COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

82-10-CA

ANDRÉ MURRAY

APPELLANT

- and -

BETTY ROSE DANIELSKI

RESPONDENT

Murray v. Danielski, 2011 NBCA 1

CORAM:
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
June 10, 2010

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard and judgment rendered:
November 9, 2010

Reasons delivered:
January 13, 2011

Counsel at hearing:

For the appellant:
André Murray
Appeared in person

For the respondent:
E. Thomas Christie, Q.C.

THE COURT

The appeal is allowed without costs.

ANDRÉ MURRAY

APPELANT

- et -

BETTY ROSE DANIELSKI

INTIMÉE

Murray c. Danielski, 2011 NBCA 1

CORAM :
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
Le 10 juin 2010

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu et jugement rendu :
Le 9 novembre 2010

Motifs déposés :
Le 13 janvier 2011

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
André Murray
a comparu en personne

Pour l'intimée :
E. Thomas Christie, c.r.

LA COUR

Accueille l'appel sans dépens.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

I. Introduction

[1] On November 9th, 2010, the Court allowed Mr. Murray's appeal from the bench, without costs. In doing so, the Court set aside the motion judge's order and ordered a new hearing before the Court of Queen's Bench with reasons to follow. Here are those reasons.

II. Background

[2] On April 16, 2009, Mr. Murray filed a Claim for Lien under the *Mechanics' Lien Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-6, for the sum of $80,000. He claimed that, between September 2005 and April 2009, he furnished materials and performed work on Ms. Danielski's property at 29-31 Marshall Street, in Fredericton, N.B. On April 21, 2009, he filed a Notice of Action against Ms. Danielski. However, he did not set the action down for trial within one year, as required by s. 52.1 of the *Act*. On April 20, 2010, he filed a Notice of Motion for an extension of time to continue his action. The relevant section of the *Act* is reproduced in Appendix A.

[3] Meanwhile, Ms. Danielski's property was sold at a mortgage sale pursuant to the terms of a mortgage with the Royal Bank of Canada. When Mr. Murray's motion to continue his action was heard in the Court of Queen's Bench, it was dismissed on the grounds that the mortgage took priority over the lien. However, at the hearing, neither Mr. Murray nor counsel for Ms. Danielski were given any meaningful opportunity to be heard. The motion judge hijacked the proceedings and, from the outset, questioned counsel for Ms. Danielski regarding the mortgage sale, the amount of the mortgage and the amount for which the property was sold at auction.

[4] None of the information requested by the motion judge was contained in the material filed with respect to the motion. Ms. Danielski's counsel, for the most part, did not have personal knowledge of the information sought. As he was requested by the motion judge to obtain it, he phoned two lawyers during an adjournment. Upon resumption of the hearing, he advised the judge that the amount owing on the mortgage, inclusive of taxes and legal fees, was $79,078.65, that the property was sold at auction for $79,101, leaving a balance owing of $22.35. Although no evidence was filed in support of those facts, the judge immediately relied upon that information and denied the motion.

III. Issues on Appeal

[5] Although the Notice of Appeal lists 18 grounds, they can be condensed into two complaints:

(1) The judge erred in relying on hearsay evidence given by counsel for Ms. Danielski;

(2) The judge erred in not giving Mr. Murray a fair hearing.

IV. Analysis

[6] Not much need be said about the fact the appellant was simply not accorded a fair hearing. A cursory review of the judge's ruling makes evident that at no time was Mr. Murray given an opportunity to argue the grounds he wished to advance. The motion judge's post-adjournment comments bear reproduction:

> THE COURT: That's what I thought.
>
> All right. I'm going to now go back to the recitation of the events and the dates and so on for the record, and I'm going to start at the beginning again.

On October the 24th, 2000 Betty Rose Danielski purchased the subject property. On October the 26th, 2000 she put a mortgage on which the Bank of Montreal (sic) of $86,700.

On ... the plaintiff in this action alleges that in July of 2005 he has ... he had a contract with Danielski. In ... On April the 16th, 2009 the plaintiff filed a claim for lien in the amount of $80,000. And on April the 21st he filed a Notice of Action and Statement of Claim and a Certificate of Pending Litigation with the court. On July the 16th, 2009 the Royal Bank of Canada exercised its power of sale under the *Property Act* and conducted a mortgage sale with respect to the property. I now know, because I've been told by Mr. Christie, that the property sold ... the mortgage at that point, or the amount due at that point was $79,101. The property was sold at the mortgage sale for $79,078 which means, assuming that we know everything ...

