COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

91-08-CA

ROYAL BANK OF CANADA
APPELLANT

- and -

ANNE MARIE RUDDOCK and MARCO HORVATH
RESPONDENTS

Royal Bank of Canada v. Ruddock and Horvath,
2009 NBCA 25

CORAM:
The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
July 21, 2008

History of Case:

Decision under appeal:
2008 NBQB 270

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
February 16, 2009

Judgment rendered:
May 14, 2009

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

Concurred in by:

The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Quigg

BANQUE ROYALE DU CANADA
APPELANTE

- et -

ANNE MARIE RUDDOCK et MARCO HORVATH
INTIMÉS

Banque Royale du Canada c. Ruddock et Horvath,
2009 NBCA 25

CORAM :
L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
Le 21 juillet 2008

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2008 NBBR 270

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 16 février 2009

Jugement rendu :
Le 14 mai 2009

Motifs de jugement :
L'honorable juge en chef Drapeau

Souscrivent aux motifs :

L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

For the appellant:
Ryan P. Burgoyne

For the respondent Anne Marie Ruddock:
David M. Lutz, Q.C.

For the respondent Marco Horvath :
No one appeared

THE COURT

The appeal is dismissed with costs to the respondent, Anne Marie Ruddock.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Ryan P. Burgoyne

Pour l'intimée Anne Marie Ruddock :
David M. Lutz, c.r.

Pour l'intimé Marco Horvath :
Personne n'a comparu

LA COUR

Rejette l'appel et accorde les dépens à l'intimée, Anne Marie Ruddock.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] When the respondent, Anne Marie Ruddock, failed to file and serve in time a Statement of Defence to its action for the accrued balance under two credit card accounts, Royal Bank of Canada required the clerk to note the default under Rule 21.01(1) of the *Rules of Court*. When that was done, RBC invoked Rule 21.04 and required the clerk to sign judgment against her for $46,184.04. Several months later, well after she became aware of the noting of her default and the follow-up judgment, Ms. Ruddock obtained, over RBC's objection, set-aside orders under Rules 21.03 and 21.08 allowing her to file and serve a Statement of Defence.

[2] The question for determination on this appeal, which comes to us with leave, is whether set-aside orders in respect of regularly obtained default judgments may be rendered in circumstances where, as here, the application for their issuance is not made as soon as the defaults come to the moving party's attention, but the record shows: (1) a triable defence on the merits: (2) a continuing intention to defend; (3) a credible but relatively weak explanation for the failure to file and serve a Statement of Defence before the noting of default; (4) a lengthy delay before application for set-aside relief was made; and (5) no significant default- or delay-related injury to the plaintiff. Satisfied that an affirmative answer is required, we dismissed the appeal at the hearing without calling upon Ms. Ruddock's counsel to respond. After hearing both sides on point, we ordered RBC to pay allowable disbursements and costs of $5,000, a quantum designed to substantially indemnify Ms. Ruddock for her legal fees in connection with both the leave application and the appeal.

[3] After noting some confusion surrounding the considerations that go into the principled exercise of judicial discretion on applications for set-aside orders under

Rule 21, we indicated that clarifying reasons would follow in due course. Here are those reasons.

II. The Context

[4] In its Statement of Claim, RBC asserts that: (1) Ms. Ruddock and the other defendant, Marco Horvath, reside at 30 Abbot Street in St. Stephen, New Brunswick; (2) the defendants entered into an agreement known as the Royal Bank of Canada Visa Agreement, pursuant to which they were granted credit and the use, on specified terms, of two credit cards; (3) the Agreement binds each defendant to pay all amounts owing against the credit accounts, together with interest; (4) using the credit provided, the defendants made a substantial quantity of purchases and/or withdrawals, "particulars of which […] are well known" to them; (5) although some payments were made on the account, the sum of $44,152.01 remained owing as of July 9, 2007, inclusive of interest which continues to accrue at the annual rate of 19.5%; and (6) no payments on account were made after July 9, 2007 despite a demand for compliance with the Agreement. RBC concludes its pleading with a claim for the sum of $44,152.01, plus interest at the rate of 19.5% per annum to the date of judgment and costs.

[5] In the draft Statement of Defence filed in conjunction with her motion for set-aside orders, Ms. Ruddock denies: (1) having ever lived at 30 Abbot Street in St. Stephen; (2) having entered into the Agreement; and (3) having made any purchases or withdrawals using the credit provided under the Agreement. She claims to have no knowledge of the Visa account numbers referenced in the Statement of Claim and denies RBC made "any demand for repayment to her on July 9, 2007, or on any other date". Ms. Ruddock asserts she and RBC are victims of "identity theft" at the instance of Mr. Horvath and that she "does not owe the plaintiff $44,152.01 or any other amount of money". Ultimately, she asks that the action against her be dismissed with costs.

[6] The record features two affidavits, one by Yvonne Marshall on RBC's behalf, the other by Ms. Ruddock.

[7] In her May 28, 2008 affidavit, Ms. Marshall states that: (1) Ms. Ruddock resides at 73 West Street in St. Stephen; (2) Mr. Horvath resides at the address referenced in the Statement of Claim, 30 Abbot Street in St. Stephen; (3) on July 20, 2007, RBC instituted its action; (4) shortly thereafter, Mr. Horvath was served with a copy of the Notice of Action with Statement of Claim Attached; (5) on September 4, 2007, default judgment was entered against both defendants for $46,184.04; (6) by order dated November 20, 2007, Ms. Ruddock and Mr. Horvath were directed to attend for their examination pursuant to the *Arrest and Examinations Act*, R.S.N.B. 1973, c. A-12; (7) following that examination on December 13, 2007, the deputy clerk issued an order, purporting to be "on consent", requiring Ms. Ruddock and Mr. Horvath to pay the judgment by monthly instalments of $1,000 commencing on January 15, 2008; and (8) none of the court-ordered payments were made.

[8] Ms. Marshall's affidavit was filed in support of RBC's motion for the committal to jail of both Ms. Ruddock and Mr. Horvath for contempt. RBC's Notice of Motion is dated June 4, 2008. The hearing was scheduled for July 21, 2008.

[9] Ms. Ruddock's July 19, 2008 affidavit, which is uncontradicted, features the following statements, all designed to provide, directly or inferentially, proof of her unabated intention to defend and an explanation for her failure to take prompt remedial action: (1) she has "always" contended the debt for which default judgment was signed was not hers, but Mr. Horvath's; (2) she is as much a victim as RBC, her identity having been stolen by Mr. Horvath; (3) after being served with a copy of the Notice of Action with Statement of Claim Attached, she contacted RBC and its solicitors with a view to persuading them that Mr. Horvath bore sole liability for the debt targeted by the lawsuit; (4) during the same period, she also confronted Mr. Horvath, who assured her – as he would on several subsequent occasions – that he would take care of the bank's claim, that his lawyer was looking after the matter and that she need not worry as he had undertaken steps to remove her name; (5) she took comfort from those assurances; (6) her lawyer of choice could not represent her due to a conflict of interest; (7) a second lawyer consulted gave an estimate of legal fees that was beyond her modest means before recommending a

referral of the "identity theft" to the R.C.M.P.; (8) the R.C.M.P. eventually declined to investigate the complaint, offering the view that the issue was civil, not criminal; and (9) she is not worldly and, in particular, she did not appreciate the legal predicament that inaction would place her in, nor did she realize that self-representation was an option worth exploring.

[10] Ms. Ruddock goes on to say in her affidavit that she was not aware of the default judgment before the deputy clerk notified her to appear for examination on December 13, 2007. According to Ms. Ruddock, both she and Mr. Horvath insisted at the hearing that the underlying debt was not hers, only to be advised "that this was not the time for disputing the judgment" and that the deputy clerk's "job was to enforce" that judgment. Ms. Ruddock adds Mr. Horvath's offer to pay $1,000 per month was accepted, and that she "did not promise to pay anything". She specifically takes issue with the statement in a preambular clause of the Payment Order that both judgment debtors consented to its making, and emphasizes that her signature at the bottom of the document serves only to acknowledge receipt of a copy. Ms. Ruddock concludes her affidavit by explaining she thought "the matter had been resolved to the satisfaction" of RBC and asserting that, had she "been aware that the Judgment was still against [her], [she] would have at that point gone to see a lawyer".

[11] Ms. Ruddock's affidavit was filed in response to RBC's motion and in support of her own motion for the set-aside orders that give rise to the present appeal. Her Notice of Motion is dated July 19, 2008. Both motions were heard together, without objection, on July 21, 2008.

