'autres qui peuvent être considérés comme plus larges et applicables à la présente espèce. Je pense, par exemple, à celui-ci:

[TRADUCTION) Une fois que les parties ont obtenu jugement de la cour, aucune d'elles, à mon avis, n'a le droit, sans permission de celle-ci et par quelque acte unilatéral, de se mettre hors de mesure d'obéir audit jugement.

Quelle que puisse être la portée de *Stevens*, je n'ai aucun doute que, lorsqu'un créancier hypothécaire s'adresse à la cour pour obtenir un redressement contre un débiteur hypothécaire et engage le système judiciaire au point d'obtenir un jugement de la nature de celui qu'a obtenu M^{me} Dale, il a la stricte obligation d'exécuter ce jugement ou d'obtenir de la cour la permission d'agir autrement. Ayant eu recours à la justice de la Reine, il ne peut se faire justice lui-même.

Je conclus en répétant qu'un droit de rachat est un droit réel immobilier, que le débiteur hypothécaire peut céder, léguer, attribuer, louer ou hypothéquer comme n'importe quel autre droit réel immobilier (Megarry et Wade, *The Law of Real Property* (3^e éd.), p. 885 et Cheshire's *Modern Real Property* (10^e éd.), p. 568) et que l'*equity* a toujours jalousement protégé le droit de rachat du débiteur hypothécaire.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir le jugement du juge Moorhouse avec dépens en faveur de l'appelante dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges JUDSON et RITCHIE dissidents.

Procureurs de l'appelante: Black, Osborne, Black & Bassel, Toronto.

Procureur des intimés, Parker et Berwick: George T. Walsh, Toronto.

Procureur de l'intimée, Dale: G. L. Howell, Toronto.