MR. CHRISTIE: Those ... If I may, those numbers are reversed.

THE COURT: I'm sorry.

MR. CHRISTIE: That's okay. I just wanted to let the ...

THE COURT: Okay. The amount due under the mortgage was ...
MR. CHRISTIE: $79,078.65.

THE COURT: All right. And the mort ... and the property was sold for $79,101, which left a, a ... $23.

On October the 19th the defendant was served with the Statement of Claim. On October the 20th -- this is 2009 -- the plaintiff was ordered to vacate the property. On November the 26th, 2009 the defendant filed a Notice of Intent to Defend along with a Demand for Particulars. On December the 8th, 2009 there was a hearing before the Court of Appeal in which the plaintiff sought leave to appeal the order that was made in the Moncton court on October the 20th, 2009. The leave to appeal was not granted, however the Court of Appeal noted that the order related only to 29 Marshall Street. So the plaintiff moved back into the property at whatever the other number is.

On October the ... on April the 20th, 2010 this motion was filed.

Okay. Now, the mortgage takes priority over the lien with respect to all monies advanced before the lien was filed, which means that the plaintiff, if he were to succeed in his claim for lien, would have $23, maybe. Maybe not, but maybe. Therefore, it is a complete waste of time to continue this claim for lien.

Now I will tell you, Mr. Murray, that you can bring an action personally against the defendant, Betty Rose Danielski, but your claim for lien is worth nothing.

MR. MURRAY: May I address that, Madam Justice? What I'd like to point out is that the mortgage sale that took place in July had a prospective purchaser who paid a deposit for purchasing the property, and the sale has not closed. So that sale is not final. The, the prospective purchaser ...

THE COURT: It doesn't matter, Mr. Murray. No matter what happens to this property the Royal Bank's claim is in priority to yours.

MR. MURRAY: What, what ...

THE COURT: It is a priority claim. The mortgage ... The Royal Bank will be paid before you no matter what.

MR. MURRAY: What I'd like to point out, Your Honour, though is that since the mortgage ... since the transfer of title has not happened yet and the sale has not happened yet, we cannot consider it a done deal because the prospective purchaser may back out on that deal. The property may be put back up for option … or for auction, and the sale might happen a second time for a much higher value which means that my, my lien may be covered. There's a potential there and it would be an extreme prejudice to the plaintiff in this matter to quash a lien that potentially could still be ....

THE COURT: I'm not quashing a lien. You are asking me to give you an extension. I'm not quashing anything. You are asking me to exercise my discretion to give you an extension of time ...

> MR. MURRAY: Yes.
>
> THE COURT: ... and I am not doing that.
>
> MR. MURRAY: Madam Justice, if I do not have the extension of time then the lien is extinguished because my understanding of the *Mechanics Lien Act* is that within one year if the action is not set down for trial ...
>
> THE COURT: And it hasn't been.
>
> MR. MURRAY: ... yes, or if there has not been a continuance granted then the mechanics lien is, is, is done; it's no longer ... cannot move forward any more. So, in effect, my lien would be quashed. What I'm requesting ...
>
> THE COURT: In effect, I am not giving you an extension on this matter. No extension. It is a waste of this court's time. It is a waste of money. It is a waste of everything. The Royal Bank of Canada has a priority lien against this property, and you are going to get zero from the property. You can sue Ms. Danielski, but nothing is going to come out of the property to you. And it makes no sense to give you the extension, and I'm not giving it.
>
> MR. MURRAY: Your Honour ...
>
> THE COURT: The end.
>
> MR. MURRAY: Your Honour, may I speak...
>
> THE COURT: The end.

[7] Most importantly, the motion judge sought the help of opposing counsel in gathering hearsay evidence by phoning two different sources, and then relied on that information to justify her decision to deny the continuance order.

