COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

42-17-CA, 43-17-CA, 44-17-CA

ROYAL BANK OF CANADA

APPELLANT

- and -

DONALD LEROY SEARS, JILL ROBIN SEARS, AMOS ARSENAULT, JANE ANN MacMILLAN

RESPONDENTS

Royal Bank of Canada v. Sears et al., 2018 NBCA 39

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

Appeal from three decisions of the Court of Queen's Bench:
March 31, 2017

History of Case:

Decisions under appeal:
SJC-110-2015 (2017 NBQB 55)
SJC-94-2016
SJC-97-2016

Preliminary or incidental proceedings:
[2017] N.B.J. No. 256
[2017] N.B.J. No. 258
[2017] N.B.J. No. 321

Appeal heard:
May 9, 2018

Judgment rendered:
July 5, 2018

BANQUE ROYALE DU CANADA

APPELANTE

- et -

DONALD LEROY SEARS, JILL ROBIN SEARS, AMOS ARSENAULT, JANE ANN MacMILLAN

INTIMÉS

Banque Royale du Canada c. Sears et autres, 2018 NBCA 39

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

Appel de trois décisions de la Cour du Banc de la Reine :
le 31 mars 2017

Historique de la cause :

Décisions frappées d'appel :
SJC-110-2015 (2017 NBBR 55)
SJC-94-2016
SJC-97-2016

Procédures préliminaires ou accessoires :
[2017] A.N.-B n° 256
[2017] A.N.-B n° 258
[2017] A.N.-B n° 321

Appel entendu :
le 9 mai 2018

Jugement rendu :
le 5 juillet 2018

Reasons delivered:
August 30, 2018

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Drapeau

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Joshua J. Santimaw and
Geoffrey J. Franklin

None of the respondents appeared in person or by counsel

THE COURT

The trial judge committed reversible error of law in finding *Ronald Elwyn Lister Ltd. v. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 726, [1982] S.C.J. No. 38 (QL), and its progeny obligate mortgagees to provide notice to mortgagors of their intention to initiate the *Property Act*'s security enforcement process and to afford mortgagors a reasonable time to pay after this notice. Notice of mortgage sale in accordance with the *Act* suffices. In any event, the trial judge also erred: (a) in determining the respondent mortgagors were neither notified of RBC's intention to initiate the statutory power of sale process nor provided a reasonable opportunity to bring the mortgage payments up to date; and (b) in concluding RBC failed to prove its deficiency claims.

On July 5, 2018, the Court reversed, with fulsome reasons to follow. Those reasons are set out in the accompanying text.

Motifs déposés :
le 30 août 2018

Motifs de jugement :
l'honorable juge Drapeau

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

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Joshua J. Santimaw et
Geoffrey J. Franklin

Aucun des intimés n'a comparu en personne ni ne s'est fait représenter par un avocat.

LA COUR

Le juge du procès a commis une erreur de droit justifiant l'infirmation de sa décision en concluant que l'arrêt *R.E. Lister Limited c. Dunlop Canada*, [1982] 1 R.C.S. 726, [1982] A.C.S. n° 38 (QL), et la jurisprudence qui en découle obligent les créanciers hypothécaires à donner avis aux débiteurs hypothécaires de leur intention d'amorcer le processus d'exécution des garanties prévu par la *Loi sur les biens* et à accorder aux débiteurs hypothécaires un délai raisonnable pour payer après cet avis. Un avis de vente hypothécaire donné conformément à la *Loi* suffit. De toute façon, le juge du procès a également fait erreur : a) en déterminant que les débiteurs hypothécaires intimés n'ont pas été avisés de l'intention de la RBC de mettre en branle le processus d'exercice du pouvoir de vente prévu par la loi et ont également été privés d'une possibilité raisonnable de mettre à jour leurs paiements hypothécaires, et b) en concluant que la RBC n'avait pas réussi à prouver sa demande de recouvrement du déficit.

Le 5 juillet 2018, la Cour a infirmé cette décision en indiquant que des motifs détaillés suivraient. Ces motifs sont exposés dans le texte qui suit.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, J.A.

I. Introduction and Overview

[1] Where default has occurred under a mortgage and realization on the security is pursued, the *Property Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-19 ("*Act*"), confers upon the mortgagee a highly beneficial bundle of powers, rights, limits on liability and immunities, one that appears to be unmatched elsewhere in Canada. Indeed, under our statutory regime, the mortgagee has the power to buy in at the auction, not only "for its own benefit" but also "to its own use", as well as the power to resell the property, without being answerable for any incidental loss. That general immunity from liability is subject to one qualification: the mortgagee may be liable in damages for "voluntary" losses arising from an unauthorized, improper or irregular exercise of the power of sale. Thus, where a conveyance is made in professed exercise of the statutory power of sale, the purchaser's title is not impeachable on the ground that "due notice" was not given, but any mortgagor "damnified" has a remedy in damages: s. 47(2). However, recovery in judicial proceedings is dependent upon both a claim for and proof of those damages by the mortgagor.

[2] It is equally settled that where the mortgaged property is sold in the exercise of the statutory power of sale, and the proceeds do not completely erase the secured debt, the mortgagee may sue on the mortgagor's covenant to pay and obtain judgment upon satisfactory proof of the difference between the amount owing under the mortgage and either the proceeds of sale or the value of the property as of the date of the mortgage sale. In this jurisdiction, recovery of the deficiency is not foreclosed by reason of the mortgagee's purchase of the property at the auction. That has been the law in this province for at least a half century, if not since the advent of the statutory power of sale in 1903 (see *La corporation d'administration et de placement limitée v. Castonguay, et al.* (1970), 3 N.B.R. (2d) 624, [1970] N.B.J. No. 158 (C.A.) (QL), per Hughes, J.A., later

C.J.N.B., at p. 624; *Central & Eastern Trust Company v. Rosebowl Holdings Ltd. and Heustis* (1981), 34 N.B.R.(2d) 308, [1981] N.B.J. No. 87 (C.A.) (QL); and *National Bank of Canada v. Desrosiers* (1996), 167 N.B.R. (2d) 241, [1996] N.B.J. No 9 (C.A.) (QL)). For a detailed consideration of these issues, among others, with reference to the pertinent provisions of the *Act*, see *Keough v. Sandfire Capital Limited Partnership*, 2016 NBCA 50, 452 N.B.R. (2d) 233, at paras. 54-80.

[3] In the case at hand, the respondents failed to make the payments required under the terms of their respective mortgages with the appellant, Royal Bank of Canada ("RBC"). As a result, RBC exercised its power of sale under the *Act* and, in each case, purchased the mortgaged property for a price inferior to the amount owing. In the follow-up actions in damages for breach of the covenant to pay under the three mortgages in question, RBC calculated the deficiency by giving credit for the price paid at the auction where it exceeded the estimated market value, and credit for the latter where the purchase price fell short.

[4] None of the mortgagors in the three lawsuits filed a Statement of Defence and, at RBC's behest, the clerk noted their default under Rule 21 of the *Rules of Court*. As a result, the allegations of fact in the Statements of Claim were deemed admitted. One of those allegations is that the mortgagors were notified by letter their failure to bring the mortgage payments up to date within ten days would leave RBC "with no option but to take all steps available to recover the money loaned [to them] pursuant to the mortgage." As will be seen, this allegation brings into play Demand Letters sent to the mortgagors before RBC initiated the statutory power of sale process by means of notice of mortgage sale.

[5] Since each deficiency claim was for unliquidated damages, RBC proceeded to trial, relying on the facts deemed admitted and affidavit evidence to make its case for judgment. None of the mortgagors moved to set aside the clerk's noting of their default and none appeared at trial, in person or by agent, despite being notified of its date.

[6] In separate decisions – one for each action – the trial judge found RBC's exercise of its power of sale was compliant with the express provisions of the *Act* and its deficiency computation met the standard set by *Keough v. Sandfire Capital*. Nevertheless, he dismissed the three actions on the following interrelated grounds.

[7] First, RBC failed to prove it provided the mortgagors with notice of its intention to initiate the security enforcement process and reasonable time to pay after this notice. In the trial judge's view, these prerequisites, which have been woven into the tapestry of Canadian debtor-creditor law by *Ronald Elwyn Lister Ltd. v. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 726, [1982] S.C.J. No. 38 (QL), and its progeny, apply to statutory mortgage sales in New Brunswick. This would be so despite the lack of any reference to such notice in the *Act* and its explicit prescription of a four weeks' notice of intention to enforce the security by means of a sale at public auction. Second, RBC failed to negate the possibility of loss to the mortgagors arising from its alleged failure to comply with the *Lister* doctrine. In the judge's view, damages for any such loss, whose existence he acknowledged was entirely speculative, could have been set off against RBC's deficiency claim, and RBC bore the burden of either negating the occurrence of that loss, or quantifying it. Its failure to discharge that burden meant RBC had not established a deficiency in any of the three actions.

[8] In RBC's submission, the trial judge committed reversible error of law in finding that, by virtue of the *Lister* doctrine, mortgagees are required to provide notice of their intention to initiate the *Act*'s security enforcement process and afford the mortgagors reasonable time to pay after this notice. RBC contends the Legislature has made express provision for a notice of mortgage sale, which accomplishes, for all intents and purposes, what the *Lister* doctrine seeks to achieve. RBC urges the Court to dispose of the appeal by settling this question of broad application and general importance. Nevertheless, it acknowledges there are case-specific reasons for overturning the impugned decisions. In that regard, RBC submits the trial judge erred: (a) in determining the respondents were neither notified of RBC's intention to initiate the statutory power of

sale process nor provided a reasonable opportunity to bring the mortgage payments up to date; and (b) in concluding RBC failed to prove its deficiency claims.

[9] In my respectful view, RBC's general and case-specific submissions are well founded, which is why, on July 5, 2018, I joined my colleagues in allowing the appeal, with reasons to follow.

II. Additional contextual details

[10] Three essentially identical mortgages, with different sets of mortgagors, are in play. In each instance, RBC loaned money on the security provided by a mortgage over residential property. The particulars of those mortgages and the chronology of events leading to RBC's exercise of its statutory power of sale are set out in the following table:

	Mortgage Date	Property Address	Mortgage Registration Date and Number	Default Date	Demand Letter Sent	Demand Expiry	Notice of Mortgage Sale Sent	Public Auction Date
Amos Jake Arsenault	Nov. 16, 2009	318 Route 740, Heathland PID 1260686	Nov. 26, 2009, Reg. No. 2808083	Dec. 6, 2013	Mar. 20, 2014	Mar. 31, 2014	May 29, 2014	Jul. 17, 2014
Jill Robin Sears and Donald Leroy Sears	May 19, 2005	38 Schoodic Street in St. Stephen, NB, PID 01297902	May 24, 2005, No. 20296316	Apr. 17, 2015	Jul. 30, 2015	Aug. 10, 2015	Oct. 1, 2015	Nov. 3, 2015
Jane Ann MacMillan	Jan. 25, 2011	62 Robar Court in Saint John, NB PID 323543	Feb. 9, 2011, Reg. No. 29781797	May 12, 2015	May 22, 2015	Jun. 1, 2015	Jun. 25, 2015	Jul. 23, 2015

[11] As can be seen, in each instance, RBC sent the mortgagors a Demand Letter for payment of arrears under their respective mortgages. The mortgagors were notified that: (1) reinstatement of the mortgage was subject to payment of the arrears and fees, as allowed under the mortgage; and (2) if that payment was not made within ten

days, RBC would immediately commence power of sale proceedings. The mortgagors were also advised that, should there be a deficiency after the sale of the property, RBC had the option of applying "for an Order which will result in your liability for such deficiency, if any". The arrears were not paid.

[12] RBC then sent, by regular and registered mail, and caused to be published notices of mortgage sale in accordance with the *Act*. Upon expiry of the statutory four weeks' notice period, RBC exercised its power of sale and purchased each property at the auction for less than the amount owing under the applicable mortgage. It subsequently commenced the three underlying deficiency actions by serving the mortgagors with the Notice of Action with Statement of Claim Attached that concerned them.

[13] The Statement of Claim in *Royal Bank of Canada v. Amos Arsenault*, includes the following allegations of fact:

> 5. The Plaintiff states that on or about December 6, 2013, the Defendants defaulted in payment under the terms of the Mortgage.
>
> 6. As a result of the Defendant's failure to make the monthly Mortgage payments, the Plaintiff notified the Defendants by letter dated March 20, 2014 that should the payments not be brought up to date by March 31, 2014, it would have no option but to take all steps available to recover the money loaned to the Defendants pursuant to the Mortgage.
>
> 7. The Plaintiff states that the Defendants failed to bring the payments up to date and, as a result, the Plaintiff exercised its right of power of sale under the Mortgage as well as under the *Property Act*, R.S.N.B. 1973, P-19.
>
> 8. The Plaintiff states that a Notice of Mortgage Sale was sent by registered and ordinary mail to the Defendants on June 9, 2014.
>
> 9. The Plaintiff states that the Notice of Mortgage Sale was published in the *Telegraph Journal* a

> newspaper published in St. Stephen, New Brunswick, on June 9, 16, 23 and 30, 2014.
>
> 10. The Plaintiff states that the Notice of Mortgage Sale was posted at the St. Stephen Town Hall, St. Stephen Registry Office and Sobeys, 212 Kings St. St Stephen on June 9, 2014.
>
> […]
>
> 12. The sale was conducted by public auction on July 17, 2014. The Property was purchased at the public auction by the Plaintiff for $105,000.00.

[14] RBC used that template (with case-specific particulars) in the Statements of Claim it filed and served in *Royal Bank of Canada v. Sears* and *Royal Bank of Canada v. MacMillan*.

[15] As mentioned, none of the mortgagors filed a Statement of Defence, and their default was formally noted by the clerk. RBC then took the required steps to have the three actions tried, serving each mortgagor with a letter setting out the date, time and location of the trial, a copy of the Trial Record, and all materials filed by RBC in support of its claim against that mortgagor. The Trial Record included a copy of the Statement of Claim.

[16] The trials began on September 1, 2016. None of the mortgagors appeared, in person or by agent.

[17] In each of the three trials, the judge raised the following issues: (1) were the defendant-mortgagors notified of RBC's intention to initiate power of sale proceedings under the *Act* and afforded reasonable time to pay following this notification?; (2) if not, were these steps obligatory either at common law or under the *Act*? The judge invited further written submissions from RBC, and adjourned the trials to November 15, 2016.