[12] In his reasons for judgment (see (2008), 337 N.B.R. (2d) 202, [2008] N.B.J. No. 297 (QL), 2008 NBQB 270), the motion judge describes the circumstances of the case at hand as unique. Significantly, he finds that, although she "had some difficulty getting legal advice and assistance until very recently" and found herself "in the awkward situation that she did not really understand or believe what had been happening to an account in her name", Ms. Ruddock did not act "promptly and quickly in bringing the

matter to court without delay". In that regard, the motion judge underscores that she was served with the Notice of Action during the early summer of 2007 and that judgment was entered in September of that year.

[13] The motion judge then expresses the view that the "usual rules for setting aside noting in defaults and default judgments" place a burden on the moving parties "to show that they have acted promptly and quickly in bringing the matter to court without delay". He goes on to find Ms. Ruddock failed to discharge that burden, but excuses that failure because of her "apparently very trusting nature" and her assumption that the underlying "fraud and breach of trust and identity theft" would make "all this trouble […] go away and be taken care of by Mr. Horvath".

[14] In the motion judge's view, fairness required the setting aside of the noting of default, default judgment and Payment Order against Ms. Ruddock upon the following terms: (1) Ms. Ruddock was given ten days to file a Statement of Defence; and (2) the registration of the judgment as a lien against any property owned by her was to remain in effect until the dispute's resolution by judgment or discontinuance of the action. The motion judge wrapped up the proceedings by dismissing RBC's motion for Ms. Ruddock's contempt-related committal to jail and prescribing that costs be in the cause.

III. Analysis and Decision

[15] Under Rule 21.03, the court may set aside a noting of default "at any time on such terms as may be just". A judgment obtained following a noting of default may likewise be set aside "on such terms as may be just" (see Rule 21.08). If a set-aside order under the last-mentioned rule is appropriate, the requirements of Rule 21.03 will almost always be met. That is the case here.

[16] RBC submits that, in relation to a default judgment that has been regularly obtained, a set-aside order pursuant to Rule 21.08 is appropriate only if the evidential

record establishes the following: (1) the application was made as soon as the default judgment came to the moving party's attention; (2) a valid defence on the merits; (3) a justifiable explanation for the failure to file and serve the Statement of Defence in time; and (4) an intention to defend throughout. RBC's related submission is that failure to establish any of those pre-conditions precludes judicial relief, citing as authority the cases of *Walker v. McNulty* (1991), 118 N.B.R. (2d) 168 (C.A.), [1991] N.B.J. No. 828 (QL); *First Farm Inc. v. Henderson Surveys Limited et al.* (1993), 141 N.B.R. (2d) 171 (C.A.), [1993] N.B.J. No. 594 (QL) and *Sappier v. Tobique Indian Band* (2001), 243 N.B.R. (2d) 98, [2001] N.B.J. No. 396 (QL), 2001 NBCA 100. As will be seen, two other decisions of this Court bear upon the debate, *Brunswick International (Canada) Ltd. v. Albert* (1975), 12 N.B.R. (2d) 296, [1975] N.B.J. No. 176 (QL) and *Morris v. Collette* (1996), 182 N.B.R. (2d) 76 (C.A.), [1996] N.B.J. No. 459 (QL).

[17] Rule 21.08's predecessor, Order 27 rule 15 under the *Rules of the Supreme Court* of New Brunswick, provided that "[a]ny judgment by default […] may be set aside […] upon such terms as to costs or otherwise as [the] Court or Judge may think fit". In my view, the slight difference in wording, by itself, does not warrant divergent interpretations of those provisions. In *Brunswick International (Canada) Ltd. v. Albert*, at para. 17, Hughes C.J.N.B., writing for a unanimous court, points out that an applicant for relief under Order 27 rule 15 was, almost invariably, required to show by affidavit: (1) a defence on the merits; and (2) how the default arose (see para. 13). He goes on to detail the applicable principles and what was expected of the applicant by reference to the observations of Lamont J.A. in *Klein v. Schile* (1921), 59 D.L.R. 102, [1921] S.J. No. 55 (QL):

> The circumstances under which a Court will exercise its discretion to set aside a judgment regularly signed are pretty well settled. The application should be made as soon as possible after the judgment comes to the knowledge of the defendant, but mere delay will not bar the application, unless an irreparable injury will be done to the plaintiff or the delay has been wilful. Tomlinson v. Kiddo (1914), 20 D.L.R. 182, 7 S.L.R. 132; Mills v. Harris (1915), 21 D.L.R. 230, 8 S.L.R. 113. The application should be supported by

> an affidavit setting out the circumstances under which the default arose and disclosing a defence on the merits. Chitty's Forms, 13th ed., p. 83.
>
> It is not sufficient to merely state that the defendant has a good defence upon the merits. The affidavits must shew the nature of the defence and set forth facts which will enable the Court or Judge to decide whether or not there was matter which would afford a defence to the action. Stewart v. McMahon (1908), 1 S.L.R. 209.
>
> If the application is not made immediately after the defendant has become aware that judgment has been signed against him, the affidavits should also explain the delay in making the application; and, if that delay be of long standing, the defence on the merits must be clearly established. Sandhoff v. Metzer (1906), 4 W.L.R. 18. [paras. 2-4]

Thus, in cases where the defaulting defendant established a meritorious defence, even delay "of long standing" in making application under Order 27 rule 15 did not foreclose set-aside relief unless: (1) the delay was "wilful"; or (2) it caused irreparable injury to the plaintiff. It follows that failure to apply for relief as soon as possible after the judgment came to the defendant's knowledge did not preclude set-aside relief under the former rules of procedure. As will be seen, that continues to be the case under Rule 21.

[18] The first decision of this Court to consider the circumstances pertinent to the exercise of judicial discretion under Rule 21.03 is *Walker v. McNulty*. In that case, the defendant filed a Statement of Defence, but inadvertently omitted to effect service on the plaintiff. That omission opened the door to the clerk's noting of default under Rule 21.01(1). The defendant, whose intention to defend was undoubted, promptly applied for a set-aside order. The motion was allowed on condition that the defendant waived a limitation defence. The sole question on appeal was whether that condition was appropriate, and the answer hinged on whether a limitation defence constituted a defence "on the merits" for the purposes of the court's exercise of discretion under Rule 21.03. Ayles, J.A., writing for the majority, concluded it did and varied the order granted in first instance by removing the impugned condition. In the lead-up to that conclusion, Justice

Ayles opined that the discretion under Rule 21.03 stood to be exercised based on whether or not there was a justifiable explanation for the delay coupled with a valid reason for its exercise. In his view, the requisite valid reason would exist if there was an intention to defend and a meritorious defence.

[19] In *First Farm Inc. v. Henderson Surveys Limited et al.*, the motion judge refused to set aside a noting of default because the application did not meet what he considered to be requirements accepted "in practice", namely: (1) the defendant must move to set aside the noting of default as soon as it comes to his or her attention; (2) he or she must establish by factual evidence, a valid defence on the merits; (3) the defendant must provide a justifiable explanation for the default; and (4) he or she must establish an intention to defend throughout. On appeal, the Court reversed, concluding the case for set-aside relief had been made. Ryan, J.A., writing for the majority, stated "the procedure" to be followed on a motion to set aside a noting of default under Rule 21.03 was as set out in *Walker v. McNulty*. More importantly, at least for our present purposes, he went on to identify the following as the "most important elements" in the court's exercise of discretion: (1) a defence on the merits; (2) a continuing intention to defend; and (3) an application for set-aside relief "within a reasonable time". Other than the added requirement that the applicant show an intention to defend, the views of both Justice Ayles in *Walter v. McNulty* and Justice Ryan in *First Farm Inc. v. Henderson Surveys Limited et al.* are easily reconciled, at the substantive level, with those expressed in *Brunswick International (Canada) Ltd. v. Albert*.

[20] In my view, the majority in *First Farm Inc. v. Henderson Surveys Limited et al.* employed the word "elements" instead of "requirements" for a purpose: the need to avoid a rigid framework for the exercise of judicial discretion under Rule 21.03. A further conclusion is unavoidable: the last-mentioned element – an application for relief "within a reasonable time" – is incompatible with RBC's contention that an application for relief as soon as possible is a *sine qua non* condition to the issuance of a set-aside order under Rule 21. On settled principles, a delay can only be labelled unreasonable if it is "wilful" or causes irreparable injury to the plaintiff (see *Brunswick International (Canada) Ltd. v.*

Albert). I leave to another day a discussion of the meaning of "wilful" in this context. At any rate, and significantly for the present discussion's purposes, the majority refrained from assigning equal weight to the three elements it identified as the "most important".

