

Les Immeubles Fournier Inc. and Rimouski Transport Limitée (*Defendants*) *Appellants*;

and

Construction St-Hilaire Limitée (*Plaintiff*)
Respondent.

1974: February 15; 1974: April 29.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, PROVINCE OF QUÉBEC

Mortgages—Penal clause—Invalidity—Interest Act, R.S.C. 1952, c. 156, s. 8—Civil Code, Art. 1077.

Appellant Les Immeubles Fournier Inc. owed respondent Construction St-Hilaire Limitée a balance of \$313,033.70 under terms of a contract for the construction of certain buildings. It gave the latter a hypothec and the other appellant, Rimouski Transport Limitée, bound itself jointly and severally as guarantor. The deed included an undertaking to pay the sum owed before May 1, 1967, with interest at six per cent from December 30, 1966. A clause further provided that the "borrower", as the debtor company was described, would be required to pay an "indemnity" of fifteen per cent if it went bankrupt etc. or if the "lender", the creditor, that is, instituted legal proceedings under the contract. An extension until June 23, 1967 was granted. On the appointed day, however, the creditor was informed that payment would not be made until June 29. On that date the bank informed the creditor that it had the funds required for payment, provided the bank was subrogated to the claim of respondent. Draft deeds were prepared and their contents discussed. On July 10 an action was instituted by respondent. The defendant, appellant Les Immeubles Fournier Inc. and its guarantor, Rimouski Transport Limitée, made tender and payment into Court of the principal, interest and costs owed, but without the fifteen per cent stipulated in the penal clause. This tender was held to be sufficient and the action dismissed. The Court of Appeal, ruling that Art. 1077 of the *Civil Code* is not a provision of public order, condemned appellants to pay the indemnity of fifteen per cent with interest and costs. They accordingly appealed to this Court.

Les Immeubles Fournier Inc. et Rimouski Transport Limitée (*Défenderesses*)
Appelantes;

et

Construction St-Hilaire Limitée
(*Demanderesse*) *Intimée*.

1974: le 15 février; 1974: le 29 avril.

Présents: Le Juge en chef Laskin et les Juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE, PROVINCE DE QUÉBEC

Hypothèque—Clause pénale—Invalidité—Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1952, c. 156, art. 8—Code civil, art. 1077.

L'appelante, les Immeubles Fournier Inc., devait à l'intimée, Construction St-Hilaire Limitée, un solde de \$313,033.70 aux termes d'un contrat d'entreprise pour la construction de certains immeubles. Elle lui consentit une hypothèque et l'autre appelante, Rimouski Transport Limitée, se porta caution solidaire. L'acte d'obligation comporte l'engagement de payer la somme due avant le 1^{er} mai 1967, avec intérêt au taux de six pour cent à partir du 30 décembre 1966. Une clause stipule en outre l'obligation de payer une «indemnité» de 15 pour cent si l'«emprunteur» i.e. la compagnie débitrice, fait faillite etc. ou si le «prêteur», i.e. la créancière, institue des procédures en justice en vertu du contrat. Un délai fut accordé jusqu'au 23 juin 1967. Cependant, le jour fixé, la créancière est informée qu'elle ne sera payée que le 29 juin, date à laquelle la banque l'informe qu'elle a les fonds nécessaires pour la payer, moyennant subrogation. Des projets d'actes sont préparés et la rédaction discutée. Le 10 juillet, une poursuite est intentée par l'intimée. La défenderesse, l'appelante, Les Immeubles Fournier Inc. et sa caution, Rimouski Transport Limitée, font des offres réelles et consistent le montant dû en capital, intérêt et frais, mais sans les 15 pour cent stipulés. Ces offres sont déclarées suffisantes et l'action rejetée. La Cour d'appel, statuant que l'article 1077 du *Code civil* n'est pas d'ordre public, condamne les appelantes à payer l'indemnité de 15 pour cent avec intérêt et dépens. Elles en appellent donc à cette Cour.

Held (Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Laskin C.J. and Spence, Pigeon, Dickson and Beetz JJ.: Appellants have shown no error in the reasons of the Court of Appeal. Their factum does not establish that respondent had "formally undertaken" to sign a subrogatory release, as the trial judge believed. Under the general law the parties may by means of a penal clause determine as they see fit the amount of damages which the debtor will have to pay if he fails to carry out his obligation, or delays in doing so. Art. 1077 of the *Civil Code* does not rule out the stipulation of a compensation to be paid by a debtor in default of paying a sum of money.

It is only by the force of s. 8 of the *Interest Act* R.S.C. 1952, c. 156, that the penal clause stipulated by respondent could be set aside as null and void. This provision does not appear to have been considered at first instance or on appeal, this being the reason that a re-hearing of the present appeal was ordered. It deals not only with interest proper but with any "fine or penalty or rate of interest that has the effect of increasing the charge on any such arrears beyond the rate of interest payable on principal money not in arrears". This wording is thus counter to the limitation which respondent seeks to introduce by interpretation, namely that it would only apply to an amount which increases on a daily basis. The intention to prohibit the recovery of any form of additional payment is made all the more obvious by subs. 2, which expressly authorizes a stipulation for the "payment of interest on arrears of interest or principal at any rate not greater than the rate payable on principal money not in arrear".

Respondent did not challenge the constitutionality of s. 8 of the *Interest Act*, although informed expressly by the order for a re-hearing that this provision would be the main object of the argument. Consequently, no notice was given to the Attorney General of Canada and the Attorneys General of the provinces. The Court cannot therefore decide here on the extent of the federal power regarding interest. It must construe s. 8 irrespective of the argument that respondent seeks to make from the provisions of the British North America Act, and accordingly the constitutional question must be left completely open.

Construing s. 8 by itself the words "penalty" and "fine" cannot be limited to what would be interest,

Arrêt (les Juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

Le Juge en chef Laskin et *les Juges* Spence, Pigeon, Dickson et Beetz: Les appelantes n'ont démontré aucune erreur dans les motifs de la Cour d'appel. Leur mémoire ne fait pas voir que l'intimée s'était «engagée formellement» à signer une quittance subrogatoire comme l'a cru le premier juge. Selon le droit commun, les parties peuvent, au moyen d'une clause pénale, régler comme elles l'entendent le montant des dommages et intérêts que le débiteur devra payer s'il n'exécute pas son obligation, ou s'il ne l'exécute que tardivement. L'article 1077 du *Code civil* n'exclut pas la fixation conventionnelle d'une indemnité à verser par le débiteur en défaut de payer une somme d'argent.

C'est donc uniquement par application de l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1952, c. 156, que la clause pénale stipulée par l'intimée peut être déclarée invalide. Cette disposition ne semble pas avoir été considérée ni en première instance ni en appel, ce qui a motivé l'ordonnance d'une seconde audition du présent pourvoi. Le texte ne vise pas seulement l'intérêt proprement dit, mais toute «amende, peine ou taux d'intérêt ayant pour effet d'élever les charges sur les arrérages au-dessus du taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré». Cette rédaction s'oppose donc à la restriction que l'intimée voudrait qu'on y introduise par interprétation, *i.e.* qu'il ne saurait s'appliquer qu'à un prix qui augmente de jour en jour. L'intention de défendre de réclamer un supplément sous une forme quelconque est rendue encore plus évidente par le second paragraphe qui permet expressément de stipuler «le paiement d'intérêt, sur des arrérages d'intérêt ou de principal, à un taux ne dépassant pas le taux payable sur le principal non arriéré».

L'intimée n'a pas attaqué la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt* quoique prévenue par l'ordre de nouvelle audition que cette disposition ferait l'objet principal du débat. Donc aucun avis n'a été donné au Procureur général du Canada et à ceux des provinces. La Cour ne peut donc en l'instance statuer sur l'étendue du pouvoir fédéral sur l'intérêt. Il lui faut interpréter l'art. 8 sans égard à l'argument que l'intimée veut tirer du texte de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, et laisser la question constitutionnelle entièrement réservée.

Considérant le texte en lui-même, il est impossible de restreindre les mots «peine» et «amende» à ce qui

that is to something accruing on a daily basis. The indemnity of 15 per cent cannot therefore be recovered.

Per Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ., dissenting: The philosophy of the *Interest Act* is simple: absolute freedom of contract exists, and the Act intervenes, to fix the interest rate at five per cent, only where there has been no agreement. There are only two exceptions to this general principle: those of s. 4 and s. 6. In these two exceptional cases, special provisions apply. This, moreover, was how the legislation now before the Court came into being. From the time the usury laws were abolished freedom of contract has been the rule, and the legislator has only intervened in specific problem situations. Such freedom of contract with respect to interest, introduced over a hundred years ago and unchanged since that time, has been and continues to be given full judicial recognition. Seen in this light ss. 6, 7, 8 and 9 of the *Interest Act* must be read as a whole, and any other approach does violence to the spirit of this legislation, by extending it into an area not properly its own. Even if an agreement such as that of clause 6 should be governed by s. 8 of the *Interest Act*, the words used in that section do not support a dismissal of the claim made by respondent. The proper subject of the *Interest Act* is precisely the cost of borrowed money, payable on a daily basis, and nothing else. Even if the history of the statute could be left out of account, the fines or penalties in question in s. 8 can only be charges partaking of the nature of interest, that is, increasing on a daily basis. They cannot extend to damages fixed contractually by the penal clause, damages which are settled once and for all, and which do not go on increasing day by day.

Moreover, for s. 8 to apply, two things must be true: (1) principal money not in arrears must still be owing on the day of default; (2) this payment must increase "the charge on any such arrears"; a penal clause is not a charge on arrears, but purely and simply an amount of damages liquidated in advance, arbitrarily, in accordance with an agreement. These two conditions do not exist here.

[*The Attorney General of Ontario v. Barfried Enterprises*, [1963] S.C.R. 570; *Standard Loan Co. v. Faucher* (1913), 19 R.L.N.S. 196 distinguished. *London Loan & Savings Co. v. Meagher*, [1930] S.C.R. 378; *Asconi Bldg. Corp. v. Vocisano*, [1947] S.C.R. 358; *Coupland Acceptance Ltd. v. Walsh*, [1954] S.C.R. 90; *Levy v. Bookspan*, [1931] 2 D.L.R. 1007; *Tapio v. Kajander* (1965), 48 D.L.R. (2d) 302;

constituerait de l'intérêt, c'est-à-dire à ce qui croîtrait jour par jour. L'indemnité de 15 pour cent n'est donc pas recouvrable.

Les Juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré, dissidents: La philosophie de la *Loi sur l'intérêt* est simple: il y a liberté absolue de convention et ce n'est qu'en l'absence d'entente que la Loi intervient pour fixer l'intérêt au taux de cinq pour cent. À ce principe général, il n'y a que deux exceptions, celles des art. 4 et 6. Dans ces deux cas d'exception, des dispositions précises prévalent. C'est ainsi d'ailleurs que s'est développée la législation que nous avons maintenant devant nous. À compter de l'abolition des lois sur l'usure, la liberté de contrat a été la règle et seuls des problèmes particuliers ont amené le législateur à intervenir. Cette liberté contractuelle dans le domaine de l'intérêt édictée il y a plus de cent ans et inchangée depuis lors a reçu et continue de recevoir sa pleine reconnaissance judiciaire. Dans cette lumière il faut lire comme un tout les art. 6, 7, 8 et 9 de la *Loi sur l'intérêt* et toute autre lecture fait violence à l'esprit de cette loi en la faisant déborder dans un domaine qui n'est pas le sien. Même si une convention comme celle de l'art. 6 devrait être régie par l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt*, les mots employés dans cet article ne permettent pas d'écarter la réclamation faite par l'intimée. Le sujet propre de cette loi est précisément le loyer de l'argent payable au jour le jour et rien d'autre. Même en faisant abstraction de l'histoire de cette loi, les amendes ou peines dont il s'agit à l'art. 8 ne peuvent être que des charges participant de la nature de l'intérêt, i.e. croissant au jour le jour. Elles ne peuvent s'étendre aux dommages fixés contractuellement par la clause pénale, dommages qui sont acquis une fois pour toutes et qui ne grandissent pas de jour en jour.

D'ailleurs pour que l'art. 8 entre en jeu, il faut deux choses: 1) à la date du défaut il doit rester un principal non arriéré; 2) ce paiement doit élever «les charges sur ces arrérages»; une clause pénale n'est pas une charge sur un arrérage, mais purement et simplement un montant de dommages liquidé par avance de façon arbitraire conformément à une convention. Ici ces deux conditions n'existent pas.

[Distinction faite avec les arrêts: *Le Procureur général d'Ontario c. Barfried Enterprises*, [1963] R.C.S. 570; *Standard Loan Co. c. Faucher* (1913), 19 R.L.N.S. 196. Arrêts mentionnés: *London Loan & Savings Co. c. Meagher*, [1930] R.C.S. 378; *Asconi Bldg. Corp. c. Vocisano*, [1947] R.C.S. 358; *Coupland Acceptance Ltd. c. Walsh*, [1954] R.C.S. 90; *Levy c. Bookspan*, [1931] 2 D.L.R. 1007; *Tapio c.*

Glinert v. Kosztowniak, [1972] 2 O.R. 284; *Franklin v. Ciceri* (1930), 69 C.S. 1; *Attorney General for Canada v. Attorney General for British Columbia*, [1930] A.C. 111; *The Attorney General of Quebec v. Attorney General of Canada*, [1945] S.C.R. 600 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec¹, reversing a judgment of the Superior Court. Appeal allowed, Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ. dissenting.

P. A. Gendreau, for the defendants, appellants.

M. Hickson, for the plaintiff, respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence, Pigeon, Dickson and Beetz JJ. was delivered by

PIGEON J.—In the early part of February 1967 appellant, Les Immeubles Fournier Inc., owed respondent, Construction St. Hilaire Limitée, a balance of \$313,033.70 on the construction of certain buildings. To avoid the registration of a builder's privilege, it gave the latter a hypothec and the other appellant, Rimouski Transport Limitée, bound itself jointly and severally as guarantor. The deed includes an undertaking to pay the sum owed before May 1, 1967, with interest at six per cent from December 30, 1966. A clause further provides that the "borrower", as the debtor company was described, will be required to pay an "indemnity" of 15 per cent if it "goes bankrupt, etc." or if the "lender" (the creditor, that is) "institutes legal proceedings under this contract . . ."

