

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

43-19-CA

JACQUES MARTIN and MONCTON
PROFESSIONAL CENTER INC. a body
corporate, and JOSEPH JACQUES MARTIN

APPELLANTS

- and -

BUSINESS DEVELOPMENT BANK OF
CANADA

RESPONDENT

Martin et al. v. Business Development Bank of
Canada, 2020 NBCA 3

CORAM:

The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LaVigne
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
March 25, 2019

History of Case:

Decision under appeal:
2019 NBQB 66

Preliminary or incidental proceedings:
None

Appeal heard:
September 19, 2019

Judgment rendered:
January 16, 2020

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice LeBlond

JACQUES MARTIN, MONCTON
PROFESSIONAL CENTER INC., corps
constitué, et JOSEPH JACQUES MARTIN

APPELANTS

- et -

BANQUE DE DÉVELOPPEMENT DU
CANADA

INTIMÉE

Martin et autres c. Banque de développement
du Canada, 2020 NBCA 3

CORAM :

l'honorable juge Baird
l'honorable juge LaVigne
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 25 mars 2019

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2019 NBBR 66

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appel entendu :
le 19 septembre 2019

Jugement rendu :
le 16 janvier 2020

Motifs de jugement :
l'honorable juge LeBlond

Concurred in by:
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LaVigne

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Baird
l'honorable juge LaVigne

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the Appellants:
Françoise Aubin

Pour les appelants :
Françoise Aubin

For the Respondent:
Josée Archer-Savoie and Lizon Chiasson-Foulem

Pour l'intimée :
Josée Archer-Savoie et Lizon Chiasson-Foulem

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed with costs of \$2,500.

L'appel est rejeté avec dépens de 2 500 \$.

Le jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBLOND

I. Introduction et aperçu

[1] Jacques Martin et Moncton Professional Centre Inc. (« MPC ») interjettent appel d'une décision dans laquelle un juge de la Cour du Banc de la Reine a refusé d'annuler la constatation de leur défaut en application de la règle 21.03(1) des *Règles de procédures*.

[2] En tout moment, M. Martin était l'unique propriétaire de MPC. Il allègue au nom des appelants que la juge saisie de la motion aurait commis plusieurs erreurs dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère la règle 21.03(1). En particulier, il allègue que la juge aurait commis des erreurs dans son interprétation et son application de la décision de principe de notre Cour sur le sujet, telle que reconnue par les parties, soit *Banque Royale du Canada c. Ruddock et Horvath*, 2009 NBCA 25, 343 R.N.-B. (2^e) 350.

[3] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la juge saisie de la motion n'a commis aucune erreur justifiant l'intervention de notre Cour. Par conséquent, je rejeterais l'appel.

II. Contexte factuel

[4] En décembre 2010, M. Martin était le propriétaire unique de Footech Inc. À ce moment, la Banque de développement du Canada a consenti un prêt à Footech d'une somme de 220 000 \$, lequel était garanti par :

- a) une garantie personnelle de M. Martin jusqu'à concurrence de 30 % de toute somme due sur demande de paiement;

- b) une garantie de MPC jusqu'à concurrence de 25 % de toute somme due sur demande de paiement; et
- c) une convention de sûreté générale signée par Footech en faveur de la Banque.

[5] En août 2012, M. Martin a vendu toutes ses actions dans Footech à l'insu de la Banque. Il s'est fait nommer sur le Conseil d'administration de l'acheteur. Ce n'est qu'en juin 2013 que la Banque a été mise au courant de la vente alors que M. Martin lui demandait de libérer Footech de la convention de sûreté générale pour lui permettre d'augmenter une ligne de crédit avec une autre institution financière, laquelle insistait sur la libération.

[6] Le 6 juin 2013, la Banque a consenti à la modification du prêt de Footech en la libérant de la convention de sûreté générale, mais en contrepartie, M. Martin signait une nouvelle garantie personnelle pour 100 % des sommes dues par Footech sur demande de paiement et MPC signait également une nouvelle garantie jusqu'à concurrence de 50 % des montants dus par Footech.

[7] Les dispositions des nouvelles garanties pertinentes à cet appel sont les suivantes :

[TRADUCTION]

Le garant garantit qu'il ne s'est fondé sur aucune entente, déclaration ou condition qui n'est pas exprimée dans la présente garantie. De plus, le garant ne peut se fier aux déclarations faites par la BDC à l'égard de la responsabilité qui lui incombe en application de la présente que si ces déclarations sont faites par écrit et signées par la BDC, et aucune entente n'aura pour effet de libérer le garant de sa responsabilité découlant de la présente garantie ou de la diminuer, à moins que cette entente ne soit établie par écrit et signée par la BDC.

Cette obligation de payer ne sera pas réduite ou annulée pour quelque raison que ce soit, y compris, notamment :

L'attribution à l'emprunteur d'un délai de paiement ou autres faveurs.

Des modifications apportées aux modalités du prêt, y compris des changements apportés au taux d'intérêt ou aux modalités de remboursement.

Des modifications, prorogations ou renouvellements de la lettre d'offre et de la présente garantie.

Toute entente ou tout compromis ayant pour effet de diminuer ou d'éteindre la responsabilité de l'emprunteur.

Tout autre événement, circonstance ou fait, y compris, notamment, tout acte ou omission (négligents ou non) de la BDC ou de l'emprunteur, qui constitueraient, en droit ou en equity, un moyen de défense opposable à la présente garantie ou y donneraient lieu.

L'omission de la BDC d'exercer un recours contre l'emprunteur.

La libération de toute obligation de paiement, y compris l'obligation de tout garant. Si plus d'une personne garantit l'une quelconque des obligations de l'emprunteur envers la BDC découlant de la présente garantie, la BDC peut libérer tout garant sans réduire ou éteindre la responsabilité de tout autre garant.