[21] *Morris v. Collette* is the next decision of this Court under Rule 21.03. In that case, the motion judge set aside a noting of default made: (1) more than one year after the Notice of Action with Statement of Claim Attached was filed and served; and (2) after the plaintiff's three ultimatums that the defendant either settle or file a Statement of Defence went unheeded. In allowing the appeal, the Court confirmed that the principles which inform the exercise of discretion under Rule 21.03 were exactly the same as under Order 27 rule 15, which *Brunswick International (Canada) Ltd. v. Albert* enunciated.

[22] In the result, the Court in *Morris v. Collette* restored the noting of default because of the motion judge's failure to take into account two of the "guidelines" stipulated in *Brunswick International (Canada) Ltd. v. Albert*: (1) "the application should be made as soon as possible after the judgment comes to the knowledge of the defendant"; and (2) "the affidavit evidence in support of the request must by factual evidence establish a valid defence on the merits" (para. 4). The Court stated that, while they lack the force of law, those "guidelines" nonetheless provide the framework within which the discretion under Rule 21 "should be exercised in cases of this nature" (para. 7). While the Court did not hold that a failure to abide by the first "guideline" would suffice to bar relief, it clearly viewed the defendant's delay as significant. Two explanations emerge from the brief reasons for judgment: (1) the omission to file and serve a Statement of Defence was deliberate, the plaintiff having unsuccessfully requested on three occasions that the defendant either settle the claim or defend; and (2) more importantly, the delay in making application to set aside the noting of default was both lengthy and prejudicial to the plaintiff. Be that as it may, the failure to follow the second "guideline" – establishing a meritorious defence – was inarguably fatal, on its own, under the regime adopted in *Brunswick International (Canada) Ltd. v. Albert*. Put another way,

even if the defendant had abided by the first “guideline”, his motion under Rule 21.03 could not succeed because of the failure to establish a triable defence on the merits.

[23] That said, and most importantly, the Court in *Morris v. Collette* did not dispose of the appeal without addressing the equities of the two presenting scenarios. While satisfied no injustice would be visited upon the defendant if the noting of default were allowed to stand, the Court concluded the situation would be otherwise for the plaintiff if the set-aside order were upheld. In that regard, the Court observed the plaintiff had “been led to think ever since the accident and certainly since the negotiations for settlement began, that liability would not be an issue”, a state of affairs that entailed “he would not be in as good a position to gather evidence respecting liability now as he would have been had that fact been made known to him” (para. 8).

[24] In *Sappier v. Tobique Indian Band*, Larlee, J.A., writing for a unanimous panel, looks to Ryan, J.A.’s reasons for judgment in *First Farm Inc. v. Henderson Surveys Limited et al.* for the elements that might contribute to shaping the principled exercise of discretion under Rule 21.03. While she does add that a motion for set-aside relief should be initiated as soon as the default comes to the defendant’s attention, it is clear she did not intend to impose a requirement at odds with the Court’s previous jurisprudence. That said, a word of caution: defaulting defendants who seek relief under Rule 21 would be well-advised to follow Justice Larlee’s sage advice. A prompt application will avoid debates over delay-related wilfulness and prejudice.

[25] Rules 21.03 and 21.08 must be interpreted in accordance with the principles set out in *MacKenzie v. Davis*, [2008] N.B.J. No. 457 (QL), 2008 NBCA 85:

> It is now well-settled that statutory interpretation "cannot be founded on the wording of the legislation alone" and that "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" (see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, [1998] S.C.J. No. 2 (QL), at para. 21). Rule 1.03(1) prescribes that, unless a

> contrary intention appears, the *Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13 applies to the *Rules of Court*. Section 17 of the *Interpretation Act* provides as follows:
>
> > 17 Every Act and regulation and every provision thereof shall be deemed remedial, and shall receive such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of the object of the Act, regulation or provision.
>
> Perhaps even more importantly, the word "based" stands to be interpreted in accordance with the dictates of Rule 1.03(2). Thus, it must be "liberally construed to secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits". [para. 33]

The overarching principle expressed in Rule 1.03(2) urges an interpretation of Rules 21.03 and 21.08 that confers a broad judicial discretion, one that stands to be exercised with a view to securing a just determination of the proceeding on the merits.

[26] In my opinion, the test for the exercise of judicial discretion under Rules 21.03 and 21.08 consists of four elements which, except for the first, come into play without presumptive make-or-break status: (1) a valid *prima facie* defence to the action; (2) a continuing intention to defend; (3) a reasonable explanation for the failure to file and serve a Statement of Defence before the noting of default; and (4) an application for relief within a reasonable period of time.

[27] Of course, the strongest case for set-aside relief is one where each and every element of that test is present. On the other hand, the easiest cases for the plaintiff to meet are those where the proposed defence is invalid in law or where the evidential record does not provide the requisite factual support for a defence that is valid at law. Absent leave to file additional material, an application in the second case will rarely if ever fare better than the one in the first. Needless to say, the more problematic cases feature a proposed defence on the merits that is satisfactorily established coupled with non-compliance with one or more of the other elements. The case at hand falls within that category.

[28] In my respectful judgment, the first element – a valid *prima facie* defence on the merits – dwarfs all others in importance. It is axiomatic that the defendant need not satisfy the court that he or she will be entitled to summary judgment in the event the requested set-aside orders issue. The relevant inquiry is this: does the evidential record give rise to a triable defence on the merits? In determining that question, the court should require the moving party to file a draft of the proposed Statement of Defence and determine whether the affidavit evidence provides a factual underpinning for any legally recognized defence articulated therein. Where it appears there is a defence on the merits, but the evidence in support is lacking or deficient, the motion judge ought to consider adjourning the hearing to afford the defendant an opportunity to rectify the situation (see *Central Trust Company v. Wheeler, Frizzell and Leger* (1983), 44 N.B.R. (2d) 159 (C.A.), [1983] N.B.J. No. 77 (QL)). As a practical matter that solution is preferable, if only for cost-saving purposes, to dismissal with leave to renew with further material. If after being given a fair opportunity to do so, the moving party fails to establish by admissible evidence any such defence, his or her motion ought to be dismissed. If, however, a meritorious defence is pleaded and established, and the plaintiff does not show irreparable default- or delay-related injury, the other elements should only very exceptionally entail the dismissal of the motion. Unless compelled by law to do otherwise, judges ought not to sacrifice justice on the altar of procedural correctness. That foundational principle argues strongly against allowing inconsequential procedural failures or other such failings to close the courtroom doors to a defendant with a valid defence on the merits. After all, there will be very few instances where the defaulting defendant's non-compliance with the *Rules of Court* cannot be satisfactorily dealt with by a suitable order of costs.

[29] The second element – a continuing intention to defend – warrants inclusion primarily because it is a staple of most decisions dealing with set-aside applications. Yet, there are very few cases where it has actually tipped the scales against relief. That is likely so because the defendant with a valid defence on the merits rarely folds. Nonetheless, this element might bear consideration in those relatively rare cases where the defendant's intent prior to the noting of default was not to defend. I note that,

in admittedly unusual circumstances, the Court in *Nobosoft Corp. v. No Borders Inc. et al.* (2007), 225 O.A.C. 36, [2007] O.J. No. 2378 (QL), 2007 ONCA 444, set aside a noting of default despite the defendant's original intent not to defend. I suppose this element might also come into the mix where the defaulting defendant's interest in achieving a merits-based outcome has been equivocal or spotty. The court could be tempted to project that apparent lack of resoluteness into the future and wonder whether a set-aside order might simply operate to delay the inevitable judgment in the plaintiff's favour. However, the court ought to refrain from yielding to that temptation except in the clearest of cases. Generally speaking, where a valid defence on the merits is established and irreparable injury to the plaintiff has not been shown, the failure to establish an unrelenting intention to defend should not deny access to adjudication to a defendant whose will to litigate might have occasionally weakened in intensity or momentarily fallen prey to obstacles beyond his or her perceived capacity to overcome. I would offer the following non-exhaustive list of such obstacles: perceived lack of adequate resources; misconceptions about the judicial system; ignorance of the applicable procedure; and a less than full understanding of pertinent legal rights.

[30] Likewise, the third and fourth elements – a reasonable explanation for the failure to file and serve a Statement of Defence before the noting of default and an application for relief within a reasonable period of time – call for a generous approach. Unintended defaults rarely occur without lack of diligence either on the defendant's part or on the part of his or her counsel. Moreover, applications for set-aside relief are seldom filed at the first opportunity. Without injury to the plaintiff that is both irreparable and traceable to the default or delay, the moving party with a valid defence on the merits ought to be given an opportunity to defend the action, on terms considered "just". Those terms should include an order directing the defendant to forthwith pay all related throw-away costs. In the right context, they could also include security-preserving terms, including those identified in Rules 21.08(a) and (b).