An extension until June 23 was granted, as acknowledged in a letter from the creditor dated June 15. On the appointed day, however, the latter only received another letter informing it that payment would be made on the 29th. Then, on that date, a letter from the Provincial Bank informed it that the Bank had the funds required for payment, provided the Bank was subrogated to the claim of respondent. Draft deeds were

Kajander (1965), 48 D.L.R. (2d) 302; *Glinert c. Kosztowniak*, [1972] 2 O.R. 284; *Franklin c. Ciceri* (1930), 69 C.S. 1; *Attorney General for Canada v. Attorney General for British Columbia*, [1930] A.C. 111; *Le Procureur général de Québec c. Le Procureur général du Canada*, [1945] R.C.S. 600.]

APPEL d'un jugement de la Cour du banc de la Reine, province de Québec¹, infirmant un jugement de la Cour supérieure. Appel accueilli, les Juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré étant dissidents.

P. A. Gendreau, pour les défenderesses, appelantes.

M. Hickson, pour la demanderesse, intimée.

Le jugement du Juge en chef Laskin et des Juges Spence, Pigeon, Dickson et Beetz a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Au début de février 1967 l'appelante, Les Immeubles Fournier Inc., devait à l'intimée, Construction St-Hilaire Limitée, un solde de \$313,033.70 pour la construction de certains immeubles. Afin d'éviter l'enregistrement d'un privilège de constructeur, elle lui consentit une hypothèque et l'autre appelante, Rimouski Transport Limitée, se porta caution solidaire. L'acte d'obligation comporte l'engagement de payer la somme due avant le 1^{er} mai 1967, avec intérêt au taux de six pour cent à partir du 30 décembre 1966. Une clause stipule en outre l'obligation de payer une «indemnité» de 15 pour cent si l'«emprunteur», c'est ainsi qu'on y désigne la compagnie débitrice, «fait faillite, etc.» ou si le «prêteur» (*i.e.* la créancière) «institue des procédures en justice en vertu du présent contrat, . . .»

Un délai jusqu'au 23 juin fut accordé, comme le reconnaît une lettre de la créancière en date du 15 juin. Cependant, le jour fixé, celle-ci ne reçut qu'une nouvelle lettre l'informant que l'on serait en mesure de la payer le 29. Puis ce jour-là, la Banque Provinciale l'informa par lettre qu'elle avait les fonds nécessaires pour payer, moyennant subrogation. Des projets d'actes furent préparés, on en discuta la rédac-

¹ [1972] C.A. 35.

¹ [1972] C.A. 35.

prepared and their contents discussed. Finally, on July 10, an action was instituted in which Les Immeubles Fournier Inc. and its guarantor Rimouski Transport Limitée made tender and payment into court of the principal, interest and costs owed, but without the 15 per cent stipulated in the penal clause.

The action was dismissed in the Superior Court, and the lender held to be sufficient. The principal reasons for the judgment were as follows:

[TRANSLATION] WHEREAS as early as June 29, 1967, on signature of a subrogatory release in favour of the Provincial Bank of Canada, plaintiff could then have received payment of all sums which were owed to it at the time;

WHEREAS a debtor is not liable for damages, *a fortiori* for the performance of a penal clause, when the non-performance of the principal obligation or the delay in such performance proceeds from a cause which cannot be imputed to him: 1071 C.C.;

WHEREAS the time that elapsed between June 29 and July 17 may not be imputed to defendants, since the money was always available provided plaintiff agreed to sign the subrogatory release which it had formally undertaken to sign;

In the Court of Appeal Turgeon J.A., with the concurrence of his colleagues, stated:

[TRANSLATION] With respect, I cannot subscribe to the view of the trial judge. Appellant was obliged, provided it received payment, to sign a pure and simple release and to grant a discharge of the hypothec. The debtors were bound to pay the cost of a notarial release and discharge, and to tender same to appellant for signature with the payment. Appellant's witness Claude St. Hilaire said that he was authorized by resolution of the board of directors to sign the release and discharge. As for the two promissory notes which had been discounted at the Bank with the consent of the debtors, there was an obligation to repay the National Bank with the money obtained by the payment, which was done after the tender.

That is not all. The Bank, without right, insisted that appellant sign a subrogatory release in its favour. The third party who pays another's debt may certainly require the creditor to receive payment of that debt, but he may not require the latter to subrogate

tion. Finalement, le 10 juillet, une poursuite fut intentée sur laquelle Les Immeubles Fournier Inc. et sa caution Rimouski Transport Limitée firent des offres réelles et consignèrent le montant dû en capital, intérêt et frais, mais sans les 15 pour cent stipulés à la clause pénale.

En Cour supérieure, la poursuite fut rejetée et les offres furent déclarées suffisantes. Les principaux considérants du jugement se lisent comme suit:

CONSIDÉRANT que dès le 29 juin 1967, sur la signature d'une quittance subrogatoire en faveur de la Banque Provinciale du Canada, la demanderesse pouvait alors recevoir paiement de tous les montants qui lui étaient alors dus;

CONSIDÉRANT que le débiteur n'est pas tenu à des dommages intérêts, à plus forte raison, à l'exécution d'une clause pénale lorsque l'inexécution de son obligation principale ou le retard de cette exécution provient d'une cause qui ne peut lui être imputée: 1071 C.C.;

CONSIDÉRANT que le délai qui s'est écoulé entre le 29 juin et le 17 juillet ne saurait être imputé aux défenderesses, puisque le montant était toujours disponible dès que la demanderesse consentait à signer la quittance subrogatoire qu'elle s'était engagée formellement à signer;

En Cour d'Appel, M. le Juge Turgeon dit avec l'accord de ses collègues:

Avec déférence, je ne peux partager l'opinion du premier juge. L'appelante était tenue, à la condition de recevoir son paiement, de signer une quittance pure et simple et de donner main-levée de l'hypothèque. Il appartenait aux débitrices de payer le coût de ces quittances et main-levée notariées et de les présenter pour signature à l'appelante avec le paiement. Le témoin Claude St-Hilaire de l'appelante nous dit qu'il était autorisé par résolution du conseil d'administration à signer la quittance et la main-levée. Quant aux deux billets promissaires qui étaient escomptés à la banque avec l'autorisation des débitrices, il fallait rembourser la Banque Nationale avec l'argent provenant du paiement, ce qui fut fait après les offres.

Mais il y a plus. La Banque exigea sans droit que l'appelante lui signe une quittance subrogatoire. Le tiers qui paie la dette d'un autre peut sans doute obliger le créancier à recevoir le paiement, mais il ne peut exiger de celui-ci qu'il subroge dans ses droits.

him in his rights. That is why the second paragraph of Art. 1155 of the Code provides for subrogation by the debtor himself, allowing him to subrogate the third party who pays his debt, and this subrogation takes effect without the concurrence of the creditor.

Holding that no "monetary obligations under a loan of money" were involved, that art. 1040c of the *Civil Code* was therefore not applicable in the circumstances, and that the provisions of art. 1077 were not provisions of public order, the Court of Appeal went on to set aside the judgment of the Superior Court and condemned the debtor and its guarantor to pay the balance owing, namely the indemnity of 15 per cent amounting to \$48,429.31 with interest and costs, as Construction St. Hilaire Limitée had received the amount paid into Court.

In my opinion appellants have shown no error in these reasons of the Court of Appeal. In particular, their factum does not establish that Construction St. Hilaire Limitée had "formally undertaken" to sign a subrogatory release, as the trial judge believed. The comments of certain French writers on art. 1153 C.N. were inappropriately cited in support of the argument that art. 1077 C.C. is a provision of public order. Here is what P.B. Mignault says (*Droit civil canadien*, Vol. V, pp. 426-427):

[TRANSLATION] Under the general law the parties may by means of a penal clause determine as they see fit the amount of damages which the debtor will have to pay if he fails to carry out his obligation, or delays in doing so.

Is the same rule applicable to obligations for sums of money? May the parties, by means of a penal clause, raise or lower the amount of damages?

They undoubtedly may, since under Article 1785 the rate of interest may be *fixed by agreement between the parties*, with the exception of certain cases mentioned in that article. In theory under our system, any rate of interest may legally be agreed on; if none is stipulated, the applicable rate will be the legal rate, fixed by law at six per cent per annum.

The answer would be different under French law; in France, since the law of September 3, 1807, the rate of interest that may be agreed on has been limited: under that law any clause which increases it

C'est pour cette raison que le Code à l'article 1155, deuxième paragraphe, prévoit la subrogation par le débiteur lui-même en lui permettant de subroger le tiers qui vient payer sa dette et cette subrogation a lieu sans le concours du créancier payé.

Ayant statué ensuite qu'il ne s'agit pas d'«obligations monétaires découlant d'un prêt d'argent», que l'art. 1040c du *Code civil* n'est donc pas applicable en l'occurrence et que les dispositions de l'art. 1077 ne sont pas d'ordre public, la Cour d'appel infirma le jugement de la Cour supérieure et condamna la débitrice et sa caution à payer le solde dû, c'est-à-dire l'indemnité de 15 pour cent s'élevant à \$48,429.31 avec intérêt et dépens, Construction St-Hilaire Limitée ayant touché le montant consigné.

A mon avis, les appelantes n'ont démontré aucune erreur dans ces motifs de la Cour d'appel. En particulier, leur mémoire ne fait pas voir que Construction St-Hilaire Limitée s'était «engagée formellement» à signer une quittance subrogatoire comme l'a cru le premier juge. C'est à tort que l'on y cite les commentaires de certains auteurs français sur l'art. 1153 C.N. pour soutenir que l'art. 1077 C.c. est d'ordre public. Voici ce que dit P. B. Mignault (*Droit civil canadien*, Tome V, pp. 426-427):

Selon le droit commun, les parties peuvent, au moyen d'une clause pénale, régler comme elles l'entendent le montant des dommages et intérêts que le débiteur devra payer s'il n'exécute pas son obligation, ou s'il ne l'exécute que tardivement.

La même règle est-elle applicable aux obligations de sommes d'argent? Les parties peuvent-elles, au moyen d'une clause pénale, élever ou diminuer le chiffre des dommages et intérêts?

Certainement, puisque, d'après l'article 1785, le taux de l'intérêt peut être *fixé par convention entre les parties*, excepté en certains cas mentionnés en cet article. En principe, dans notre système, tout taux d'intérêt peut être convenu légalement; si aucun taux n'est stipulé, l'intérêt qui devra courir est l'intérêt légal, fixé par la loi à six pour cent par année.

La réponse serait différente sous la loi française; le taux de l'intérêt conventionnel a été limité, en France, depuis la loi du 3 septembre 1807, d'après laquelle toute clause qui l'élève au-dessus du taux légal,

over the legal rate, that is to say five per cent in civil matters, or six per cent in commercial transactions, is classified as *usurious* and as such is void. Of course, that does not prevent a penal clause from being valid when it is favourable to the debtor, that is when it lowers the compensation fixed by the law.

May a creditor, in addition to the interest on the sum owed, stipulate for example that a certain sum will be paid for costs of collection? In *Leduc v. Gourdine*, 10 L.N., p. 161, Wurtele J. held that such a stipulation is illegal. However, I do not see how freedom of contract can be limited in this way. The learned judge based his finding on Art. 1077, but that article does not seem to me to rule out stipulation of a penal clause, or agreeing on the compensation to be paid by a defaulting debtor. (In France such a clause would be void as usurious, but as usury is not prohibited by our law the argument made by writers does not apply here).

Among the French writers cited by appellants is Baudry-Lacantinerie, who says in para. 508 of his *Traité des Obligations* (Vol. 12, 3rd ed., pp. 536-537):

[TRANSLATION] 508. But may the parties, by making special provision against a specific loss other than that resulting naturally to the creditor from the loss of his capital and from the risk incurred by him until it is repaid (apart, moreover, from bad faith or gross neglect of the debtor), stipulate in a penal clause for an amount in addition to interest on overdue payment? . . .

A number of rightly respected writers conclude that they may . . .

However, other equally respected writers take the opposite view, and we feel this latter opinion follows necessarily from the text and policy of the law: Art. 1153 states that "The damages resulting from delay in the payment of a sum, to which the debtor is liable, never consist but of the award of interest at the rate fixed by law, saving the special rules applicable to commerce and suretyship". The principle thus admits only of the exceptions provided by the legislature. Moreover, the purpose of the provision is to prevent difficulties relating to determination of damage. This purpose would be defeated if the parties could, by providing against a specific loss, stipulate a penalty in addition to the interest allowed by law, for the courts would be obliged to consider whether such loss had been sustained. They would even, at least in a civil case, so as to thwart the fraud of an usurer, be

c'est-à-dire du taux de 5% en matière civile, ou 6% en matière commerciale, est dite *usuraire* et comme telle frappée de nullité. Naturellement, cela n'empêche pas la clause pénale d'être valable quand elle est favorable au débiteur, c'est-à-dire quand elle abaisse l'indemnité déterminée par la loi.

Le créancier pourrait-il, outre l'intérêt sur la somme due, stipuler par exemple une certaine somme pour frais de recouvrement? Le juge Wurtele, dans la cause de *Leduc v. Gourdine*, 10 L.N., p. 161, a décidé qu'une telle stipulation est illégale. Cependant, je ne vois pas comment on pourrait ainsi restreindre la liberté de contracter. Le savant juge s'est basé sur l'article 1077, mais cet article ne me paraît pas exclure la stipulation d'une clause pénale ou la fixation conventionnelle de l'indemnité à payer par le débiteur en défaut. (En France une telle clause serait nulle comme usuraire, mais l'usure n'étant pas prohibée par nos lois, le motif que les auteurs invoquent est sans application ici.)

Parmi les auteurs français cités par les appelantes on relève Baudry-Lacantinerie. Voici ce qu'on peut lire au paragraphe 508 du *Traité des Obligations* (Vol. 12, 3^e éd., pp. 536-537):

508. Mais les parties peuvent-elles, en prévoyant spécialement un préjudice déterminé autre que celui qui résulte naturellement pour le créancier de la privation de son capital et du risque par lui couru jusqu'au paiement (abstraction faite, d'ailleurs, de la mauvaise foi ou de la faute lourde du débiteur), stipuler dans une clause pénale une somme en sus des intérêts moratoires? . . .

Oui, répondent plusieurs auteurs justement estimés . . .