[18] On October 13, 2016, RBC filed a Post-Trial Submission in each of the three actions. RBC also sent each mortgagor notice of the trial continuation date. None of the mortgagors responded or appeared, in person or by agent, on the adjourned date. RBC participated by teleconference.

[19] At the conclusion of the hearing on November 15, 2016, the judge requested further written submissions from RBC.

[20] On December 7, 2016, RBC filed a second Supplemental Post-Trial Submission in each of the three actions.

[21] On March 31, 2017, the judge dismissed the three actions (see *Royal Bank of Canada v. Amos Arsenault*, SJC-110-2015 (2017 NBQB 55, [2017] N.B.J. No. 194 (QL)), *Royal Bank of Canada v. Sears*, SJC-94-2016, and *Royal Bank of Canada v. MacMillan*, SJC-97-2016). He did so in *Royal Bank of Canada v. Arsenault*, the lead decision, on the grounds RBC did not prove the mortgagors had been given notice of its intention to initiate power of sale proceedings and reasonable time to pay following that notice. In the judge's view, the *Act* did not negate the *Lister* doctrine and RBC's failure to prove the required notification meant the "exercise of its secured remedies against the Property was not in accordance with the legal requirement for reasonable advance notice to the Mortgagors".

[22] After noting s. 47(2) of the *Act* foreclosed a challenge to the validity of the mortgage sales, the judge opined "[n]on-compliance with the *Lister* doctrine can support a claim for damages". He then acknowledged: (1) none of the mortgagors had advanced such a claim; (2) there was "no evidence […] of the economic impact of the Bank's failure to provide reasonable notice"; and (3) he was unable to quantify the impact. The judge added RBC's "failure to act in accordance with the required legal standard must of necessity have a consequence, but there is no evidential foundation before me upon which I can determine same". One might be forgiven for thinking this should have brought to a close the debate over the *Lister* doctrine; it did not.

[23] Instead, the judge extended his chain of reasoning with this leap of logic: "the corollary of being unable to quantify an economic consequence flowing from [RBC's] conduct is that I am unable to assign a value to [its] deficiency claim". That inability led him to find RBC "has not proven the quantum of its damages as required under Rules 21.05 and 21.07" (see *Royal Bank of Canada v. Arsenault*, at paras. 39, 40 and 42). In *Royal Bank of Canada v. Sears* and *Royal Bank of Canada v. McMillan*, the judge dismissed the actions for the reasons articulated in *Royal Bank of Canada v. Arsenault*.

[24] Significantly, and as highlighted, the judge concluded in each of the decisions under appeal that RBC had fully complied with the *Act* with respect to notice of the mortgage sale, its advertisement and the conduct of the auction, and with the directions provided by this Court in *Keough v. Sandfire Capital* regarding the calculation of the deficiency. The correctness of those conclusions is not in issue on appeal.

[25] In *Royal Bank of Canada v. Arsenault*, the trial judge made the following observations and findings regarding RBC's enforcement of its security and computation of the deficiency:

> 10 The Bank claims recovery of the following balance from Mr. Arsenault as at November 1, 2016 plus costs:
>
> | | |
> |---|---|
> | Amount Owing | $107,663.02 |
> | Plus Interest to July 17, 2014 | $1,498.60 |
> | Less Sale Price | ($105,000.00) |
> | Plus Interest from July 17, 2014 | $225.33 |
> | Plus Taxes Outstanding* | $473.22 |
> | Plus Legal Fees and Disbursements** | $5,475.04 |
> | TOTAL DEFICIENCY | $10,335.21 |
>
> * Taxes for the year 2014 have been pro-rated to the date of the mortgage sale: $872.88 / 365 = [$2.39] per day x 198 days = $473.22
>
> ** Legal fees and disbursements are to the date of the mortgage sale.

> 11 The Mortgage incorporated by reference the power of sale provisions set-out in Section 44 of the Act, and the evidential record establishes that the Bank complied with those requirements in its conduct of the mortgage sale. In addition,
>
> a) the reasonableness of the $105,000.00 bid submitted by the Bank at the July 17, 2014 mortgage sale was supported by the August 8, 2014 appraisal report of Coastal Realty Appraisers, which valued the Property at $86,000.00, and the 2015 sale of the Property by the Bank to an independent third-party for $70,000.00; and
>
> b) the interest, property taxes, fees and disbursements set-out in paragraph 10 are properly recoverable by the Bank pursuant to the terms of the Mortgage.
>
> 12 Bottom line, the conduct of the mortgage sale and computation of the deficiency balance is in accordance with the Act. Moreover, it is consistent with the guidance, with respect to the conduct of and accounting for mortgage sales, provided by Chief Justice Drapeau in *Keough v. Sandfire Capital Limited Partnership*, 2016 NBCA 50 (NBCA). [paras. 10-12]

[26] The trial judge followed suit in *Royal Bank of Canada v. Sears*:

> 10 The Bank claims recovery of the following balance from the Mortgagors as at November 1, 2016 plus costs:
>
> | | |
> |---|---|
> | Amount Owing | $53,407.87 |
> | Plus Interest to November 3, 2015 | $778.80 |
> | Less Appraised Value | ($40,000) |
> | Plus Interest from November 3, 2015 | $539.34 |
> | Plus Management to November 3, 2015* | $779.70 |
> | Plus Legal Fees and Disbursements** | $5,409.40 |
> | TOTAL DEFICIENCY | $22,490.11 |
>
> * Property Management Fees are to the date of the mortgage sale.
>
> ** Legal fees and disbursements are to the date of the mortgage sale.

> 11 The Mortgage incorporated by reference the power of sale provisions set-out in Section 44 of the Act, and the evidential record establishes that the Bank complied with those requirements in its conduct of the mortgage sale. In addition,
>
> a) the reasonableness of the $40,000.00 used by the Bank in the computation of its deficiency value was supported by the September 9, 2015 appraisal report of Daryl Fitzgerald, CRA; and
>
> b) the property management charges, interest, fees and disbursements set-out in paragraph 10 are properly recoverable by the Bank pursuant to the terms of the Mortgage.
>
> 12 Bottom line, the conduct of the mortgage sale and computation of the deficiency balance is in accordance with the Act. Moreover, it is consistent with the guidance, with respect to the conduct of and accounting for mortgage sales, provided by Chief Justice Drapeau in *Keough v. Sandfire Capital Limited Partnership*, 2016 NBCA 50 (NBCA). [paras. 10-12]

[27] The trial judge did likewise in *Royal Bank of Canada v. MacMillan*:

> 9 The Bank claims recovery of the following balance from Ms. MacMillan as at November 1, 2016 plus costs:
>
> | | |
> |---|---|
> | Amount Owing | $130,501.29 |
> | Plus Interest to July 23, 2015 | $887.67 |
> | Less Appraised Value | $109,000.00 |
> | Plus Interest from July 23, 2015 | $941.92 |
> | Plus Management to July 23, 2015* | $109.28 |
> | Plus Taxes Outstanding** | $2,494.92 |
> | Plus Legal Fees and Disbursements*** | $3,965.02 |
> | TOTAL DEFICIENCY | $31,700.10 |
>
> * Property Management Fees are to the date of the mortgage sale.
>
> ** Taxes for the year 2014 have been pro-rated to the date of the mortgage sale:

> $4,463.80 / 365 = 12.23 per day x 204 days = $2,494.92
>
> *** Legal fees and disbursements are to the date of the mortgage sale.
>
> 10 The Mortgage incorporated by reference the power of sale provisions set-out in Section 44 of the Act, and the evidential record establishes that the Bank complied with those requirements in its conduct of the mortgage sale. In addition,
>
> a) the reasonableness of the $109,000.00 appraised value used by the Bank in the computation of its deficiency value was supported by the July 7, 2015 appraisal report of Daryl Fitzgerald, CRA; and
>
> b) the property management charges, interest, property taxes, fees and disbursements set-out in paragraph [9] are properly recoverable by the Bank pursuant to the terms of the Mortgage.
>
> 11 Bottom line, the conduct of the mortgage sale and computation of the deficiency balance is in accordance with the Act. Moreover, it is consistent with the guidance, with respect to the conduct of and accounting for mortgage sales, provided by Chief Justice Drapeau in *Keough v. Sandfire Capital Limited Partnership*, 2016 NBCA 50 (NBCA). [paras. 9-11]

[28] The observations and findings reproduced in the preceding three paragraphs are un-challenged and, as a result, the appeal stands to be determined on the assumption RBC's power of sale was properly exercised and its computation of the deficiencies is appropriate. At the end of the day, one issue of broad application and general importance requires consideration and determination: the applicability of the *Lister* doctrine to this Province's statutory power of sale process.

III. Relevant Legislative Provisions

[29] Sections 44-47 of the *Act* are reproduced in Appendix A.

IV. Analysis and Decision

A. *General observations on the application of Rule 21*

[30] At the hearing on appeal, counsel for RBC was asked to explain why a mortgage deficiency claim should not be treated as a claim for a liquidated amount for which default judgment is available under Rule 21, without judicial intervention. It was his understanding clerks of the Court of Queen's Bench have historically taken the position that those claims are for an unliquidated amount and must, accordingly, be tried. Upon reflection, I conclude that is the correct approach. I do so for the following reasons.

[31] First, I view some judicial oversight of undefended claims for mortgage deficiencies as preferable in the interest of justice, both real and perceived, and consider it inappropriate, in light of Rule 1.03(2)'s interpretative injunction, to apply Rule 21 in a manner that confines the judicial role to rubberstamping those claims. Second, and more specifically, in cases where "the amount to be recovered depends upon the circumstances of the case and is fixed by opinion or by assessment or by what might be judged reasonable, the claim is generally unliquidated": Linda S. Abrams and Kevin P. McGuiness, *Canadian Civil Procedure Law*, 2nd ed. (LexisNexis: Markham, Ont.), at p. 586. The amount recoverable in mortgage deficiency actions will invariably depend on the circumstances of the case, including the value of the mortgaged property, a matter of opinion before morphing into one of fact following judicial acceptance (see *The Toronto-Dominion Bank v. Ladanchuk*, 2018 NBCA 1, [2018] N.B.J. No. 1 (QL)). It follows that mortgage deficiency claims are properly dealt with under Rule 21 as claims for unliquidated damages.

[32] Additionally, it bears highlighting that, where the clerk has formally noted a defendant's default, liability remains un-adjudicated. The consequences of a notation in default typically lead to, but do not necessarily include judgment under Rule 21.02. In fact, the Rule-prescribed consequences are limited to the following: (a) the defendant is deemed to admit the allegations of fact in the Statement of Claim; (b) the defendant is not

entitled to file and serve a Statement of Defence or take another step in the proceeding, without leave of the court; and (c) any step in the proceeding may be taken without the defendant's consent and he or she is not entitled to notice of any such step, and need not be served with any other document (see Rule 21.02). There are exceptions to (b) and (c), but none are in play here.

[33] Indeed, it is readily apparent from Rule 21.07(2) that noting a defendant's default does not automatically settle the issue of liability. That Rule provides "[a] plaintiff is not entitled to judgment […] at trial merely because the facts alleged in his Statement of Claim are deemed to be admitted, unless such facts entitle him to judgment as a matter of law". At trial, the plaintiff may choose to lead evidence with respect to liability. However, if that evidence contradicts an allegation of fact that would otherwise be deemed admitted, the court should overlook the allegation in question and make the necessary findings of fact (see *Plouffe v. Roy*, [2007] O.J. No. 3453 (QL), at paras. 51-53, (Sup. Ct., per Quinn J.). As for damages, they may be proved by means of affidavit evidence, unless the court orders otherwise (see Rule 21.05).

[34] Since the trial required under Rule 21.05 involves a judicial determination of both liability and damages, the trial judge was entitled and indeed duty bound to determine whether the record submitted for his consideration warranted finding liability against the mortgagors. Yet, and it bears underscoring, Rule 21 forms part of the adversarial regime established by the *Rules of Court* and, accordingly, judges must resist the temptation of assuming the role of counsel for the defendant or converting the trial process into a commission of inquiry. That said, and as acknowledged, trial judges may, in some circumstances, disregard the deemed admission of an allegation of fact; this admittedly exceptional step would be appropriate if the allegation is contradicted by another pleaded allegation (see *Jean v. Pêcheries Roger L. Ltée*, 2010 NBCA 10, 354 N.B.R. (2d) 300, at para. 46), or the evidential record.

[35] Needless to say, were such a situation to emerge, the trial judge would be expected to provide the plaintiff with a reasonable opportunity to explain away the

contradiction. This might be accomplished by an amplification of the evidential record. As will be seen, I find the evidential record does not contradict the allegation of fact in the Statements of Claim that the mortgagors were notified in writing their failure to bring the mortgage payments up-to-date would leave RBC "with no option but to take all steps available to recover the money loaned [to them] pursuant to the mortgage".

[36] I close this cursory review of Rule 21 by underscoring only allegations of fact are deemed admitted. Conclusions of law are not. In this regard, I respectfully reject the contrary view on point expressed in *Umlauf v. Umlauf*, [2001] O.J. No. 1054 (C.A.) (QL), at para. 14.

B. *RBC's submission on appeal*

[37] As mentioned in my introductory remarks, it is RBC's primary submission the trial judge committed reversible error of law in effectively finding mortgagors are entitled, by virtue of the *Lister* doctrine, to reasonable notice of the mortgagee's intention to initiate the *Act*'s security enforcement process, a process that explicitly provides for notice of the mortgage sale. It also argues the trial judge erred: (a) in determining the respondents were neither notified of RBC's intention to initiate the power of sale process under the *Act* nor provided a reasonable opportunity to bring the payments under the mortgage up to date; and (b) in concluding RBC failed to prove its claim for damages.

(1) <u>The applicability of the *Lister* doctrine</u>

[38] *Lister* dealt with a demand debenture. Arguably, the case's *ratio decidendi* is no more than this: even though a debenture provides the holder is entitled to repayment of the loan on demand, it is implicit the demand must be reasonable, a standard that is only met if the debtor is afforded a reasonable opportunity to pay the amount owing. Yet, the decision in *Lister* has been applied well beyond its specific facts to a wide array of debt-securing instruments, including, for example, term debentures (see Jacob S. Ziegel, *The Enforcement of Demand Debentures – Continuing Uncertainties*, 69 Can. B. Rev.

