COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

115-17-CA

PHILLIP HOLLAND

APPELLANT

- and -

THE TORONTO-DOMINION BANK

RESPONDENT

Holland v. The Toronto-Dominion Bank, 2018 NBCA 40

CORAM:
The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
September 22, 2017

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
May 9, 2018

Judgment rendered:
July 12, 2018

Reasons delivered:
August 30, 2018

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Drapeau

PHILLIP HOLLAND

APPELANT

- et -

LA BANQUE TORONTO-DOMINION

INTIMÉE

Holland c. La Banque Toronto-Dominion, 2018 NBCA 40

CORAM :
l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 22 septembre 2017

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 9 mai 2018

Jugement rendu :
le 12 juillet 2018

Motifs déposés :
le 30 août 2018

Motifs de jugement :
l'honorable juge Drapeau

Concurred in by:
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
George A. McAllister, Q.C.

Pour l'appelant :
George A. McAllister, c.r.

For the respondent:
Richard J. Scott, Q.C.

Pour l'intimée :
Richard J. Scott, c.r.

THE COURT

The trial judge did not commit reversible error in quantifying the deficiency arising from the respondent mortgagee's exercise of its statutory power of sale. Accordingly, the appeal is dismissed with costs.

LA COUR

La juge du procès n'a pas commis d'erreur justifiant d'infirmer sa décision lorsqu'elle a déterminé le montant du déficit subi par la créancière hypothécaire intimée par suite de l'exercice de son pouvoir de vente d'origine législative. Par conséquent, l'appel est rejeté avec dépens.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, J.A.

I. Introduction and Overview

[1] This is an appeal from a decision allowing the respondent mortgagee's action for damages commensurate with the deficiency owing after the exercise of its statutory power of sale. The appellant mortgagor did not file and serve a Statement of Defence and, at the behest of the respondent, the clerk noted the default under Rule 21 of the *Rules of Court*. As a result, all allegations of fact in the Statement of Claim were deemed admitted pursuant to Rule 21.02(1)(a), and those admissions established the respondent's legal entitlement to recover compensation for the appellant's breach of his covenant to pay under the mortgage.

[2] Nonetheless, the appellant filed a pre-hearing brief and appeared at trial through counsel, but only to make submissions regarding the computation of the deficiency. Those submissions focused on the credit owed for the value of the mortgaged residential property as of the date of the mortgage sale. In this regard, it bears noting that, when prodded by the trial judge to indicate whether notice to the appellant *qua* mortgagor was an issue, counsel for the respondent took the position it was not, and counsel for the appellant did not object.

[3] After hearing counsel on the issue requiring adjudication, the quantum of the deficiency, and considering the documentary evidence, the trial judge found the price the respondent paid at the advertised public auction ($56,000) fell within the range of market values as of that date, and she gave credit to the appellant for that sum in computing the deficiency. In proceeding as she did, the judge rejected the appellant's contention that he should be credited with the face value of the mortgage ($100,000).

II. Grounds of Appeal

[4] It is alleged in the Supplementary Notice of Appeal that the trial judge committed reversible error in granting judgment where the respondent: (1) failed to prove the appellant received "the Demand Letter, Notice of Default and Notice of Mortgage Sale"; and (2) failed to explain the "decline" in the value of the property in the aftermath of the mortgage sale. There is no cross-appeal.

III. Analysis and Decision

A. *The first ground of appeal: failure to prove the appellant received "the Demand Letter, Notice of Default and Notice of Mortgage Sale"*

[5] This ground of appeal fails for two reasons. First, the underlying issues were not in play at trial because the appellant: (a) did not seek, let alone obtain, an order setting aside the clerk's noting of default; (b) stipulated in his pre-hearing brief the issue requiring adjudication was the quantum of the deficiency; and (c) effectively confirmed notice was not a live issue. Second, and in any event, the Court of Queen's Bench decision to which this ground is umbilically tied, *Royal Bank of Canada v. Arsenault*, 2017 NBQB 55, [2017] N.B.J. No. 194 (QL), has been reversed (see *Royal Bank of Canada v. Sears et al*., 2018 NBCA 39).

B. *The second ground of appeal: failure to explain the "decline" in the value of the mortgaged property*

[6] There is equally no merit to this ground of appeal, having regard to the evidential record and the deferential standard of appellate review applicable to findings of fact.