Mais d'autres auteurs, également considérables, se prononcent en sens contraire, et cette dernière opinion nous paraît imposée par le texte et par les motifs de la loi: «Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, dit l'art. 1153, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent *jamais* que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement». Ce principe n'admet donc que les exceptions prévues par le législateur. Au surplus, le but de cette disposition est d'empêcher les difficultés relatives à la vérification du dommage. Ce but serait manqué si les parties pouvaient, en visant un préjudice particulier, stipuler une peine en sus de l'intérêt légal, car les juges seraient obligés de rechercher si ce préjudice s'est réalisé. Ils devraient même, du moins en matière

required to consider whether the penalty stipulated exceeds the amount of the damage, otherwise it would be a simple matter to evade the provisions of Art. 1 of the law of September 3, 1807.

It may be noted in passing that the word "never" underlined by Baudry-Lacantinerie is not found in art. 1077 C.C. One may also note the following statement in *Laurent* (Vol. 16, p. 377, No. 317):

[TRANSLATION] The 1807 law was legislation of public order, hence any derogation therefrom was an unlawful agreement; it follows that individuals could not, directly or indirectly, by adopting a penal clause, stipulate for interest in excess of the legal rate.

Accordingly, it is only by the force of s. 8 of the *Interest Act* (R.S.C. 1952, c. 156, now R.S.C. 1970, C. I-18) that the penal clause stipulated by respondent could be set aside as null and void. In view of the special importance of this question relating to a federal enactment which does not appear to have been considered at first instance or on appeal, a re-hearing of the present appeal was ordered. The provision relied upon by appellant is part of a group of sections under the heading "Interest on moneys secured by mortgage on real estate". The first three read as follows:

6. Whenever any principal money or interest secured by mortgage of real estate is, by the mortgage, made payable on the sinking fund plan, or on any plan under which the payments of principal money and interest are blended, or on any plan that involves an allowance of interest on stipulated repayments, no interest whatever shall be chargeable, payable or recoverable, on any part of the principal money advanced, unless the mortgage contains a statement showing the amount of such principal money and the rate of interest chargeable thereon, calculated yearly or half-yearly, not in advance.

7. Whenever the rate of interest shown in the statement mentioned in section 6 is less than the rate of interest that would be chargeable by virtue of any other provision, calculation or stipulation in the mortgage, no greater rate of interest shall be chargeable, payable or recoverable, on the principal money advanced, than the rate shown in such statement.

civile, pour déjouer les fraudes des usuriers, rechercher si la peine stipulée n'excède pas le montant du dommage, car, sans cela, rien ne serait plus facile que d'éluder la disposition de l'art. 1^{er} de la loi du 3 septembre 1807.

Notons en passant que le mot «jamais» souligné par Baudry-Lacantinerie ne se retrouve pas à l'art. 1077 C.c. Notons aussi la phrase suivante de *Laurent* (Tome 16, p. 377, n° 317):

La loi de 1807 était une loi d'ordre public, partant toute dérogation était une convention illicite; de là la conséquence que l'on ne pouvait, ni directement, ni indirectement, sous forme de clause pénale, stipuler des intérêts supérieurs à l'intérêt légal.

C'est donc uniquement par application de l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt* (S.R.C. 1952, c. 156, aujourd'hui S.R.C. 1970, c. I-18) que la clause pénale stipulée par l'intimée peut être déclarée invalide. Vu l'importance particulière de cette question relative à un texte de loi fédérale qui ne semble pas avoir été considéré en première instance et en appel, une seconde audition du présent pourvoi a été ordonné. Le texte invoqué par les appelantes fait partie d'une série d'articles sous le titre «Intérêt sur deniers garantis par hypothèque». Les trois premiers se lisent comme suit:

6. Lorsqu'une somme principale ou un intérêt garanti par hypothèque sur biens-fonds est stipulé, par l'acte d'hypothèque, payable d'après le système du fonds d'amortissement, ou d'après tout système en vertu duquel les versements du principal et de l'intérêt sont confondus, ou d'après tout plan ou système qui comprend une allocation d'intérêt sur des remboursements stipulés, aucun intérêt n'est exigible, payable ou recouvrable sur une partie quelconque de la somme principale prêtée, à moins que l'acte d'hypothèque ne contienne un état de la somme principale et du taux de l'intérêt exigible à son égard, calculé annuellement ou semestriellement, mais non d'avance.

7. Lorsque le taux d'intérêt indiqué dans cet état est moindre que celui qui serait exigible en vertu de quelque autre disposition, calcul ou stipulation de l'acte d'hypothèque, il n'est exigible, payable ou recouvrable sur le principal avancé aucun intérêt plus élevé que le taux énoncé dans l'état.

8. (1) No fine or penalty or rate of interest shall be stipulated for, taken, reserved or exacted on any arrears of principal or interest secured by mortgage of real estate, that has the effect of increasing the charge on any such arrears beyond the rate of interest payable on principal money not in arrears.

(2) Nothing in this section has the effect of prohibiting a contract for the payment of interest on arrears of interest or principal at any rate not greater than the rate payable on principal money not in arrears.

Is the indemnity of 15 per cent claimed by respondent a penalty within the meaning of this provision which does not appear to have been considered either at first instance or on appeal? The two Courts were agreed in treating the stipulation in question as a "penal clause". At the conclusion of the reasons of Turgeon J.A. there is the following sentence:

[TRANSLATION] In the case at bar I consider we are dealing with a penal clause, which Article 1131 of the Civil Code defines as a secondary obligation by which a person, to assure the performance of the primary obligation, binds himself to a penalty in case of its inexecution.

Respondent argued in its factum and at the hearing that because this is a federal statute on interest, s. 8 could only apply to a price which increases on a daily basis. It cited *inter alia* the following passage from the reasons of Judson J., dealing with the constitutionality of an Ontario statute against harsh loans (*Attorney General of Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*² at p. 575):

... The foundation for the judgment under appeal is to be found in the adoption of a wide definition of the subject-matter of interest used in the *Saskatchewan Farm Security Act* reference. The judgment of this Court in that case was affirmed in the Privy Council. Interest was defined:

In general terms, the return or consideration or compensation for the use or retention by one person of a sum of money, belonging to, in a colloquial sense, or owed to, another.

² [1963] S.C.R. 570.

8. (1) Il ne peut être stipulé, retenu, réservé ni exigé, sur des arrérages de principal ou d'intérêt garantis par hypothèque sur biens-fonds, aucune amende, peine ou taux d'intérêt ayant pour effet d'élever les charges sur ces arrérages au-dessus du taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré.

(2) Rien dans le présent article n'a pour effet de prohiber un contrat pour le paiement d'intérêt, sur des arrérages d'intérêt ou de principal, à un taux ne dépassant pas le taux payable sur le principal non arriéré.

L'indemnité de 15 pour cent réclamée par l'intimée est-elle une peine au sens de cette disposition qui ne semble pas avoir été considérée ni en première instance ni en appel? Les deux Cours ont été d'accord pour voir une «clause pénale» dans la stipulation dont il s'agit. A la fin des motifs de M. le Juge Turgeon, on trouve la phrase suivante:

Dans le litige qui nous est soumis, je suis d'opinion que nous sommes en présence d'une clause pénale que l'article 1131 du Code civil définit comme étant une obligation secondaire par laquelle une personne, pour assurer l'exécution de l'obligation principale, se soumet à une peine en cas d'inexécution.

Dans son mémoire et à l'audition, l'intimée a prétendu que parce qu'il s'agit d'une loi fédérale sur l'intérêt, l'art. 8 ne saurait s'appliquer qu'à un prix qui augmente de jour en jour. Elle a cité notamment le passage suivant des motifs de M. le Juge Judson statuant sur la constitutionnalité d'une loi d'Ontario contre les prêts abusifs (*Le Procureur général d'Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*², à la p. 575):

[TRADUCTION] ... Le jugement dont appel est fondé sur la définition extensive de l'intérêt que l'on a utilisée dans l'affaire du renvoi sur le *Saskatchewan Farm Security Act*. Le jugement de cette Cour dans cette affaire-là a été confirmé par le Conseil privé. On y a défini l'intérêt comme étant:

En termes généraux, la rémunération ou contrepartie ou indemnité prévue en retour de l'utilisation ou de la rétention, par une personne, d'une somme d'argent appartenant ou—plus précisément—due à une autre.

² [1963] R.C.S. 570.

This is substantially the definition running through the three editions of Halsbury. However, in the third edition (27 Hals., 3rd. ed., p. 7) the text continues:

Interest accrues *de die in diem* if payable only at intervals, and is, therefore, apportionable in point of time between persons entitled in succession to the principal.

The day-to-day accrual of interest seems to me to be an essential characteristic. All the other items mentioned in *The Unconscionable Transactions Act* except discount lack this characteristic. They are not interest. In most of these unconscionable schemes of lending the vice is in the bonus.

Here it should be noted that the wording of s. 8 of the *Interest Act* deals not only with interest proper but with any "fine or penalty or rate of interest that has the effect of increasing the charge on any such arrears beyond the rate of interest payable on principal money not in arrears." The wording of the enactment is thus counter to the limitation which respondent seeks to introduce by interpretation. The intention to prohibit recovery of any form of additional payment is made all the more obvious by subs. 2, which expressly authorizes a stipulation for the "payment of interest on arrears of interest or principal at any rate not greater than the rate payable on principal money not in arrears".

In *London Loan & Savings Co. v. Meagher*³, this Court had to consider whether a bonus, paid to the lender at the time of loan under a separate agreement out of the principal sum guaranteed by the mortgage, was contrary to the provisions of the *Interest Act*. The only point at issue was the application of s. 6, as s. 8 relates only to amounts stipulated on "arrears". It was held that even if the bonus was regarded as the equivalent of a reduction in the amount advanced, s. 6 had not been violated. Stating the unanimous opinion of the Court, Smith J. said (at pp. 381 and 384):

I am of opinion that the payment of the full amount of \$30,000 by the mortgagee and payment of the bonus by the mortgagor's cheque, as arranged, had no

C'est là en substance la définition que l'on retrouve dans les trois éditions successives de Halsbury. Toutefois, dans la troisième, le texte poursuit:

L'intérêt court *de die in diem* même s'il est payable seulement après un certain intervalle, et, par conséquent, il se répartit dans le temps entre ceux qui ont successivement droit au capital.

L'accroissement de l'intérêt de jour en jour me paraît une caractéristique essentielle. Cette caractéristique manque à tous les autres éléments mentionnés dans *The Unconscionable Transactions Act*, sauf l'escompte. Dans la plupart de ces systèmes de prêts exorbitants, le vice est dans le *boni*.

Ici, il faut observer que le texte de l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt* ne vise pas seulement de l'intérêt proprement dit, mais toute «amende, peine ou taux d'intérêt ayant pour effet d'élever les charges sur les arrérages au-dessus du taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré.» Le texte comme il est rédigé s'oppose donc à la restriction que l'intimée voudrait qu'on y introduise par interprétation. L'intention de défendre de réclamer un supplément sous une forme quelconque est rendue encore plus évidente par le second paragraphe qui permet expressément de stipuler «le paiement d'intérêt, sur des arrérages d'intérêt ou de principal, à un taux ne dépassant pas le taux payable sur le principal non arriéré».

Dans *London Loan & Savings Co. c. Meagher*³, cette Cour a été appelée à considérer si un boni versé au prêteur lors du prêt, en vertu d'une convention accessoire, à même le montant principal garanti par hypothèque, allait à l'encontre des dispositions de la *Loi sur l'intérêt*. La seule question en litige était l'application de l'art. 6, en effet, l'art. 8 ne vise que des montants stipulés sur des «arrérages». On a statué que même si l'on devait considérer le boni comme l'équivalent d'une réduction du montant avancé, il n'y avait pas violation de l'art. 6. Exprimant l'opinion unanime de la Cour, M. le Juge Smith a dit (aux pp. 381, 384):

[TRADUCTION] Je suis d'avis que, sur le plan juridique, le versement du plein montant de \$30,000 par le créancier hypothécaire et le versement du boni par

³ [1930] S.C.R. 378.

³ [1930] R.C.S. 378.

different legal effect from payment of that bonus by simply deducting and retaining it from the loan . . .

The Act, however, as it stands does not aim at controlling or limiting the rate of interest or recompense that lenders may exact for loans, and has no such effect if the last part of section 6 is complied with, except that no greater rate can be exacted than the rate mentioned in the statement thereby called for. The aim is to prevent the collection of interest provided for in the mortgage by plans described in section 6, which do not disclose to the ordinary borrower the real rate of interest being exacted by such plans. So far, however, as this Act is concerned, any rate of interest may be provided for by such plans, and enforced, if that rate is disclosed by a statement in the mortgage of the principal money and of the rate of interest, as provided in the latter part of section 6.

There is, therefore, in the mortgage in question, no offence against the spirit of the Act, because it does not fail to disclose to an ordinary borrower what he is to pay for the loan, though he might not realize what rate per cent. the \$3,000 cash in advance, added to the 7½ per cent., would amount to. The \$3,000 cash payment might, however, give him a clearer idea of what the loan was costing him than if provided for in terms of an added rate of interest.

Though this passage refers to the Act there in question in general terms, the context makes it clear that in fact only the provision in dispute, i.e. s. 6, was being considered. It may also be noted that in *Asconi Bldg. Corp. v. Vocisano*⁴ this Court based itself only on s. 6 in deciding in the same way as in *London Loan* with respect to a bonus.

In another case, *Coupland Acceptance Ltd. v. Walsh*⁵, which this time dealt with s. 8, this Court held that additional interest at the rate of two per cent per month, stipulated to be payable after the due date, was not recoverable. Speaking for the Court, Kellock J. said (at p. 94):

⁴ [1947] S.C.R. 358.

⁵ [1954] S.C.R. 90.

chèque tiré par le débiteur hypothécaire, comme convenu, n'ont pas eu un effet différent de celui qu'on aurait obtenu si l'on avait simplement déduit et retranché le boni du montant prêté . . .

La Loi comme elle est, cependant, ne vise pas à réglementer ou à limiter le taux d'intérêt ou la récompense que les prêteurs peuvent exiger pour des prêts, et elle n'a pas d'effet semblable si l'on se conforme à la dernière partie de l'article 6, sauf qu'aucun taux plus élevé que le taux énoncé dans l'état requis par cet article-là ne peut être exigé. Le but visé est d'empêcher la perception d'un intérêt prévu à l'acte d'hypothèque d'après des plans décrits à l'article 6, qui ne révéleraient pas à un emprunteur ordinaire le taux d'intérêt réel exigible en vertu de ces plans. Dans la mesure, toutefois, où cette Loi est concernée, on peut stipuler n'importe quel taux d'intérêt et le recouvrer, si cet intérêt est révélé dans l'acte d'hypothèque par un état indiquant la somme principale et le taux, tel que prévu dans la dernière partie de l'article 6.