[31] In her affidavit, Ms. Ruddock asserts that she has "always" contended the debt underlying the default judgment was not hers, but that of Mr. Horvath. Her

statement stands uncontradicted. In addition, her conduct following service of RBC's originating process is consistent with what one would expect of a defendant who, while intent on resisting the claim, is hampered by inadequate financial resources and a lack of familiarity with the legal system. It is true, as RBC contends, that Ms. Ruddock's intention to defend did not manifest itself in concrete default-avoiding measures, but a satisfactory explanation for that state of affairs emerges from her affidavit. On an admittedly generous reading of the record, I conclude Ms. Ruddock had, at all material times, a continuing intention to defend and that she has provided some justification for her default in filing and serving a Statement of Defence in time. I come to the latter conclusion primarily on the basis of this finding by the motion judge: Ms. Ruddock "had some difficultly getting legal advice and assistance" and found herself "in the awkward situation that she did not really understand or believe what had been happening to an account in her name".

[32] That said, the explanation offered for the tardiness of the application for relief under Rules 21.03 and 21.08 falls short of the mark and, as the motion judge correctly noted, the delay in question is lengthy. However, in my judgment, the delay is not unreasonable in the circumstances, there being no evidence of related irreparable injury to RBC.

IV. Conclusion and Disposition

[33] Judicial intervention under Rules 21.03 and 21.08 is discretionary. Rule 21.03 provides that the court "may" set aside a noting of default "on such terms as may be just" and Rule 21.08 is to the same effect in relation to a follow-up default judgment. The test for the exercise of judicial discretion under those Rules consists of four elements which, except for the first, come into play without presumptive make-or-break status: (1) a valid *prima facie* defence to the action; (2) a continuing intention to defend; (3) a reasonable explanation for the failure to file and serve a Statement of Defence before the noting of default; and (4) an application for relief within a reasonable period of time. In the run-of-the-mill case, a motion for set-aside relief should succeed, on such terms as the

court considers just (in respect of costs and the protection of the plaintiff's legitimate interests) where the evidence establishes, on a *prima facie* basis, a valid defence to the action and the plaintiff does not show irreparable injury attributable to the defendant's default or delay.

[34] RBC rightly concedes Ms. Ruddock has established by "factual" evidence a triable defence to its claim against her. Moreover, her draft Statement of Defence articulates such a defence. On the available record, I am satisfied that, if the kernel of Ms. Ruddock's affidavit evidence is accepted at trial, dismissal of the action against her will likely ensue. Moreover, RBC has not produced a shred of evidence pointing to any default- or delay-related injury. Finally, the main ancillary term crafted by the motion judge provides security for RBC's claimed entitlement against Ms. Ruddock. That security would have been beyond its immediate reach if Ms. Ruddock had filed a Statement of Defence in a timely fashion. In my judgment, those circumstances, assessed cumulatively, amply support the motion judge's issuance of the impugned set-aside orders.

[35] The motion judge's exercise of discretion is harmonious with a principled application of the test articulated above. It is that assessment which ultimately prompted the Court's decision to dismiss the appeal, with costs of $5,000 and allowable disbursements payable to Ms. Ruddock, immediately after hearing counsel for RBC. In the result, the decision in first instance stands. There will be no order of costs for or against the other respondent.

Version française de la décision de la Cour rendue par

DRAPEAU, J.C.N.-B.

II. Introduction

[1] Lorsque l'intimée, Anne Marie Ruddock, a omis de déposer et de faire signifier dans le délai imparti l'exposé de sa défense à l'action en recouvrement du solde dû sur deux comptes de carte de crédit, la Banque Royale du Canada (RBC) a demandé au greffier de constater le défaut conformément à la règle 21.01(1) des *Règles de procédure*. À la suite de la constatation du défaut, RBC, invoquant la règle 21.04, a obtenu du greffier la signature d'un jugement contre l'intimée pour la somme de 46 184,04 $. Plusieurs mois plus tard, bien longtemps après qu'elle eut été avisée de la constatation du défaut et du jugement qui lui a fait suite, Mme Ruddock a obtenu, malgré l'objection de RBC, l'annulation de la constatation du défaut et du jugement par défaut en vertu des règles 21.03 et 21.08 et l'autorisation de déposer et de faire signifier l'exposé de sa défense.

[2] La question à trancher dans le présent appel interjeté avec la permission de la Cour est de savoir si des ordonnances annulant des jugements par défaut dûment obtenus peuvent être rendues dans des circonstances où, comme en l'espèce, la motion visant à obtenir ces ordonnances n'a pas été présentée dès que les jugements par défaut ont été portés à l'attention de l'auteur de la motion et où le dossier révèle : (1) qu'il existe une défense au fond pour le procès; (2) que la partie en défaut a toujours eu l'intention de présenter une défense; (3) qu'une explication crédible, quoique relativement faible, a été avancée pour justifier le défaut de déposer et de faire signifier un exposé de la défense avant la constatation du défaut; (4) qu'il s'est écoulé beaucoup de temps avant la présentation de la motion en annulation; (5) que la partie demanderesse n'a subi aucun préjudice important attribuable au défaut ou au retard. Convaincue qu'une réponse affirmative s'imposait, la Cour a rejeté l'appel à l'audience sans même entendre la réponse de l'avocat de Mme Ruddock. Après avoir entendu les observations des

deux parties sur la question, la Cour a ordonné à RBC de payer les débours admissibles et les dépens fixés à 5 000 $, afin de procurer une indemnité substantielle à Mme Ruddock pour les honoraires d'avocat engagés en vue de la demande d'autorisation d'appel et de l'appel.

[3] Après avoir constaté une certaine confusion entourant les considérations qui se rattachent à l'exercice raisonné du pouvoir discrétionnaire judiciaire dans le cadre de demandes d'annulation présentées en vertu de la règle 21, la Cour a fait savoir que des motifs explicatifs suivraient ultérieurement. Voici ces motifs.

II. Contexte

[4] Dans son exposé de la demande, RBC affirme que : (1) Mme Ruddock et l'autre défendeur, Marco Horvath, habitent au 30, rue Abbot, à St. Stephen, au Nouveau-Brunswick; (2) les défendeurs ont signé une convention régissant l'utilisation de la carte Visa Banque Royale du Canada, en vertu de laquelle ils ont obtenu du crédit et la permission d'utiliser, suivant les conditions précisées, deux cartes de crédit; (3) la convention lie chaque défendeur pour le remboursement de tous les montants exigibles inscrits au débit des deux comptes, plus les intérêts; (4) les défendeurs ont utilisé le crédit fourni en faisant un nombre d'achats et de retraits [TRADUCTION] « dont les détails sont bien connus » d'eux; (5) certains paiements ont été faits, mais la somme de 44 152,01 $ demeurait exigible le 9 juillet 2007, incluant les intérêts qui continuent de s'accumuler au taux annuel de 19,5 %; (6) aucun paiement n'a été fait après le 9 juillet 2007 malgré le fait que les défendeurs ont été sommés de respecter la convention. RBC conclut sa plaidoirie en réclamant la somme de 44 152,01 $ plus les intérêts au taux de 19,5 % par année calculés jusqu'à la date du jugement et les dépens.

[5] Dans l'exposé préliminaire de la défense déposé dans le cadre de la motion qu'elle a présentée en vue d'obtenir les ordonnances d'annulation, Mme Ruddock nie : (1) avoir déjà habité au 30, rue Abbot, à St. Stephen; (2) avoir signé la convention; (3) avoir fait des achats ou retraits en utilisant le crédit fourni en vertu de la convention.

Elle prétend ne pas connaître les numéros de compte Visa mentionnés dans l'exposé de la demande et nie que RBC lui ait présenté [TRADUCTION] « une mise en demeure de paiement le 9 juillet 2007, ou à une autre date ». Mme Ruddock affirme être victime, avec RBC, d'une [TRADUCTION] « usurpation d'identité » de la part de M. Horvath et [TRADUCTION] « ne pas devoir à la demanderesse la somme de 44 152,01 $ ou tout autre montant d'argent ». En fin de compte, elle demande que l'action intentée contre elle soit rejetée avec dépens.

[6] Le dossier comprend deux affidavits, un souscrit par Yvonne Marshall, pour le compte de RBC, et l'autre par Mme Ruddock.