718 (1990) and *Northern Meat Packers Ltd. and Restigouche Abattoir Limited v. Roynat Ltd.* (1986), 71 N.B.R. (2d) 212, [1986] N.B.J. No. 82 (C.A.) (QL)).

[39] However, *Lister* has never been applied to power of sale proceedings under the *Act*. That is so for a number of reasons: the purpose of the *Lister* doctrine, the wording of ss. 44(1) and 45(1), and the latter's history. In interpreting those provisions, I have endeavored to apply the method accepted by the Supreme Court of Canada in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, [1998] S.C.J. No. 2 (QL). As is well known, context plays a key role in statutory interpretation.

(a) *The purpose of the Lister doctrine*

[40] The *Lister* doctrine is concerned with "giving reasonable notice before a seizure" and the mischief it "was designed to remedy, from its earliest origins, was the possibility that a person might suffer serious harm from an unanticipated seizure that was not necessary" (emphasis added): *Waldron v. Royal Bank of Canada*, [1991] B.C.J. No. 390 (C.A.) (QL), per Lambert, J.A. In *Royal Bank of Canada v. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 408, [1999] S.C.J. No. 59 (QL), the Court described, in what appear to be particularly careful terms, the essence of the decision in *Lister*:

> According to this Court's decision in *Lister (R.E.) Ltd. v. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 726, the bank was required to give the debtor reasonable notice of its intention to enforce the security and reasonable time to pay following this notice of intention. The debtor must be given "some notice on which he might reasonably expect to be able to act": *Massey v. Sladen* (1868), L.R. 4 Ex. 13, at p. 19. [para. 18]

Note the Court's choice of language: the creditor must give the debtor reasonable notice of its intention "to enforce the security". There is an important distinction between that notice and a notice of intention to initiate a security enforcement process.

[41] A notice of mortgage sale does not "enforce the security". Although it triggers the right of redemption (see *Leby Properties Ltd. v. The Manufacturers Life Insurance Company*, 2006 NBCA 14, 295 N.B.R. (2d) 300, at para. 58, per Robertson, J.A. for the majority), the notice of mortgage sale is no more than a step in a process that may lead to enforcement of the security. In the three underlying cases, the mortgaged property was not "seized" before the sale at auction, which occurred after the expiry of the statutorily prescribed four weeks' notice. In my view, the notice of mortgage sale prescribed under the *Act* gives the mortgagor reasonable notice of the mortgagee's intention to enforce its security and reasonable time to pay.

[42] The *Lister* doctrine which, as *Royal Bank of Canada v. W. Got & Associates Electric Ltd.* makes plain, requires the creditor to give the debtor reasonable notice of intention to enforce the security, has no application to power of sale proceedings under the *Act*. Since mortgagors may avoid enforcement of the security by paying the debt at any time before the auction, RBC submits that, at bottom, the statutory four weeks' notice of mortgage sale accomplishes what the *Lister* doctrine seeks to achieve. I agree.

(b) *The wording of ss. 44(1) and 45(1), viewed contextually, and the effect of the prescribed notice of mortgage sale*

[43] Sections 44(1) and 45(1) identify the conditions precedent to a mortgagee's enforcement of the security and, importantly, they do not include a demand for payment or notice of intent to initiate the statutory power of sale process. Section 44(1)(a) confers upon the mortgagee the power to sell the mortgaged property when the mortgage money or any interest thereon has become due. In each of the underlying cases, the mortgage debt was not conditional upon a demand for payment; it arose immediately upon failure to make the agreed-upon payments. As for s. 45(1), it provides a mortgagee shall not exercise the power of sale under s. 44 unless the conditions set out in subsections (1)(b) and (c) are met:

(b) at least four weeks in advance of the sale, he has served upon the mortgagor or he has mailed by registered or certified mail addressed to the mortgagor at the latest address of the mortgagor known to the mortgagee, notice in writing specifying the time and place of sale, and	b) d'avoir, au moins quatre semaines avant la vente, signifié ou envoyé par courrier recommandé ou certifié au débiteur hypothécaire, à sa dernière adresse connue du créancier hypothécaire, un avis écrit indiquant les date et lieu de la vente, et
(c) notice of the sale has been published weekly for four consecutive weeks in some daily or weekly newspaper having general circulation in the county within which the lands lie, or in the case of chattels personal, where the mortgage is recorded or filed, and in the case of lands, by printed handbills, one of which has been posted in or on the court house, one at, in or on the registry office, and one in some public place in the city, town or parish in which the lands are situate.	c) que cet avis de vente n'ait été publié chaque semaine pendant quatre semaines consécutives dans un quotidien ou un hebdomadaire ayant une diffusion générale dans le comté où les biens-fonds sont situés, ou dans le cas de chattels personal, où l'hypothèque est enregistrée ou déposée et dans le cas de biens-fonds, au moyen d'affiches imprimées placées l'une à l'intérieur ou à l'extérieur du palais de justice, une deuxième à l'intérieur ou à l'extérieur du bureau de l'enregistrement et une troisième dans un endroit public de la cité, ville ou paroisse où les biens-fonds sont situés.

[44] RBC contends the Legislature has addressed and settled the issue of notice by requiring at least four weeks' notice in writing, specifying the time and place of sale. In making this point, RBC relies on *Jim Landry Pontiac Buick Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1987] N.S.J. No. 273 (S.C.T.D.) (QL) as compelling authority, through analogical reasoning. In that case, Chief Justice Glube declined to apply the *Lister* doctrine to Nova Scotia's *Conditional Sales Act* because the Legislature had "anticipated and spelt out" the notice requirements by prescribing a 20-day holding period following repossession during which the purchaser could redeem the collateral by paying the amount owing (see paras. 4, 38-40).

[45] *National Trust Co. v. Maxwell*, [1989] O.J. No. 341 (H.C.) (QL) is arguably more directly on point. There, the mortgagee had not made a formal demand for payment at any time before commencing power of sale proceedings. In a subsequent action for possession of the mortgaged premises, the defendant mortgagor argued that, by virtue of the *Lister* doctrine, legal proceedings were premature because: (1) no prior

demand for payment of the mortgage debt had been made; and (2) he had not been given reasonable time to meet the demand. Doherty J., as he then was, found the notice of mortgage sale put the mortgagor on notice of his default, constituted a clear and unequivocal demand for payment of the amount owed under the mortgage and provided a reasonable opportunity to remedy the default. I share that view. See, as well, *Equitable Trust Co. v. Marsig*, 2012 ONCA 235, [2012] O.J. No. 1605 (QL), at para. 8.

[46] I close the discussion regarding the wording of ss. 44(1) and 45(1) by noting that, if notice were required of the mortgagee's intention to initiate the statutory power of sale process, an absurdity would result: the mortgagee would, in effect, be required to give notice of intention to give notice of intention to sell the mortgaged property. In this respect, the observations on point in *Rizzo & Rizzo Shoes* are apposite and bear repeating:

> […] It is a well-established principle of statutory interpretation that the legislature does not intend to produce absurd consequences. According to *Côté, supra*, an interpretation can be considered absurd if it leads to ridiculous or frivolous consequences, if it is extremely unreasonable or inequitable, if it is illogical or incoherent, or if it is incompatible with other provisions or with the object of the legislative enactment (at pp. 378-80). Sullivan echoes these comments noting that a label of absurdity can be attached to interpretations which defeat the purpose of a statute or render some aspect of it pointless or futile (Sullivan, *Construction of Statutes, supra*, at p. 88). [para. 27]

(iii) *Legislative history*

[47] Tellingly, when it first enacted, in 1903, a framework for the proper exercise of a mortgagee's power of sale, the New Brunswick Legislature borrowed freely from the English *Conveyancing and Law of Property Act, 1881*, but declined to import s. 20(i), which, abstraction made of its specification of a timeframe for payment, articulated

the broad requirements of what would later be described as the *Lister* doctrine. Section 20(i) read as follows:

> 20. A mortgagee shall not exercise the power of sale conferred by this Act unless and until-
>
> (i) Notice requiring payment of the mortgage money has been served on the mortgagor or one of several mortgagors, and default has been made in payment of the mortgage money, or of part thereof, for three months after such service; […]

Provisions similar, if not identical, to s. 20(i) have been adopted in numerous jurisdictions (see s. 6(a) of the *Newfoundland Conveyancing Act*, R.S.N.L. 1990, c C-34; s. 22(1) of the Bahamas' *Conveyancing and Law of Property*, Chapter 138; s. 41 of Trinidad and Tobago's *Conveyancing and Law of Property Act*, Chapter 56:01; s. 103(a) of the State of Victoria's *Property Law Act* 1958; s. 84(1)(a) of Queensland's *Property Law Act* 1974; and s. 100(1)(a) of Ireland's *Land and Conveyancing Law Reform Act*, 2009).

[48] The New Brunswick Legislature chose to include in the *Property Act* of 1903 a differently worded condition precedent to the exercise of the mortgagee's power of sale. Section 42 provided as follows:

> 42 A mortgagee shall not exercise the power of sale conferred by the last preceding section
>
> unless and until he shall have given to the mortgagor at least two months' notice in writing, specifying the time and place of sale, […]

[49] There are two possibilities. Either the Legislature rejected the requirements of s. 20(i) (in the English statute) or it was satisfied the notice of mortgage sale prescribed under s. 42 of the *Property Act* of 1903 achieved the same result. Both scenarios lead to the conclusion that the Legislature, in its sovereign wisdom, considered the notice of mortgage sale prescribed under s. 42 to be sufficient.

[50] Moreover, the issue of notice under the *Act* has been considered at different times by the Legislature since the adoption of the *Property Act* of 1903. In *Hébert v. Household Trust Co.* (1996), 184 N.B.R. (2d) 83, [1996] N.B.J. No. 599 (C.A.) (QL), P.A.A. Ryan, J.A., dissenting on the merits, provides a helpful account of the Legislature's interventions on point:

> The section relating to notice of sale and to the manner in which the notice is sent to a mortgagor has seen a number of legislative changes since the *Property Act of 1903*, c. 152. See the *Property Act*, C.S. 1927, c. 168; 1952, c. 177; an amendment in S.N.B. 1954, c. 68; R.S.N.B 1973, c. P-19; S.N.B. 1975, c. 46, s. 1; S.N.B., 1979, c. 58, s. 1; and finally an amendment in 1986 deleting a requirement for publication under the *Sale of Lands Publication Act*. […] [para. 38]
>
> [Underlining removed.]

None of the Legislature's forays into notice issues under the *Act*, or its predecessors, resulted in an amendment that gave effect to the obligations the trial judge imposed on RBC, and mortgagees in general.

[51] The commonly accepted view is that the statutorily prescribed notice of mortgage sale is sufficient notice for the purposes of an action on the covenant: Traub, ed., *Falconbridge on Mortgages*, 5th ed. (Toronto: Thomson Reuters Canada, 2014) (Loose-leaf update September 2005) Ch. 23, # 23:40, at p. 23-8. With respect, the trial judge committed reversible error in finding otherwise.

(2) <u>The burden on the mortgagee to negate loss to the mortgagor or prove the latter's damages for breach of the obligations imposed by the trial judge</u>

[52] After positing "non-compliance with the *Lister* doctrine can support a claim for damages", the judge acknowledged none of the mortgagors had advanced such a claim and the record was bereft of evidence substantiating the occurrence of any associated loss. Rather than acting on that state of affairs and allowing the deficiency

claims that had been advanced and proven, the trial judge dismissed them because of his inability to quantify "an economic consequence" for RBC's breach of the *Lister* doctrine. On the judge's understanding of the law, that inability prevented the assignment of a value to those claims and, in the result, RBC had failed to prove "the quantum of its damages as required under Rules 21.05 and 21.07" (see *Royal Bank of Canada v. Arsenault*, at paras. 39, 40 and 42). With respect, had I found the trial judge correctly concluded the *Lister* doctrine imposed on RBC obligations beyond those prescribed under s. 45(1) of the *Act*, I would nonetheless have allowed the appeal from the dismissal of the actions.

[53] Depending on the circumstances, a mortgagor may be entitled to a credit for the price obtained following the mortgagee's exercise of its statutory power of sale or the property's value as of the date of the mortgage sale. In any event, the credit is an integral part of the deficiency computation, which is why the mortgagee bears the burden of its proof and a failure to discharge that burden may result in the dismissal of the deficiency action. The situation is otherwise for damages designed to indemnify the mortgagor for losses flowing from the mortgagee's failure to provide "due notice" (see s. 47(2)). The established procedural vehicles (set-off, counterclaim or action) and the rules pertaining to the attribution of the burden of proof are in play in processing and adjudicating claims for damages arising from an irregular, unauthorized or improper exercise of the statutory power of sale (see *Keough v Sandfire Capital*, at paras. 4, 5, 50, 52, 72 and 77).

[54] The trial judge erred in rejecting the properly pleaded and proven deficiency claims on the ground that RBC failed to negate the existence of unclaimed losses the mortgagors might have sustained. RBC did not bear any burden of proof in respect of any such losses. Its sole obligation was to compute the deficiencies in accordance with settled principles of law. On the trial judge's undisputed findings, that is precisely what it did.

[55] There must be justice for all sides in litigation, and the law, in its wisdom, sets limits for what judges may do to lend assistance to scofflaws. While the judge trying an undefended action under Rule 21 must ensure "manifestly unsustainable claims are not mechanically processed", he or she owes a duty to the plaintiff "to dispense expeditious and cost-efficient justice where the defendant has ignored the court process": *Salimijazi v. Pakjou*, [2009] O.J. No. 1538 (QL), at para. 34 (S.C., Strathy J., now C.J.O.). With respect, what the judge did here unwittingly crossed the line into the impermissible.

(3) Requiring RBC to prove notification to the mortgagors

[56] Finally, and as mentioned, RBC alleges in its Statements of Claim the mortgagors were notified by letter that their failure to bring the mortgage payments up to date would leave RBC "with no option but to take all steps available to recover the money loaned [to them] pursuant to the mortgage." This allegation relates to the Demand Letters sent at the mortgaged property address by registered and regular mail notifying the mortgagors that if arrears were not paid within ten days, power of sale proceedings would be commenced immediately.