Il n'y a donc pas de violation de l'esprit de la Loi dans l'acte d'hypothèque en question, parce qu'il n'omet pas de révéler à l'emprunteur ordinaire ce qu'il doit payer en contrepartie du prêt, bien que cet emprunteur ne puisse peut-être pas se rendre compte du taux que donne le montant de \$3,000 versé comptant à l'avance lorsqu'on l'ajoute au taux de 7½ pour cent. Les 3,000 dollars versés lui donnent peut-être une idée plus nette de ce que le prêt lui coûte que s'ils étaient stipulés sous forme d'intérêt accru.

Bien que dans ce texte on parle de la loi dont il s'agit en termes généraux, le contexte fait voir qu'on ne visait en réalité que la seule disposition qui faisait l'objet du litige, savoir l'art. 6. Notons aussi que c'est uniquement sur l'art. 6 que l'on s'est fondé dans *Asconi Bldg. Corp. c. Vocisano*⁴ pour statuer au sujet d'un boni dans l'affaire *London Loan*.

Dans une autre affaire où cette fois-là il s'agissait de l'art. 8, *Coupland Acceptance Ltd. c. Walsh*⁵, cette Cour a déclaré non recouvrable un intérêt additionnel au taux de 2 pour cent par mois stipulé payable après l'échéance. Parlant au nom du tribunal, M. le Juge Kellock a dit (à la p. 94):

⁴ [1947] R.C.S. 358.

⁵ [1954] R.C.S. 90.

The respondents contend in any event, however, that the appellant's claim is to be reduced by the sum of \$2,126.25, representing interest at the rate of 2 per cent per month for the two months following the maturity of the Kerbel mortgage to the time of its payment off, as recovery of any amount beyond the rate of 5 per cent payable before maturity is prohibited by s. 8 of the *Interest Act*, R.S.C. 1927, c. 102. To this the appellant objects that the payment of this amount is not to be ascribed to any moneys advanced by it but that the mortgagor, who provided the sum of \$8,500 over and above the amount advanced by the appellant, must be taken to have made this payment. I think this objection is well taken but nonetheless, following the terms of s. 8, the appellant may not rely upon the provisions of the Kerbel mortgage with respect to interest beyond a rate of 5 per cent from May 9, 1951.

No reference was made to the *London Loan* case; this was undoubtedly because no one thought it was relevant, it was cited in appellant's factum.

In *Levy v. Bookspan*⁶, Wright J., holding that *London Loan* was inapplicable, invalidated under s. 8 of the *Interest Act* a clause reading as follows (at p. 1009):

And also it is agreed that . . . in the event of a sale or foreclosure under the provisions of this mortgage a bonus of three months' interest shall be added to the mortgage-debt.

Similar decisions were handed down in *Tapio v. Kajander*⁷ and *Glinert v. Kosztowniak*⁸.

Quebec case law contains only one decision on the point. It is to the same effect: *Franklin v. Ciceri*⁹. There, Boyer J. held invalid under s. 8 of the *Interest Act* a clause in a deed of hypothec stipulating an indemnity in the event of sale by court order, receipt of the principal before maturity, or legal proceedings.

[TRADUCTION] Les intimés prétendent toutefois, que la réclamation de l'appelante doit, en tout état de cause, être réduite de la somme de \$2,126.25, représentant l'intérêt au taux de 2 pour cent par mois pour les deux mois écoulés depuis l'échéance de l'hypothèque Kerbel jusqu'à son acquittement, pour le motif que l'art. 8 de la *Loi de l'intérêt*, S.R.C. 1927, c. 102, interdit de recouvrer un montant qui dépasse un intérêt de 5 pour cent payable avant l'échéance. A cela l'appelante objecte que le paiement de cette somme ne doit pas être imputé à de l'argent avancé par elle mais que le débiteur hypothécaire, qui a fourni la somme de \$8,500 en sus de montant avancé par l'appelante, doit être considéré comme ayant effectué ce paiement. Je crois que cette objection a du sens mais néanmoins, suivant les termes de l'art. 8, l'appelante ne peut pas invoquer les dispositions de l'hypothèque Kerbel relativement à de l'intérêt qui dépasse le taux de 5 pour cent à compter du 9 mai 1951.

S'il n'a pas été question de l'arrêt *London Loan* c'est sans doute parce que personne ne l'a considéré pertinent, il était cité dans le mémoire de l'appelante.

Dans *Levy c. Bookspan*⁶, M. le Juge Wright, considérant l'arrêt *London Loan* inapplicable, a jugé invalide suivant l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt* une clause se lisant comme suit (à la p. 1009):

[TRADUCTION] Et de plus il est convenu que . . . advenant vente ou forclusion sous le régime des dispositions du présent acte d'hypothèque, un boni de trois mois d'intérêts sera ajouté à la dette hypothécaire.

Des décisions analogues ont été rendues dans *Tapio c. Kajander*⁷ et *Glinert c. Kosztowniak*⁸.

Dans la jurisprudence du Québec on ne trouve qu'une seule décision sur le point. Elle est dans le même sens: *Franklin c. Ciceri*⁹. M. le Juge Boyer y a déclaré invalide, en vertu de l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt*, une clause d'un acte d'hypothèque stipulant une indemnité en cas de vente en justice, réception du capital avant échéance, ou poursuite en justice.

⁶ [1931] 2 D.L.R. 1007.

⁷ (1965), 48 D.L.R. (2d) 302.

⁸ [1972] 2 O.R. 284.

⁹ (1930), 69 C.S. 1.

⁶ [1931] 2 D.L.R. 1007.

⁷ (1965), 48 D.L.R. (2d) 302.

⁸ [1972] 2 O.R. 284.

⁹ (1930), 69 C.S. 1.

In its factum and at the hearing respondent relied on the decision of the Court of Appeal of Quebec in *Standard Loan Co. v. Faucher*¹⁰. That decision does not touch the point at issue. The only point which it considered was whether a reference to the rate of interest payable was in accordance with the requirements of s. 6 of the *Interest Act*. It is true that in the reasons for judgment it is said, as stated by the law editor, that [TRANSLATION] "the federal *Interest Act* applies to the case of a hypothecary loan only in the absence of specific indication of the interest rate in the constituent instrument". However, when the reasons stated by Gervais J. are examined it is apparent that no such conclusion was reached. Here is what he said (at p. 209):

[TRANSLATION] Respondent stated that the deed in question contained no reference to yearly or half-yearly interest, not calculated in advance; that there was no such reference to interest on the interest in the said deed; that, consequently, ss. 6, 7 and 8 of Chapter 120 of the Revised Statutes of Canada had been infringed . . .

Is such a reference in fact lacking here? Clearly not. The clause granting hypothec and the stipulations in the additional clauses clearly set the yearly interest rate, as well as the rate of the interest on the interest, at ten and four tenths per cent. The sections of the *Interest Act* above cited thus do not apply to the present case; . . .

Counsel for the respondent argued that, as head 19 of s. 91 of the *B.N.A. Act* refers only to "interest", [TRANSLATION] "it follows that the legislative authority, on which the power to legislate on interest must be based, must remain within the compass of the subject—namely a consideration earned daily in payment of a sum of money or debt." This contention cannot be considered without considering the ancillary doctrine and its corollary, that of the unoccupied field. These are the third and fourth propositions of Lord Tomlin in the *Fish canneries case* (*Attorney General for Canada v. Attorney General for British Columbia*¹¹, at p. 118):

Dans son mémoire comme à l'audition, l'intimée a invoqué la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Standard Loan Co. c. Faucher*¹⁰. Cet arrêt ne touche pas la question en litige. Le seul point qui y ait été étudié a été de savoir si la mention du taux d'intérêt exigible était conforme aux exigences de l'art. 6 de la *Loi sur l'intérêt*. Il est vrai qu'un des considérants reproduits par l'arrêtiste porte que «la loi fédérale sur l'intérêt ne s'applique au cas de prêt hypothécaire qu'en l'absence de détermination du taux de l'intérêt dans l'acte constitutif». Mais lorsqu'on examine les motifs exposés par M. le Juge Gervais, l'on voit que ce n'est pas ce qu'on a jugé. Voici comment il s'exprime (à la p. 209):

L'intimé dit que l'acte d'hypothèque en question ne contient pas de mention du taux de l'intérêt annuel ou semi-annuel, non calculé d'avance; qu'aucune telle mention de l'intérêt de l'intérêt n'existe dans le dit acte; que, par suite, il y a violation des articles 6, 7 et 8, du chapitre 120 du recueil des lois refondues du Canada, . . .

Existe-t-il pareille absence de mention dans l'espèce? Évidemment non. La clause de l'acte d'hypothèque et la stipulation des clauses additionnelles fixent clairement le taux de l'intérêt annuel, ainsi que le taux de l'intérêt de l'intérêt, à dix et quatre dixièmes pour cent. Les sections citées de la loi sur l'intérêt ne s'appliquent donc pas à l'espèce; . . .

Le procureur de l'intimée a soutenu que, le chef 19 de l'art. 91 A.A.N.B. mentionnant uniquement l'intérêt, «il s'infère que l'autorité législative devant servir comme prémisse à ce pouvoir de légiférer sur l'intérêt se doit de demeurer dans l'exercice du sujet—soit la considération gagnée au jour le jour en paiement d'un montant d'argent ou d'une dette.» On ne saurait examiner cette prétention sans considérer la théorie du pouvoir accessoire et son corollaire, celle du champ inoccupé. Il s'agit des troisième et quatrième propositions de Lord Tomlin dans l'affaire des conserveries de poissons (*Attorney General for Canada v. Attorney General for British Columbia*¹¹, à la p. 118):

¹⁰ (1913), 19 R.L.N.S. 196.

¹¹ [1930] A.C. 111.

¹⁰ (1913), 19 R.L.N.S. 196.

¹¹ [1930] A.C. 111.

(3.) It is within the competence of the Dominion Parliament to provide for matters which, though otherwise within the legislative competence of the provincial legislature, are necessarily incidental to effective legislation by the Parliament of the Dominion upon a subject of legislation expressly enumerated in s. 91:

(4.) There can be a domain in which provincial and Dominion legislation may overlap, in which case neither legislation will be ultra vires if the field is clear, but if the field is not clear and the two legislations meet the Dominion legislation must prevail:

This Court applied these principles in *Attorney General of Quebec v. Attorney General of Canada*¹² and recognized the validity of federal legislation dealing with costs in criminal prosecutions brought in provincial courts, though it refused to accept that criminal law or criminal procedure in the strict sense were involved. Taschereau J. referred to the aforementioned decision of the Privy Council and to other earlier decisions, and said (at p. 604):

It follows as a result of this jurisprudence which is applicable to the present case, that section 770 of the Criminal Code, although not being strictly legislation in relation to criminal law and procedure, is nevertheless within the competence of the Dominion of Canada, on account of its incidence upon criminal law and procedure. And in such a case, the field being occupied, the provincial legislation becomes inoperative.

It is useless to emphasize further the point that all other provincial legislation concerning fees payable to provincial employees in criminal courts, is entirely valid and competent legislation, when the Dominion, although not precluded from legislating, has refrained from taking any action.

In the case at bar respondent did not challenge the constitutionality of s. 8 of the *Interest Act*, although informed expressly by the order for a re-hearing that this provision would be the main object of the argument. Consequently, no notice was given to the Attorney General of Canada and the Attorneys General of the provinces, as required by Rule 18 of this Court. Counsel for respondent was further advised at

[TRANSLATION] (3.) Il est de la compétence du Parlement fédéral de statuer sur des questions qui, bien qu'étant à d'autres égards de la compétence législative des provinces, sont nécessairement accessoires à une législation efficace du Parlement fédéral sur un sujet de législation expressément mentionné à l'art. 91:

(4.) Il peut y avoir un domaine dans lequel les législations provinciales et fédérale chevaucheraient, auquel cas ni l'une ni l'autre ne serait anticonstitutionnelle, si le champ est libre, mais si le champ n'est pas libre et que les deux législations viennent en conflit, celle du fédéral doit prévaloir:

Cette Cour a fait l'application de ces principes dans *Le Procureur général de Québec c. Le Procureur général du Canada*¹² et a reconnu la validité d'une législation fédérale touchant les frais de poursuites criminelles devant des tribunaux provinciaux, tout en refusant d'admettre qu'il s'agissait de droit criminel ou de procédure criminelle au sens strict. M. le Juge Taschereau a dit, après avoir mentionné l'arrêt précité du Conseil Privé et d'autres décisions antérieures (à la p. 604):

[TRANSLATION]: Il s'ensuit, à cause de cette jurisprudence qui est applicable à l'affaire dont nous sommes saisis, que l'article 770 du Code criminel, même s'il n'est pas strictement une loi relative à la loi et à la procédure criminelle, n'en est pas moins de compétence fédérale, vu son incidence sur la loi et sur la procédure criminelle. Et dans un tel cas, le champ étant occupé, la loi provinciale devient inopérante.

Il est inutile de souligner encore que toutes les autres lois provinciales concernant les honoraires payables à des fonctionnaires provinciaux dans des cours de juridiction criminelle sont entièrement valides et autorisées lorsque le fédéral, bien que n'étant pas empêché de légiférer, s'en est abstenu.

Dans la présente cause, l'intimée n'a pas attaqué la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt* quoique prévenue explicitement par l'ordre de nouvelle audition que cette disposition ferait l'objet principal du débat. Par conséquent, aucun avis n'a été donné au Procureur général du Canada et à ceux des provinces, comme le prévoit notre règle de pratique n° 18. L'avocat de l'intimée a de plus été prévenu à

¹² [1945] S.C.R. 600.

¹² [1945] R.C.S. 600.

the hearing that, in the absence of any notice, the constitutionality of the provision could not be discussed. In my view, we should not in any way here decide on the extent of the federal power regarding interest. Any adoption of a construction of s. 8 by reference to the extent of that power would, at least in the circumstances of this case, be tantamount to a decision on the extent of that power. Clearly this would be the very object of any argument on constitutionality if the issue of constitutionality were raised. In my opinion, s. 8 must consequently be construed irrespective of the argument that respondent seeks to make from the provisions of the constitution, and accordingly the constitutional question must be left completely open.