[7] Dans l'affidavit qu'elle a souscrit le 28 mai 2008, Mme Marshall déclare que : (1) Mme Ruddock habite au 73, rue West, à St. Stephen; (2) M. Horvath habite à l'adresse mentionnée dans l'exposé de la demande, soit au 30, rue Abbot, à St. Stephen; (3) le 20 juillet 2007, RBC a engagé la poursuite; (4) peu après, M. Horvath a reçu signification d'une copie de l'avis de poursuite accompagné d'un exposé de la demande; (5) le 4 septembre 2007, le jugement par défaut a été rendu contre les deux défendeurs pour la somme de 46 184,04 $; (6) dans une ordonnance datée du 20 novembre 2007, il a été ordonné à Mme Ruddock et à M. Horvath de comparaître à l'interrogatoire, en vertu de la *Loi sur les arrestations et interrogatoires*, L.R.N.-B. 1973, ch. A-12; (7) à la suite de cet interrogatoire, le 13 décembre 2007, la greffière adjointe a rendu une ordonnance, semble-t-il [TRADUCTION] « par consentement », enjoignant à Mme Ruddock et à M. Horvath d'acquitter le montant du jugement par des versements mensuels de 1 000 $, à compter du 15 janvier 2008; (8) les versements imposés par la Cour n'ont pas été faits.

[8] L'affidavit de Mme Marshall a été déposé à l'appui de la motion présentée par RBC en vue de faire incarcérer Mme Ruddock et M. Horvath pour outrage au tribunal. L'avis de motion de RBC est daté du 4 juin 2008. L'audience était prévue pour le 21 juillet 2008.

[9] L'affidavit de Mme Ruddock, souscrit le 19 juillet 2008 et qui est, par ailleurs, non contredit, renferme les déclarations suivantes qui visent toutes à fournir, directement ou indirectement, la preuve de son intention constante de présenter une défense et à expliquer le fait qu'elle n'a pas pris de mesures correctives rapidement : (1) elle a « toujours » soutenu que la dette pour laquelle il y a eu signature du jugement par défaut n'était pas la sienne, mais bien celle de M. Horvath; (2) elle est une victime au même titre que RBC, car M. Horvath a usurpé son identité; (3) après avoir reçu signification d'une copie de l'avis de poursuite accompagné d'un exposé de la demande, elle a communiqué avec RBC et ses avocats dans le but de leur faire comprendre que M. Horvath était le seul responsable de la dette visée dans la poursuite; (4) au cours de la même période, elle a également affronté M. Horvath, qui l'a assurée – comme il l'a fait à maintes reprises par la suite – qu'il se chargeait de la réclamation de la banque, que son avocat s'occupait de l'affaire et qu'elle n'avait pas à s'inquiéter car il avait pris les mesures nécessaires pour faire radier son nom; (5) elle a été rassurée par ces promesses; (6) l'avocat qu'elle avait choisi ne pouvait pas la représenter en raison d'un conflit d'intérêts; (7) l'autre avocat qu'elle a consulté lui a présenté une estimation d'honoraires qui étaient bien au-delà de ses modestes moyens, avant de lui recommander de signaler l'« usurpation d'identité » à la GRC; (8) la GRC a plus tard refusé de faire enquête sur la plainte, considérant qu'il s'agissait d'une affaire civile, et non criminelle; (9) elle n'a pas beaucoup d'expérience et, en particulier, elle n'a pas apprécié à sa juste mesure la situation juridique difficile dans laquelle l'inaction la plaçait et elle n'a pas non plus songé au fait que se représenter elle-même était une option qui valait la peine d'être explorée.

[10] Mme Ruddock poursuit en disant dans son affidavit qu'elle n'était pas au courant qu'un jugement par défaut avait été rendu avant que la greffière adjointe l'avise de comparaître à l'interrogatoire du 13 décembre 2007. Au dire de Mme Ruddock, M. Horvath et elle ont tous les deux insisté à l'audience pour dire que la dette sous-jacente n'était pas la sienne, mais ils ont été avisés que [TRADUCTION] « ce n'était pas le moment de contester le jugement » et que la greffière adjointe [TRADUCTION] « avait pour rôle de faire exécuter » le jugement. Mme Ruddock ajoute

que l'offre faite par M. Horvath de payer 1 000 $ par mois a été acceptée et qu'elle [TRADUCTION] « ne s'était pas engagée à payer quoi que ce soit ». Elle conteste tout particulièrement une clause préambulaire de l'ordonnance de paiement dans laquelle il est déclaré que les deux débiteurs judiciaires ont consenti à l'ordonnance et elle souligne que sa signature, au bas du document, ne sert qu'à accuser réception d'une copie. Mme Ruddock conclut en expliquant qu'elle croyait que [TRADUCTION] « l'affaire avait été réglée à l'entière satisfaction » de RBC et en affirmant que, si elle avait [TRADUCTION] « été au courant que le jugement la visait encore, elle serait à ce moment-là allée consulter un avocat ».

[11] L'affidavit de Mme Ruddock a été déposé en réponse à la motion de RBC et à l'appui de sa propre motion visant les ordonnances en annulation qui sont à l'origine du présent appel. L'avis de motion qu'elle a déposé est daté du 19 juillet 2008. Les deux motions ont été, sans objection, entendues en même temps le 21 juillet 2008.

[12] Dans les motifs de sa décision (voir (2008), 337 R.N.-B. (2e) 202, [2008] A.N.-B. n° 297 (QL), 2008 NBBR 270), le juge saisi de la motion décrit les circonstances de la présente affaire comme étant exceptionnelles. Il estime surtout que, même si, [TRADUCTION] « [j]usqu'à tout récemment, Mme Ruddock a eu une certain difficulté à obtenir des conseils et de l'aide juridiques » et s'est trouvée [TRADUCTION] « dans une situation inconfortable où elle ne comprend ou ne croit pas vraiment ce qui est arrivé à un compte qui lui appartient », elle n'a pas montré qu'elle a agi [TRADUCTION] « avec promptitude et porté l'affaire devant les tribunaux sans retard ». À ce propos, le juge saisi de la motion souligne qu'elle a reçu signification de l'avis de poursuite au début de l'été 2007 et que le jugement a été rendu en septembre de la même année.

[13] Le juge saisi de la motion s'est ensuite dit d'avis que les [TRADUCTION] « règles habituelles qui s'appliquent à l'annulation de la constatation du défaut et du jugement par défaut » imposent un fardeau à la partie qui présente la motion en annulation [TRADUCTION] « de montrer qu'elle a agi avec promptitude et porté l'affaire devant les tribunaux sans retard ». Il poursuit en disant que Mme Ruddock n'a pas

réussi à s'acquitter de ce fardeau, mais il l'a excusée en raison de sa [TRADUCTION] « nature apparemment très confiante » et du fait qu'elle a supposé que l'existence sous-jacente d'une [TRADUCTION] « fraude et [d']un abus de confiance et [d']une usurpation d'identité » feraient en sorte que [TRADUCTION] « tous ces ennuis s'éloigneraient et que M. Horvath s'en occuperait ».

[14] De l'avis du juge saisi de la motion, il fallait, en toute justice, annuler la constatation du défaut, le jugement par défaut et l'ordonnance de paiement visant Mme Ruddock, si les conditions suivantes étaient remplies : (1) Mme Ruddock devait déposer l'exposé de sa défense dans un délai de dix jours; (2) l'enregistrement du jugement grevant ses biens restait en vigueur jusqu'à ce que l'affaire soit réglée par un jugement ou que la poursuite soit abandonnée. Le juge saisi de la motion a conclu l'instance en rejetant la motion de RBC visant à faire incarcérer Mme Ruddock pour outrage au tribunal et en ordonnant que les dépens suivent l'issue de l'affaire.

III. Analyse et décision

[15] En vertu de la règle 21.03, la Cour peut annuler la constatation du défaut « en tout temps, aux conditions qu'elle estime justes ». La Cour peut également annuler le jugement obtenu à la suite de la constatation du défaut « aux conditions qu'elle estime justes » (voir la règle 21.08). Si l'ordonnance d'annulation prononcée en vertu de cette dernière règle est justifiée, les conditions de la règle 21.03 seront presque toujours remplies. C'est le cas en l'espèce.