La responsabilité des garants au titre de la présente garantie subsistera jusqu'à ce que toutes les dettes de l'emprunteur au titre du prêt soient intégralement remboursées. En apposant sa signature ci-dessous, le garant reconnaît avoir lu et compris la présente garantie et a soit obtenu un avis juridique indépendant relativement à la présente garantie, soit décidé volontairement de ne pas solliciter un tel avis juridique.

[8] Entre le 6 juin 2013 et mai 2015, Footech était en défaut de paiement à trois reprises et la Banque a refusé à plusieurs reprises des demandes de financement

additionnel. Par conséquent, en mai 2015, le prêt consenti à Footech a fait l'objet d'un transfert au département des comptes spéciaux ou à risque de la Banque.

[9] En septembre 2015, M. Martin avisait la Banque que M. Martin Brault, directeur des finances chez Footech, était autorisé à recevoir de la Banque toutes informations relatives au prêt de Footech. Cette dernière était toujours à la recherche de financement additionnel.

[10] C'est à partir de janvier 2016 que M. Brault discute avec les préposés de la Banque de concessions qu'il souhaite obtenir par rapport aux paiements de Footech. Des courriels sur ce sujet sont échangés entre la Banque et M. Brault, lesquels sont copiés à M. Martin. Le dénouement aboutit à des prorogations de certains paiements pour certains mois déterminés, lesquels sont confirmés par courriels et lettres à M. Brault, toujours avec copie à M. Martin. Ce dernier affirme s'être inscrit en opposition aux prorogations, mais le dossier ne contient aucune preuve pouvant appuyer son affirmation. Éventuellement, Footech cesse tout paiement.

[11] Le 8 décembre 2017, la Banque fait sa première demande écrite de paiement en vertu des garanties exigeant d'abord, de MPC, le montant de 38 062,63 \$. Footech est mise sous séquestre le 18 décembre 2017.

[12] Une deuxième demande formelle de paiement est acheminée à M. Martin le 16 janvier 2018. Ce n'est qu'à la suite de cette dernière demande que M. Martin répond. Il avise la Banque de son intention de remettre Footech en affaires et il demande un nouveau prêt pour financer sa démarche et refinancer la dette existante de Footech. Il ne mentionne aucunement se considérer libéré de sa garantie personnelle antérieure et, qui plus est, il fournit à la Banque son état financier personnel dans lequel il reconnaît spécifiquement son obligation en vertu de cette garantie.

[13] Le 2 mars 2018, la Banque fait une nouvelle demande de paiement par courrier recommandé auprès de M. Martin en vertu de sa garantie. On lui donne jusqu'au

13 mars 2018 pour obtempérer. La même lettre, celle-ci datée le 5 mars 2018, est également acheminée à MPC avec une date butoir de paiement du 16 mars 2018.

[14] Le 6 mars 2018, M. Martin, à la suite de sa demande, rencontre les avocates de la Banque. Il est invité à faire une proposition de règlement et à obtenir un avis juridique indépendant. Le lendemain, le 7 mars 2018, un dernier courriel est acheminé à M. Martin lui confirmant la date butoir du 16 mars 2018 pour le paiement des sommes dues sous sa garantie. On l'avise également, dans ce courriel, qu'à défaut de paiement, une poursuite en recouvrement sera déposée sans autre avis.

[15] Le 15 mars 2018, M. Martin avise les avocates de la Banque qu'il planifie se relancer en affaires. Il ne fait aucune proposition de règlement, mais demande pour plus de temps en raison de sa situation financière difficile.

[16] Le 19 mars 2018, la Banque dépose son Avis de poursuite dans le dossier qui nous occupe, et signifie cette procédure à M. Martin et à MPC le 21 mars 2018. Bien que M. Martin conteste avoir reçu signification à ce moment, il n'a rien pour contredire la preuve de signification que la Banque a versée au dossier. N'ayant reçu aucune réponse de M. Martin, la Banque obtient la constatation de son défaut le 10 avril 2018, en vertu de la règle 21.01. Le jugement par défaut est signé plus tard.

[17] Ce n'est que le 13 avril 2018 que l'avocate de M. Martin et de MPC communique avec l'avocate de la Banque pour lui remettre une copie d'un Avis d'intention de présenter une défense qu'elle propose de déposer, mais qui sera refusée par le bureau du greffier en raison du constat en défaut.

III. Moyens d'appel

[18] Tel qu'indiqué, la juge saisie de la motion a refusé d'annuler le constat en défaut et les appelants invoquent six moyens d'appel, que je résume ici :

- a) la juge a commis une erreur en utilisant un fardeau de preuve excessif à l'encontre des appelants dans son analyse du droit portant sur l'annulation de la constatation du défaut ;
- b) la juge a commis une erreur en concluant que la preuve requise en annulation était équivalente à la preuve requise au procès ;
- c) la juge a commis une erreur en imputant aux garants des responsabilités qui ne leur appartiennent pas ;
- d) l'avocate de la Banque a manqué de professionnalisme par rapport, entre autres, à une erreur possible reliée à la signification ;
- e) le jugement par défaut est pour 150 % de la dette; et
- f) la juge a commis une erreur en sacrifiant la justice à l'autel de la rigueur procédurale et en exigeant l'observation de règles non existantes et impossibles à exécuter.