[8] It may well be that, at the end of the day, the appellant ought not to obtain a continuance order. However, once he appears before a motion judge for a hearing related to the order sought, he is entitled to a fair hearing. This concept entails the right to advance arguments in line with the relevant evidence adduced by the parties to the motion. In this case, the appellant neither had a say in the information gathered by

opposing counsel at the request of the motion judge (a process which, by itself, is inimical to the concept of fairness), nor was he given a reasonable opportunity to challenge it. Even counsel for the respondent was unable to argue that the appellant was given a fair hearing.

[9] At some point during the hearing, we inquired whether we should grant the order that ought to have been granted below, had the appellant been given the fair hearing to which he was entitled. However, the appellant's written submission did not deal with the reasons why he ought to have been granted an order of continuance, but with the fact that he had been denied a fair hearing and why he ought to obtain one before the Court of Queen's Bench.

[10] Mr. Murray informed the Court he was not prepared at that time to argue for a continuance. The Court thus decided it would not be appropriate to deal with the matter on its merits, but that the appellant should be allowed to argue his case before another motion judge.

V. Disposition

[11] The appeal is allowed, without costs. The order of the motion judge is set aside and the appellant's motion for a continuance shall be heard by another judge of the Court of Queen's Bench.

Version française de la décision rendue par

LA COUR

I. Introduction

[1] Le 9 novembre 2010, la Cour a accueilli, séance tenante, l'appel de M. Murray, sans dépens. La Cour a du même coup annulé l'ordonnance de la juge saisie de la motion et ordonné la tenue d'une nouvelle audience devant la Cour du Banc de la Reine en précisant que des motifs seraient fournis à une date ultérieure. Voici ces motifs.

II. Le contexte

[2] Le 16 avril 2009, M. Murray a déposé une revendication de privilège en vertu de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-6, pour la somme de 80 000 $. Il a prétendu qu'entre septembre 2005 et avril 2009, il a fourni des matériaux et exécuté des travaux sur le bien-fonds de M^me^ Danielski sis au 29 et au 31, rue Marshall, à Fredericton (N.-B.). Le 21 avril 2009, il a déposé un avis de poursuite contre M^me^ Danielski. Toutefois, il n'a pas mis l'action au rôle dans un délai d'un an comme l'exige l'art. 52.1 de la *Loi*. Le 20 avril 2010, il a déposé un avis de motion en prolongation du délai imparti et en reprise de l'action. L'article pertinent de la *Loi* est reproduit à l'Annexe A.

[3] Dans l'intervalle, le bien-fonds de M^me^ Danielski a été vendu dans le cadre d'une vente hypothécaire conformément aux clauses d'une hypothèque consentie à la Banque Royale du Canada. Lorsque la motion de M. Murray en vue d'obtenir la reprise de son action a été entendue devant la Cour du Banc de la Reine, elle a été rejetée pour le motif que l'hypothèque avait priorité sur le privilège. À l'audience, toutefois, ni M. Murray ni l'avocat de M^me^ Danielski n'ont eu une occasion valable de se faire entendre. La juge saisie de la motion a accaparé le processus et, dès le début, elle a posé à

l'avocat de M^me^ Danielski des questions concernant la vente hypothécaire, le montant de l'hypothèque et le prix auquel le bien-fonds avait été vendu lors de la vente aux enchères.

[4] Aucun des renseignements demandés par la juge saisie de la motion n'apparaissait dans les documents déposés relativement à la motion. Les renseignements demandés n'étaient pas, dans l'ensemble, personnellement connus de l'avocat de M^me^ Danielski. Puisque la juge saisie de la motion lui avait demandé de les obtenir, il a téléphoné à deux avocats pendant un ajournement. Lors de la reprise de l'audience, il a informé la juge que le solde exigible au titre de l'hypothèque, y compris les taxes et les honoraires d'avocat, était de 79 078,65 $, que le bien-fonds avait été vendu aux enchères au prix de 79 101 $ et que le solde payable était de 22,35 $. Bien qu'aucun élément de preuve n'ait été produit pour étayer ces faits, la juge s'est immédiatement fiée à ces renseignements et a rejeté la motion.

III. Les questions à trancher en appel

[5] Bien que l'avis d'appel énonce dix-huit moyens, il est permis de les ramener à deux motifs de doléance :

(1) La juge a commis une erreur en s'appuyant sur du ouï-dire présenté par l'avocat de M^me^ Danielski;

(2) La juge a commis une erreur en ne donnant pas à M. Murray une audience équitable.