[16] RBC soutient que, dans le cas d'un jugement par défaut obtenu à bon droit, une ordonnance d'annulation prononcée en vertu de la règle 21.08 est justifiée seulement si le dossier de la preuve établit ce qui suit : (1) la motion a été présentée dès que le jugement par défaut a été porté à l'attention de l'auteur de la motion; (2) il existe une défense valide au fond; (3) le fait de ne pas avoir déposé et fait signifier l'exposé de la défense dans le délai imparti peut être justifié; (4) la partie en défaut doit avoir eu l'intention de présenter une défense tout au cours de l'instance. RBC soutient à ce propos

que le défaut d'établir l'une de ces conditions préalables empêche l'octroi par la Cour de la mesure réparatoire sollicitée et elle s'appuie sur la jurisprudence suivante : *Walker c. McNulty* (1991), 118 R.N.-B. (2e) 168 (C.A.), [1991] A.N.-B. no 828 (QL); *First Farm Inc. c. Henderson Surveys Limited et al.* (1993), 141 R.N.-B. (2e) 171 (C.A.), [1993] A.N.-B. no 594 (QL); et *Sappier c. Tobique Indian Band* (2001), 243 R.N.-B. (2e) 98, [2001] A.N.-B. no 396 (QL), 2001 NBCA 100. Comme nous le verrons, deux autres décisions de la Cour méritent d'être prises en considération dans le débat : *Brunswick International (Canada) Ltd. c. Albert* (1975), 12 R.N.-B. (2e) 296, [1975] A.N.-B. no 176 (QL); et *Morris c. Collette* (1996), 182 R.N.-B. (2e) 76 (C.A.), [1996] A.N.-B. no 459 (QL).

[17] La règle 15 de l'ordonnance 27 des *Rules of the Supreme Court* du Nouveau-Brunswick, qui a précédé la règle 21.08, prévoyait que [TRADUCTION] « [t]out jugement par défaut […] peut être annulé […] aux conditions que la cour ou le juge estime indiquées en matière de dépens ou à tout autre égard ». À mon avis, le libellé quelque peu différent ne justifie pas en soi des interprétations divergentes de ces dispositions. Dans *Brunswick International (Canada) Ltd. c. Albert*, au par. 17, le juge en chef Hughes, s'exprimant au nom de la Cour dans un jugement unanime, souligne que, pour obtenir réparation en vertu de la règle 15 de l'ordonnance 27, l'auteur de la demande devait, dans presque tous les cas, démontrer par voie d'affidavit : (1) l'existence d'une défense au fond et (2) les circonstances dans lesquelles le défaut est survenu (voir le par. 13). Il poursuit en exposant de façon détaillée les principes applicables et ce que doit faire l'auteur de la demande, en se référant aux observations suivantes formulées par le juge Lamont, dans *Klein c. Schile* (1921), 59 D.L.R. 102, [1921] S.J. No. 55 (QL) :

> [TRADUCTION]
> Les circonstances dans lesquelles une cour exercera son pouvoir discrétionnaire d'annuler un jugement régulièrement signé sont assez bien définies. La requête devrait être introduite dès que possible après que le défendeur a pris connaissance du jugement, mais un simple retard ne constitue pas un obstacle à la requête à moins qu'un préjudice irréparable soit causé au demandeur ou que le retard fût intentionnel. Voir *Tomlinson c. Kiddo* (1914),

> 20 D.L.R. 182, 7 S.L.R. 132; *Mills c. Harris* (1915), 21 D.L.R. 230, 8 S.L.R. 113. La requête devrait être appuyée d'un affidavit énonçant les circonstances dans lesquelles le défaut est survenu et faisant valoir une défense au fond. *Chitty's Forms*, 13e éd., p. 83.
>
> Il ne suffit pas de se contenter de déclarer que le défendeur a une défense valable au fond. L'affidavit doit indiquer la nature de la défense et exposer les faits qui permettront à la cour ou au juge de décider s'ils sont de nature à constituer une défense à l'action. *Stewart c. McMahon* (1908), 1 S.L.R. 209.
>
> Si la requête n'est pas introduite immédiatement après que le défendeur a su qu'un jugement a été signé à son encontre, les affidavits devraient également expliquer le retard à présenter la requête et, si le retard est considérable, la défense au fond doit être clairement établie. *Sandhoff c. Metzer* (1906), 4 W.L.R. 18. [par. 2 à 4]

Par conséquent, dans les cas où le défendeur constaté en défaut établissait une défense au fond, même les très longs retards dans la présentation d'une motion fondée sur la règle 15 de l'ordonnance 27 n'empêchaient pas l'annulation, à moins que : (1) le retard fût « intentionnel » ou (2) eût causé un préjudice irréparable au demandeur. Il s'ensuit que le défaut de présenter une demande de mesure réparatoire dès que possible après que le jugement eut été porté à la connaissance du défendeur n'empêchait pas l'annulation en vertu des anciennes règles de procédure. Comme nous le verrons, cela continue d'être le cas en vertu de la règle 21.

[18] La première fois que notre Cour a examiné les circonstances pertinentes dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire prévu par la règle 21.03 est dans l'affaire *Walker c. McNulty*. Dans cette affaire, le défendeur avait déposé un exposé de la défense, mais il avait, par inadvertance, omis de le faire signifier au demandeur. Cette omission avait ouvert la voie à la constatation du défaut par le greffier en vertu de la règle 21.01(1). Le défendeur, dont l'intention de présenter une défense ne faisait aucun doute, a présenté sans tarder une motion visant à faire annuler la constatation du défaut. La motion a été accueillie à la condition que le défendeur renonce à soulever la

prescription comme moyen de défense. La seule question à trancher en appel visait à déterminer si cette condition était appropriée et la réponse s'articulait autour de la question de savoir si la prescription pouvait constituer une défense « au fond » pour les besoins de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour prévu à la règle 21.03. Le juge d'appel Ayles, s'exprimant au nom de la majorité, a conclu que tel était le cas et il a modifié l'ordonnance de première instance en supprimant la condition contestée. Avant d'en arriver à cette conclusion, le juge Ayles s'est dit d'avis que l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à la règle 21.03 supposait l'existence d'une explication justifiant le retard et d'un motif valable pour exercer le pouvoir. Selon lui, le motif valable requis devait se dégager d'une intention de présenter une défense et de l'existence d'une défense au fond.

[19] Dans *First Farm Inc. c. Henderson Surveys Limited et al.*, le juge saisi de la motion a refusé d'annuler la constatation du défaut parce que la motion ne respectait pas ce qu'il considérait comme étant les critères établis par la pratique : (1) le défendeur doit présenter une motion en annulation de la constatation du défaut aussitôt qu'il en prend connaissance; (2) il doit établir, par une preuve fondée sur les faits, l'existence d'une défense valable au fond; (3) il doit fournir une explication plausible pour justifier le défaut; (4) il doit démontrer son intention de présenter une défense tout au cours de l'instance. En appel, la Cour a infirmé la décision en concluant que les conditions prévues pour l'annulation avaient été respectées. Le juge d'appel Ryan, s'exprimant au nom de la majorité, a affirmé que la procédure à suivre dans le cadre d'une motion en annulation de la constatation du défaut fondée sur la règle 21.03 avait été énoncée dans *Walker c. McNulty*. Plus important encore, du moins pour les besoins de la présente affaire, il a poursuivi en énumérant les [TRADUCTION] « éléments les plus importants » de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour, à savoir : (1) une défense au fond; (2) l'intention toujours présente de présenter une défense; (3) la présentation d'une motion en annulation « dans un délai raisonnable ». Mis à part le critère supplémentaire voulant que l'auteur de la motion démontre l'intention de présenter une défense, les opinions du juge Ayles dans *Walter c. McNulty* et du juge Ryan dans *First Farm Inc. c.*

Henderson Surveys Limited et al. se rapprochent facilement, sur le plan substantiel, de celles exprimées dans *Brunswick International (Canada) Ltd. c. Albert*.

[20] À mon avis, dans l'arrêt *First Farm Inc. c. Henderson Surveys Limited et al.*, la Cour a employé, par la voix de la majorité, le mot [TRADUCTION] « éléments » au lieu du mot « exigences » dans un but précis : la nécessité d'éviter un cadre rigide pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire prévu par la règle 21.03. Une autre conclusion s'impose : le dernier élément mentionné – la présentation d'une motion en annulation [TRADUCTION] « dans un délai raisonnable » – est incompatible avec la prétention de RBC selon laquelle la présentation d'une motion en annulation aussitôt que possible est une condition *sine qua non* pour obtenir une ordonnance d'annulation en vertu de la règle 21. Suivant les principes établis, un retard ne peut être jugé déraisonnable que s'il est « intentionnel » ou cause un préjudice irréparable au demandeur (voir *Brunswick International (Canada) Ltd. c. Albert*). Je n'examinerai pas, en l'espèce, la définition du mot « intentionnel » dans le présent contexte. Quoi qu'il en soit, et principalement pour les besoins de la présente discussion, la Cour, à la majorité, s'est abstenue d'attribuer le même poids aux trois éléments qu'elle a qualifiés comme étant les [TRADUCTION] « plus importants ».