As to the construction of the section by itself, I have already indicated why it does not appear to me that the words "penalty" and "fine" can be limited to what would be interest, that is to something accruing on a daily basis. This is not a case in which the maxim *noscitur a sociis* should be applied, as counsel for the respondent urged us to do, relying on certain sentences found in *Maxwell on The Interpretation of Statutes*, 10th ed., p. 332. One needs only read the cases cited by the author to see that his statement cannot apply in the present circumstances. The suggested construction would amount to no less than depriving the words "penalty" and "fine" of any meaning, since "rate of interest" obviously includes whatever may be described as interest.

For these reasons I conclude that the appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside, and the judgment of the Superior Court restored with costs against respondent in all Courts.

DE GRANDPRÉ J. (*dissenting*)—In the circumstances, the issue is really between appellant, Les Immeubles Fournier Inc., and respondent, as appellant Rimouski Transport Ltée was only a party to the case in its capacity of guarantor.

Respondent did a considerable amount of work for appellant Fournier during the course of 1966. Fournier found itself unable to pay the

l'audition qu'en l'absence d'avis, la constitutionnalité du texte ne pourrait être débattue. A mon avis, nous ne devons d'aucune manière en l'instance, statuer sur l'étendue du pouvoir fédéral sur l'intérêt. Et ce serait statuer sur l'étendue de ce pouvoir que d'interpréter l'art. 8 en fonction de cette étendue, du moins dans les circonstances de la présente affaire. Il est évident que cela serait l'objet même du débat sur la constitutionnalité si elle était soulevée. Il faut donc, à mon avis, interpréter l'art. 8 sans égard à l'argument que l'intimée veut tirer du texte de la constitution et, par conséquent, laisser la question constitutionnelle entièrement réservée.

Quant à l'interprétation du texte considéré en lui-même, j'ai déjà indiqué pourquoi il me paraît impossible de restreindre les mots «peine» et «amende» à ce qui constituerait de l'intérêt, c'est-à-dire à ce qui croîtrait jour par jour. Ce n'est pas un cas où il puisse y avoir lieu d'appliquer la maxime *noscitur a sociis*, ainsi que l'avocat de l'intimée nous a invités à le faire en invoquant quelques phrases de *Maxwell on The Interpretation of Statutes* 10^e éd., p. 332. Il suffit de lire les arrêts cités par l'auteur pour voir que son énoncé ne saurait s'appliquer en l'occurrence. L'interprétation proposée ferait rien moins que priver de tout sens les mots «peine» et «amende» puisque «taux d'intérêt» comprend manifestement tout ce qui est intérêt.

Pour ces motifs, je conclus qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de la Cour supérieure avec dépens contre l'intimée dans toutes les Cours.

LE JUGE DE GRANDPRÉ (*dissent*)—Le débat, en l'espèce, est vraiment entre l'appelante, Les Immeubles Fournier Inc. et l'intimée, l'appelante Rimouski Transport Ltée n'étant partie au litige qu'en qualité de caution.

Au cours de l'année 1966, l'intimée avait fait des travaux considérables pour l'appelante Fournier. Celle-ci étant dans l'impossibilité de

balance of \$313,033.70 owed under the contract for services, and not wanting to see the building subjected to a builder's privilege, entered into an agreement the introductory paragraph of which reads as follows:

[TRANSLATION] In consideration of the fact that Construction St-Hilaire Ltée is within the time limit for registration of a builder's privilege, and that it waives the right of registering a builder's privilege as a guarantee of its claim, so as to enable the owner to obtain a first mortgage, Immeubles Fournier Inc. has agreed to grant Construction St-Hilaire Ltée a mortgage to guarantee payment of the said amount of \$313,033.70, of the interest on the said amount, and of any costs and expenditures needed for the preservation and recovery of said amount, and Les Immeubles Fournier Inc. specially assigns and mortgages to Construction St-Hilaire Ltée, which accepts through its representatives here present, to the extent of the sum owed, the following immoveables, to wit:

This agreement was signed on February 10, 1967, and gave appellant Fournier until May 1, 1967 for payment of the balance, with interest at six per cent as of December 30, 1966. It should be noted that the work had been concluded in November 1966.

The agreement contained the following stipulation:

Clause Six: INDEMNITY—If during the currency of this loan (that is to say, until the lender has received payment of all of the monies it is owed under these presents) the borrower or any other subsequent owner of the property, or of any part thereof, is declared bankrupt or makes a voluntary or forced assignment, or an authorized assignment, or files a proposal with his creditors, or if the property or any part thereof is subject to sale by the sheriff, or to any sale having the same effect, or to forced liquidation, or is expropriated, or is subject to a judgment ratifying title, or if the lender institutes legal proceedings pursuant to this contract, or if as the result of default by the borrower the lender is paid by any means other than as heretofore provided (for example, if collection of the monies owed is entrusted to an attorney at law as the result of any delay in payment by the borrower), the borrower shall pay the lender an indemnity equal to fifteen per cent (15%) of the total amount then due under this contract.

payer le solde de \$313,033.70 dû aux termes du contrat d'entreprise et ne voulant pas voir l'immeuble chargé d'un privilège du constructeur, devint partie à une convention dont le paragraphe liminaire se lit comme suit:

En considération du fait que Construction St-Hilaire Ltée est dans les délais légaux pour enregistrer un privilège de constructeur et en considération du fait qu'elle renonce à enregistrer un privilège de constructeur pour garantir sa créance, afin de permettre au propriétaire d'obtenir une première hypothèque, la compagnie Les Immeubles Fournier Inc., a consenti à accorder à la compagnie Construction St-Hilaire Ltée une hypothèque à la garantie du paiement de ladite somme de \$313,033.70, des intérêts d'icelle et de tous frais et déboursés pour la conservation et le recouvrement de ladite somme, la compagnie Les Immeubles Fournier Inc., affecte et hypothèque spécialement en faveur de Construction St-Hilaire Ltée, acceptant par l'intermédiaire de ses représentants, ici présents, jusqu'à due concurrence, les immeubles suivants, savoir:

Signée le 10 février 1967, cette convention accorde à l'appelante Fournier jusqu'au 1^{er} mai 1967 pour le paiement du solde avec intérêt à six pour cent à compter du 30 décembre 1966. Il est à noter que les travaux avaient pris fin en novembre 1966.

Cette convention contient la stipulation suivante:

Article sixième: INDEMNITÉ—Si, pendant la durée de ce prêt (c'est-à-dire jusqu'à ce que le prêteur ait reçu paiement de toutes sommes à lui payables en vertu des présentes), l'emprunteur ou tout autre propriétaire subséquent de la propriété ou de toute partie d'icelle est déclaré en faillite ou fait une cession volontaire ou forcée, ou une cession autorisée ou offre un concordat à ses créanciers, ou si la propriété ou toute partie d'icelle est vendue par le shérif ou par vente ayant le même effet, ou par liquidation forcée, ou est expropriée, ou devient l'objet d'un jugement en ratification de titres, ou si le prêteur institue des procédures en justice en vertu du présent contrat, ou si, par suite du défaut de l'emprunteur, le prêteur est payé autrement que ci-dessus prévu (par exemple, si la perception en est confiée à un avocat par suite du retard de l'emprunteur), l'emprunteur devra payer au prêteur une indemnité égale à quinze pour cent (15%) du montant total alors dû en vertu du présent contrat.

The sum of money referred to in the agreement was not paid on May 1st, and respondent granted a few extensions for payment, until it finally instituted the proceedings herein on July 10, 1967. In addition to the principal sum, interest and costs, the action claims the sum of \$48,429.31, being the 15 per cent indemnity provided for by clause six above.

While appellants made offers of payment of the principal, interest and costs, they raised three grounds of defence to the action, in the Superior Court as well as in the Court of Appeal:

—the action is premature, as appellants were not in breach of their obligations;

—article 1040c of the *Civil Code* should be applied, as the cost of the loan is excessive and the transaction harsh and unconscionable;

—the penal clause represented by clause six is contrary to art. 1077 of the *Civil Code*, and so contrary to public order.

The trial court accepted appellants' argument on the first point. This holding was set aside by the Court of Appeal, and I concur completely with the opinion of Turgeon J.A., who spoke for the Court. One might add that appellants themselves waived this argument when they included the costs of the action in their offers of payment: if the action were premature no costs would be due.

The Court of Appeal also rejected the argument based on art. 1040c of the *Civil Code*. As this point was not raised in this Court, I shall not deal with it further.

With regard to art. 1077, the Court of Appeal concluded that this was not a public order provision, and that the type of penal clause represented by clause six of the agreement is perfectly valid under art. 1133 of the *Civil Code*. Here again I concur with Turgeon J.A., and can find no better statements of the law than those of Mignault, *Droit civil canadien*, vol 5, p. 427, and Faribault, *Traité de droit civil du Québec*, vol 7a, No. 490, p. 433.

Le montant mentionné dans la convention ne fut pas payé le 1^{er} mai et le délai fut prolongé à quelques reprises par l'intimée jusqu'à ce que finalement celle-ci intente ses procédures le 10 juillet 1967. Y est réclamée, en outre du capital, des intérêts et des frais, la somme de \$48,429.31, soit l'indemnité de 15 pour cent en vertu de la clause 6 précitée.

Tout en faisant des offres réelles quant au capital, aux intérêts et aux frais, les appelantes ont opposé à cette action trois moyens de défense tant devant la Cour supérieure que devant la Cour d'appel.

—l'action est prématurée, les appelantes n'étant pas en défaut de remplir leurs obligations;

—l'art. 1040c du *Code civil* doit recevoir son application, le coût du prêt étant excessif et l'opération abusive et exorbitante;

—la clause pénale que constitue l'art. 6 est contraire à l'art. 1077 du *Code civil*, donc contraire à l'ordre public.

Sur le premier point, le tribunal de première instance a donné raison aux appelantes. Cette conclusion fut mise de côté par la Cour d'appel et je partage entièrement l'opinion de M. le Juge Turgeon parlant pour la Cour. On pourrait ajouter que les appelantes ont elles-mêmes renoncé à ce moyen lorsqu'elles ont inclus les frais de l'action dans leurs offres réelles; si l'action était prématurée, les frais n'étaient pas dus.

La Cour d'appel a aussi écarté l'argument tiré de l'art. 1040c du *Code civil*. Comme ce moyen n'a pas été invoqué devant nous, je ne m'y attarde pas.

Quant à l'art. 1077, la Cour d'appel en est venue à la conclusion qu'il ne s'agit pas là d'une disposition de droit public et que le type de clause pénale que constitue l'art. 6 de la convention est parfaitement valide aux termes de l'art. 1133 du *Code civil*. Ici encore, je suis d'accord avec M. le Juge Turgeon et ne peux mieux faire que d'adopter sur le point les vues de Mignault—*Droit civil canadien*, vol. 5, p. 427 et

The real problem is to determine the scope of the *Interest Act*, R.S.C. 1952, c. 156 (now R.S.C. 1970, c. I-18), in particular s. 8. This point was raised in this Court for the first time, and for this reason a re-hearing before the full Court was ordered. Before the second hearing the parties were asked to indicate whether they wished to argue the question of constitutionality, but they preferred to submit the case on the record as it stood.

The relevant sections of the *Interest Act* are as follows:

6. Whenever any principal money or interest secured by mortgage of real estate is, by the mortgage, made payable on the sinking fund plan, or on any plan under which the payments of principal money and interest are blended, or on any plan that involves an allowance of interest on stipulated repayments, no interest whatever shall be chargeable, payable or recoverable, on any part of the principal money advanced, unless the mortgage contains a statement showing the amount of such principal money and the rate of interest chargeable thereon, calculated yearly or half-yearly, not in advance. R.S. c. 102, s. 6.

7. Whenever the rate of interest shown in the statement mentioned in section 6 is less than the rate of interest that would be chargeable by virtue of any other provision, calculation or stipulation in the mortgage, no greater rate of interest shall be chargeable, payable or recoverable, on the principal money advanced, than the rate shown in such statement. R.S. c. 102, s. 7.

8. (1) No fine or penalty or rate of interest shall be stipulated for, taken, reserved or exacted on any arrears of principal or interest secured by mortgage of real estate, that has the effect of increasing the charge on any such arrears beyond the rate of interest payable on principal money not in arrears.

(2) Nothing in this section has the effect of prohibiting a contract for the payment of interest on arrears of interest or principal at any rate not greater than the rate payable on principal money not in arrears. R.S. c. 102, s. 8.

9. If any sum is paid on account of any interest, fine or penalty not chargeable, payable or recoverable

de Faribault—*Traité de droit civil du Québec*, vol. 7-bis, no 490, p. 433.

Le vrai problème est de déterminer la portée de la *Loi sur l'intérêt*, S.R. 1952, c. 156 (maintenant S.R. 1970, c. I-18), particulièrement de son art. 8. Ce point a été soulevé pour la première fois devant cette Cour et pour cette raison une ré-audition a été ordonnée devant les neuf juges. Avant cette seconde audition, les parties ont été invitées à dire si elles désiraient soulever la question de constitutionnalité mais elles ont préféré soumettre la cause sur le dossier tel que constitué.

Les articles pertinents de la *Loi sur l'intérêt* sont les suivants:

6. Lorsqu'une somme principale ou un intérêt garanti par hypothèque sur biens-fonds est stipulé, par l'acte d'hypothèque, payable d'après le système du fonds d'amortissement, ou d'après tout système en vertu duquel les versements du principal et de l'intérêt sont confondus, ou d'après tout plan ou système qui comprend une allocation d'intérêt sur des remboursements stipulés, aucun intérêt n'est exigible, payable ou recouvrable sur une partie quelconque de la somme principale prêtée, à moins que l'acte d'hypothèque ne contienne un état de la somme principale et du taux de l'intérêt exigible à son égard, calculé annuellement ou semestriellement, mais non d'avance. S.R., c. 102, art. 6.

7. Lorsque le taux d'intérêt indiqué dans cet état est moindre que celui qui serait exigible en vertu de quelque autre disposition, calcul ou stipulation de l'acte d'hypothèque, il n'est exigible, payable ou recouvrable sur le principal avancé aucun intérêt plus élevé que le taux énoncé dans l'état. S.R., c. 102, art. 7.