IV. Norme de contrôle

[19] La règle 21.03(1) accorde un pouvoir discrétionnaire très large à la juge saisie de la motion. C'est ce que notre Cour a conclu dans *Ruddock*. La juge doit traiter de la règle « aux conditions qu'elle estime juste. » L'exercice consiste à appliquer le droit à la situation de fait. Notre Cour ne doit intervenir que si la juge a :

- a) commis une erreur de droit;
- b) commis une erreur manifeste et dominante sur ses conclusions de fait dans l'analyse de la preuve;

- c) rendu une décision qui soit clairement en erreur par rapport à l'application d'un principe déterminant de sorte à constituer une injustice.

Voir *Directcash ATM Management Partnership et autres c. Maurice's Gas & Convenience Inc. et autres*, 2015 NBCA 36, 437 N.B.R. (2d) 292; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 RCS 235 et *Ruddock*.

V. Analyse

A. *Les deux premiers moyens d'appel*

[20] Comme indiqué, je suis d'avis que la juge saisie de la motion n'a commis aucune erreur justifiant notre intervention. Les deux premiers moyens d'appel peuvent être regroupés puisqu'ils se rapportent au fardeau de la preuve : a) la juge a-t-elle utilisé un fardeau de preuve excessif à l'encontre des appelants? et b) la juge a-t-elle conclu que la preuve requise en matière d'annulation était équivalente à la preuve requise au procès? Le test en matière d'annulation d'une constatation d'un défaut établie par *Ruddock* consiste principalement à déterminer si la défense proposée est valide à première vue. C'est le plus important des quatre facteurs de *Ruddock*. Je traiterai des trois autres plus loin.

[21] Je reprends les propos du juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) dans *Ruddock* par rapport au premier facteur :

À mon humble avis, le premier élément – une défense au fond qui est valide à première vue – est beaucoup plus important que tous les autres. Il est évident que la partie défenderesse n'a pas à convaincre la Cour du fait qu'elle obtiendra sans doute un jugement sommaire si les ordonnances d'annulation demandées sont accordées. La question pertinente sur laquelle la Cour doit se pencher est la suivante: la preuve au dossier révèle-t-elle une défense au fond qui soit matière à procès? Pour trancher cette question, la Cour devrait exiger que l'auteur de la motion dépose un projet d'exposé de la défense et déterminer si la

preuve par affidavit offre une base factuelle à un moyen de défense valide en droit qui y est soulevé. Lorsqu'il semble exister une défense au fond, mais que la preuve à l'appui manque ou est insuffisante, le juge saisi de la motion devrait songer à reporter l'audience pour donner au défendeur la possibilité de corriger la situation (voir *Central Trust Company c. Wheeler, Frizzell and Leger* (1983), 44 R.N.-B. (2^e) 159 (C.A.), [1983] A.N.-B. n^o 77 (QL)). En pratique, cette solution est préférable, si ce n'est que pour réaliser des économies, à celle qui consiste à rejeter la motion et à autoriser le défendeur à présenter une nouvelle motion avec des éléments de preuve supplémentaires. Si, après s'être vu accorder une possibilité raisonnable de le faire, l'auteur de la motion ne réussit pas à établir une défense à l'aide d'une preuve admissible, la motion devrait être rejetée. Toutefois, lorsqu'une défense au fond est plaidée et établie et que le demandeur ne fait pas la démonstration d'un préjudice irréparable attribuable au défaut ou au retard, les autres éléments ne devraient que très exceptionnellement entraîner le rejet de la motion. À moins que le droit ne les contraigne à agir autrement, les juges ne devraient pas sacrifier la justice à l'autel de la rigueur procédurale. Ce principe fondamental plaide fortement contre le fait que des manquements sans conséquence à la procédure ou d'autres manquements de même nature pourraient faire en sorte que l'accès à la justice soit refusé à un défendeur disposé à présenter une défense valide au fond. Après tout, il n'existe que très peu de cas où le non-respect des *Règles de procédure* par un défendeur constaté en défaut ne peut être réglé de manière satisfaisante par une ordonnance appropriée d'adjudication des dépens. [par. 28]

[22] C'est l'extrait qu'a retenu la juge saisie de la motion au par. 49 de sa décision. Le noyau du test est de déterminer si la preuve au dossier révèle une défense sur le fond qui soit matière à procès. C'est là le fardeau de preuve que doit rencontrer la partie constatée en défaut. La juge, ici, a clairement reconnu la nature du fardeau qui incombait aux appelants lorsqu'elle écrit au par. 95 de sa décision :

Je suis également consciente que le fardeau qui incombe aux défendeurs en l'espèce n'est pas celui de convaincre le tribunal qu'ils obtiendraient sans doute un jugement sommaire si les ordonnances d'annulation demandées

étaient accordées (voir *Ruddock*, précitée, au paragraphe 28). Ceci étant dit, il ne suffit pas, pour établir une défense au fond qui soit valide à première vue, de simplement affirmer un fait. Encore faut-il que la preuve par affidavit offre une base factuelle au moyen de défense valide en droit qui est soulevé.

[23] Les appelants allèguent que la juge aurait employé un fardeau excessif, par rapport aux défenses soulevées, en utilisant l'expression par rapport à chacune de ces défenses qu'elles « n'aurai[en]t aucune chance de réussite » au procès (par. 68; voir aussi par. 75 et 85).

[24] Je suis d'avis que dans la mesure où la juge a non seulement bien cité le test applicable, mais a également correctement décrit le fardeau qui incombait aux appelants, elle a appliqué le fardeau correct à l'effet qu'aucune des défenses n'était matière à procès à la lumière de la preuve versée au dossier. Il est évident qu'une défense qui n'est pas matière à procès n'a aucune chance de réussite et c'est dans cette optique que j'interprète les paroles de la juge.

B. *Les défenses soulevées*

[25] Avant d'adresser les quatre autres moyens d'appel, je commente les défenses soulevées par les appelants dans leur projet d'exposé de la défense.