[21] Dans *Morris c. Collette*, autre décision que notre Cour a rendue sur le fondement de la règle 21.03, le juge saisi de la motion avait annulé une constatation de défaut faite : (1) plus d'un an après que l'avis de poursuite accompagné de l'exposé de la demande eut été déposé et signifié; (2) après que trois ultimatums du demandeur sommant le défendeur de négocier un règlement ou de déposer un exposé de la défense eurent été laissés sans réponse. En accueillant l'appel, la Cour a confirmé que les principes qui guident l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à la règle 21.03 étaient exactement les mêmes que ceux de la règle 15 de l'ordonnance 27, lesquels sont énoncés dans la décision *Brunswick International (Canada) Ltd. c. Albert*.

[22] Au bout du compte, dans *Morris c. Collette*, la Cour a rétabli la constatation du défaut parce que le juge saisi de la motion n'avait pas tenu compte de

deux des [TRADUCTION] « directives » établies dans *Brunswick International (Canada) Ltd. c. Albert* : (1) [TRADUCTION] « la demande doit être faite aussitôt que possible après que le défendeur a pris connaissance du jugement »; (2) [TRADUCTION] « la preuve par affidavit à l'appui de la demande doit établir, par preuve factuelle, l'existence d'une défense valable au fond » (par. 4). La Cour a affirmé que, même si elles n'ont pas force de loi, ces [TRADUCTION] « directives » néanmoins [TRADUCTION] « commanderaient, dans des cas de cette nature, l'exercice du pouvoir discrétionnaire » prévu à la règle 21 (par. 7). La Cour n'a pas statué que le défaut de respecter la première [TRADUCTION] « directive » était suffisant pour écarter toute mesure réparatoire, mais elle était clairement d'avis que le retard du défendeur était considérable. Les brefs motifs du jugement fournissent deux explications : (1) l'omission de déposer et de faire signifier un exposé de la défense était intentionnelle, le demandeur ayant demandé en vain à trois reprises que le défendeur conclue un règlement à l'amiable ou dépose un exposé de la défense; (2) plus important encore, le retard dans la présentation de la motion en annulation de la constatation du défaut était à la fois long et préjudiciable pour le demandeur. Quoi qu'il en soit, le fait de ne pas avoir suivi la seconde [TRADUCTION] « directive » – établir une défense au fond – était en soi incontestablement fatal, compte tenu des principes établis dans *Brunswick International (Canada) Ltd. c. Albert*. En d'autres termes, même si le défendeur avait respecté la première [TRADUCTION] « directive », la motion qu'il a présentée en vertu de la règle 21.03 ne pouvait être accueillie en raison du défaut d'établir une défense au fond pour le procès.

[23] Cela dit, et plus important encore, dans *Morris c. Collette*, la Cour n'a pas tranché l'appel sans se pencher sur l'équité des deux scénarios possibles. Tout en étant convaincue que le défendeur ne subirait aucune injustice si la constatation du défaut était confirmée, la Cour a conclu qu'il en irait autrement dans le cas du demandeur si l'ordonnance d'annulation était confirmée. À cet égard, la Cour a souligné que le demandeur avait [TRADUCTION] « été amené à penser depuis l'accident et assurément depuis le début des négociations visant la conclusion d'un règlement amiable que la question de la responsabilité serait exclue du litige », une situation qui signifiait [TRADUCTION] « [qu'il] ne serait plus, alors, dans une position aussi favorable pour

recueillir une preuve concernant la responsabilité qu'il l'eût été s'il avait été avisé de ce fait » (par. 8).

[24] Dans *Sappier c. Tobique Indian Band*, la juge d'appel Larlee, s'exprimant au nom d'une formation unanime, analyse les motifs énoncés par le juge d'appel Ryan dans *First Farm Inc. c. Henderson Surveys Limited et al.* pour y repérer des éléments susceptibles d'aider à définir l'exercice raisonné du pouvoir discrétionnaire prévue à la règle 21.03. Même si elle ajoute effectivement qu'une motion en annulation devrait être présentée aussitôt que le défendeur prend connaissance de la constatation du défaut, il est évident qu'elle n'avait pas l'intention d'imposer une condition qui irait à l'encontre de la jurisprudence antérieure de la Cour. Cela dit, une mise en garde s'impose : les défendeurs constatés en défaut qui cherchent à obtenir une mesure réparatoire en vertu de la règle 21 auraient tout intérêt à suivre le sage conseil de la juge Larlee. Présenter la motion sans tarder évitera les débats sur l'objectif intentionnel ou volontaire du retard et sur le préjudice qu'il crée.

[25] Les règles 21.03 et 21.08 doivent être interprétées conformément aux principes énoncés dans *MacKenzie c. Davis*, [2008] A.N.-B. n° 457 (QL), 2008 NBCA 85 :

> Il est maintenant bien établi que l'interprétation « ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi » et qu'il « faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (voir l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, [1998] A.C.S. n° 2 (QL), au par. 21). La règle 1.03(1) prescrit qu'à moins que le contexte n'indique une intention contraire, la *Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13, s'applique aux *Règles de procédure*. L'article 17 de la *Loi d'interprétation* est ainsi rédigé :
>
> > 17 Toute loi, tout règlement et toute disposition de ceux-ci sont réputés réparateurs et doivent faire l'objet de l'interprétation large, juste et libérale, la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

> Ce qui est sans doute plus important encore, les mots « se fonde » doivent être interprétés conformément aux préceptes énoncés à la règle 1.03(2). Ils doivent donc « recevoir une interprétation libérale afin d'assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive. [par. 33]

Le principe général énoncé à la règle 1.03(2) invite à faire une interprétation des règles 21.03 et 21.08 qui confère un vaste pouvoir discrétionnaire judiciaire, un pouvoir qui doit être exercé afin d'assurer une solution équitable de l'instance sur le fond.

[26] À mon avis, le critère qui sous-tend l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire prévu aux règles 21.03 et 21.08 comporte quatre éléments qui, à l'exclusion du premier, entrent en jeu sans avoir pour autant un effet déterminant présumé : (1) une défense à l'action qui est à première vue valide; (2) l'intention de présenter une défense tout au cours de l'instance; (3) une explication raisonnable au défaut de déposer et de faire signifier l'exposé de la défense avant la constatation du défaut; (4) la demande de mesure réparatoire dans un délai raisonnable.

[27] Bien entendu, le dossier le plus solide pour obtenir l'annulation est un dossier dans lequel chacun des éléments de ce critère est présent. D'un autre côté, la demande d'annulation la plus facile à faire rejeter pour le demandeur est celle où la défense envisagée est invalide en droit, ou encore, celle où la preuve ne fournit pas le soutien factuel nécessaire à une défense valide en droit. En l'absence d'une autorisation de produire de nouveaux éléments de preuve, la motion en annulation dans le second cas n'aura guère plus de succès que dans le premier cas. Il va sans dire que les causes les plus difficiles sont celles où est proposée une défense au fond établie de manière satisfaisante et où il y a, en même temps, non-conformité avec un ou plusieurs autres éléments. La présente affaire entre dans cette catégorie.

[28] À mon humble avis, le premier élément – une défense au fond qui est valide à première vue – est beaucoup plus important que tous les autres. Il est évident que la partie défenderesse n'a pas à convaincre la Cour du fait qu'elle obtiendra sans doute un

jugement sommaire si les ordonnances d'annulation demandées sont accordées. La question pertinente sur laquelle la Cour doit se pencher est la suivante : la preuve au dossier révèle-t-elle une défense au fond qui soit matière à procès? Pour trancher cette question, la Cour devrait exiger que l'auteur de la motion dépose un projet d'exposé de la défense et déterminer si la preuve par affidavit offre une base factuelle à un moyen de défense valide en droit qui y est soulevé. Lorsqu'il semble exister une défense au fond, mais que la preuve à l'appui manque ou est insuffisante, le juge saisi de la motion devrait songer à reporter l'audience pour donner au défendeur la possibilité de corriger la situation (voir *Central Trust Company c. Wheeler, Frizzell and Leger* (1983), 44 R.N.-B. (2e) 159 (C.A.), [1983] A.N.-B. no 77 (QL)). En pratique, cette solution est préférable, si ce n'est que pour réaliser des économies, à celle qui consiste à rejeter la motion et à autoriser le défendeur à présenter une nouvelle motion avec des éléments de preuve supplémentaires. Si, après s'être vu accorder une possibilité raisonnable de le faire, l'auteur de la motion ne réussit pas à établir une défense à l'aide d'une preuve admissible, la motion devrait être rejetée. Toutefois, lorsqu'une défense au fond est plaidée et établie et que le demandeur ne fait pas la démonstration d'un préjudice irréparable attribuable au défaut ou au retard, les autres éléments ne devraient que très exceptionnellement entraîner le rejet de la motion. À moins que le droit ne les contraigne à agir autrement, les juges ne devraient pas sacrifier la justice à l'autel de la rigueur procédurale. Ce principe fondamental plaide fortement contre le fait que des manquements sans conséquence à la procédure ou d'autres manquements de même nature pourraient faire en sorte que l'accès à la justice soit refusé à un défendeur disposé à présenter une défense valide au fond. Après tout, il n'existe que très peu de cas où le non-respect des *Règles de procédure* par un défendeur constaté en défaut ne peut être réglé de manière satisfaisante par une ordonnance appropriée d'adjudication des dépens.