[7] Although it received, shortly before the auction on August 27, 2015, a "drive-by" appraisal estimating the range of market values for the property at between

$75,000 and $95,000, the respondent could reasonably decline to let this estimate dictate its course of action in exercising the power of sale. After all, the appraiser himself underscored "the property was only inspected from the street" and a full inspection might have "a negative impact on the value range reported". As it turns out, several factors combined to demonstrate the "drive-by" estimate overstated the market value of the property. Indeed, it was noted in a subsequent report by a professional appraiser that the residence's basement was unfinished, several windows were missing at that level, the rear step was rotten and unsafe, the flooring in the mudroom and laundry room was either missing or incomplete, one bathroom required total refinishing and the roof needed to be completely replaced.

[8] The trial judge could likewise decline to endorse the market value estimates ventured by the last-mentioned appraiser (from $125,000 in November 2015 to $70,000 six months later). The dramatic plunge in reported values over a relatively short timeframe sufficed, by itself, to impugn the reliability of those estimates.

[9] Admittedly, the trial judge could have equated the resale price of the property ($65,000) with its market value as of the date of the mortgage sale, and another judge might well have done so. However, that equation was not required, as a matter of law: *Keough v. Sandfire Capital Limited Partnership*, 2016 NBCA 50, 452 N.B.R. (2d) 233, at para. 93. Correlatively, it bears pointing out the respondent was only able to secure that price for the property a full year after its acquisition, and after market exposure for eight months, additional outlays, several reductions in the listing price and only two offers, both for less than $65,000.

[10] All things considered, I conclude the trial judge could reasonably find, as she did, the respondent's bid fell within the range of market values as of the date of the mortgage sale. After all, the $56,000 bid was the highest at an apparently competitive public auction and, in December 2015, an experienced real estate agent prepared a comparative market analysis of the property, which prompted him to suggest a listing price of as low as $58,000 would be reasonable and to opine the property might well sell for as little as $50,000. There is therefore a rational connection between the evidential

record and the finding that the respondent's successful bid fell within the range of market values as of the date of the mortgage sale.

[11] Once a trial judge determines market value, a matter of opinion becomes a fact. Thus, the finding that the price paid by the respondent fell within the ballpark of market values as of the date of the mortgage sale is a finding of fact and, as such, it must stand in the absence of palpable and overriding error in the assessment of the evidence (see *The Toronto-Dominion Bank v. Ladanchuk*, 2018 NBCA 1, [2018] N.B.J. No. 1 (QL)). With respect, there is no such error and, as we have pointed out on numerous occasions, our mandate does not include re-trying cases.

[12] A parting point. In its Statement of Claim, the respondent alleged "the price paid for the Property at the Mortgage Sale reasonably reflected the actual market value of the Property at the time". In my view, this allegation is a statement of opinion, and not an allegation "of fact" within the meaning of Rule 21.02(1)(a). I have reached that interpretative conclusion for the following reasons.

[13] A deficiency claim is a claim for an unliquidated amount, for which a trial is required under Rule 21.05: *Royal Bank of Canada v. Sears et al.*, 2018 NBCA 39, at paras. 30-31. If the allegation in question were treated as an allegation "of fact" within the meaning of Rule 21.02(1)(a), a judicial determination of the deficiency would involve no more than a simple mathematical calculation. As a result, a deficiency claim would, for all intents and purposes, morph into a claim for a liquidated amount, and the trial required under Rule 21.05 would become a pointless exercise, thereby emasculating judicial oversight under the Rule (see *Royal Bank of Canada v. Sears et al.*, at paras. 31-36). The interpretation of Rule 21.02(1)(a) required to produce this result must be rejected on the basis of its incompatibility with the object of Rule 21.05 (see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, [1998] S.C.J. No. 2 (Q.L.), at para. 27).

IV. Conclusion and Disposition

[14] In my respectful view, the appellant has not made the case for intervention by this Court. Accordingly, I would dismiss the appeal, with costs of $1,500.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE DRAPEAU

I. Introduction et aperçu

[1] Il est interjeté appel d'une décision faisant droit à l'action intentée par la créancière hypothécaire intimée en vue d'obtenir des dommages-intérêts correspondant au déficit par lequel s'est soldé l'exercice de son pouvoir de vente d'origine législative. Le débiteur hypothécaire appelant n'a pas déposé et signifié d'exposé de la défense; à la demande de l'intimée, le greffier a constaté le défaut en application de la règle 21 des *Règles de procédure*. Toutes les allégations de fait de l'exposé de la demande étaient donc réputées admises, suivant la règle 21.02(1)a), et les faits admis conduisaient, de droit, au dédommagement de l'intimée pour le manquement de l'appelant à l'engagement de payer pris par contrat hypothécaire.