- i) La Banque a accordé des prorogations de versements du prêt de Footech sans le consentement de M. Martin et MPC

[26] Tel que noté par la juge aux par. 58 et 59 de sa décision, rien dans le libellé des garanties n'exigeait que la Banque obtienne le consentement des appelants. Je reprends, comme l'a fait la juge, le langage pertinent des garanties :

En l'espèce, les défendeurs ont expressément consenti aux dispositions suivantes :

[...]

[TRADUCTION]

Cette obligation de payer ne sera pas réduite ou annulée pour quelque raison que ce soit, y compris, notamment :

-L'attribution à l'emprunteur d'un délai de paiement ou autres faveurs.

-Des modifications apportées aux modalités du prêt, y compris des changements apportés au taux d'intérêt ou aux modalités de remboursement.

-Des modifications, prorogations ou renouvellements de la lettre d'offre et de la présente garantie.

-Toute entente ou tout compromis ayant pour effet de diminuer ou d'éteindre la responsabilité de l'emprunteur.

-Tout autre événement, circonstance ou fait, y compris, notamment, tout acte ou omission (négligents ou non) de la BDC ou de l'emprunteur, qui constitueraient, en droit ou en equity, un moyen de défense opposable à la présente garantie ou qui y donneraient lieu.

-L'omission de la BDC d'exercer un recours contre l'emprunteur.

-La libération de toute obligation de paiement, y compris l'obligation de tout garant. Si plus d'une personne garantit l'une quelconque des obligations de l'emprunteur envers la BDC découlant de la présente garantie, la BDC peut libérer tout garant sans réduire ou éteindre la responsabilité de tout autre garant.

En surcroît, il s'agissait ici de garanties de type « continu », le deuxième et le dernier paragraphe des garanties prévoyant ce qui suit :

[...]

Chaque partie signant en dessous du [«]garant », **sur une base solidaire**, garantit sans condition le paiement à la BDC de toutes les sommes dues au titre du prêt, avec intérêts courus à compter de la date de la mise en demeure, plus les frais et dépens engagés par la BDC pour l'exécution de la présente garantie. **La présente garantie s'étend à toutes les avances et nouvelles avances futures consenties au titre du prêt.**

[...]

La responsabilité du garant au titre de la présente garantie subsistera jusqu'à ce que toutes les dettes de l'emprunteur au titre du prêt soient intégralement remboursées. En apposant sa signature ci-dessous, le garant reconnaît avoir lu et compris la présente garantie et a soit obtenu un avis juridique indépendant relativement à la présente garantie, soit décidé volontairement de ne pas solliciter un tel avis juridique.

[Gras et soulignés dans l'original.]

[27] Le langage est clair. Les indulgences de la Banque ne réduisaient ou n'éliminaient aucunement les obligations des garants. Il s'agissait de garanties de type « continu » qui ont comme objectif la possibilité pour le prêteur et l'emprunteur, de modifier leurs arrangements d'affaires sans impliquer le garant (voir *Royal Bank of Canada v. Samson Management & Solutions Ltd.*, 2013 ONCA 313, [2013] O.J. No. 2166 (QL)).

ii) La préclusion promissoire

[28] Cette défense était soulevée par rapport à une discussion entre M. Martin et une préposée de la Banque en janvier 2016. Selon les dires de M. Martin, sans aucune preuve corroborante à l'appui, il « croyait » qu'aucune modification ne se ferait par rapport aux versements sur le prêt en l'absence d'un avis préalable. Non seulement la preuve est-elle à l'effet contraire, mais la position de M. Martin va carrément à l'encontre du libellé de sa garantie, comme indiqué. Sa simple affirmation ne suffit pas. Il avait

l'obligation de fournir une preuve substantielle à l'appui et ne l'a pas fait (voir *Yamaha Motor Canada Ltd. c. Motorcycle Maniac Ltd. and Amos* (1986), 67 R.N.-B. (2^e) 56, [1985] A.N.-B. n^o 336 (QL)). Encore une fois, la preuve doit démontrer une défense valable ou une question justifiable qui soit matière à procès (voir *A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2004 NBQB 302, [2004] N.B.J. No. 328 (QL) (CBR)).

iii) La Loi sur le redressement des opérations de prêt exorbitantes, L.R.N.-B. 2011, ch. 233

[29] L'article 2 de cette loi prévoit que :

Si, à l'égard d'une somme prêtée, le tribunal conclut que, compte tenu des risques et de toutes les circonstances, le coût de l'emprunt est excessif et que l'opération est draconienne et exorbitante, il peut [...]	If, in respect of money lent, the court finds that, having regard to the risk and to all the circumstances, the cost of the loan is excessive and that the transaction is harsh and unconscionable, the court may [...]
---	---

Il n'y a aucune preuve au dossier à l'appui de cette défense. Les garanties en l'espèce n'étaient ni draconiennes, ni exorbitantes et cette défense n'était certainement pas matière à procès.

iv) L'insuffisance de l'avis d'agir sous la garantie

[30] Il n'y avait aucun élément factuel en preuve capable d'établir une défense valable en droit et sur le fond pour être matière à procès. En fait, les appelants savaient, depuis au moins le 16 janvier 2018, que la Banque agissait sur ses garanties. La Banque, en tout moment, a agi conformément aux garanties et selon les modalités contenues dans les communications avec les appelants.

C. *Les quatre autres moyens d'appel*

- i) Est-ce que la juge a imputé aux garants des obligations qui ne leur appartiennent pas ?

[31] Rien au dossier ne me donne quelque indication que ce soit de savoir de quelles obligations il pourrait s'agir. Je suis d'avis que ce moyen d'appel est frivole.