[57] Notification as alleged in the Statements of Claim, had it been required as a matter of law, stood to be established on a simple balance of probabilities. The Demand Letters sent by regular mail were not returned to sender. Moreover, nothing in the record suggests they were not received by the mortgagors and none have denied receipt. Although RBC could not state with absolute certainty the mortgagors received the Demand Letters, it could reasonably conclude they probably did. In those circumstances, RBC quite properly elected to allege notification in the Statements of Claim. By proceeding as it did, RBC gave the mortgagors an opportunity to deny that allegation.

[58] The Statements of Claim were served on the mortgagors, and none filed and served a Statement of Defence denying the notification allegation. That allegation is uncontradicted by the evidence and stands admitted as a matter of law. Simply put, even if the *Lister* doctrine applied, there would be no principled reason to disregard the

admission in question. When viewed in the light of the evidence fleshing out the contents of the Demand Letters to which the pleaded allegation relates, the admission establishes compliance with the doctrine's requirements. The trial judge erred in law in requiring RBC prove an admitted fact.

V. Conclusion and Disposition

[59] It is for these reasons that, on July 5, 2018, I joined my colleagues in allowing the appeal against the dismissal of the appellant's claims for mortgage deficiencies, particulars of which appear at paragraphs 25-27 hereinabove. None of the arguments marshalled by the judge to justify dismissing those claims withstands scrutiny, and the appellant's entitlement to judgment was, at all times, clearly substantiated. The respondents did not advance any of those arguments and their decision to allow the actions to go forward uncontested should have resulted in an expeditious and cost-efficient resolution of the litigation.

[60] All things considered, I would decline to order costs against the respondents, and direct judgment be entered in accordance with the foregoing. I would wrap up the proceedings by noting RBC's separate appeals against the judgments in the court below have been consolidated and, as a result, the Court's decision will apply to the three underlying actions.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE DRAPEAU

I. Introduction et vue d'ensemble

[1] Quand il y a eu manquement aux conditions d'une hypothèque et que la réalisation de la garantie est entreprise, la *Loi sur les biens*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-19 (la « *Loi* »), confère au créancier hypothécaire un ensemble très avantageux de pouvoirs, de droits, de limites à la responsabilité et d'immunités qui ne semble avoir aucun équivalent ailleurs au Canada. Effectivement, selon notre régime législatif, le créancier hypothécaire a le pouvoir de se porter acquéreur aux enchères, non seulement « pour son propre compte », mais aussi « pour son propre usage », ainsi que celui de revendre le bien, sans être tenu de répondre de toutes pertes qui en résulteraient. Cette immunité générale de toute responsabilité est soumise à une seule réserve : le créancier hypothécaire peut être passible de dommages-intérêts à l'égard des pertes « volontaires » découlant d'un exercice irrégulier, impropre ou non autorisé du pouvoir de vente. Alors, si un transfert est effectué dans l'exercice déclaré du pouvoir de vente conféré par la *Loi*, le titre de propriété de l'acheteur n'est pas attaquable pour le motif que « l'avis exigé » n'a pas été donné, mais tout débiteur hypothécaire « lésé » possède un recours en dommages-intérêts (par. 47(2)). Toutefois, le recouvrement dans une instance judiciaire dépend de ce que le débiteur hypothécaire réclame des dommages-intérêts et prouve des dommages.

[2] Il est également bien établi que si le bien hypothéqué est vendu dans l'exercice du pouvoir de vente conféré par la *Loi* et le produit de la vente n'éteint pas totalement la dette garantie, le créancier hypothécaire peut poursuivre le débiteur hypothécaire en raison de son engagement de payer et obtenir jugement sur preuve satisfaisante de la différence entre la somme due en application de l'hypothèque et soit le produit de la vente soit la valeur du bien à la date de la vente hypothécaire. Dans notre province, le recouvrement du déficit n'est pas interdit du fait que le créancier hypothécaire a acheté le bien à la vente aux enchères. Telle est l'état du droit dans notre

province depuis au moins un demi-siècle, sinon même depuis la création du pouvoir légal de vente en 1903 (voir *La corporation d'administration et de placement limitée c. Castonguay, et al.* (1970), 3 R.N.-B. (2e) 624, [1970] A.N.-B. no 158 (C.A.) (QL), motifs du juge d'appel Hughes, plus tard juge en chef du Nouveau-Brunswick, à la p. 624, *Central & Eastern Trust Company c. Rosebowl Holdings Ltd. and Heustis* (1981), 34 R.N.-B. (2e) 308, [1981] A.N.B. no 87 (C.A.) (QL), et *Banque Nationale du Canada c. Desrosiers* (1996), 167 R.N.-B. (2e) 241, [1996] A.N.-B. no 9 (C.A.) (QL)). Pour un examen détaillé de ces questions et d'autres, avec renvois aux dispositions pertinentes de la *Loi*, voir *Keough c. Sandfire Capital Limited Partnership*, 2016 NBCA 50, 452 R.N.-B. (2e) 233, aux par. 54 à 80.

[3] En l'espèce, les intimés ont omis de faire les paiements exigés en application de leurs hypothèques respectives consenties par l'appelante, la Banque Royale du Canada (« RBC »). En conséquence, la RBC a exercé son pouvoir de vente conformément à la *Loi* et, dans chaque cas, a acheté le bien hypothéqué à un prix inférieur au montant impayé. Dans les actions subséquentes en dommages-intérêts pour violation de l'engagement de payer en application des trois hypothèques en question, la RBC a calculé le déficit en accordant un crédit pour le prix payé aux enchères lorsqu'il était supérieur à la valeur marchande estimative, et un crédit pour cette dernière lorsque le prix d'achat était inférieur.

[4] Aucun des débiteurs hypothécaires dans les trois poursuites n'a déposé un exposé de la défense, et, à la demande de la RBC, le greffier a constaté leur défaut conformément à la règle 21 des *Règles de procédure*. En conséquence, la véracité des allégations de fait contenues dans les exposés de la demande a été réputée admise. L'une de ces allégations est que les débiteurs hypothécaires ont été avisés par lettre que leur défaut de mettre à jour leurs paiements hypothécaires dans un délai de 10 jours ne laissait à la RBC [TRADUCTION] « aucune autre option que de prendre toutes les mesures possibles pour recouvrer l'argent qui [leur] a été prêté en application de l'hypothèque ». Comme on le verra, cette allégation met en cause les mises en demeure envoyées aux

débiteurs hypothécaires avant que la RBC n'amorce le processus d'exercice du pouvoir de vente prévu par la *Loi* au moyen d'un avis de vente hypothécaire.

[5] Puisque chaque demande de recouvrement du déficit portait sur des dommages-intérêts non liquidés, la RBC a procédé à l'instruction de l'affaire en s'appuyant sur les faits qui étaient réputés admis et sur la preuve par affidavit pour établir le bien-fondé de sa demande de jugement. Aucun des débiteurs hypothécaires n'a présenté de motion en annulation de la constatation de leur défaut faite par le greffier, et aucun n'a comparu au procès, en personne ou par l'entremise d'un mandataire, même s'il avait été avisé de sa date.

[6] Dans des décisions distinctes (une pour chaque action), le juge du procès a conclu que l'exercice du pouvoir de vente de la RBC était conforme aux dispositions explicites de la *Loi* et que son calcul du déficit satisfaisait à la norme établie dans *Keough c. Sandfire Capital Limited Partnership*. Il a pourtant rejeté les trois actions pour les motifs interdépendants qui suivent.

[7] Premièrement, la RBC n'avait pas prouvé qu'elle avait donné aux débiteurs hypothécaires un avis de son intention d'amorcer le processus d'exécution des garanties et qu'elle leur avait accordé un délai raisonnable pour payer après cet avis. De l'avis du juge du procès, ces conditions préalables, qui ont été intégrées au régime du droit des créances du Canada par l'arrêt *R.E. Lister Limited c. Dunlop Canada*, [1982] 1 R.C.S. 726, [1982] A.C.S. n° 38 (QL), et la jurisprudence qui en découle, s'appliquent aux ventes hypothécaires régies par la loi du Nouveau-Brunswick. Tel serait le cas malgré le fait que la *Loi* ne fait aucune mention d'un tel avis et prescrit expressément un avis de quatre semaines de l'intention d'exécuter la garantie par voie de vente aux enchères. Deuxièmement, la RBC n'avait pas prouvé que son défaut présumé de se conformer à la doctrine énoncée dans l'arrêt *Lister* n'avait pas pu causer une perte aux débiteurs hypothécaires. Le juge a été d'avis que les dommages-intérêts afférents à telle perte, dont il a reconnu que l'existence était une pure conjecture, auraient pu être déduits de la demande de recouvrement du déficit de la RBC, et que c'était la RBC qui avait la

charge soit de prouver l'inexistence de cette perte, soit de la chiffrer. Du fait qu'elle ne s'était pas acquittée de cette charge, la RBC n'avait prouvé l'existence d'un déficit dans aucune des trois actions.

[8] La RBC fait valoir que le juge du procès a commis une erreur de droit justifiant l'infirmation de sa décision en concluant que, en vertu de la doctrine énoncée dans l'arrêt *Lister*, les créanciers hypothécaires sont tenus de donner avis de leur intention d'amorcer le processus d'exécution de la garantie prévu par la *Loi* et d'accorder aux débiteurs hypothécaires un délai raisonnable pour payer après la remise de cet avis. La RBC soutient que le législateur a établi une disposition expresse prescrivant un avis de vente hypothécaire, ce qui réalise à toutes fins pratiques l'objectif recherché par la doctrine énoncée dans l'arrêt *Lister*. La RBC exhorte la Cour à trancher l'appel en statuant sur cette question qui a une application et une importance générales. Elle reconnaît pourtant qu'il existe des motifs propres à la présente affaire pour infirmer les décisions contestées. À ce propos, la RBC soutient que le juge du procès a commis des erreurs : a) en déclarant que les intimés n'ont pas été avisés de l'intention de la RBC d'amorcer l'exercice du pouvoir de vente prévu par la *Loi* et ont également été privés d'une possibilité raisonnable de mettre à jour leurs paiements hypothécaires, et b) en concluant que la RBC n'avait pas réussi à prouver chacune de ses demandes de recouvrement du déficit.

[9] J'estime respectueusement que les observations générales et spécifiques de la RBC sont bien fondées, et c'est pourquoi, le 5 juillet 2018, je me suis joint à mes collègues pour accueillir l'appel, en indiquant que les motifs suivraient.

II. Détails additionnels d'ordre contextuel

[10] Trois hypothèques essentiellement identiques, avec des groupes différents de débiteurs hypothécaires, sont en cause. Dans chaque cas, la RBC a prêté de l'argent en retour de la garantie offerte par une hypothèque sur un bien résidentiel. Les détails de ces

hypothèques et la chronologie des événements qui ont conduit à l'exercice du pouvoir de vente de la RBC prévu par la *Loi* sont présentés dans le tableau suivant :

	Date de l'hypothèque	Adresse du bien	Date et numéro d'enregistrement de l'hypothèque	Date du défaut	Envoi de la mise en demeure	Expiration de la mise en demeure	Envoi de l'avis de vente hypothécaire	Date de la vente aux enchères
Amos Jake Arsenault	16 nov. 2009	318, Route 740, Heathland NID 1260686	26 nov. 2009, n° d'enr. 2808083	6 déc. 2013	20 mars 2014	31 mars 2014	29 mai 2014	17 juill. 2014
Jill Robin Sears et Donald Leroy Sears	19 mai 2005	38, rue Schoodic, St. Stephen N.-B. NID 01297902	24 mai 2005, n° 20296316	17 avril 2015	30 juill. 2015	10 août 2015	1er oct. 2015	3 nov. 2015
Jane Ann MacMillan	25 janv. 2011	62, impasse Robar, Saint John (N.-B.) NID 323543	9 fév. 2011, n° d'enr. 29781797	12 mai 2015	22 mai 2015	1er juin 2015	25 juin 2015	23 juill. 2015

[11] Comme on peut le voir, dans chaque cas, la RBC a envoyé aux débiteurs hypothécaires une mise en demeure de payer les arriérés de leurs hypothèques respectives. Les débiteurs hypothécaires ont été avisés : 1) que le rétablissement de l'hypothèque dépendait du paiement de l'arriéré et des frais, comme le permettaient les conditions de l'hypothèque; et 2) que si le paiement n'était pas effectué dans 10 jours, la RBC commencerait immédiatement les procédures liées au pouvoir de vente. Les débiteurs hypothécaires ont également été avisés que, s'il y avait un déficit après la vente du bien, la RBC avait l'option de demander [TRADUCTION] « une ordonnance qui vous rendra responsable d'un tel déficit, s'il y a lieu ». L'arriéré n'a pas été payé.

[12] La RBC a alors envoyé, par courrier ordinaire et par courrier recommandé, et a fait publier des avis de vente hypothécaire conformément à la *Loi*. À l'expiration de la période de préavis de quatre semaines prévue par la *Loi*, la RBC a exercé son pouvoir de vente et a acheté chaque bien aux enchères à un prix moindre que le montant impayé

de l'hypothèque applicable. Par la suite, elle a introduit les trois actions en recouvrement de déficit sous-jacentes en signifiant aux débiteurs hypothécaires l'avis de poursuite accompagné d'un exposé de la demande qui les concernait.

[13] L'exposé de la demande dans l'affaire *Banque Royale du Canada c. Amos Arsenault* inclut les allégations de fait suivantes :

> 5. [TRADUCTION]
> La demanderesse déclare que, le 6 décembre 2013 ou vers cette date, les défendeurs ont manqué au paiement prescrit par les clauses de l'hypothèque.
>
> 6. Par suite du défaut du défendeur de faire les paiements hypothécaires mensuels, la demanderesse a avisé les défendeurs par un lettre datée du 20 mars 2014 que si les paiements n'étaient pas mis à jour au 31 mars 2014, elle n'aurait aucune autre option que de prendre toutes les mesures possibles pour recouvrer l'argent qui a été prêté aux défendeurs en application de l'hypothèque.
>
> 7. La demanderesse déclare que les défendeurs n'ont pas mis les paiements à jour et qu'en conséquence, elle a exercé son pouvoir de vente conformément à l'hypothèque ainsi qu'à la *Loi sur les biens*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-19.
>
> 8. La demanderesse déclare qu'un avis de vente hypothécaire a été envoyé par courrier recommandé et par courrier ordinaire aux défendeurs le 9 juin 2014.
>
> 9. La demanderesse déclare que l'avis de vente hypothécaire a été publié dans le *Telegraph-Journal*, journal publié à St. Stephen, au Nouveau-Brunswick, les 9, 16, 23 et 30 juin 2014.
>
> 10. La demanderesse déclare que l'avis de vente hypothécaire a été affiché à l'hôtel de ville de St. Stephen, au bureau de l'enregistrement de St. Stephen et au magasin Sobeys sis au 212, rue Kings, à St. Stephen, le 9 juin 2014.