8. (1) Il ne peut être stipulé, retenu, réservé ni exigé, sur des arrérages de principal ou d'intérêt garantis par hypothèque sur biens-fonds, aucune amende, peine ou taux d'intérêt ayant pour effet d'élever les charges sur ces arrérages au-dessus du taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré.

(2) Rien dans le présent article n'a pour effet de prohiber un contrat pour le paiement d'intérêt, sur des arrérages d'intérêt ou de principal, à un taux ne dépassant pas le taux payable sur le principal non arriéré. S.R., c. 102, art. 8.

9. S'il est payé quelque somme à compte d'un intérêt, d'une amende ou peine qui ne sont pas exigi-

under section 6, 7 or 8, such sum may be recovered back, or deducted from any other interest, fine or penalty chargeable, payable or recoverable on the principal. R.S. c. 102, s. 9.

Before examining the *Interest Act* to determine whether, as appellants maintain, it constitutes a bar to the action, we should consider the history of this legislation.

In 1853, by 16 Victoria, c. 80, the two houses of the Canadian Legislature enacted that

- (a) penalties for usury were abolished; (s. II)
- (b) the interest rate was set at six per cent, and contracts and securities were void as regards any excess of interest above six per cent; (s. III)
- (c) these provisions were not to apply to banks, insurance companies nor to persons or corporations authorized by law to lend money at higher rates; (s. IV).

In 1858, by 22 Victoria, c. 85, s. III of the 1853 Act was repealed, and the following two provisions, *inter alia*, were adopted:

2. It shall be lawful for any person or persons, other than those excepted in this Act, to stipulate for, allow and exact, on any contract or agreement whatsoever, any rate of interest or discount which may be agreed upon.

. . . .

5. Six per cent per annum shall continue to be the rate of interest in all cases where, by the agreement of the parties or by law, interest is payable, and no rate has been fixed by the parties or by the law.

It should be noted that the exceptions referred to in s. 2 do not apply here.

In 1859, by R.S. c. 58, ss. 2 and 5 of the 1858 Act, cited above, became ss. 3 and 8 of the revision.

bles, payables ou recouvrables en vertu des articles 6, 7 ou 8, cette somme peut être recouvrée ou déduite de tout autre intérêt, amende ou peine exigibles, payables ou recouvrables sur le capital. S.R., c. 102, art. 9.

Avant d'examiner la *Loi sur l'intérêt* pour déterminer si, comme le soutiennent les appelantes, elle constitue une fin de non-recevoir à l'action, il y aurait avantage à regarder l'histoire de cette législation.

En 1853, par 16 Victoria, c. 80, il fut statué par les Chambres législatives du Canada que

- a) les pénalités pour usure sont abolies; (art. II)
- b) le taux d'intérêt est fixé à 6 pour cent et les conventions et garanties sont nulles en autant qu'il s'agit de l'excédent d'intérêt au-dessus de ce pourcentage; (art. III)
- c) ces dispositions ne s'appliquent pas aux banques, aux compagnies d'assurance, non plus qu'aux personnes ou corporations autorisées par la loi à prêter à des taux plus élevés; (art. IV)

En 1858, par 22 Victoria, 85, l'art. III de la Loi de 1853 fut abrogé et furent adoptées entre autres les deux dispositions suivantes:

2. Il sera loisible à toute personne ou personnes autres que celles exceptées dans le présent acte, de stipuler, donner et exiger sur tout contrat ou convention quelconque, tel taux d'intérêt ou d'escompte dont il pourra avoir été convenu.

. . . .

5. Le taux de six pour cent par année continuera d'être le taux d'intérêt dans tous les cas où intérêt, soit par la convention des parties ou en vertu de la loi, doit être payé et lorsqu'aucun taux n'aura été fixé par les parties ou par la loi.

Il faut noter que les exceptions mentionnées dans l'art. 2 n'ont pas d'application en l'espèce.

En 1859, par S.R., c. 58, les art. 2 et 5 précités de la Loi de 1858 deviennent les art. 3 et 8 de la révision.

In the same year (1859), the provisions of the 1853 Act of the province of Canada were adopted in substance in New Brunswick by c. 21 of 22 Victoria.

In 1868, Prince Edward Island in its turn, by c. 8 of the Statutes 31 Victoria, adopted the principles laid down in 1853 by Canada and in 1859 by New Brunswick.

In 1873, by 36 Victoria, c. 71, the Canadian Parliament adopted an *Act respecting Interest and Usury in the Province of Nova Scotia*. Its main provisions were as follows:

- (a) in the absence of any specific provision, the normal rate would be six per cent;
- (b) the rate of interest might be as high as seven per cent for a loan or forbearance of money to be secured on real estate;
- (c) if other security was given, the interest could be as high as 10 per cent;
- (d) interest exceeding these percentages was uncollectable.

In 1875 the Canadian Parliament, by 38 Victoria, c. 18, adopted an *Act relating to Interest and Usury in the Province of New Brunswick*, according to which from April 8, 1875 onwards "any person [might] stipulate for, allow and exact on any contract or agreement whatsoever made or to be performed in the province of New Brunswick any rate of interest or discount which may be agreed upon".

In 1880 we see appearing for the first time, in 43 Victoria, c. 42, provisions which, with some changes, were to become ss. 6, 7, 8 and 9 of the *Interest Act*. The title of this statute was *An Act relating to Interest on moneys secured by Mortgage of Real Estate*, and the relevant sections read as follows:

1. Whenever any principal money or interest secured by mortgage of real estate is by the same made payable on the sinking fund plan, or on any plan under which the payments of principal money and interest are blended, or on any plan which involves an allowance of interest on stipulated repayments, no interest whatever shall be chargeable, pay-

La même année (1859), au Nouveau-Brunswick, par le c. 21 de 22 Victoria étaient adoptées en substance les dispositions de la Loi de 1853 de la province du Canada.

A son tour, l'Île du Prince-Édouard, en 1868, par le c. 8 des statuts 31 Victoria, adoptait les principes posés en 1853 par le Canada et en 1859 par le Nouveau-Brunswick.

En 1873, par 36 Victoria, c. 71, le Parlement canadien adoptait une loi *concernant l'intérêt et l'usure dans la province de la Nouvelle-Écosse*. Ses dispositions principales étaient les suivantes:

- a) le taux normal en l'absence de disposition spécifique sera de six pour cent;
- b) le taux d'intérêt pourra aller jusqu'à sept pour cent pour le prêt ou l'usage de deniers qui doivent être garantis sur des propriétés foncières;
- c) si la garantie est autre, l'intérêt pourra aller jusqu'à 10 pour cent
- d) les intérêts dépassant ces pourcentages ne pourront être perçus.

En 1875, le Parlement canadien par 38 Victoria, c. 18, adopte une loi *concernant l'intérêt et l'usure dans la province du Nouveau-Brunswick* aux termes de laquelle à compter du 8 avril 1875 «chacun pourra stipuler, consentir ou exiger, sur tout contrat ou convention quelconque, fait ou à faire dans la province du Nouveau-Brunswick, tout taux d'intérêt ou d'escompte qui pourra être convenu».

En 1880, par 43 Victoria, c. 42, apparaissent pour la première fois les dispositions qui, avec quelques modifications, deviendront les art. 6, 7, 8 et 9 de la *Loi sur l'intérêt*. Cette loi porte le titre *Acte concernant l'intérêt sur les deniers garantis par hypothèque sur propriété foncière* et ses articles pertinents se lisent comme suit:

1. Lorsqu'une somme principale ou un intérêt garanti par hypothèque sur propriété foncière sera stipulé payable par l'acte d'hypothèque, d'après le système du fonds d'amortissement, ou d'après tout autre plan par lequel le remboursement du capital et le paiement de l'intérêt sont confondus, ou d'après tout plan ou système qui comprend une réduction

able or recoverable, on any part of the principal money advanced, unless the mortgage contains a statement showing the amount of such principal money and the rate of interest chargeable thereon, calculated yearly or half-yearly, not in advance.

2. Whenever the rate of interest shown in the statement referred to in the next preceding section is less than the rate of interest that would be chargeable by virtue of any other provision, calculation or stipulation in the mortgage, no greater rate of interest shall be chargeable, payable or recoverable on the principal money advanced than the rate shewn in the said statement.

3. No fine or penalty or rate of interest shall be stipulated for, taken, reserved or exacted on any arrear of principal or interest which shall have the effect of increasing the charge on any such arrear beyond the rate of interest payable on principal money not in arrear: Provided always, that nothing in this section contained shall have the effect of prohibiting a contract for the payment of interest on arrears of interest or principal at any rate not greater than the rate payable on principal money not in arrear.

4. In case any sum is paid on account of any interest, fine or penalty not chargeable, payable or recoverable under the foregoing sections, such sums may be recovered back or deducted from any other interest, fine or penalty chargeable, payable or recoverable on the principal.

It may be worth noting that s. 3 reproduces in essence s. 97 of the *Canada Joint Stock Companies' Act*, (1877), 40 Victoria, c. 43, which read as follows:

97. The Company may stipulate for, take, reserve and exact any rate of interest or discount that may be lawfully taken by individuals, or in the Province of Quebec by incorporated Companies under like circumstances, and may also receive an annual payment on any loan by way of a sinking fund for the gradual extinction of such loan, upon such terms and in such manner as may be regulated by the by-laws of the Company: Provided always, that no fine or penalty shall be stipulated for, taken, reserved or exacted in respect of arrears of principal or interest, which shall have the effect of increasing the charge in respect of arrears beyond the rate of interest or discount on the loan.

d'intérêt sur des remboursements stipulés, aucun intérêt quelconque ne sera exigible, payable ou recouvrable, sur aucune partie de la somme principale prêtée, à moins que l'acte d'hypothèque ne contienne une mention de telle somme principale et du taux d'intérêt, calculé annuellement ou semi-annuellement, exigible sur cette somme, mais non d'avance.

2. Lorsque le taux d'intérêt indiqué dans la mention prescrite par la section précédente sera moindre que celui qui serait exigible en vertu de quelque autre disposition, calcul ou stipulation de l'acte d'hypothèque, il ne sera exigé, payé ou recouvré aucun taux d'intérêt plus élevé, sur le capital prêté, que celui énoncé dans la dite mention.

3. Il ne sera stipulé, pris, réservé ou exigé, sur des arrérages de principal ou d'intérêt, aucune amende, peine pécuniaire ou taux d'intérêt qui aurait l'effet d'élever les charges sur ces arrérages au-delà du taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré; pourvu toujours que rien dans la présente section n'ait l'effet de prohiber aucune convention pour le paiement d'intérêt, sur des arrérages d'intérêt ou de principal, à un taux ne dépassant pas le taux payable sur le principal non arriéré.

4. S'il est payé quelque somme à compte d'un intérêt, d'une amende ou pénalité qui ne sont pas exigibles, payables ou recouvrables en vertu des sections précédentes, cette somme pourra être répétée ou déduite de tout autre intérêt, amende ou pénalité exigibles, payables ou recouvrables sur le capital.

Il peut être intéressant de noter que l'art. 3 reproduit en substance l'art. 97 de l'*Acte des Compagnies par actions en Canada*, (1877), 40 Victoria, c. 43, se lisant comme suit:

97. La compagnie pourra stipuler, prendre, retenir et exiger tout intérêt ou escompte qui pourra être légalement pris par les particuliers ou, dans la Province de Québec, par des compagnies incorporées, dans les mêmes circonstances, et elle pourra aussi recevoir sur ses prêts un paiement annuel à titre de fonds d'amortissement pour l'extinction graduelle de ce prêt, aux conditions et de la manière que les règlements de la compagnie établiront; pourvu toujours qu'aucune amende ou pénalité ne sera stipulée, prise, retenue ou exigée à l'égard des arrérages de principal ou d'intérêt, qui aurait l'effet d'accroître les charges à l'égard des arrérages au-delà du taux d'intérêt ou d'escompte sur le prêt.

It should be emphasized that s. 97 of the 1877 Act is part of a grouping applicable only to loan companies, and refers to interest "on the loan", and not interest "on principal money not in arrear".

In 1886, by 49 Victoria, c. 44, Parliament adopted an *Act respecting Interest in the Province of British Columbia*.

In the same year (1886), R.S., c. 127, Parliament

(1) reaffirmed the right to exact any rate of interest or discount agreed upon;

(2) set the rate of interest at six per cent where none had been fixed by the parties or by law;

(3) repeated (in ss. 3, 4, 5 and 6) ss. 1 to 4 inclusive of 43 Victoria, c. 42, with certain changes of detail, the latter being chiefly the following:

—the new s. 5 (formerly 3) began with the words "No fine or penalty or rate of interest shall be stipulated for, taken, reserved or exacted on any arrear of principal or interest secured by mortgage of real estate . . .";

—in the same section, the expression "peine pécuniaire" (penalty) was changed to "somme pénale";

(4) consolidated the statutes adopted for each province over the years.

In 1889 the *Act respecting Interest* was amended for the Northwest Territories with respect to interest on judgment debts.

In the following year, by 53 Victoria, c. 34, s. 7 was amended to remove from its application mortgages given by corporations.

In 1894, 57-58 Victoria, c. 22 introduced a new amendment, relating this time to British Columbia, with respect to interest on judgment debts.

In 1897 a new Act, titled an *Act respecting Interest*, was adopted by 60-61 Victoria, c. 8, in the following form:

A souligner que cet art. 97 de la Loi de 1877 se retrouve dans un groupe s'appliquant aux seules compagnies de prêts et réfère à l'intérêt «sur le prêt» et non à l'intérêt «sur le principal non arriéré».

En 1886, par 49 Victoria, c. 44, le Parlement adopte une loi *concernant l'intérêt dans la province de la Colombie-Britannique*.

La même année (1886), S.R., c. 127, le Parlement

1) ré-affirme le droit d'exiger le taux d'intérêt ou d'escompte quel qu'il soit qui sera arrêté d'un commun accord;

2) établit à six pour cent le taux d'intérêt qui n'aura pas été fixé par les parties ou par la loi;

3) répète (art. 3, 4, 5 et 6) les art. 1 à 4 inclusivement de la loi 43 Victoria, c. 42, avec quelques modifications de détail dont principalement celles-ci:

—le nouvel art. 5 (autrefois 3) débute par les mots «Il ne sera stipulé, pris, retenu ou exigé, sur des arrérages de principal ou d'intérêt *garantis par hypothèque sur propriété foncière* . . .»;

—dans le même article, l'expression «peine pécuniaire» devient l'expression «somme pénale»;

4) rassemble les lois adoptées au cours des années pour chacune des provinces.