- ii) Les obligations professionnelles de l'avocate de la Banque et l'erreur possible reliée à la signification

[32] Aucune preuve n'existe sur un bris quelconque d'une obligation professionnelle de l'avocate de l'intimée. Je signale qu'il est très inapproprié de faire une allégation de ce genre envers une collègue de la profession sans preuve à l'appui.

[33] La date de la signification est sans équivoque. Les appelants ont tout simplement manqué à leur obligation de déposer leur exposé de la défense à l'intérieur du délai prescrit par les *Règles de procédure*, nonobstant tous les avis communiqués. Je suis d'avis que ce moyen d'appel est également frivole.

- iii) Le jugement obtenu équivaut à 150 % de la dette

[34] La dette est conjointe et solidaire entre les appelants. La Banque ne peut recouvrer plus que la dette qui lui est due, peu importe lequel des appelants en fait le paiement. Encore une fois, ce moyen d'appel est frivole.

- iv) Justice a été sacrifiée à l'autel de la rigueur procédurale

[35] J'abonde dans le même sens que la juge saisie de la motion voulant que l'élément qui fait défaut ici est l'élément le plus important du test *Ruddock*, soit celui d'établir une défense sur le fond qui est valide à première vue. Pour les raisons déjà

énoncées, et celles qui suivent, je rejetterais ce moyen d'appel puisque la décision ultime de la juge ne repose pas sur la rigueur procédurale.

D. *Les trois autres éléments de l'affaire Ruddock*

[36] La juge traite des trois autres éléments du test *Ruddock*, aux par. 86 à 95 de sa décision. Ces trois éléments, qui rejoignent certaines des défenses proposées, telles qu'énoncées ci-dessus, traitent de la rigueur procédurale, à savoir :

- a) l'intention de présenter une défense tout au cours de l'instance;
- b) une explication raisonnable au défaut de déposer la défense;
- c) La demande d'une mesure réparatoire dans un délai raisonnable.

[37] Quoique la juge a conclu que les appelants ont agi à l'intérieur d'un délai raisonnable pour tenter de faire annuler le constat en défaut (par. 92), il est clair qu'aucune communication n'a eu lieu entre les parties entre la date de la signification et celle de la constatation du défaut. Aucune explication n'a été fournie par les appelants. C'est ce qui a mené la juge à conclure, à bon droit dans l'exercice de sa discrétion, qu'il n'était pas clair que les appelants avaient l'intention de présenter une défense tout au cours de l'instance (par. 92). Nonobstant ce manquement à ces deux éléments procéduraux, la juge s'est dite consciente des propos du juge en chef Drapeau dans *Ruddock* voulant que si une défense sur le fond est établie et est matière à procès, les éléments procéduraux ne devraient que très exceptionnellement entraîner le rejet de la motion en annulation. Or, ce n'est pas en raison des trois éléments procéduraux en particulier que la juge a rejeté la motion en annulation. Sa décision reflète surtout le fait que les appelants n'avaient pas rencontré l'élément clé; celui d'établir une défense valide sur le fond qui soit matière à procès. La juge a rejeté la motion car elle était convaincue qu'il n'y avait pas de défense valide sur le fond qui soit matière à procès. Je suis d'accord.

VI. Conclusion

[38] La juge saisie de la motion a bien interprété et appliqué la jurisprudence pertinente aux faits en l'espèce. Elle a donc bien exercé le pouvoir judiciaire discrétionnaire que lui accorde la règle 21.03(1) et ses conclusions méritent que je lui accorde toute déférence. Je ne constate aucune erreur de sa part qui pourrait justifier l'intervention de notre Cour.

VII. Dispositif

[39] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel. J'accorderais des dépens à l'intimée de 2 500 \$.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBLOND, J.A.

I. Introduction and Overview

[1] Jacques Martin and Moncton Professional Centre Inc. (“MPC”) are appealing a decision in which a judge of the Court of Queen’s Bench refused to set aside a noting of their default pursuant to Rule 21.03(1) of the *Rules of Court*.

[2] At all times, Mr. Martin was the sole owner of MPC. He alleges, on behalf of the appellants, that the Motion Judge made several errors in the exercise of her discretion under Rule 21.03(1). In particular, he alleges that the judge erred in her interpretation and application of this Court’s leading case on this matter, as acknowledged by the parties, namely *Royal Bank of Canada v. Ruddock and Horvath*, 2009 NBCA 25, 343 N.B.R. (2d) 350.

[3] For the reasons that follow, I find that the motion judge committed no error warranting intervention by this Court. Accordingly, I would dismiss the appeal.

II. Factual Background

[4] In December 2010, Mr. Martin was the sole owner of Footech Inc. when the Business Development Bank of Canada granted a loan to Footech in the amount of \$220,000. The loan was secured by:

- a) a personal guarantee from Mr. Martin for up to 30% of any amount owing as at the date of demand for payment;

- b) a guarantee from MPC for up to 25% of any amount owing as at the date of demand for payment; and
- c) a General Security Agreement signed by Footech in favour of the Bank.

[5] In August 2012, unbeknownst to the Bank, Mr. Martin sold all his shares in Footech. He was appointed to the purchaser's Board of Directors. It was not until June 2013 that the Bank was made aware of the sale when Mr. Martin asked the Bank to release Footech from the General Security Agreement to enable it to increase a line of credit with another financial institution, which was insisting on the release.

[6] On June 6, 2013, the Bank agreed to amend the terms of Footech's loan by releasing it from the General Security Agreement, but in return, Mr. Martin signed a new personal guarantee securing 100% of the amounts owing by Footech as at the date of demand for payment, and MPC also signed a new guarantee for up to 50% of the amounts owing by Footech.