[…]

> 12. La vente aux enchères a eu lieu le 17 juillet 2014. Le bien a été acheté aux enchères par la demanderesse pour la somme de 105 000 $.

[14] La RBC a utilisé ce modèle (avec des détails propres à chaque affaire) dans les exposés de la demande qu'elle a déposés et signifiés dans les affaires *Royal Bank of Canada c. Sears* et *Royal Bank of Canada c. MacMillan*.

[15] Comme je l'ai mentionné, aucun des débiteurs hypothécaires n'a déposé un exposé de la défense, et leur défaut a été officiellement constaté par le greffier. La RBC a alors pris les mesures nécessaires pour faire instruire les trois actions, signifiant à chaque débiteur hypothécaire une lettre indiquant la date, l'heure et l'endroit du procès, une copie du dossier du procès et toute la documentation déposée par la RBC à l'appui de sa demande contre le débiteur hypothécaire. Une copie de l'exposé de la demande figurait au dossier du procès.

[16] Les procès ont commencé le 1er septembre 2016. Aucun des débiteurs hypothécaires n'a comparu, en personne ou par mandataire.

[17] Dans chacun des trois procès, le juge a soulevé les questions suivantes : 1) Les débiteurs hypothécaires défendeurs ont-ils été avisés de l'intention de la RBC d'entreprendre l'exercice du pouvoir de vente prévu par la *Loi*, et un délai raisonnable pour payer leur a-t-il été accordé à la suite de cet avis? 2) Sinon, ces mesures étaient-elles obligatoires, soit en common law, soit en application de la *Loi*? Le juge a invité à la RBC à faire des observations écrites additionnelles et a ajourné les procès au 15 novembre 2016.

[18] Le 13 octobre 2016, la RBC a déposé un mémoire postérieur au procès dans chacune des trois actions. Elle a aussi envoyé à chaque débiteur hypothécaire un avis de la date de reprise de l'instruction. Aucun des débiteurs hypothécaires n'a répondu

ni n'a comparu, en personne ou par mandataire, à la date de reprise de l'instruction. La RBC a participé par conférence téléphonique.

[19] Lorsque l'audience a pris fin le 15 novembre 2016, le juge a demandé des observations écrites additionnelles à la RBC.

[20] Le 7 décembre 2016, la RBC a déposé un deuxième mémoire postérieur au procès supplémentaire dans chacune des trois actions.

[21] Le 31 mars 2017, le juge a rejeté les trois actions (voir *Banque Royale du Canada c. Amos Arsenault*, SJC-110-2015 (2017 NBBR 55, [2017] A.N.-B. n° 194 (QL)), *Royal Bank of Canada c. Sears*, SJC-94-2016, et *Royal Bank of Canada c. MacMillan*, SJC-97-2016). C'est ainsi qu'il a tranché la décision clé, *Banque Royale du Canada c. Amos Arsenault*, pour le motif que la RBC n'avait pas prouvé qu'elle avait donné aux débiteurs hypothécaires avis de son intention d'entreprendre l'exercice du pouvoir de vente et un délai raisonnable pour payer après la remise de cet avis. Selon le juge, la *Loi* ne rendait pas inopérante la doctrine énoncée dans l'arrêt *Lister* et, en raison de son défaut de prouver la notification requise, la RBC, « en exerçant à l'égard du bien des recours fondés sur une garantie, n'a pas respecté son obligation en droit de donner aux débiteurs hypothécaires un préavis raisonnable ».

[22] Après avoir signalé que le par. 47(2) de la *Loi* ne permettait pas une contestation de la validité des ventes hypothécaires, le juge a exprimé l'avis que « [l]e non-respect de la doctrine de *Lister* peut fonder une demande en dommages-intérêts ». Il a ensuite reconnu 1) qu'aucun des débiteurs hypothécaires n'avait exercé un tel recours, 2) qu'il n'y avait « aucune preuve quant aux répercussions économiques du défaut de la Banque de donner un préavis raisonnable », et 3) qu'il n'était pas en mesure d'en quantifier l'effet. Le juge a ajouté que « [d]es conséquences doivent s'attacher, nécessairement, au défaut de la Banque de se conformer au critère juridique prescrit, mais je ne dispose d'aucune preuve qui me permette d'en décider ». Il serait pardonnable de

penser que cela aurait dû mettre fin au débat sur la doctrine énoncée dans l'arrêt *Lister*, mais tel n'a pas été le cas.

[23] Le juge a plutôt prolongé son raisonnement en sautant à la conclusion douteuse suivante : « Mon incapacité de quantifier les répercussions économiques de la conduite de la Banque comporte comme corollaire […] mon incapacité d'attribuer une valeur à la demande en recouvrement du déficit ». Cette incapacité l'a amené à conclure que la RBC « n'a pas prouvé le montant de ses dommages-intérêts tel que le requièrent les règles 21.05 et 21.07 » (voir *Banque Royale du Canada c. Amos Arsenault*, par. 39, 40 et 42). Dans les affaires *Royal Bank of Canada c. Sears* et *Royal Bank of Canada c. McMillan*, le juge a rejeté les actions pour les mêmes motifs que ceux donnés dans l'affaire *Banque Royale du Canada c. Amos Arsenault*.

[24] Chose importante, comme je l'ai bien indiqué, le juge a conclu dans chacune des décisions portées en appel que la RBC avait entièrement respecté la *Loi* pour ce qui est de l'avis de vente hypothécaire, de sa publication et de la tenue de la vente aux enchères, ainsi que des directives données par notre Cour dans l'arrêt *Keough c. Sandfire Capital Limited Partnership* au sujet du calcul du déficit. Le bien-fondé de ces conclusions n'est pas contesté en appel.

[25] Dans *Banque Nationale du Canada c. Amos Arsenault*, le juge du procès a fait les observations et tiré les conclusions suivantes au sujet de l'exécution de la garantie de la RBC et du calcul du déficit :

> [TRADUCTION]
> 10 La Banque demande à recouvrer le solde dû par M. Arsenault en date du 1er novembre 2016, plus les frais, dont voici le calcul :
>
> | | |
> |---|---|
> | Somme due | 107 663,02 $ |
> | Plus les intérêts au 17 juillet 2014 | 1 498,60 $ |
> | Moins le prix de vente | (105 000,00 $) |
> | Plus les intérêts au 17 juillet 2014 | 225,33 $ |
> | Plus les impôts exigibles* | 473,22 $ |
> | Plus les honoraires d'avocat et | 5 475,04 $ |

débours**

DÉFICIT TOTAL 10 335,21 $

* Les impôts pour l'année 2014 ont été calculés au prorata en fonction de la date de la vente hypothécaire : 872,88 $ / 365 = 2,30 $ par jour x 198 jours = 473,22 $

** Les honoraires d'avocat et débours sont établis en fonction de la date de la vente hypothécaire.

11 L'hypothèque intégrait par renvoi les dispositions sur le pouvoir de vente de l'article 44 de la *Loi sur les biens* et, selon le dossier de preuve, la Banque s'est conformée à ces dispositions en procédant à la vente hypothécaire. De plus,

a) le rapport d'évaluation du 8 août 2014 établi par Coastal Realty Appraisers, faisant état d'une valeur de 86 000 $ pour le bien, et la vente du bien par la Banque en 2015, pour 70 000 $, à un tiers indépendant, attestaient du caractère raisonnable du prix de 105 000 $ offert par la Banque lors de la vente hypothécaire du 17 juillet 2014;

b) conformément aux conditions de l'hypothèque, la Banque peut recouvrer à bon droit les intérêts, impôts fonciers, honoraires et débours énoncés ci-dessus au paragraphe 10.

12 En dernière analyse, la vente hypothécaire a été réalisée et le calcul du solde du déficit a été effectué conformément à la *Loi sur les biens*. En outre, on s'est conformé aux lignes directrices énoncées par le juge en chef Drapeau, dans *Keough c. Sandfire Capital Limited Partnership*, 2016 NBCA 50 (C.A.N.-B.), quant au déroulement des ventes hypothécaires et à l'affectation du produit de la vente. [par. 10 à 12]

[26] Le juge du procès a fait de même dans *Royal Bank of Canada c. Sears* :

[TRADUCTION]
10 La Banque demande à recouvrer le solde dû par les débiteurs hypothécaires en date du 1er novembre 2016, plus les frais, dont voici le calcul :

Somme due	53 407,87 $
Plus les intérêts au 3 novembre 2015	778,80 $
Moins la valeur d'évaluation	(40 000 $)
Plus les intérêts depuis le 3 novembre 2015	539,34 $
Plus les frais de gestion au 3 novembre 2015*	779,70 $
Plus les honoraires d'avocat et débours**	5 409,40 $
DÉFICIT TOTAL	$22,490.11

* Les frais de gestion du bien sont établis en fonction de la date de la vente hypothécaire.

** Les honoraires d'avocat et débours sont établis en fonction de la date de la vente hypothécaire.

11 L'hypothèque intégrait par renvoi les dispositions sur le pouvoir de vente de l'article 44 de la *Loi sur les biens* et, selon le dossier de preuve, la Banque s'est conformée à ces dispositions en procédant à la vente hypothécaire. De plus,

a) le rapport d'évaluation du 9 septembre 2015 établi par Daryl Fitzgerald, CRA, attestait du caractère raisonnable de la valeur de 40 000 $ utilisée par la Banque dans le calcul de son déficit;

b) conformément aux conditions de l'hypothèque, la Banque peut recouvrer à bon droit les frais de gestion du bien, intérêts, honoraires et débours énoncés au paragraphe 10.

12 En dernière analyse, la vente hypothécaire a été réalisée et le calcul du solde du déficit a été effectué conformément à la *Loi sur les biens*. En outre, on s'est conformé aux lignes directrices énoncées par le juge en chef Drapeau, dans *Keough c. Sandfire Capital Limited Partnership*, 2016 NBCA 50 (C.A.N.-B.), quant au déroulement des ventes hypothécaires et à l'affectation du produit de la vente. [par. 10 à 12]

[27] Le juge du procès a agi pareillement dans l'affaire *Royal Bank of Canada c. MacMillan* :

[TRADUCTION]

9 La Banque demande à recouvrer le solde dû par Mme MacMillan en date du 1er novembre 2016, plus les frais, dont voici le calcul :

Somme due	130 501,29 $
Plus les intérêts au 23 juillet 2015	887,67 $
Moins la valeur d'évaluation	109 000,00 $
Plus les intérêts depuis le 23 juillet 2015	941,92 $
Plus les frais de gestion au 23 juillet 2015*	109,28 $
Plus les impôts exigibles**	2 494,92 $
Plus les honoraires d'avocat et débours***	3 965,02 $
DÉFICIT TOTAL	31 700,10 $

* Les frais de gestion du bien sont établis en fonction de la date de la vente hypothécaire.

** Les impôts pour l'année 2014 ont été calculés au prorata en fonction de la date de la vente hypothécaire :
4 463,80 $ / 365 = 12,23 $ par jour x 204 jours = 2 494,92 $

*** Les honoraires d'avocat et débours sont établis en fonction de la date de la vente hypothécaire.

10 L'hypothèque intégrait par renvoi les dispositions sur le pouvoir de vente de l'article 44 de la *Loi sur les biens* et, selon le dossier de preuve, la Banque s'est conformée à ces dispositions en procédant à la vente hypothécaire. De plus,

a) le rapport d'évaluation du 7 juillet 2015 établi par Daryl Fitzgerald, CRA, attestait du caractère raisonnable de la valeur d'évaluation de 109 000 $ utilisée par la Banque dans le calcul de son déficit;

b) conformément aux conditions de l'hypothèque, la Banque peut recouvrer à bon droit les frais de gestion du bien, intérêts, impôts fonciers, honoraires et débours énoncés au paragraphe 9.

> 11 En dernière analyse, la vente hypothécaire a été réalisée et le calcul du solde du déficit a été effectué conformément à la *Loi sur les biens*. En outre, on s'est conformé aux lignes directrices énoncées par le juge en chef Drapeau, dans *Keough c. Sandfire Capital Limited Partnership*, 2016 NBCA 50 (C.A.N.-B.), quant au déroulement des ventes hypothécaires et à l'affectation du produit de la vente. [par. 9 à 11]

[28] Les observations et les conclusions reproduites dans les trois paragraphes précédents sont incontestées, et, en conséquence, l'appel doit être tranché suivant l'hypothèse selon laquelle le pouvoir de vente de la RBC a été exercé à bon droit et son calcul des déficits est approprié. Au bout du compte, une seule question d'application et d'importance générales doit être examinée et tranchée : l'applicabilité de la doctrine énoncée dans l'arrêt *Lister* à l'exercice du pouvoir de vente prévu par la *Loi* dans notre province.

III. Dispositions législatives pertinentes

[29] Les articles 44 à 47 de la *Loi* sont reproduits à l'annexe A.

IV. Analyse et décision

A. *Observations générales sur l'application de la règle 21*

[30] Pendant l'audition de l'appel, il a été demandé à l'avocat de l'appelante d'expliquer pourquoi une demande de recouvrement de déficit d'hypothèque ne devrait pas être traitée comme une demande visant une somme déterminée pour laquelle un jugement par défaut peut être rendu conformément à la règle 21, sans intervention judiciaire. Il a dit comprendre que les greffiers de la Cour du Banc de la Reine ont toujours eu pour position que ces demandes portent sur une somme indéterminée et doivent en conséquence faire l'objet d'un procès. Après réflexion, je conclus que c'est la façon indiquée de procéder. Je tire cette conclusion pour les motifs suivants.