En 1889, cette *Loi concernant l'intérêt* fut modifiée pour les Territoires du Nord-Ouest relativement aux intérêts sur les sommes dues en vertu d'un jugement.

L'année suivante, par 53 Victoria, c. 34, l'art. 7 fut modifié pour soustraire de son application les hypothèques données par des corporations.

En 1894, 57-58 Victoria, c. 22, nouvelle modification, quant à la Colombie-Britannique cette fois, touchant les intérêts sur les sommes dues en vertu d'un jugement.

En 1897, par 60-61 Victoria, c. 8, fut adoptée une nouvelle loi intitulée *Acte concernant l'intérêt* et se lisant comme suit:

Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:—

1. This Act may be cited as *The Interest Act*, 1897.

2. Whenever any interest is, by the terms of any written or printed contract and whether under seal or not, made payable at a rate or percentage per day, week, month, or at any rate or percentage for any period less than a year, no interest exceeding the rate or percentage of six per cent per annum shall be chargeable, payable or recoverable on any part of the principal money unless the contract contains an express statement of the yearly rate or percentage of interest to which such other rate or percentage is equivalent.

3. If any sum is paid on account of any interest not chargeable, payable or recoverable under the last preceding section, such sum may be recovered back or deducted from any principal or interest payable under such contract.

4. This Act shall not apply to mortgages on real estate.

In 1900, by 63-64 Victoria, c. 29, the legal rate was lowered from six to five per cent.

The 1906 revision (R.S.C., c. 120) codified the various statutes adopted since 1886, and since that time the *Interest Act* has had its present form, with regard to the provisions that concern us here. The relevant amendments enacted subsequently really consisted of

(a) creating two subsections in s. 8 (R.S.C. 1927, c. 102);

(b) replacing the expression "somme pénale" (penalty) in the first paragraph of s. 8 by the word "peine" (R.S.C. 1952, c. 156).

Before considering the effect of the *Interest Act* on the matter at bar, I would like to review in outline the decisions of this Court on the subject.

*The Peoples Loan and Deposit Company v. Grant*¹³ applied the common law principle that if an agreement has not clearly stipulated the rate of interest for the period after the due date, only

¹³ (1890), 18 S.C.R. 262.

Sa Majesté, par et avec l'avis et le consentement du Sénat et de la Chambre des Communes du Canada, décrète ce qui suit:—

1. La présente loi pourra être citée sous le titre: «Acte sur l'intérêt, 1897.»

2. Lorsque, aux termes d'un contrat, soit écrit ou imprimé et soit scellé ou non, quelque intérêt sera payable à un taux ou pourcentage par jour, semaine ou mois, ou à quelque taux ou pourcentage pour un temps moindre d'un an aucun intérêt au-dessus du taux ou pourcentage de six pour cent par an ne sera exigible, payable ni recouvrable sur aucune partie de la somme principale, à moins que le contrat ne contienne l'énonciation expresse du taux d'intérêt ou pourcentage par an auquel équivaut cet autre taux ou pourcentage.

3. En cas de paiement d'une somme d'argent pour un intérêt non exigible, payable ni recouvrable d'après le précédent article, cette somme pourra être répétée, ou imputée sur tout principal ou tout intérêt à payer en vertu du contrat.

4. Le présent acte ne s'appliquera pas aux hypothèques ni aux mortgages immobiliers.

En 1900, par 63-64 Victoria, c. 29, le taux légal fut diminué de six à cinq pour cent.

La révision de 1906 (S.R.C., c. 120) groupa les différents statuts adoptés depuis 1886 et depuis lors la *Loi concernant l'intérêt* a, pour les dispositions qui nous intéressent, la physionomie qu'elle a aujourd'hui. Les modifications pertinentes qui ont suivi se limitent vraiment

a) à créer deux paragraphes dans l'art. 8 (S.R.C. 1927, c. 102);

b) à remplacer l'expression «somme pénale» dans le premier alinéa de l'art. 8 par le mot «peine» (S.R.C. 1952, c. 156).

Avant d'étudier l'effet de la *Loi sur l'intérêt* dans le litige qui nous est soumis, j'aimerais rappeler à grands traits les arrêts de notre Cour sur la matière.

*The Peoples Loan and Deposit Company c. Grant*¹³, applique le principe de la «common law» que si la convention ne stipule pas clairement le taux d'intérêt pour la période après

¹³ (1890), 18 R.C.S. 262.

the legal rate will be allowed.

In *Lynch v. The Canada North-Westland Company*¹⁴, it was held that a 10 per cent penalty added on to unpaid taxes was not interest.

The following cases, decided on the same day—*The Canadian Mortgage Investment Company v. W. F. Cameron*¹⁵ and *Standard Reliance Mortgage Corporation v. Lewis St. George Stubbs*¹⁶—established that the sole requirement of the provisions of s. 6 of the *Interest Act* was that the principal money advanced and the rate of interest exacted by the lender be stated, and affixing to the mortgage deed a tabulation giving a breakdown of interest and capital for each payment was held not to be necessary.

In *The London Loan and Savings Company of Canada v. Robert K. Meagher*¹⁷, the following problem was before the Court: if at the time the loan document was signed the borrower paid a bonus of \$3,000 to the lender forthwith from the monies loaned, was the latter in breach of the provisions of the *Interest Act*, in particular s. 6? This question was unanimously answered in the negative.

A problem of the same type arose in *Asconi Building Corporation v. Dominique Vocisano*¹⁸, with the difference that, on receipt of the borrowed funds, the borrower immediately paid a portion of the interest in advance and paid the lender a bonus. Here again the Court unanimously concluded that the principles of the *Interest Act* had not been infringed.

In 1963 the Act was considered from the constitutional standpoint in *The Attorney General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*¹⁹. In essence, the decision of the Court was that the

terme, seul l'intérêt légal peut être perçu.

Dans *Lynch c. The Canada North-Westland Company*¹⁴, il est décidé que la pénalité de 10 pour cent ajoutée aux taxes impayées n'est pas de l'intérêt.

Les causes suivantes, décidées le même jour, *The Canadian Mortgage Investment Company c. W. F. Cameron*¹⁵ et *Standard Reliance Mortgage Corporation c. Lewis St. George Stubbs*¹⁶, établissent que les dispositions de l'art. 6 de la *Loi sur l'intérêt* n'exigent pas autre chose que la mention du capital emprunté et du taux d'intérêt exigé par le prêteur et qu'il n'est pas nécessaire d'attacher à l'acte d'hypothèque un tableau donnant pour chaque versement la répartition de celui-ci entre l'intérêt et le capital.

Dans l'affaire *The London Loan and Savings Company of Canada c. Robert K. Meagher*¹⁷, le problème suivant était à l'étude: si lors de la signature de l'acte d'emprunt, l'emprunteur remet immédiatement à même les argents prêtés un bonus de \$3,000 au prêteur, celui-ci viole-t-il les dispositions de la *Loi sur l'intérêt*, particulièrement son art. 6? A l'unanimité, une réponse négative fut donnée à cette question.

Un problème de même genre se soulevait dans l'affaire *Asconi Building Corporation c. Dominique Vocisano*¹⁸, à la différence que l'emprunteur, sur réception des montants empruntés, avait immédiatement payé d'avance une partie des intérêts et remis un bonus au prêteur. Ici encore à l'unanimité la Cour en vint à la conclusion qu'il n'y avait pas violation des principes de la *Loi sur l'intérêt*.

En 1963, la loi fut examinée sous l'aspect constitutionnel dans *The Attorney-General for Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*¹⁹ En substance, la décision de la Cour fut que la *Loi sur*

¹⁴ (1891), 19 S.C.R. 204.

¹⁵ (1917), 55 S.C.R. 409.

¹⁶ (1917), 55 S.C.R. 422.

¹⁷ [1930] S.C.R. 378.

¹⁸ [1947] S.C.R. 358.

¹⁹ [1963] S.C.R. 570.

¹⁴ (1891), 19 R.C.S. 204.

¹⁵ (1917), 55 R.C.S. 409.

¹⁶ (1917), 55 R.C.S. 422.

¹⁷ [1930] R.C.S. 378.

¹⁸ [1947] R.C.S. 358.

¹⁹ [1963] R.C.S. 570.

Interest Act should be strictly construed and limited to interest *qua* interest, with the result that provincial legislation on unconscionable transactions was held to be perfectly valid.

Once again, in *Kilgoram Hotels Limited et al. v. John Samek et al.*²⁰, freedom of contract was upheld, with the Court holding that a mortgage which clearly stated the principal amount borrowed and the rate of interest, and which noted that payments were to be applied to interest first, and then to principal, did not fall within the scope of s. 6.

This review would be incomplete without reference to *Coupland Acceptance Limited v. Edwin Alexander Walsh*²¹. I shall discuss that case in a moment.

I turn again to the contention of appellants that the *Interest Act*, in particular s. 8 of that Act, constitutes a bar to respondent's action with respect to the 15 per cent indemnity stipulated in clause 6 of the agreement. In my opinion this ground cannot be accepted.

The philosophy of the *Interest Act* is simple: absolute freedom of contract exists, and the Act intervenes, to fix the interest rate at five per cent only where there has been no agreement.

I see only two exceptions to this general principle:

—the first (s. 4), applies to all arrangements which are not mortgages on real estate, whenever the interest is made payable at a percentage per day, week or month, or at any rate or percentage for any period less than a year;

—the other (s. 6), applies to mortgages on any of the plans referred to in the section, the underlying idea being the blending of principal and interest.

In these two exceptional cases, special provisions apply. As to the remainder, once again,

²⁰ [1968] S.C.R. 3.

²¹ [1954] S.C.R. 90.

l'intérêt devait être interprétée restrictivement et limitée à l'intérêt *qua* intérêt de sorte que la législation provinciale touchant les transactions oppressives fut déclarée parfaitement valide.

De nouveau, dans *Kilgoram Hotels Limited et al. c. John Samek et al.*²⁰, la liberté contractuelle fut affirmée, la Cour en venant à la conclusion qu'un acte d'hypothèque donnant clairement le montant du capital emprunté et le taux de l'intérêt et mentionnant que les versements doivent d'abord être appliqués à l'intérêt et ensuite au capital ne tombe pas sous le coup de l'art. 6.

Cette revue ne serait pas complète si mention n'était faite de *Coupland Acceptance Limited c. Edwin Alexander Walsh*²¹. J'y référerai tout à l'heure.

Revenons maintenant à l'affirmation des appelantes que la *Loi sur l'intérêt*, et particulièrement son art. 8, constitue une fin de non-recevoir à l'action de l'intimée quant à l'indemnité de 15 pour cent stipulée dans l'art. 6 de la convention. A mon avis, ce moyen doit être écarté.

La philosophie de la *Loi sur l'intérêt* est simple: il y a liberté absolue de convention et ce n'est qu'en l'absence d'entente que la Loi intervient pour fixer l'intérêt au taux de cinq pour cent.

A ce principe général, je ne vois que deux exceptions:

—une première (art. 4) traitant de toutes les matières qui ne sont pas des hypothèques sur les biens-fonds lorsque le taux d'intérêt est payable à un pourcentage par jour, semaine ou mois ou à un taux ou pourcentage pour une période de moins d'un an;

—la deuxième (art. 6) touchant les hypothèques d'après l'un ou l'autre des plans mentionnés dans l'article, l'idée maîtresse étant la confusion du principal et de l'intérêt.

Dans ces deux cas d'exception, des dispositions spéciales prévalent. Pour le reste, encore une

²⁰ [1968] R.C.S. 3.

²¹ [1954] R.C.S. 90.

the Act recognizes absolute freedom of contract.

This, moreover, was how the legislation now before the Court came into being, and it is for this reason that I have thought it advisable to deal with the successive legislative enactments at some length. It is clear that from the time the usury laws were abolished freedom of contract has been the rule, and that the legislature has only intervened in specific problem situations. In the present case, I should like to adopt the following remarks from an article in 18 *Revue du Notariat*, at p. 166:

Formerly building societies and individuals stipulated in mortgage deeds wherein capital and interest were blended, that if payments were not made at the due date the debtor would have to pay, over and above these payments, a predetermined, fixed fine. Such fines may no longer be stipulated for:

In its decisions our Court has from the first applied this philosophy. We need only read the decisions to which I referred briefly above to see that such freedom of contract with respect to interest, introduced over a hundred years ago and unchanged since that time, has been and continues to be given full judicial recognition.

Seen in this light, ss. 6, 7, 8 and 9 must, and I say this with all due respect for the contrary opinion, be read as a whole. Indeed, the very wording of s. 9 suggests such method of construction, and any other approach does violence to the spirit of this legislation, by extending it into an area not properly its own.

This is the proposition to be found in the decision of this Court in *London Loan & Savings Co. of Canada v. Meagher*²². It is true that it was not strictly necessary to decide the point in that case. However, the decision asserts the proposition at least by implication, in quoting the four sections now under consideration, and the quotation corresponds to those to be found

fois la Loi reconnaît la liberté absolue des conventions.

C'est ainsi d'ailleurs que s'est développée la législation que nous avons maintenant devant nous et c'est pour cette raison que j'ai cru bon de référer longuement à l'évolution des textes législatifs. Il est clair qu'à compter de l'abolition des lois sur l'usure, la liberté de contrat a été la règle et que seuls des problèmes particuliers ont amené le législateur à intervenir. En l'espèce, je suis porté à adopter les phrases suivantes tirées d'un article dans 18 *Revue du Notariat*, à la p. 166:

Autrefois les sociétés de construction et les particuliers stipulaient dans les actes d'hypothèque dans lesquels le capital et les intérêts étaient confondus, que si les versements ne se faisaient pas à l'échéance le débiteur aurait à payer, en sus de ces versements, une amende fixée et déterminée d'avance. Aujourd'hui, il n'est plus permis de stipuler de telles amendes:

Cette philosophie, notre Cour par ses arrêts l'a appliquée d'emblée. Il suffit de relire les décisions auxquelles j'ai référé rapidement plus haut pour constater que cette liberté contractuelle dans le domaine de l'intérêt édictée il y a plus de cent ans et inchangée depuis lors a reçu et continue de recevoir sa pleine reconnaissance judiciaire.