[7] The clauses of the new guarantees relevant to this appeal are as follows:

The Guarantor warrants that there are no agreements, representations and conditions that have been relied upon by the Guarantor that are not expressed in this Guarantee. Furthermore, the Guarantor shall not rely upon any representation made by BDC in respect of the liability of the Guarantor under this Guarantee unless such representation is in writing executed by BDC and no agreement has the effect of diminishing or discharging the liability of the Guarantor under this Guarantee unless the agreement is in writing and executed by BDC.

This obligation to pay will not be reduced or discharged for any reason, including, without limitation:

The giving of time or other indulgences to the Borrower.

Changes to the Loan terms and conditions including changes in the rate of interest or repayment terms.

Amendments or extensions or renewals to the Letter of Offer and this Guarantee.

Any agreement or compromise that has the effect of diminishing or extinguishing the liability of the Borrower.

Any other event, circumstance or fact, including without limitation, any act or omission (whether negligent or otherwise), of BDC or the Borrower, which would, at law or at equity, constitute or give rise to a defense to this Guarantee.

Failure of BDC to seek recourse against the Borrower.

The release of any obligation to pay including the obligation of any Guarantor. If more than one person guarantees any of the obligations of the Borrower to BDC under this Guarantee, BDC may release any Guarantor without reducing or discharging the liability of any remaining Guarantor.

The Guarantors' liability under this Guarantee will continue until all liabilities of the Borrower under the Loan are repaid in full. By signing below the Guarantor acknowledges having read and understood this Guarantee and has either obtained independent legal advice in connection with this Guarantee or has voluntarily determined not to seek such independent legal advice.

- [8] Between June 6, 2013, and May 2015, Footech defaulted on the loan on three separate occasions and the Bank repeatedly rejected requests for additional financing. As a result, in May 2015, the loan granted to Footech was transferred to the Bank's special accounts or risk management department.

[9] In September 2015, Mr. Martin informed the Bank that Mr. Martin Brault, Footech's Director of Finance, was authorized to receive from the Bank all information relating to the Footech loan. Footech was still seeking additional financing.

[10] Starting in January 2016, Mr. Brault discussed with Bank employees the concessions he wished to obtain in relation to Footech's payments. E-mails were exchanged on the matter between the Bank and Mr. Brault, which were copied to Mr. Martin. Ultimately, extensions were granted for certain payments for specific months. The extensions were confirmed by e-mail and letter to Mr. Brault, again with a copy to Mr. Martin. Mr. Martin claims to have objected to the extensions, but there is no evidence on the record to support his claim. Eventually, Footech stopped making payments.

[11] On December 8, 2017, the Bank made its first written demand for payment under the guarantees, initially requesting from MPC the sum of \$38,062.63. Footech was subjected to a receivership on December 18, 2017.

[12] A second formal demand for payment was forwarded to Mr. Martin on January 16, 2018. It was only following this last request that Mr. Martin responded. He notified the Bank of his intention to put Footech back into business and requested a new loan to finance his venture and refinance Footech's existing debt. He made no reference to the fact he considered himself to have been released from his previous personal guarantee and, moreover, he provided the Bank with his personal financial statement in which he specifically acknowledged his obligation under the guarantee.

[13] On March 2, 2018, the Bank made a new demand for payment by registered mail sent to Mr. Martin under the terms of his guarantee. He was given until March 13, 2018 to comply. The same letter, dated March 5, 2018, was also sent to MPC with a payment deadline of March 16, 2018.

[14] On March 6, 2018, Mr. Martin, at his request, met with the Bank's lawyers. He was invited to propose a settlement and to obtain independent legal advice. The next day, March 7, 2018, a final e-mail was sent to Mr. Martin confirming the March 16, 2018 deadline for payment of the amounts owing under his guarantee. He was also advised in this e-mail that failing payment, collection proceedings would be filed without further notice.

[15] On March 15, 2018, Mr. Martin advised the Bank's lawyers that he was planning to resume business. He did not propose any settlement but asked for more time because of his difficult financial situation.

[16] On March 19, 2018, the Bank filed its Notice of Action in the within matter and served it upon Mr. Martin and MPC on March 21, 2018. Although Mr. Martin disputes that he was served at that time, he has nothing to contradict the proof of service placed on the record by the Bank. Having received no response from Mr. Martin, the Bank obtained a noting of default against him on April 10, 2018, pursuant to Rule 21.01. The default judgment was signed later.

[17] It was not until April 13, 2018, that counsel for Mr. Martin and MPC contacted the Bank's counsel to provide her with a copy of a Notice of Intent to Defend that she was proposing to file, but which would be rejected by the Clerk's Office because of the noting of default.

III. Grounds of Appeal

[18] As indicated, the motion judge refused to set aside the noting of default and the appellants raise six grounds of appeal, which I summarize here:

- a) the judge erred in putting an excessive burden of proof on the appellants in her analysis of the law relating to the setting aside of the noting of default;

- b) the judge erred in concluding that the evidence required for setting aside was the same as the evidence required at trial;
- c) the judge erred in placing on the guarantors responsibilities which were not incumbent upon them;
- d) counsel for the Bank was unprofessional in relation, *inter alia*, to a possible service-related error;
- e) the default judgment amounts to 150% of the debt; and
- f) the judge erred in sacrificing justice on the altar of procedural correctness and demanding compliance with rules which were non-existent and impossible to respect.

IV. Standard of Review

[19] Rule 21.03(1) grants a very broad discretion to the motion judge. That is what this Court concluded in *Ruddock*. The judge must deal with the rule “on such terms as may be just.” The exercise consists in applying the law to the factual situation. This Court may only intervene if the judge has:

- a) made an error in law;
- b) made a palpable and overriding error in her findings of fact in analyzing the evidence;
- c) rendered a decision that is so clearly erroneous with respect to the application of an overarching principle that it constitutes an injustice.