[31] Premièrement, j'estime qu'un certain contrôle judiciaire des demandes non contestées de recouvrement de déficit d'hypothèque est préférable dans l'intérêt de la justice, tant réelle qu'apparente, et qu'il est inapproprié, étant donné la prescription interprétative de la règle 1.03(2), d'appliquer la règle 21 d'une manière qui limite le rôle du juge à l'approbation automatique de ces demandes. Deuxièmement, de façon plus spécifique, dans les affaires où [TRADUCTION] « le montant à recouvrer est établi en fonction des circonstances de l'affaire, d'un avis, d'une évaluation ou de ce que l'on considère raisonnable, la créance est généralement une somme indéterminée » : voir Linda S. Abrams et Kevin P. McGuiness, *Canadian Civil Procedure Law*, 2e éd. (LexisNexis : Markham, Ont.), à la p. 586. Le montant recouvrable dans les actions en recouvrement de déficit d'hypothèque dépend invariablement des circonstances de l'affaire, dont la valeur du bien hypothéqué, laquelle est une question d'opinion avant de devenir une question de fait une fois que le juge l'a acceptée (voir *La Banque Toronto-Dominion c. Ladanchuk*, 2018 NBCA 1, [2018] A.N.-B. no 1 (QL)). Il s'ensuit que les demandes en recouvrement de déficit d'hypothèque sont traitées à bon droit sous le régime de la règle 21 comme demandes en dommages-intérêts non liquidés.

[32] De plus, il vaut la peine de souligner que, lorsque le greffier a officiellement constaté le défaut d'un défendeur, la responsabilité n'a pas encore été tranchée. Les conséquences d'une constatation de défaut entraînent typiquement, mais pas nécessairement, un jugement rendu conformément à la règle 21.02. En fait, les conséquences prescrites par la règle se limitent aux suivantes : a) le défendeur est réputé admettre la véracité des allégations de fait contenues dans l'exposé de la demande; b) le défendeur n'a pas le droit de déposer et de signifier un exposé de sa défense ni d'entamer d'autres actes de procédure sans la permission de la cour; et c) n'importe quel acte de procédure peut être entrepris sans le consentement du défendeur, qui ne peut ni revendiquer le droit d'être notifié de la suite de la procédure ni recevoir signification de quelque autre document (voir la règle 21.02). Il y a des exceptions aux points b) et c), mais aucune ne s'applique ici.

[33] De fait, il ressort avec évidence de la règle 21.07(2) que la constatation du défaut du défendeur ne règle pas automatiquement la question de la responsabilité. Cette règle prévoit que « [l]e demandeur n'a pas droit à un jugement […] durant le procès pour cette seule raison que les faits allégués dans l'exposé de sa demande sont réputés être admis, sauf si ces faits conduisent de droit à un tel jugement ». Au procès, le demandeur peut choisir de présenter une preuve au sujet de la responsabilité. Toutefois, si cette preuve contredit une allégation de fait qui serait réputée admise par ailleurs, la Cour devrait écarter l'allégation en question et tirer les conclusions de fait nécessaires (voir *Plouffe c. Roy*, [2007] O.J. No. 3453 (QL), aux par. 51 à 53 (C. sup., motifs du juge Quinn). Quant aux dommages-intérêts, ils peuvent être prouvés au moyen d'une preuve par affidavit, sauf ordonnance contraire de la cour (voir la règle 21.05).

[34] Puisque le procès que prescrit la règle 21.05 suppose que le juge détermine tant la responsabilité que le montant des dommages-intérêts, le juge du procès avait le droit, et même l'obligation, de déterminer si le dossier soumis à son examen justifiait une conclusion de responsabilité à l'encontre des débiteurs hypothécaires. Pourtant, et il vaut la peine de le souligner, la règle 21 fait partie du système adversatif établi par les *Règles de procédure*, et, en conséquence, les juges doivent résister à la tentation d'exercer le rôle d'avocat du défendeur ou de transformer le procès en une commission d'enquête. Cela dit, et on le reconnaît, les juges de première instance peuvent, dans certaines circonstances, écarter l'admission réputée de la véracité d'une allégation de fait; cette mesure, certes exceptionnelle, serait appropriée si l'allégation était contredite par une autre allégation plaidée (voir *Jean c. Pêcheries Roger L. Ltée*, 2010 NBCA 10, 354 R.N.-B. (2e) 300, au par. 46) ou par le dossier de preuve.

[35] Il va sans dire que si une telle situation se présentait, on s'attendrait à ce que le juge du procès offre au demandeur une possibilité raisonnable d'expliquer la contradiction. Cela pourrait se faire au moyen d'ajouts au dossier de preuve. Comme on le verra, je conclus que le dossier de preuve ne contredit pas les allégations de fait contenues dans l'exposé de la demande selon lesquelles les débiteurs hypothécaires ont été avisés par écrit que leur défaut de mettre à jour les paiements hypothécaires ne laissait

à la RBC [TRADUCTION] « aucune autre option que de prendre toutes les mesures possibles pour recouvrer l'argent qui [leur] a été prêté en application de l'hypothèque ».

[36] Je termine cet examen rapide de la règle 21 en signalant que seules les allégations de fait sont réputées admises. Les conclusions de droit ne le sont pas. À ce sujet, je rejette, avec égards, l'opinion contraire exprimée sur ce point dans l'arrêt *Umlauf c. Umlauf*, [2001] O.J. No. 1054 (C.A.) (QL), au par. 14.

B. *Le mémoire de la RBC en appel*

[37] Comme je l'ai mentionné dans mes observations préliminaires, la principale assertion de la RBC est que le juge du procès a commis une erreur de droit justifiant l'infirmation de sa décision en concluant en pratique que les débiteurs hypothécaires ont droit, au titre de la doctrine énoncée dans l'arrêt *Lister*, à un préavis raisonnable de l'intention du créancier hypothécaire d'amorcer le processus d'exécution de la garantie prévu par la *Loi*, processus qui prescrit explicitement un avis de la vente hypothécaire. Elle soutient aussi que le juge du procès a commis des erreurs : a) en déclarant que les intimés n'ont pas été avisés de l'intention de la RBC d'amorcer le processus d'exercice du pouvoir de vente prévu par la *Loi* et ont également été privés d'une possibilité raisonnable de mettre à jour leurs paiements hypothécaires, et b) en concluant que la RBC n'avait pas réussi à prouver sa demande en dommages-intérêts.

1) <u>L'applicabilité de la doctrine énoncée dans l'arrêt *Lister*</u>

[38] L'affaire *Lister* portait sur une débenture à vue. On peut soutenir que la *ratio decidendi* de l'affaire ne dit rien d'autre que ce qui suit : même si une débenture prévoit que son détenteur a droit au remboursement du prêt sur demande, il est sous-entendu que la demande doit être raisonnable, norme qui n'est satisfaite que si le débiteur bénéficie d'une possibilité raisonnable de payer la somme due. Pourtant, l'application de l'arrêt *Lister* a dépassé de loin les faits spécifiques de cette affaire pour viser une grande variété d'actes de garantie de créances, par exemple des débentures à terme (voir Jacob S.

Ziegel, « *The Enforcement of Demand Debentures – Continuing Uncertainties* », 69 R. du B. can. 718 (1990), et *Northern Meat Packers Ltd. and Restigouche Abattoir Limited c. Roynat Ltd.* (1986), 71 R.N.-B. (2e) 212, [1986] A.N.-B. no 82 (C.A.) (QL)).

[39] Toutefois, l'arrêt *Lister* n'a jamais été appliqué à l'exercice du pouvoir de vente prévu par la *Loi*. Il en est ainsi pour plusieurs raisons : l'objectif de la doctrine énoncée dans l'arrêt *Lister*, le libellé des par. 44(1) et 45(1), et l'historique de ces derniers. Dans l'interprétation de ces dispositions, je me suis efforcé d'appliquer la méthode acceptée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, [1998] A.C.S. no 2 (QL). Le contexte, on le sait bien, joue un rôle clé dans l'interprétation législative.

a) *L'objectif de la doctrine énoncée dans l'arrêt* Lister

[40] La doctrine énoncée dans l'arrêt *Lister* se soucie de [TRADUCTION] « donner un préavis raisonnable avant une saisie », et le méfait qu'elle [TRADUCTION] « visait à prévenir, dès ses plus anciennes origines, était la possibilité que quelqu'un puisse subir un préjudice grave par suite d'une saisie imprévue qui n'était pas nécessaire (c'est moi qui souligne) : voir *Waldron c. Royal Bank of Canada*, [1991] B.C.J. No. 390 (C.A.) (QL), motifs du juge d'appel Lambert. Dans l'arrêt *Banque Royale du Canada c. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 408, [1999] A.C.S. no 59 (QL), la Cour a décrit, en des termes qui semblent être particulièrement prudents, l'essentiel de la décision *Lister* :

> Suivant l'arrêt de notre Cour *Lister (R.E.) Ltd. c. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 726, la banque était tenue de donner au débiteur un préavis raisonnable de son intention de faire valoir la garantie et de lui accorder un délai raisonnable pour payer après cet avis. Il faut qu'il soit donné au débiteur [TRADUCTION] « un avis qui puisse raisonnablement lui permettre de s'exécuter » : *Massey c. Sladen* (1868), L.R. 4 Ex. 13, à la p. 19. [par. 18]

Remarquons les termes choisis par la Cour : le créancier doit donner au débiteur un préavis raisonnable de son intention « de faire valoir la garantie ». Il y a une importante distinction entre cet avis et un avis d'intention d'amorcer le processus d'exécution de la garantie.

[41] Un avis de vente hypothécaire n'a pas pour effet de « faire valoir la garantie ». Bien qu'il fasse naître le droit de rachat (voir *Leby Properties Ltd. c. La Compagnie d'Assurance-Vie Manufacturers*, 2006 NBCA 14, 295 R.N.-B. (2e) 300, au par. 58, motifs du juge d'appel Robertson au nom de la majorité), l'avis de vente hypothécaire n'est rien de plus qu'une étape dans un processus qui peut mener à l'exécution de la garantie. Dans les trois affaires en question ici, le bien hypothéqué n'a pas été « saisi » avant la vente aux enchères, qui a eu lieu après l'expiration du préavis de quatre semaines prescrit par la *Loi*. À mon opinion, l'avis de vente hypothécaire prescrit par la *Loi* donne au débiteur hypothécaire un préavis raisonnable de l'intention du créancier hypothécaire de faire valoir sa garantie et un délai raisonnable pour payer.

[42] La doctrine énoncée dans l'arrêt *Lister*, qui, comme le montre clairement l'arrêt *Banque Royale du Canada c. W. Got & Associates Electric Ltd.*, exige que le créancier donne au débiteur un préavis raisonnable de son intention de faire valoir la garantie, ne s'applique aucunement à l'exercice du pouvoir de vente prévu par la *Loi*. Puisque les débiteurs hypothécaires peuvent éviter l'exécution de la garantie en payant la dette en tout temps avant la vente aux enchères, la RBC soutient qu'au fond, le préavis de vente hypothécaire de quatre semaines prescrit par la *Loi* réalise l'objectif visé par la doctrine énoncée dans l'arrêt *Lister*. Je suis d'accord.

b) *Le libellé des par. 44(1) et 45(1), considéré en contexte, et l'effet de l'avis de vente hypothécaire prescrit*

[43] Les paragraphes 44(1) et 45(1) précisent les conditions préalables à l'exécution de la garantie par le créancier hypothécaire, et, fait important, ces conditions n'incluent pas une mise en demeure ni un avis d'intention d'amorcer le processus

d'exercice du pouvoir de vente prévu par la *Loi*. L'alinéa 44(1)a) confère au créancier hypothécaire le pouvoir de vendre le bien hypothéqué quand la somme garantie par l'hypothèque ou tout intérêt sur celle-ci est devenu exigible. Dans chacune des affaires dont il est question ici, la dette hypothécaire n'était pas conditionnelle à une mise en demeure; elle est survenue immédiatement au moment du défaut de faire les paiements convenus. Quant au par. 45(1), il prévoit que le créancier hypothécaire ne peut exercer le pouvoir de vente conféré par l'art. 44 à moins que les conditions énoncées aux al. (1)b) et c) ne soient réalisées :

(b) at least four weeks in advance of the sale, he has served upon the mortgagor or he has mailed by registered or certified mail addressed to the mortgagor at the latest address of the mortgagor known to the mortgagee, notice in writing specifying the time and place of sale, and	b) d'avoir, au moins quatre semaines avant la vente, signifié ou envoyé par courrier recommandé ou certifié au débiteur hypothécaire, à sa dernière adresse connue du créancier hypothécaire, un avis écrit indiquant les date et lieu de la vente, et
(c) notice of the sale has been published weekly for four consecutive weeks in some daily or weekly newspaper having general circulation in the county within which the lands lie, or in the case of chattels personal, where the mortgage is recorded or filed, and in the case of lands, by printed handbills, one of which has been posted in or on the court house, one at, in or on the registry office, and one in some public place in the city, town or parish in which the lands are situate.	c) que cet avis de vente n'ait été publié chaque semaine pendant quatre semaines consécutives dans un quotidien ou un hebdomadaire ayant une diffusion générale dans le comté où les biens-fonds sont situés, ou dans le cas de *chattels personal*, où l'hypothèque est enregistrée ou déposée et dans le cas de biens-fonds, au moyen d'affiches imprimées placées l'une à l'intérieur ou à l'extérieur du palais de justice, une deuxième à l'intérieur ou à l'extérieur du bureau de l'enregistrement et une troisième dans un endroit public de la cité, ville ou paroisse où les biens-fonds sont situés.

[44] La RBC soutient que le législateur a abordé et réglé la question du préavis en exigeant un préavis écrit d'au moins quatre semaines qui indique la date, l'heure et le lieu de la vente. En invoquant cet argument, la RBC renvoie à la décision rendue dans l'affaire *Jim Landry Pontiac Buick Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1987] N.S.J. No. 273 (C.S., Div. 1re inst.) (QL), comme précédent convaincant, bien que ce soit

par raisonnement analogique. Dans cette affaire, la juge en chef Glube a refusé d'appliquer la doctrine énoncée dans l'arrêt *Lister* à la loi de la Nouvelle-Écosse intitulée *Conditional Sales Act* au motif que le législateur avait [TRADUCTION] « prévu et formulé » les exigences en matière de préavis en prescrivant une période de retenue de 20 jours suivant la reprise de possession, pendant laquelle l'acheteur peut racheter le bien grevé en payant la somme due (par. 4 et 38 à 40).