[2] L'appelant a néanmoins déposé un mémoire préparatoire et a comparu au procès par l'entremise d'un avocat, mais à seule fin de présenter des observations sur le calcul du déficit. Ces observations ont porté avant tout sur le montant dont il devait être crédité pour la valeur qu'avait le bien résidentiel à la date de la vente hypothécaire. Sur ce point, il est à noter que l'avocat de l'intimée, lorsque la juge du procès l'a pressé d'indiquer si la signification d'un avis à l'appelant, en qualité de débiteur hypothécaire, était contestée, a soutenu que non et que l'avocat de l'appelant n'a pas élevé de contestation.

[3] Après avoir entendu les avocats sur la question à trancher, celle du montant du déficit, et avoir étudié la preuve documentaire, la juge du procès a conclu que le prix payé par l'intimée lors de la vente aux enchères publiques annoncée (56 000 $) se situait dans la fourchette des valeurs du marché à la date de la vente et elle a crédité l'appelant de ce montant dans le calcul du déficit. Elle rejetait ainsi l'argument de

l'appelant, qui avançait qu'il fallait porter à son crédit la valeur nominale du prêt hypothécaire (100 000 $).

II. Moyens d'appel

[4] Il est avancé, dans l'avis d'appel additionnel, qu'une infirmation s'impose en raison des erreurs commises par la juge du procès du fait qu'elle a rendu jugement alors que l'intimée : (1) n'avait pas prouvé que l'appelant avait reçu [TRADUCTION] « la mise en demeure, l'avis de défaut et l'avis de vente hypothécaire », et (2) n'avait pas expliqué la [TRADUCTION] « baisse » de valeur connue par le bien à la suite de la vente hypothécaire. Il n'est pas interjeté d'appel reconventionnel.

III. Analyse et décision

A. *Premier moyen d'appel : l'intimée n'a pas prouvé que l'appelant avait reçu [TRADUCTION] « la mise en demeure, l'avis de défaut et l'avis de vente hypothécaire »*

[5] Ce premier moyen échoue pour deux raisons. Premièrement, les questions qu'il évoque n'entraient pas en jeu au procès, parce que M. Holland : a) n'avait pas demandé, forcément n'avait pas obtenu, d'ordonnance d'annulation de la constatation du défaut par le greffier; b) avait expressément indiqué, dans son mémoire préparatoire, que la question à trancher était celle du montant du déficit; c) a confirmé, de fait, que la question de l'avis ne se posait pas. Deuxièmement, et de toute façon, la décision de la Cour du Banc de la Reine à laquelle ce moyen est indissociablement lié, *Banque Royale du Canada c. Amos Arsenault*, 2017 NBBR 55, [2017] A.N.-.B. n° 194 (QL), a été infirmée (*Banque Royale du Canada c. Sears et autres*, 2018 NBCA 39).

B. *Second moyen d'appel : l'intimée n'a pas [TRADUCTION] « expliqué la baisse de valeur » du bien hypothéqué*

[6] Ce moyen d'appel se révèle sans fondement lui aussi, vu le dossier de preuve et la norme de contrôle empreinte de déférence qu'un tribunal d'appel est tenu d'appliquer aux conclusions de fait.

[7] Peu avant la vente aux enchères, le 27 août 2015, l'intimée a reçu une évaluation du bien [TRADUCTION] « sur seule vue extérieure » donnant 75 000 $ et 95 000 $ pour fourchette des valeurs du marché, mais elle pouvait raisonnablement refuser que cette estimation dicte la conduite qu'elle adopterait dans l'exercice du pouvoir de vente. Après tout, l'évaluateur lui-même avait souligné ce qui suit : [TRADUCTION] « [L]e bien n'a été examiné que depuis la rue [et une inspection complète pourrait avoir] des répercussions nuisibles sur la fourchette de valeurs indiquée ». Or, plusieurs facteurs combinés ont établi que l'évaluation sur seule vue extérieure avait exagéré la valeur du marché du bien. Le rapport ultérieur d'un évaluateur professionnel est d'ailleurs venu constater que le sous-sol n'était pas aménagé, que plusieurs fenêtres manquaient à cet étage, que le seuil arrière, pourri, était peu sûr, que les revêtements de sol du vestiaire d'entrée et de la buanderie, soit manquaient, soit demeuraient inachevés, qu'une salle de bains nécessitait une remise en état complète et que le toit devait être remplacé en entier.