See *Directcash ATM Management Partnership et al. v. Maurice's Gas & Convenience Inc. et al.*, 2015 NBCA 36, 437 N.B.R. (2d) 292; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 and *Ruddock*.

V. Analysis

A. *The first two grounds of appeal*

[20] As indicated above, in my opinion, the motion judge made no error warranting our intervention. The first two grounds of appeal can be grouped together given that they relate to the burden of proof: (a) did the judge put an excessive burden of proof on the appellants?; and (b) did the judge find that the evidence required for setting aside a noting of default was the same as the evidence required at trial? The test for setting aside a noting of default established in *Ruddock* consists mainly in determining whether the proposed defence is *prima facie* valid. It is the most important of the four elements set out in *Ruddock*. I will address the other three later.

[21] I refer to what Drapeau C.J.N.B. (as he then was) said in *Ruddock* with respect to the first element:

In my respectful judgment, the first element – a valid *prima facie* defence on the merits – dwarfs all others in importance. It is axiomatic that the defendant need not satisfy the court that he or she will be entitled to summary judgment in the event the requested set-aside orders issue. The relevant inquiry is this: does the evidential record give rise to a triable defence on the merits? In determining that question, the court should require the moving party to file a draft of the proposed Statement of Defence and determine whether the affidavit evidence provides a factual underpinning for any legally recognized defence articulated therein. Where it appears there is a defence on the merits, but the evidence in support is lacking or deficient, the motion judge ought to consider adjourning the hearing to afford the defendant an opportunity to rectify the situation (see *Central Trust Company v. Wheeler, Frizzell and Leger* (1983), 44 N.B.R. (2d) 159 (C.A.), [1983] N.B.J. No. 77

(QL)). As a practical matter that solution is preferable, if only for cost-saving purposes, to dismissal with leave to renew with further material. If after being given a fair opportunity to do so, the moving party fails to establish by admissible evidence any such defence, his or her motion ought to be dismissed. If, however, a meritorious defence is pleaded and established, and the plaintiff does not show irreparable default- or delay-related injury, the other elements should only very exceptionally entail the dismissal of the motion. Unless compelled by law to do otherwise, judges ought not to sacrifice justice on the altar of procedural correctness. That foundational principle argues strongly against allowing inconsequential procedural failures or other such failings to close the courtroom doors to a defendant with a valid defence on the merits. After all, there will be very few instances where the defaulting defendant's non-compliance with the *Rules of Court* cannot be satisfactorily dealt with by a suitable order of costs. [para. 28]

[22] This is the extract cited by the motion judge at para. 49 of her decision. The thrust of the test is to determine whether the evidential record gives rise to a triable defence on the merits. That is the burden of proof that must be discharged by the party noted in default. Here, the judge clearly acknowledged the nature of the burden falling on the appellants when she wrote, at para. 95 of her decision:

[TRANSLATION]

I am also aware that the burden which falls on the defendants in this case is not to satisfy the court that they would undoubtedly be entitled to summary judgment in the event that the requested set-aside orders issue (see *Ruddock, supra*, at paragraph 28). That being said, to establish a valid *prima facie* defence on the merits, it is not enough to simply state a fact. Affidavit evidence must also provide a factual underpinning for the legally recognized defence articulated.

[23] The appellants allege the judge used an excessive burden in relation to the defences articulated, by stating, in relation to each of these defences, that they [TRANSLATION] “would have no chance of success” at trial (para. 68; see also paras. 75 and 85).

[24] I am of the opinion that the judge correctly cited the applicable test and correctly described the burden on the appellants. She also applied the correct burden to the effect that none of the defences gave rise to a triable issue in light of the evidential record. It is obvious that a defence that does not give rise to a triable issue has no chance of success and it is from this perspective that I interpret the judge's words.

B. *The defences raised*

[25] Before addressing the other four grounds of appeal, I would like to comment on the defences articulated by the appellants in their draft Statement of Defence.

- i) The Bank granted extensions of time for payments on the Footech loan without the consent of Mr. Martin and MPC

[26] As noted by the judge at paras. 58 and 59 of her decision, there was nothing in the wording of the guarantees that required the Bank to obtain the consent of the appellants. I would quote, as the judge did, the relevant language of the guarantees:

[TRANSLATION]

In this case, the defendants expressly consented to the following clauses:

[...]

This obligation to pay will not be reduced or discharged for any reason, including, without limitation:

-The giving of time or other indulgences to the Borrower.

-Changes to the Loan terms and conditions including changes in the rate of interest or repayment terms.

-Amendments or extensions or renewals to the Letter of Offer and this Guarantee.

-Any agreement or compromise that has the effect of diminishing or extinguishing the liability of the Borrower.

-Any other event, circumstance or fact, including without limitation, any act or omission (whether negligent or otherwise), of BDC or the Borrower, which would, at law or at equity, constitute or give rise to a defence to this Guarantee.

-Failure of BDC to seek recourse against the Borrower.

-The release of any obligation to pay including the obligation of any Guarantor. If more than one person guarantees any of the obligations of the Borrower to BDC under this Guarantee, BDC may release any Guarantor without reducing or discharging the liability of any remaining Guarantor.

Moreover, these were “continuing” guarantees, with the second and last paragraphs of the guarantees providing as follows:

[...]

Each party signing below the [“]Guarantor”, **on a joint and several basis**, unconditionally guarantees payment to the BDC of all amounts owing under the Loan, together with interest from the date of demand plus fees and costs incurred by the BDC in the enforcement of this Guarantee. **This guarantee extends to all future advances and readvances of the Loan.**

[...]