[45] On peut soutenir que la décision *National Trust Co. c. Maxwell*, [1989] O.J. No. 341 (H.C.) (QL), traite plus directement de la question. Dans cette affaire, le créancier hypothécaire n'avait fait une mise en demeure officielle à aucun moment avant d'entreprendre d'exercer le pouvoir de vente. Plus tard, dans une action en vue d'obtenir la possession des propriétés hypothéquées, le débiteur hypothécaire défendeur a soutenu que, selon la doctrine énoncée dans l'arrêt *Lister*, l'instance judiciaire était prématurée parce que 1) aucune mise en demeure n'avait été faite auparavant pour le paiement de la dette hypothécaire, et 2) on ne lui avait pas accordé un délai raisonnable pour donner suite à la mise en demeure. Le juge Doherty (tel était alors son titre) a conclu que l'avis de vente hypothécaire constituait pour le débiteur hypothécaire un avis de son défaut, soit une mise en demeure claire et sans équivoque de payer la somme due en application de l'hypothèque, et offrait une possibilité raisonnable de remédier au défaut. Je suis du même avis. Voir également *Equitable Trust Co. c. Marsig*, 2012 ONCA 235, [2012] O.J. No. 1605 (QL), au par. 8.

[46] Je termine la discussion sur le libellé des par. 44(1) et 45(1) en signalant que, s'il était nécessaire de donner avis de l'intention du créancier hypothécaire d'amorcer le processus d'exercice du pouvoir de vente prévu par la loi, il s'ensuivrait une absurdité : en pratique, le créancier hypothécaire serait tenu de donner avis de son intention de donner un avis d'intention de vendre le bien hypothéqué. À ce sujet, les observations de l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)* sont à propos et méritent d'être répétées :

> […] Selon un principe bien établi en matière d'interprétation législative, le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes. D'après *Côté, op. cit.*, on qualifiera d'absurde une interprétation qui mène à des conséquences ridicules ou futiles, si elle est extrêmement déraisonnable ou inéquitable, si elle est illogique ou incohérente, ou si elle est incompatible avec d'autres dispositions ou avec l'objet du texte législatif (aux pp. 430 à 432). Sullivan partage cet avis en faisant remarquer qu'on peut qualifier d'absurdes les interprétations qui vont à l'encontre de la fin d'une loi ou en rendent un aspect inutile ou futile (Sullivan, *Construction of Statutes, op. cit.*, à la p. 88). [par. 27]

(iii) *Historique de la loi*

[47] Fait révélateur, lorsqu'elle a adopté pour la première fois en 1903 un cadre régissant le bon exercice du pouvoir de vente du créancier hypothécaire, l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick a fait de larges emprunts à une loi britannique intitulée *Conveyancing and Law of Property Act, 1881*, mais elle s'est abstenue d'importer l'al. 20(i), qui, abstraction faite de sa prescription d'un délai de paiement, formulait dans ses grandes lignes ce qui serait connu plus tard comme la doctrine énoncée dans l'arrêt *Lister*. L'alinéa 20(i) est rédigé ainsi :

> [TRADUCTION]
> 20. Le créancier hypothécaire ne peut exercer le pouvoir de vente que lui confère la présente loi avant et à moins
>
> (i) qu'un avis exigeant le remboursement du prêt hypothécaire n'ait été signifié au débiteur hypothécaire ou à l'un parmi les plusieurs débiteurs hypothécaires, et qu'il y ait eu défaut de paiement de la somme garantie par l'hypothèque, ou d'une partie de celle-ci, pendant trois mois après cette signification[.]

Des dispositions semblables, sinon identiques à l'al. 20(i) ont été adoptées dans de nombreux ressorts (voir l'al. 6(a) de la loi de Terre-Neuve intitulée *Conveyancing Act*, R.S.N.L. 1990, ch. C-34, le par. 22(1) de la loi des Bahamas intitulée *Conveyancing and Law of Property Act*, ch. 138, l'art. 41 de la loi de Trinité-et-Tobago intitulée

Conveyancing and Law of Property Act, ch. 56:01, l'al. 103(a) de la loi de l'État de Victoria intitulée *Property Law Act 1958*, l'al. 84(1)(a) de la loi du Queensland intitulée *Property Law Act 1974*, et l'al. 100(1)(a) de la loi de l'Irlande intitulée *Land and Conveyancing Law Reform Act, 2009.*)

[48] L'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick a choisi d'inclure dans la loi de 1903 intitulée *Property Act* un libellé différent de la condition préalable à l'exercice du pouvoir de vente du créancier hypothécaire. L'article 42 prescrivait ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Le créancier hypothécaire ne peut exercer le pouvoir de vente que lui confère la présente loi
>
> avant et à moins qu'il n'ait donné au débiteur hypothécaire un préavis écrit d'au moins deux mois, indiquant la date, l'heure et le lieu de la vente, […]

[49] Il y a deux possibilités. Ou bien le législateur a rejeté les exigences de l'al. 20(i) (de la loi britannique), ou bien il était convaincu que l'avis de vente hypothécaire prescrit à l'art. 42 de la loi de 1903 intitulée *Property Act* produisait le même résultat. Les deux scénarios mènent à la conclusion que le législateur, dans sa sagesse souveraine, a estimé que l'avis de vente hypothécaire prescrit à l'art. 42 était suffisant.

[50] De plus, la question de l'avis prévu par la *Loi* a été examinée à divers moments par le législateur depuis l'adoption de la loi de 1903 intitulée *Property Act*. Dans l'arrêt *Hébert c. Household Trust Co.* (1996), 184 R.N.-B. (2e) 83, [1996] A.N.-B. no 599 (C.A.) (QL), le juge d'appel P.A.A. Ryan, dissident quant au fond, donne un compte rendu utile des interventions du législateur sur ce point :

> La disposition relative aux avis de vente et à la manière de signifier ces avis aux débiteurs hypothécaires a subi plusieurs modifications depuis qu'elle a été édictée dans la loi intitulée *Property Act* en 1903, sous le chapitre 152.

> Voir la *Property Act*, C.S., 1927, c. 168; 1952, c. 177; une modification dans S.N.B. 1954, c. 68; L.R.N.-B. 1973, c. P-19; L.N.-B. 1975, c. 46, art. 1; L.N.-B. 1979, c. 58, art. 1; et enfin, une modification en 1986 éliminant l'exigence de publication conformément à la *Loi sur la vente de biens-fonds par voie d'annonces*. […] [par. 38]
>
> [Nous avons enlevé le soulignement.]

Aucune des interventions du législateur concernant les avis prévus par la *Loi* ou les lois antérieures n'a abouti à une modification rendant effectives les obligations imposées par le juge du procès à la RBC et aux créanciers hypothécaires en général.

[51] L'idée généralement admise est que l'avis de vente hypothécaire prescrit par la *Loi* constitue un préavis suffisant pour pouvoir intenter une action sur le fondement de l'engagement : voir Traub, éd., *Falconbridge on Mortgages*, 5e éd. (Toronto : Thomson Reuters Canada, 2014) (mise à jour sur feuilles mobiles en septembre 2005), ch. 23, # 23:40, à la p. 23-8. Avec égards, le juge du procès a commis une erreur justifiant l'infirmation de sa décision en tirant une conclusion contraire.

2) <u>La charge imposée par le juge du procès au créancier hypothécaire de prouver que le débiteur hypothécaire n'a pas subi de perte ou de prouver les dommages-intérêts de ce dernier pour violation des obligations</u>

[52] Après avoir affirmé que [TRADUCTION] « [l]e non-respect de la doctrine de *Lister* peut fonder une demande en dommages-intérêts », le juge a reconnu qu'aucun des créanciers hypothécaires n'avait exercé un tel recours et que le dossier ne contenait aucune preuve démontrant la survenance d'une perte en conséquence. Au lieu d'agir en conséquence de cet état de choses et d'accueillir les demandes en recouvrement de déficit qui avaient été présentées et prouvées, le juge du procès les a rejetées à cause de son incapacité de quantifier [TRADUCTION] « les répercussions économiques » de la violation de la doctrine énoncée dans l'arrêt *Lister* par la RBC. Selon la manière dont le juge a interprété la législation, cette incapacité l'empêchait d'attribuer une valeur à ces demandes, et, en conséquence, la RBC n'avait pas réussi à prouver [TRADUCTION] « le

montant de ses dommages-intérêts tel que le requièrent les règles 21.05 et 21.07 » (voir *Banque Royale du Canada c. Amos Arsenault*, aux par. 39, 40 et 42). Avec égards, si j'avais conclu que le juge du procès a eu raison de conclure que la doctrine énoncée dans l'arrêt *Lister* imposait à la RBC d'autres obligations que celles qui sont prescrites au par. 45(1) de la *Loi*, j'aurais quand même accueilli l'appel interjeté à l'encontre du rejet des actions.

[53] Selon les circonstances, un débiteur hypothécaire peut avoir droit à un crédit au titre du prix obtenu à la suite de l'exercice du pouvoir de vente conféré au créancier hypothécaire par la *Loi* ou au titre de la valeur du bien à la date de la vente hypothécaire. De toute façon, le crédit fait partie intégrante du calcul du déficit, et c'est pourquoi le créancier hypothécaire a la charge de prouver le déficit, et le défaut de s'acquitter de cette charge peut entraîner le rejet de l'action en recouvrement du déficit. La situation est différente pour les dommages-intérêts qui visent à indemniser le débiteur hypothécaire des pertes découlant du défaut du créancier hypothécaire de donner « l'avis exigé » (voir le par. 47(2)). Les voies de procédure établies (compensation, demande reconventionnelle ou poursuite) et les règles concernant l'attribution de la charge de la preuve s'appliquent au traitement et à la décision concernant les demandes qui découlent d'un exercice irrégulier, non autorisé ou impropre du pouvoir de vente conféré par la *Loi* (voir *Keough c. Sandfire Capital Limited Partnership*, aux par. 4, 5, 50, 52, 72 et 77).

[54] Le juge du procès a commis une erreur en rejetant les demandes en recouvrement de déficit dûment plaidées et prouvées pour le motif que la RBC n'avait pas prouvé l'inexistence des pertes non réclamées que les débiteurs hypothécaires auraient pu subir. La RBC n'avait aucune charge de preuve à l'égard de telles pertes. Son unique obligation était celle de calculer les déficits conformément aux principes de droit établis. Selon les conclusions incontestées du juge du procès, c'est exactement ce qu'elle a fait.

[55] Il doit y avoir justice pour toutes les parties à un litige, et le droit, dans sa sagesse, établit des limites à ce que les juges peuvent faire pour venir en aide à ceux qui

se moquent de la loi. Même si le juge qui instruit une action non contestée sous le régime de la règle 21 doit s'assurer que les [TRADUCTION] « actions manifestement insoutenables ne sont pas traitées de façon automatique », il a l'obligation envers le demandeur [TRADUCTION] « de rendre justice promptement et de façon économique lorsque le défendeur n'a pas tenu compte du processus judiciaire » : *Salimijazi c. Pakjou*, [2009] O.J. No. 1538 (QL), au par. 34 (C.S., le juge Strathy, maintenant juge en chef de l'Ontario). Avec égards, ce que le juge a fait en l'espèce constitue une excursion involontaire en territoire interdit.

3) L'obligation pour la RBC de prouver qu'elle a donné un préavis aux débiteurs hypothécaires

[56] Enfin, comme je l'ai mentionné, la RBC affirme dans ses exposés de la demande que les débiteurs hypothécaires ont été avisés par lettre que leur défaut de mettre à jour leurs paiements hypothécaires ne laisserait à la RBC [TRADUCTION] « aucune autre option que de prendre toutes les mesures possibles pour recouvrer l'argent qui [leur] a été prêté en application de l'hypothèque ». Cette allégation renvoie aux mises en demeure envoyées aux adresses des biens hypothéqués par courrier recommandé et par courrier ordinaire pour aviser les débiteurs hypothécaires que si l'arriéré n'était pas payé dans un délai de 10 jours, le processus du pouvoir de vente serait entrepris immédiatement.

[57] La notification que les exposés de la demande affirment avoir été donnée, si elle avait été exigée en droit, devait être prouvée simplement par prépondérance des probabilités. Les mises en demeure envoyées par courrier ordinaire n'ont pas été renvoyées à l'expéditeur. De plus, rien au dossier n'indique qu'elles n'ont pas été reçues par les débiteurs hypothécaires, et aucun d'eux n'a nié les avoir reçues. Bien que la RBC ne puisse pas affirmer avec une certitude absolue que les débiteurs hypothécaires ont reçu les mises en demeure, elle pouvait raisonnablement conclure qu'ils les avaient probablement reçues. Dans les circonstances, la RBC a eu tout à fait raison de choisir d'affirmer dans les exposés de la demande qu'un préavis avait été donné. En procédant

comme elle l'a fait, la RBC a donné aux débiteurs hypothécaires la possibilité de nier cette allégation.

[58] Les exposés de la demande ont été signifiés aux débiteurs hypothécaires, et aucun d'eux n'a déposé et signifié un exposé de la défense niant l'assertion selon laquelle un préavis avait été donné. Cette allégation n'est pas contredite par la preuve et se trouve admise en droit. Bien simplement, même si la doctrine énoncée dans l'arrêt *Lister* s'appliquait, il n'y aurait aucun motif de principe d'écarter l'admission en question. Considérée à la lumière de la preuve qui précise le contenu des mises en demeure auxquelles renvoie l'assertion plaidée, cette admission démontre que les exigences de la doctrine ont été remplies. Le juge du procès a commis une erreur de droit en exigeant que la RBC prouve un fait admis.

V. Conclusion et dispositif

[59] C'est pour ces motifs que, le 5 juillet 2018, je me suis joint à mes collègues en accueillant l'appel à l'encontre du rejet des demandes en recouvrement de déficit d'hypothèque de l'appelante, dont les détails se trouvent aux par. 25 à 27 ci-dessus. Aucun des arguments invoqués par le juge pour justifier le rejet de ces demandes ne résiste à un examen approfondi, et le droit de la requérante à un jugement était en tout temps clairement étayé. Les intimés n'ont avancé aucun de ces arguments, et leur décision de laisser les actions être instruites sans contestation aurait dû avoir pour résultat une résolution expéditive et économique du litige.