[8] La juge du procès pouvait refuser, de même, d'admettre les valeurs du marché avancées par cet autre évaluateur (125 000 $ en novembre 2015 et, six mois plus tard, 70 000 $). L'effondrement spectaculaire et relativement rapide de la valeur estimative du bien suffisait, en soi, à mettre en doute la fiabilité de ces estimations.

[9] La juge du procès aurait pu, il est vrai, assimiler le prix de revente du bien (65 000 $) à la valeur du marché à la date de la vente hypothécaire, et peut-être un autre juge l'aurait-il fait. Le droit n'exigeait toutefois pas cette assimilation (*Keough c. Sandfire Capital Limited Partnership*, 2016 NBCA 50, 452 R.N.-B.(2e) 233, par. 93). Je ferai observer par ailleurs que l'intimée n'a pu obtenir ce prix de revente qu'une année entière après avoir fait l'acquisition du bien, à la suite d'une exposition au marché de huit

mois, de nouvelles dépenses, de plusieurs réductions du prix d'inscription et de la réception de seulement deux offres, chacune de moins de 65 000 $.

[10] En dernière analyse, il m'apparaît que la juge du procès pouvait raisonnablement conclure, ce qu'elle a fait, que le prix offert aux enchères par l'intimée se situait dans la fourchette des valeurs du marché à la date de la vente hypothécaire. Après tout, l'enchère de 56 000 $ s'est révélée la plus forte d'une vente publique où des offres concurrentes ont apparemment été présentées et, en décembre 2015, un agent immobilier expérimenté a réalisé une analyse de marché comparative qui l'a amené à avancer qu'un prix d'inscription prudent, peut-être de 58 000 $, serait raisonnable et que le bien pourrait se vendre à peine 50 000 $. Il existe donc un lien rationnel entre le dossier de preuve et la conclusion que le prix d'adjudication du bien à l'intimée se situait dans la fourchette des valeurs du marché à la date de la vente hypothécaire.

[11] Une fois que le juge d'un procès a statué sur la valeur du marché d'un bien, ce qui était affaire d'opinion devient un fait. Ainsi, la conclusion que le prix payé par l'intimée était dans les valeurs du marché à la date de la vente hypothécaire est une conclusion de fait qui, à ce titre, doit être maintenue en l'absence d'une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve (*La Banque Toronto-Dominion c. Ladanchuk,* 2018 NBCA 1, [2018] A.N.-B. n° 1 (QL)). Je ferai respectueusement observer qu'aucune erreur de cet ordre n'a été commise; comme notre Cour l'a rappelé à maintes reprises, il ne fait pas partie de son mandat de réentendre une affaire.

[12] Une dernière observation me paraît justifiée. Dans son exposé de la demande, l'intimée a allégué que [TRADUCTION] « le prix payé lors de la vente hypothécaire correspondait essentiellement à la valeur du marché réelle du bien à ce moment-là ». Cette allégation me paraît être une expression d'opinion, et non une allégation « de fait » au sens de la règle 21.02(1)a). J'arrive à cette conclusion interprétative pour les motifs suivants.

[13] Une demande en recouvrement de déficit constitue une demande de somme non liquidée, laquelle demande doit être instruite en application de la règle 21.05

(*Banque Royale du Canada c. Sears et autres*, 2018 NBCA 39, par. 30 et 31). Si l'allégation en question était tenue pour une allégation « de fait », au sens de la règle 21.02(1)a), la détermination judiciaire du déficit se résumerait à un simple calcul mathématique. En conséquence, une demande en recouvrement de déficit se muerait, pratiquement, en demande d'une somme déterminée et le procès que requiert la règle 21.05 deviendrait vain : le contrôle judiciaire prescrit par la règle se trouverait anéanti (*Banque Royale du Canada c. Sears et autres*, par. 31 à 36). L'interprétation qu'il faudrait donner de la règle 21.02(1)a) pour arriver à ce résultat doit être écartée en raison de son incompatibilité avec l'objet de la règle 21.05 (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, [1998] A.C.S. n° 2 (QL), par. 27).

Conclusion et dispositif

[14] À mon respectueux avis, l'appelant n'a pas démontré qu'il convient que notre Cour intervienne. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel et de condamner l'appelant à des dépens de 1 500 $.