IV. Analyse

[6] Il n'y a pas grand-chose à dire à propos du fait que l'appelant n'a tout simplement pas obtenu une audience équitable. Un examen rapide de la décision de la juge montre à l'évidence que M. Murray n'a à aucun moment eu la possibilité d'invoquer les moyens qu'il voulait faire valoir. Il vaut la peine de reproduire les commentaires que la juge a faits après l'ajournement :

[TRADUCTION]

LA COUR : C'est ce que je pensais.

Très bien. Je vais maintenant revenir sur l'exposé des événements, sur les dates et ainsi de suite pour que cela soit consigné au dossier. Je vais tout reprendre depuis le début.

Le 24 octobre 2000, Betty Rose Danielski a acheté le bien-fonds en question. Le 26 octobre 2000, elle l'a grevé d'une hypothèque de 86 700 $ en faveur de la Banque de Montréal [*sic*].

Le... le demandeur dans la présente action prétend qu'en juillet 2005, il a... il avait passé un contrat avec M^me^ Danielski. En... le 16 avril 2009, le demandeur a déposé une revendication de privilège dont le montant s'établissait à 80 000 $. Puis, le 21 avril, il a déposé un avis de poursuite accompagné d'un exposé de la demande et d'un certificat d'affaire en instance auprès de la Cour. Le 16 juillet 2009, la Banque Royale du Canada a exercé le pouvoir de vente que lui confère la *Loi sur les biens* et a procédé à une vente hypothécaire relativement au bien-fonds. Je sais maintenant, parce que M^e^ Christie me l'a dit, que le bien-fonds a été vendu… l'hypothèque à ce moment-là, ou le montant exigible à ce moment-là était de 79 101 $. Le bien a été vendu lors de la vente hypothécaire au prix de 79 078 $, ce qui signifie, à supposer que nous sachions tout...

M^e^ CHRISTIE : Ces... Si je puis me permettre, ces nombres sont inversés.

LA COUR : Je suis désolée.

M^e^ CHRISTIE : Ce n'est pas grave. Je voulais juste laisser la…

LA COUR : Bien. La somme exigible aux termes de l'hypothèque était...

M^e^ CHRISTIE : 79 078,65 $.

LA COUR : Très bien. Et l'hypothèque... et le bien a été vendu au prix de 79 101 $, ce qui a laissé... 23 $.

Le 19 octobre, la défenderesse a reçu signification de l'exposé de la demande. Le 20 octobre – c'était en 2009 – le demandeur a fait l'objet d'une ordonnance lui enjoignant de quitter les lieux. Le 26 novembre 2009, la défenderesse a déposé un avis d'intention de présenter une défense accompagné d'une demande de précisions. Le 8 décembre 2009, il y a eu une audience devant la Cour d'appel, audience dans le cadre de laquelle le demandeur a sollicité l'autorisation d'appeler de l'ordonnance rendue par le tribunal, à Moncton, le 20 octobre 2009. L'autorisation d'appel n'a pas été accordée mais la Cour d'appel a souligné que l'ordonnance ne se rapportait qu'au 29, rue Marshall. Le demandeur a donc emménagé de nouveau dans le bien-fonds, mais à l'autre adresse, quel qu'en soit le numéro.

Le... octobre…, le 20 avril 2010, la présente motion a été déposée.

Bien. Alors, l'hypothèque a priorité sur le privilège en ce qui concerne toutes les sommes qui ont été avancées avant que le privilège ne soit déposé, ce qui signifie que le demandeur, pour le cas où sa revendication de privilège serait accueillie, obtiendrait 23 $, peut-être. Peut-être pas, mais peut-être. Par conséquent, ce serait une complète perte de temps que de poursuivre ou de reprendre cette revendication de privilège.

Bien, je vais vous dire, M. Murray, que vous pouvez engager une action personnelle contre la défenderesse, Betty Rose Danielski, mais votre revendication de privilège n'a aucune valeur.

M. MURRAY : Puis-je répondre à cela, Madame la juge? Ce que j'aimerais souligner, c'est qu'il y a eu un acheteur éventuel à la vente hypothécaire qui a été tenue en juillet et cet acheteur éventuel a versé un dépôt à valoir sur l'achat du bien et il n'y a pas eu clôture de la vente. De sorte que la vente n'est pas définitive. Le, l'acheteur éventuel…

LA COUR : Cela est sans importance, M. Murray. Peu importe ce qu'il adviendra de ce bien, la créance ou la revendication de la Banque Royale a priorité sur la vôtre.