[60] Tout compte fait, je m'abstiendrais d'ordonner aux intimés de payer des dépens, et j'ordonnerais qu'un jugement soit inscrit conformément à ce qui précède. Je conclurais l'instance en signalant que les appels distincts de la RBC interjetés contre les jugements du tribunal de première instance ont été fusionnés et que, en conséquence, la décision de la Cour s'appliquera aux trois actions sous-jacentes.

APPENDIX A / ANNEXE A

Sections 44-47 of the *Property Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-19: / Articles 44 à 47 de la *Loi sur les biens*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-19 :

Power of sale; power to insure

44(1) A mortgagee, where the mortgage is made by deed, shall, by virtue of this Act, have the following powers to the like extent as if they had been in terms conferred by the mortgage deed, but not further, namely:

(a) a power, when the mortgage money or any interest thereon has become due, to sell, or to concur with any other person in selling, the mortgaged property or any part thereof, and either together or in lots, by public auction or by private contract, subject to such conditions respecting title or evidence of title or other matter as the mortgagee thinks fit, with power to vary any contract for sale, and to buy in at auction, or to rescind a contract for sale and to resell, without being answerable for any loss occasioned thereby;

(b) a power, at any time after the date of the mortgage deed, to insure and keep insured against loss or damage by fire any building or any effects or property of an insurable nature, whether affixed to the freehold or not, being or forming part of the mortgaged property, and the premiums paid for any such insurance shall be a charge on the mortgaged property in addition to the mortgage money and with the same priority, and with interest at the same rate, as the mortgage money.

Pouvoir de vendre; pouvoir d'assurer

44(1) Lorsque l'hypothèque est consentie par un acte (deed), un créancier hypothécaire possède, en vertu de la présente loi, les pouvoirs suivants dans la même mesure que s'ils avaient été explicitement conférés par l'acte d'hypothèque, savoir :

a) le pouvoir, quand la somme garantie par l'hypothèque ou tout intérêt sur celle-ci est devenu exigible, de vendre ou de concourir avec une autre personne à vendre le bien hypothéqué ou toute partie de celui-ci en un ou plusieurs lots, aux enchères ou par contrat privé, sous réserve des conditions que le créancier juge opportunes en matière de titre de propriété, de preuve de titre de propriété ou autre matière, avec le pouvoir de modifier tout contrat de vente et de se porter acquéreur aux enchères, ou de résilier le contrat de vente et de revendre, sans être tenu de répondre de toutes pertes qui en résulteraient;

b) le pouvoir, en tout temps après la date de constitution de l'hypothèque, d'assurer ou de tenir assurés contre les pertes et dommages causés par l'incendie, tous bâtiments, effets ou biens assurables, attachés ou non au freehold, qui constituent le bien hypothéqué ou en font partie, et les primes versées pour une telle assurance constituent une charge sur le bien hypothéqué, en plus de la somme garantie par l'hypothèque, au même rang et au même taux d'intérêt que la somme garantie par hypothèque.

Alteration of powers by mortgage deed

44(2) The provisions of this Act relating to the foregoing powers, comprised either in this section, or in any subsequent section regulating the exercise of those powers, may be varied or extended by the mortgage deed, and, as so varied or extended, shall as far as may be operate in the like manner and with all the like incidents, effects and consequences as if such variations or extensions were contained in this Act.

Modification des pouvoirs par l'acte d'hypothèque

44(2) Les dispositions de la présente loi relatives aux pouvoirs mentionnés ci-dessus, contenues dans le présent article ou dans tout article postérieur réglementant l'exercice de ces pouvoirs, peuvent être modifiées ou étendues par l'acte d'hypothèque et, ainsi modifiées ou étendues, s'appliquent dans la mesure du possible de la même façon et avec les mêmes effets accessoires ou autres et les mêmes conséquences que si ces clauses modificatives ou extensives étaient contenues dans la présente loi.

Contrary intention

44(3) This section applies only if, and as far as, a contrary intention is not expressed in the mortgage deed, and shall have effect subject to the terms of the mortgage deed, and to the provisions therein contained.

Intention contraire

44(3) Le présent article ne s'applique que si une intention contraire n'est pas exprimée dans l'acte d'hypothèque et en autant qu'une telle intention n'y est pas exprimée, et s'applique sous réserve des conditions de l'hypothèque, et des dispositions qui y sont contenues.

Definitions

44(4) The power given to a mortgagee in subsection (1) "to buy in at auction" is a power to buy for his own benefit and to his own use.

Définitions

44(4) Le pouvoir donné à un créancier hypothécaire dans le paragraphe (1) « de se porter acquéreur aux enchères » est un pouvoir d'acheter pour son propre compte et pour son propre usage.

Definitions

44(5) In this and in sections 45, 46, 47 and 48 the words "mortgage," "mortgagor," and "mortgagee," shall respectively have the like meaning as defined in section 40.

Définitions

44(5) Dans le présent article ainsi que dans les articles 45, 46, 47 et 48, les mots « hypothèques », « débiteur hypothécaire » et « créancier hypothécaire » ont respectivement le même sens que celui qu'en donne l'article 40.

When power of sale exercised

45(1) A mortgagee shall not exercise the power of sale conferred by section 44 unless

(a) Repealed: 1986, c.73, s.3

(b) at least four weeks in advance of the sale, he has served upon the mortgagor or he has mailed by registered or certified mail addressed to the mortgagor at the latest address of the mortgagor known to the mortgagee, notice in writing specifying the time and place of sale, and

(c) notice of the sale has been published weekly for four consecutive weeks in some daily or weekly newspaper having general circulation in the county within which the lands lie, or in the case of chattels personal, where the mortgage is recorded or filed, and in the case of lands, by printed handbills, one of which has been posted in or on the court house, one at, in or on the registry office, and one in some public place in the city, town or parish in which the lands are situate.

Publication of notice of sale

45(2) Where, under this section or under the terms of any mortgage deed, a notice of sale is required to be published in a newspaper, the publication of the notice in such newspaper once each week for the period during which the notice is required to be published, shall be deemed a sufficient publication of the notice in such newspaper.

Exercice du pouvoir de vente

45(1) Un créancier hypothécaire ne peut exercer le pouvoir de vente conféré par l'article 44 à moins

a) Abrogé: 1986, ch. 73, art. 3

b) d'avoir, au moins quatre semaines avant la vente, signifié ou envoyé par courrier recommandé ou certifié au débiteur hypothécaire, à sa dernière adresse connue du créancier hypothécaire, un avis écrit indiquant les date et lieu de la vente, et

c) que cet avis de vente n'ait été publié chaque semaine pendant quatre semaines consécutives dans un quotidien ou un hebdomadaire ayant une diffusion générale dans le comté où les biens-fonds sont situés, ou dans le cas de *chattels personal*, où l'hypothèque est enregistrée ou déposée et dans le cas de biens-fonds, au moyen d'affiches imprimées placées l'une à l'intérieur ou à l'extérieur du palais de justice, une deuxième à l'intérieur ou à l'extérieur du bureau de l'enregistrement et une troisième dans un endroit public de la cité, ville ou paroisse où les biens-fonds sont situés.

Publication d'un avis de vente

45(2) Lorsque la publication d'un avis de vente dans un journal est requise en application du présent article ou suivant les conditions que renferme un acte d'hypothèque, la publication de l'avis dans le journal une fois par semaine pendant la période durant laquelle la publication de l'avis est requise est réputée une publication suffisante de l'avis dans ce journal.

Description of mortgaged premises

45(3) In a notice of sale under this section, or under the terms of a mortgage deed, unless a contrary intention is expressed in the deed, it is not necessary to publish a full description of the mortgaged premises as set out in the mortgage, but any description from which the premises can be readily identified is sufficient.

Description des propriétés hypothéquées

45(3) Dans un avis de vente donné en application du présent article ou suivant les conditions que renferme un acte d'hypothèque, à moins qu'une intention contraire ne soit exprimée dans l'acte d'hypothèque, il n'est pas nécessaire de publier une description complète des propriétés hypothéquées telle que celle contenue dans l'hypothèque, mais toute description permettant une identification facile des propriétés est suffisante.

Conflict of laws

46(1) Unless they have expressly otherwise agreed or expressly otherwise agree, the parties to every obligation, the payment and performance, or either of them, which is secured in whole or in part by a mortgage of or charge upon real estate, the whole or part of which is in the Province, shall be conclusively presumed to have intended that the law of New Brunswick shall govern such obligation, including the performance thereof, and the measure of the amount of payment thereunder.

Conflit de lois

46(1) Sauf si elles ont convenu ou conviennent expressément du contraire, il est péremptoirement présumé que les parties à toute obligation dont le paiement et l'exécution, ou l'un ou l'autre, est garanti en tout ou en partie par une hypothèque ou une charge grevant des biens réels situés en tout ou en partie dans la province ont voulu que la loi du Nouveau-Brunswick régisse cette obligation ainsi que son exécution et la façon de déterminer le montant du paiement qu'elle stipule.

46(2) This section applies to every obligation incurred, whether such obligation is due, accruing or past due, that is not fully and completely discharged.

46(2) Le présent article s'applique à toute obligation contractée, qu'elle soit arrivée à échéance, à échoir ou déjà échue, et non intégralement libérée.

Effect of conveyance under power of sale

47(1) A mortgagee exercising the power of sale conferred by section 44 may convey the property sold, for such estate and interest therein as is the subject of the mortgage, freed from all estate, interests and rights to which the mortgage has priority, but subject to all estates, interests and rights that have priority to the

Transfert en vertu d'un pouvoir de vente

47(1) Un créancier hypothécaire qui exerce le pouvoir de vente que confère l'article 44 peut transférer les biens vendus, dans la mesure du droit de tenure et autre droit qui fait l'objet de l'hypothèque, libres de tous les droits de tenure et autres droits sur lesquels l'hypothèque a priorité, mais à charge de tous les droits de tenure et autres

mortgage.

Effect of irregular exercise of power

47(2) Where a conveyance is made in professed exercise of the power of sale conferred by section 44, the title of the purchaser is not impeachable on the ground that no case had arisen to authorize the sale, or that due notice was not given, or that the power was otherwise improperly or irregularly exercised; but any person damnified by an unauthorized or improper or irregular exercise of the power shall have his remedy in damages against the person exercising the power.

Application of proceeds of sale

47(3) The money which is received by the mortgagee arising from the sale shall be held by him in trust to be applied by him:

(a) in the first place in payment of all costs, charges and expenses, properly incurred by the mortgagee as incident to the sale or any attempted sale of the mortgaged premises;

(b) in the second place in discharge of all unpaid money and interest secured by the mortgage;

and the residue of the money so received shall be paid to the person entitled to the mortgaged property, or authorized by the person so entitled to give receipts for the proceeds of the sale thereof.

By whom power of sale exercised

47(4) The power of sale conferred by section 44 may be exercised by any person for the time being entitled to receive and give a discharge for the mortgage money.

droits qui ont priorité sur l'hypothèque.

Exercice irrégulier du pouvoir

47(2) Lorsqu'un transfert est effectué dans l'exercice déclaré d'un pouvoir de vente que confère l'article 44, le titre de propriété de l'acheteur n'est pas attaquable pour le motif qu'il n'y aurait pas eu lieu d'autoriser la vente, que l'avis exigé n'a pas été donné, ou que le pouvoir à été improprement et irrégulièrement exercé de toute autre façon; mais toute personne lésée par un exercice irrégulier, impropre ou non autorisé du pouvoir possède un recours en dommages-intérêts contre celle qui a exercé le pouvoir.

Distribution du produit de la vente

47(3) Le créancier hypothécaire doit détenir en fiducie la somme provenant de la vente qu'il reçoit et l'affecter :

a) en premier lieu au paiement de la totalité des frais et dépenses qu'il a légitimement supportés dans le cadre de la vente ou de toute tentative de vente des propriétés hypothéquées;

b) en deuxième lieu au règlement de la totalité des sommes et intérêts impayés garantis par l'hypothèque;

et le reliquat de la somme ainsi reçue doit être versé à la personne qui a droit au bien hypothéqué, ou à celle que cette dernière autorise à donner reçu des produits de la vente.

Personne ayant le droit d'exercer le pouvoir

47(4) Le pouvoir de vente que confère l'article 44 peut être exercé par toute personne ayant le droit, à l'époque considérée, de recevoir les sommes garanties par l'hypothèque et d'en donner

décharge.

Effect of power of sale on foreclosure

47(5) The power of sale conferred by section 44 does not affect the right of foreclosure.

Effet du pouvoir de vente sur le droit de saisie hypothécaire

47(5) Le pouvoir de vente que confère l'article 44 ne porte aucunement atteinte au droit de saisie hypothécaire (*foreclosure*).

Involuntary loss under power of sale

47(6) The mortgagee, his executors, or assigns, shall not be answerable for any involuntary loss happening in or about the exercise or execution of the power of sale conferred by section 44, or of any trust connected therewith.

Perte involontaire sous pouvoir de vente

47(6) Le créancier hypothécaire, ses exécuteurs testamentaires ou ayants droit ne répondent pas d'une perte involontaire survenue lors ou à la suite de l'exercice ou de l'exécution du pouvoir de vente que confère l'article 44, ou de toute fiducie qui s'y rattache.

Documents of title

47(7) When the power of sale conferred by section 44 has become exercisable, the person entitled to exercise the same may demand and recover from any person, other than a person having in the mortgaged property an estate, interest, or right in priority to the mortgage, all the deeds and documents relating to the property, or to the title thereto, that a purchaser under the power of sale would be entitled to demand and recover from him.

Documents relatifs au titre de propriété

47(7) Lorsqu'il est devenu possible d'exercer le pouvoir de vente que confère l'article 44, la personne ayant ce droit peut exiger et obtenir de toute personne, autre qu'une personne ayant, quant aux biens hypothéqués, un droit de tenure ou autres droits prioritaires sur l'hypothèque, tous les actes et documents relatifs au bien ou au titre de propriété de ce bien, qu'un acheteur en vertu de pouvoir de vente aurait le droit d'exiger et d'obtenir d'elle.