The Guarantor's liability under this Guarantee will continue until all liabilities of the Borrower under the Loan are repaid in full. By signing below the Guarantor acknowledges having read and understood this Guarantee and has either obtained

independent legal advice in connection with this Guarantee or has voluntarily determined not to seek such independent legal advice.

[Emphasis in original.]

[27] The language is clear. The Bank's indulgences did not in any way reduce or discharge the obligations of the guarantors. These were "continuing" guarantees, the purpose of which was to allow the lender and the borrower to alter their business arrangements without having to involve the guarantor (see *Royal Bank of Canada v. Samson Management & Solutions Ltd.*, 2013 ONCA 313, [2013] O.J. No. 2166 (QL)).

ii) Promissory estoppel

[28] This defence was raised in relation to a discussion between Mr. Martin and a Bank employee in January 2016. According to Mr. Martin, who did not provide any corroborating evidence in support, he [TRANSLATION] "believed" that no change could be made to the loan payments without prior notice. Not only is the evidence all to the contrary, but Mr. Martin's position flies in the face of the wording of his guarantee as noted above. His mere assertion does not suffice. It was incumbent upon him to provide material evidence in support, but he did not do so (see *Yamaha Motor Canada Ltd. v. Motorcycle Maniac Ltd. and Amos* (1986), 67 N.B.R. (2d) 56, [1985] N.B.J. No. 336 (Q.B.) (QL)). Again, the evidence must show that there is a valid triable defence or a justifiably triable issue (see *A.I. Enterprises v. Bram Enterprises et al.*, 2004 NBQB 302, [2004] N.B.J. No. 328 (QL)).

iii) The Unconscionable Transactions Relief Act, R.S.N.B. 2011, c. 233

[29] Section 2 of this Act provides that:

Si, à l'égard d'une somme prêtée, le tribunal conclut que, compte tenu des risques et de toutes les circonstances, le coût de l'emprunt est excessif et que l'opération est draconienne et

If, in respect of money lent, the court finds that, having regard to the risk and to all the circumstances, the cost of the loan is excessive and that the transaction is harsh and unconscionable, the court may

exorbitante, il peut [...] [...]

There is no evidence on the record in support of this defence. The guarantees in this case were neither harsh nor unconscionable and this was certainly not a triable defence.

iv) Insufficiency of the Notice to Act under the Guarantee

[30] There was no factual evidence on the record capable of establishing a triable defence valid at law and on the merits. In fact, the appellants had known, since at least January 16, 2018, that the Bank was acting on its guarantees. The Bank, at all times, acted in accordance with the guarantees and the terms and conditions set out in the communications with the appellants.

C. *The other four grounds of appeal*

i) Did the judge subject the guarantors to obligations which were not incumbent upon them?

[31] There is nothing on the record to provide me with any indication whatsoever as to what those obligations might be. I am of the view that this ground of appeal is frivolous.

ii) Counsel for the Bank's professional duties and the possible service-related error

[32] There is no evidence of any breach of any professional duty on the part of the respondent's counsel. I note that it is very inappropriate to make such an allegation about a professional colleague in the absence of supporting evidence.

[33] The date of service is unequivocal. The appellants simply failed to file their Statement of Defence within the time prescribed by the *Rules of Court*,

notwithstanding all the notices provided. I am of the view that this ground of appeal is also frivolous.

iii) The judgment obtained amounts to 150% of the debt

[34] The appellants are jointly and severally liable for the debt. The Bank cannot recover more than the debt owing to it, regardless of which of the appellants pays it. Once again, this ground of appeal is frivolous.

iv) Justice has been sacrificed on the altar of procedural correctness

[35] I fully agree with the motion judge that the element missing here is the most important element of the *Ruddock* test, which is to establish a defence on the merits that is *prima facie* valid. For the reasons already stated, and those that follow, I would dismiss this ground of appeal given that ultimately, the judge's decision is not based on procedural correctness.

D. *The three other elements of the Ruddock test*

[36] The judge discussed the three other elements of the *Ruddock* test at paras. 86-95 of her decision. These three elements, which are consistent with some of the proposed defences, as set out above, deal with procedural correctness, namely:

- a) a continuing intention to defend;
- b) a reasonable explanation for the failure to file the defence;
- c) an application for relief within a reasonable period of time.

[37] Although the judge concluded that the appellants acted within a reasonable period of time to try to have the noting of default set aside (para. 92), it is clear that there

was no communication between the parties between the date of service and the date of the noting of default. No explanation was provided by the appellants. This is what led the judge to conclude, correctly, in the exercise of her discretion, that it was not clear that the appellants had a continuing intention to defend (para. 92). Notwithstanding this failure to comply with these two procedural elements, the judge stated that she was aware of Drapeau C.J.N.B.'s remarks in *Ruddock* to the effect that if a triable defence on the merits is established, the other elements should only very exceptionally entail the dismissal of the motion to set aside. However, it was not because of the three procedural elements in particular that the judge dismissed the motion to set aside. Her decision is mainly reflective of the fact that the appellants had not satisfied the key element: establishing a valid triable defence on the merits. The judge dismissed the motion because she was satisfied that there was no valid triable defence on the merits. I agree.

VI. Conclusion

[38] The motion judge correctly interpreted and applied the relevant case law to the facts of this case. She has therefore properly exercised the judicial discretion granted to her under Rule 21.03(1) and her findings call for due deference on my part. I do not see any error on her part that would warrant intervention by this Court.

VII. Disposition

[39] Accordingly, I would dismiss the appeal. I would allow costs to the respondent in the amount of \$2,500.