Dans cette lumière, il faut, et je le dis en toute déférence pour l'opinion contraire, lire comme un tout les arts. 6, 7, 8 et 9. Le texte lui-même de l'art. 9 nous y invite d'ailleurs et toute autre lecture fait violence à l'esprit de cette loi en la faisant déborder dans un domaine qui n'est pas le sien.

C'est l'affirmation que l'on retrouve dans le jugement de notre Cour dans l'affaire *London Loan & Savings Co. of Canada c. Meagher*²². Il est vrai que dans cette affaire il n'était pas strictement nécessaire de décider le point. Toutefois, le jugement l'affirme au moins implicitement en citant les quatre articles qui nous intéressent ici et cette citation correspond à celles

²² [1930] S.C.R. 378.

²² [1930] R.C.S. 378.

in the factums of appellant and respondent. It follows, therefore, that the matter in issue was at least presented in that light, particularly as the trial decision refers in passing to s. 8 of the Act.

The decision in *Vocisano* adopted the conclusions of the *Meagher* decision without discussion.

It is true that in *Coupland Acceptance Limited v. Edwin Alexander Walsh*²³, Kellock J., for the Court, said the following at p. 94:

The respondents contend in any event, however, that the appellant's claim is to be reduced by the sum of \$2,126.25, representing interest at the rate of 2 per cent per month for the two months following the maturity of the Kerbel mortgage to the time of its payment off, as recovery of any amount beyond the rate of 5 per cent payable before maturity is prohibited by s. 8 of the *Interest Act*, R.S.C. 1927, c. 102. To this the appellant objects that the payment of this amount is not to be ascribed to any moneys advanced by it but that the mortgagor, who provided the sum of \$8,500 over and above the amount advanced by the appellant, must be taken to have made this payment. I think this objection is well taken but nonetheless, following the terms of s. 8, the appellant may not rely upon the provisions of the Kerbel mortgage with respect to interest beyond a rate of 5 per cent from May 9, 1951.

As to this, I would make the following observations:

- (1) the sum of \$2,126.25 was not in fact deducted from the amount for which appellant was given priority over respondents;
- (2) the interest was reduced to five per cent only after the payment by appellant to Kerbel, that is on May 9, 1951;
- (3) this question had not been discussed by appellant in its factum, as its reference to the *Meagher* case applied only to the bonus of \$6,000;

²³ [1954] S.C.R. 90.

que l'on retrouve dans les factums de l'appelante et de l'intimée. Il faut donc conclure que le litige a au moins été présenté dans cette lumière, d'autant plus que le jugement de première instance mentionne en passant l'art. 8 de la Loi.

L'arrêt *Vocisano* a adopté sans les discuter les conclusions de l'arrêt *Meagher*.

Il est vrai que dans l'affaire *Coupland Acceptance Limited c. Edwin Alexander Walsh*²³, M. le Juge Kellock, parlant pour la Cour, s'est exprimé comme suit à la p. 94:

[TRADUCTION] Les intimés prétendent en tout état de cause, toutefois, que la réclamation de l'appelante doit être réduite de la somme de \$2,126.25, représentant l'intérêt au taux de 2 pour cent par mois pour les deux mois écoulés depuis l'échéance de l'hypothèque Kerbel jusqu'à l'époque de l'acquittement de celle-ci, pour le motif que l'art. 8 de la *Loi de l'intérêt*, S.R.C. 1927, c. 102, interdit de recouvrer un montant qui dépasse un intérêt de 5 pour cent payable avant l'échéance. A cela l'appelante objecte que le paiement de cette somme ne doit pas être imputé à de l'argent avancé par elle, que le débiteur hypothécaire, qui a fourni la somme de \$8,500 en sus de montant avancé par l'appelante, doit être considéré comme ayant effectué ce paiement. Je crois que cette objection a du sens mais néanmoins, suivant les termes de l'art. 8, l'appelante ne peut invoquer les dispositions de l'hypothèque Kerbel relativement à de l'intérêt qui dépasse un taux de 5 pour cent à compter du 9 mai 1951.

A ce sujet, je me permets les remarques suivantes:

- 1) la somme de \$2,126.25 n'a pas été en fait retranchée du montant pour lequel l'appelante reçut priorité à l'encontre des intimés;
- 2) ce n'est qu'à compter du paiement par l'appelante à Kerbel, savoir le 9 mai 1951, que l'intérêt fut réduit à la somme de cinq pour cent;
- 3) cet aspect n'avait pas été discuté par l'appelante dans son factum, sa référence à l'arrêt *Meagher* ne s'appliquant qu'au bonus de \$6,000;

²³ [1954] R.C.S. 90.

(4) with respect to the interest of two per cent per month, respondent had alleged in its factum both s. 8 of the *Interest Act* and the principles of equity applicable in Ontario;

(5) the real questions involved were entirely different, as appears from the headnote; this question of the two per cent monthly interest was minor and the whole of ss. 6 to 9 does not appear to have been considered.

For these reasons I do not feel I should follow the *Coupland* case in this instance, and I prefer to rely on the decision in *Meagher*.

Furthermore, even if an agreement such as that before the Court should be governed by s. 8 of the *Interest Act*, it is my opinion that the words used in that section do not support a dismissal of the claim of \$48,429.31 made by respondent. The proper subject matter of the *Interest Act* is precisely the cost of borrowed money, payable on a daily basis, and nothing else. Even if the history of the statute could be left out of account, the meaning of the words "fine" and "penalty" used in the section is necessarily dependent on the key word, the noun "interest". The fines or penalties in question can only be charges partaking of the nature of interest, that is, increasing on a daily basis. They cannot extend to damages fixed contractually by the penal clause, damages which are settled once and for all, and which do not go on increasing day by day.

This was the conclusion arrived at by this Court in *Barfried*. If appellants' submissions are valid, and s. 8 of the *Interest Act* should be given the interpretation they suggest, the *Barfried* case was wrongly decided, and the Ontario legislation impugned in that case should not have been upheld. However, I believe the *Barfried* case was rightly decided, and I adopt the conclusions of the majority judges in that case. I shall not repeat them here.

Moreover, what is meant by s. 8, if not a payment the effect of which is to increase the charge on any such arrears beyond the rate of interest payable on principal money not in

4) l'intimée, dans son factum, quant à l'intérêt de deux pour cent par mois, avait allégué et l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt* et les principes de l'équité applicables en Ontario;

5) les vrais problèmes dans cet arrêt étaient autres ainsi qu'en fait foi le jugé; cet aspect de l'intérêt à deux pour cent par mois était mineur et l'ensemble des arts. 6 à 9 ne semble pas avoir été examiné.

Pour ces raisons, je ne crois pas devoir suivre l'arrêt *Coupland* en l'espèce, préférant m'appuyer sur l'arrêt *Meagher*.

Même si d'ailleurs une convention comme celle qui nous est soumise devait être régie par l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt*, je suis d'avis que les mots employés dans cet article ne permettent pas d'écarter la réclamation de \$48,429.31 faite par l'intimée. Ce qui est le sujet propre de la *Loi sur l'intérêt* est précisément le loyer de l'argent payable au jour le jour et rien d'autre. Les mots «amende» et «peine» employés dans l'article, même si l'on pouvait faire abstraction de l'histoire de cette loi, reçoivent nécessairement leur coloration du mot clef qu'est le substantif «intérêt». Les amendes ou peines dont il s'agit ici ne peuvent être que des charges participant de la nature de l'intérêt, i.e., croissant au jour le jour. Elles ne peuvent s'étendre aux dommages fixés contractuellement par la clause pénale, dommages qui sont acquis une fois pour toutes et qui ne grandissent pas de jour en jour.

C'est la conclusion à laquelle cette Cour en est arrivée dans l'affaire *Barfried*. Si les prétentions des appelantes sont fondées et si l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt* doit recevoir l'interprétation large qu'elles suggèrent, l'arrêt *Barfried* a été mal jugé et la législation ontarienne attaquée dans cet arrêt n'aurait pas dû être déclarée valide. Or, je crois que l'affaire *Barfried* a été bien jugée et je fais miens les propos des juges de la majorité dans cet arrêt. Je ne veux pas les répéter ici.

D'ailleurs de quoi parle l'art. 8, sinon d'un paiement qui a pour effet d'élever les charges sur ces arrérages au-dessus du taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré? Indépen-

arrears? Quite apart from any other consideration, for s. 8 to apply two things must be true:

(1) principal money not in arrears must still be owing on the day of default; as to this, it should be noted

(a) that s. 7 refers to principal money "advanced" and s. 8 to principal money "not in arrears"; Parliament having used two different expressions, we are thus dealing with two different situations;

(b) that the 1877 statute, from which s. 8 is derived, also refers to the loan, and not the arrears; two distinct wordings, and so two different situations;

(2) this payment must increase "the charge on any such arrears"; a penal clause is not a charge on arrears, but purely and simply an amount of damages liquidated in advance, arbitrarily, in accordance with an agreement.

These two conditions do not exist here.

Two words before concluding with this aspect of the issue. Subsection (2) of s. 8 was necessary, taking into account common law principles, if the creditor wished to obtain from his debtor, after partial default, a rate of interest exceeding the legal rate; otherwise the rule applied by our Court in *Grant*, cited above, would have limited the creditor's entitlement to this legal rate. Further, if appellants are correct, a debtor who settles in advance of the due date must pay an indemnity of three months' interest (s. 10), whereas a defaulting debtor would not have to pay any indemnity; Parliament must be taken to have been very kind indeed to defaulters.

For all these reasons, based on the philosophy, history and wording of the *Interest Act*, I conclude that the submissions of appellants on this point cannot be accepted.

It is thus unnecessary that I go one step further and consider that Act in the light of principles of construction proceeding from the division of legislative authority in Canada. Had

damment de toute autre considération, pour que l'art. 8 entre en jeu, il faut deux choses:

1) qu'à la date du défaut il reste un principal non arriéré; à ce sujet, il faut noter

a) que l'art. 7 parle du principal «avancé» et l'art. 8 du principal «non arriéré»; le législateur ayant employé deux expressions différentes, nous sommes donc en face de deux situations différentes;

b) que la loi de 1877, d'où l'art. 8 a été tiré, elle aussi réfère à l'emprunt et non aux arrérages; deux textes, donc deux situations;

2) que ce paiement élève «les charges sur ces arrérages»; une clause pénale n'est pas une charge sur un arrérage, mais purement et simplement un montant de dommages liquidé par avance de façon arbitraire conformément à une convention.

Ici, ces deux conditions n'existent pas.

Deux mots avant de clore cet aspect de la question. Le deuxième alinéa de l'art. 8, compte tenu des principes de la «common law», était nécessaire si le créancier désirait obtenir de son débiteur après défaut partiel un taux d'intérêt dépassant le taux légal; autrement, la règle appliquée par notre Cour dans l'affaire *Grant* précitée aurait limité les droits du créancier à ce taux légal. De plus, si les appelantes ont raison, le débiteur qui rembourse avant terme doit payer une indemnité de trois mois d'intérêt (art. 10), alors que le débiteur en défaut n'aurait à verser aucune indemnité; le législateur aurait été vraiment bien bon pour les retardataires.

Pour toutes ces raisons tirées et de la philosophie, et de l'histoire, et du texte de la *Loi sur l'intérêt*, j'en viens à la conclusion que les prétentions des appelantes sur ce point ne peuvent être accueillies.

Il ne m'est donc pas nécessaire d'aller un pas plus loin et d'examiner cette Loi à la lumière des principes d'interprétation tirés de la division de la compétence législative au Canada. Si je

I done so, my point of departure would have been the following passage from Falconbridge, *Law of Mortgages of Land*, 3rd ed., 1942, at p. 646:

Mortgages, generally speaking, come within "property and civil rights in the province" (c), and for the present purpose difficulty arises only where interest and mortgages impinge on each other. The natural division between the legislative authority of the Dominion and that of the provinces would appear to be (1) to assign to the Dominion the power to legislate in relation to usury and the rate of interest generally, including the right to require that the rate of interest shall be stated clearly in a mortgage securing the repayment of a loan with interest and the power to prescribe the rate of interest payable in cases where the rate is not specified in a mortgage, and (2) to assign to the provinces the power to legislate in relation to the time and terms of redemption of a mortgage, including the power to provide upon what terms a mortgage shall be redeemable after a given period or after maturity, even though the terms prescribed involve the payment of interest in lieu of notice.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs in all Courts, MARTLAND, JUDSON, RITCHIE and DE GRANDPRÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the plaintiffs, appellants: Gendreau & Pelletier, Rimouski.

Solicitors for the defendant, respondent: Rivard, Hickson, Sirois & Lemieux, Quebec.

l'avais fait, mon point de départ aurait été le passage suivant tiré de Falconbridge—*Law of Mortgages of Land*, 3^e ed., 1942, à la p. 646:

[TRANDUCTIONS] D'une manière générale, l'hypothèque relève de «la propriété et les droits civils dans la province» (c), et en ce qui nous concerne ici la difficulté ne se pose que lorsque l'intérêt et l'hypothèque se chevauchent. La division naturelle entre l'autorité législative du Dominion et celle des provinces semble être (1) d'attribuer au Dominion le pouvoir de légiférer relativement à l'usure et au taux d'intérêt en général, y compris le droit d'exiger que le taux d'intérêt soit énoncé clairement dans l'acte d'hypothèque garantissant le remboursement d'un prêt à intérêt et le pouvoir de prescrire le taux de l'intérêt payable dans les cas où le taux n'est pas spécifié dans l'acte d'hypothèque, et (2) d'attribuer aux provinces le pouvoir de légiférer relativement aux époques et conditions de rachat d'hypothèques, y compris le pouvoir de déterminer les conditions auxquelles une hypothèque peut être rachetée après un délai donné ou l'avènement du terme, même si les conditions prescrites comportent le paiement d'un intérêt tenant lieu d'avis.

Je rejetterais l'appel avec dépens.

Appel accueilli avec dépens, dans toutes les Cours, les JUGES MARTLAND, JUDSON, RITCHIE et DE GRANDPRÉ étant dissidents.

Procureurs des demanderesse, appelantes: Gendreau & Pelletier, Rimouski.

Procureurs de la défenderesse, intimée: Rivard, Hickson, Sirois & Lemieux, Québec.