[29] Le deuxième élément – intention de présenter une défense tout au cours de l'instance – doit être pris en compte principalement parce qu'il s'agit d'un élément important de la plupart des décisions portant sur des motions en annulation. Pourtant, les cas où il a véritablement joué un rôle déterminant dans le refus d'accorder cette mesure réparatoire sont très rares. Il en est probablement ainsi parce que le défendeur ayant une

défense valide au fond abandonne rarement. Néanmoins, cet élément pourrait être pris en compte dans des cas assez rares où le défendeur n'avait pas l'intention de présenter une défense avant la constatation du défaut. Je constate que, vraisemblablement dans des circonstances inusitées, la Cour d'appel de l'Ontario, dans *Nobosoft Corp. c. No Borders Inc. et al.* (2007), 225 O.A.C. 36, [2007] O.J. No. 2378 (QL), 2007 ONCA 444, a annulé une constatation en défaut malgré le fait que la partie défenderesse n'avait pas, au départ, l'intention de présenter une défense. Je suppose que cet élément pourrait également entrer en jeu si l'intérêt du défendeur d'obtenir un résultat sur le fond est équivoque ou douteux. Le tribunal pourrait être tenté d'extrapoler dans le futur ce manque apparent de résolution et se demander si une ordonnance d'annulation pourrait simplement servir à retarder un jugement inévitable en faveur du demandeur. Toutefois, le tribunal devrait s'abstenir de céder à cette tentation, si ce n'est dans les cas les plus évidents. En règle générale, lorsqu'une défense valide au fond est établie et qu'aucun préjudice irréparable n'a été démontré à l'endroit du demandeur, le défaut d'établir l'intention de présenter une défense tout au cours de l'instance ne devrait pas empêcher le défendeur d'obtenir une décision du tribunal, même si son intention de présenter une défense a peut-être parfois perdu de son ardeur ou momentanément été soumise à des obstacles impossibles à surmonter avec les moyens perçus. Ces obstacles peuvent notamment être les suivants : manque perçu de ressources appropriées; conception erronée de l'appareil judiciaire; méconnaissance de la procédure applicable; compréhension imparfaite des droits pertinents reconnus par la loi.

[30] De même, les troisième et quatrième éléments – une explication raisonnable au défaut de déposer et de faire signifier l'exposé de la défense avant la constatation du défaut et la présentation de la demande de mesure réparatoire dans un délai raisonnable – exigent une attitude d'ouverture. Les défauts non intentionnels ou involontaires se produisent rarement sans qu'il y ait eu manque de diligence de la part du défendeur ou de son avocat. Qui plus est, les motions en annulation sont rarement déposées à la première occasion. En l'absence d'un préjudice causé au demandeur et qui soit à la fois irréparable et attribuable au défaut ou au retard, l'auteur de la motion en mesure de présenter une défense valide au fond devrait se voir accorder la possibilité de

présenter une défense à l'action, suivant des conditions que la cour estime « justes ». Ces conditions devraient comprendre une ordonnance enjoignant au défendeur de payer immédiatement tous les dépens connexes engagés inutilement. Dans un contexte approprié, elles pourraient également comprendre des modalités relatives au maintien des sûretés, y compris les conditions énoncées aux règles 21.08a) et b).

[31] Dans son affidavit, Mme Ruddock déclare qu'elle a [TRADUCTION] « toujours » soutenu que la dette sous-jacente au jugement par défaut n'était pas la sienne, mais bien celle de M. Horvath. Cette déclaration demeure non contredite. De plus, son comportement à la suite de la signification de l'acte introductif d'instance de RBC est compatible avec ce que l'on pourrait s'attendre d'un défendeur qui, tout en ayant l'intention de contester la demande, ne dispose pas de ressources financières suffisantes et n'est pas familier avec l'appareil judiciaire. Il est vrai, comme RBC le prétend, que l'intention de Mme Ruddock de présenter une défense ne s'est pas manifestée par des mesures concrètes visant à éviter la constatation du défaut, mais son affidavit fournit une explication satisfaisante pour cette situation. Si je fais une interprétation large, bien entendu, du dossier, je conclus que Mme Ruddock avait, à tous les moments pertinents, l'intention continue de présenter une défense et qu'elle a fourni une certaine justification quant à son défaut de déposer et de faire signifier un exposé de la défense dans un délai opportun. J'arrive à cette conclusion principalement en m'appuyant sur la conclusion du juge saisi de la motion : Mme Ruddock [TRADUCTION] « a eu une certaine difficulté à obtenir des conseils et de l'aide juridiques » et elle s'est trouvée [TRADUCTION] « dans une situation inconfortable où elle ne comprend ou ne croit pas vraiment ce qui est arrivé à un compte qui lui appartient ».

[32] Cela dit, l'explication offerte pour justifier le manque d'empressement pour présenter la demande de mesure réparatoire prévue aux règles 21.03 et 21.08 n'est pas suffisante et, comme l'a souligné à bon droit le juge saisi de la motion, le retard en question est long. Toutefois, à mon avis, le retard n'est pas déraisonnable dans les circonstances, compte tenu du fait que la preuve ne révèle l'existence d'aucun préjudice irréparable subi par RBC en raison de ce retard.

IV. Conclusion et dispositif

[33] L'intervention de la cour, prévue aux règles 21.03 et 21.08, est un pouvoir discrétionnaire. La règle 21.03 prévoit que la cour « peut » annuler la constatation d'un défaut « aux conditions qu'elle estime justes » et la règle 21.08 prévoit la même chose à l'égard du jugement par défaut qui fera suite à la constatation du défaut. Le critère applicable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu par ces règles comporte quatre éléments qui, à l'exclusion du premier, entrent en jeu sans effet déterminant présumé : (1) une défense à l'action qui est valide à première vue; (2) l'intention de présenter une défense tout au cours de l'instance; (3) une explication raisonnable au défaut de déposer et de faire signifier l'exposé de la défense avant la constatation du défaut; (4) la présentation de la demande de mesure réparatoire dans un délai raisonnable. Dans une affaire ordinaire, la motion en annulation devrait être accueillie, aux conditions que la cour estime justes (concernant les dépens et la protection des intérêts légitimes du demandeur), lorsque la preuve révèle l'existence d'une défense à l'action qui est valide à première vue et lorsque le demandeur ne fait pas la preuve d'un préjudice irréparable attribuable au défaut ou au retard du défendeur.

[34] RBC reconnaît à juste titre que Mme Ruddock a établi par preuve « factuelle » l'existence d'une défense recevable à l'action intentée contre elle. De plus, son projet d'exposé de la défense articule clairement cette défense. Compte tenu des éléments au dossier, je suis convaincu que, si l'essentiel de la preuve par affidavit de Mme Ruddock est reçu au procès, il s'ensuivra probablement que l'action intentée contre elle sera rejetée. De plus, RBC n'a pas produit le moindre élément de preuve révélant l'existence d'un préjudice attribuable au défaut ou au retard. Finalement, la principale condition accessoire imposée par le juge saisi de la motion protège la réclamation de RBC à l'endroit de Mme Ruddock. Cette sûreté aurait été hors de sa portée immédiate si Mme Ruddock avait déposé un exposé de la défense en temps utile. À mon avis, ces circonstances, évaluées de manière cumulative, soutiennent amplement les ordonnances d'annulation rendues par le juge saisi de la motion et contestées en l'espèce.

[35] Le juge saisi de la motion a exercé son pouvoir discrétionnaire en harmonie avec l'application raisonnée du critère exposé dans les présents motifs. C'est cette conclusion qui, en fin de compte, a incité la Cour à rejeter l'appel immédiatement après avoir entendu l'avocat de RBC, et à ordonner que des dépens de 5 000 $ et les débours admissibles soient versés à Mme Ruddock. Par conséquent, la décision de première instance est confirmée. Aucuns dépens ne sont adjugés en faveur ou à l'encontre de l'autre intimé.