M. MURRAY : Qu'est-ce que...

LA COUR : C'est une créance prioritaire. L'hypothèque... La Banque Royale sera payée avant vous peu importe ce qui se passera.

M. MURRAY : Ce que j'aimerais souligner, Votre Honneur, toutefois, c'est que puisque l'hypothèque... puisque le transfert de titre n'a pas encore eu lieu et que la vente n'a pas encore été conclue, nous ne pouvons considérer que la vente est un fait accompli parce que l'acheteur éventuel pourrait se désister. Le bien pourrait faire l'objet d'une nouvelle option… ou d'une nouvelle vente aux enchères, et la vente pourrait avoir lieu une deuxième fois à un prix beaucoup plus élevé, ce qui signifie que le montant de mon, mon privilège pourrait être couvert. Il existe une possibilité et ce serait commettre un très grave préjudice envers le demandeur en l'espèce que d'annuler un privilège qui serait encore susceptible d'être…

LA COUR : Je ne suis pas en train d'annuler un privilège. Vous me demandez de vous accorder une prolongation, je n'annule rien. Vous me demandez d'exercer mon pouvoir discrétionnaire aux fins de vous accorder une prolongation de délai...

M. MURRAY : Oui.

LA COUR : ... et je refuse de le faire.

M. MURRAY : Madame la juge, si je n'obtiens pas la prolongation du délai, le privilège sera éteint parce que si je comprends bien la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, si l'action n'est pas mise au rôle dans un délai d'un an…

LA COUR : Et elle ne l'a pas été.

M. MURRAY : ... oui, ou si la reprise n'a pas été ordonnée, le privilège de construction est, est, est éteint; il n'existe plus… il ne peut plus être exercé. De sorte qu'en fait, mon privilège serait annulé. Ce que je demande...

LA COUR : En fait, je ne vous accorde pas de prolongation de délai en l'espèce. Aucune prolongation. C'est une perte de temps pour la Cour. C'est de l'argent gaspillé. C'est un gaspillage général. La Banque Royale du Canada est détentrice d'un privilège prioritaire qui grève le bien-fonds

> et vous ne tirerez absolument rien de ce bien. Vous pouvez poursuivre M[me] Danielski, mais le bien-fonds ne vous rapportera rien. Et il serait illogique de vous accorder la prolongation et je ne vous l'accorde pas.
>
> M. MURRAY : Votre Honneur...
>
> LA COUR : C'est terminé.
>
> M. MURRAY : Votre Honneur, puis-je parler...
>
> LA COUR : C'est terminé.

[7] Facteur plus important, la juge saisie de la motion a demandé à l'avocat adverse de l'aider à recueillir de la preuve par ouï-dire en téléphonant à deux sources différentes et s'est ensuite appuyée sur les renseignements ainsi obtenus pour justifier sa décision de refuser de rendre l'ordonnance de reprise de l'action.

[8] Il se peut fort bien qu'au bout du compte, on conclue que l'appelant ne devrait pas obtenir une ordonnance de reprise de l'action. Toutefois, dès lors qu'il comparaît devant un juge saisi d'une motion en vue d'une audience relative à l'ordonnance demandée, il a droit à une audience équitable. Ce concept comprend le droit de faire valoir des arguments en accord avec la preuve pertinente produite par les parties à la motion. En l'espèce, l'appelant n'a pas eu son mot à dire sur les renseignements recueillis par l'avocat adverse à la demande de la juge saisie de la motion (processus qui est, en soi, hostile à la notion d'équité) et on ne lui a pas non plus donné une occasion raisonnable de les contester. Même l'avocat de l'intimée a été incapable de prétendre que l'appelant a eu une audience équitable.

[9] À un certain moment pendant l'audience, nous avons posé la question de savoir si nous devrions rendre l'ordonnance qui aurait dû être rendue par le tribunal d'instance inférieure, pour le cas où l'appelant aurait eu l'audience équitable à laquelle il avait droit. Toutefois, le mémoire de l'appelant ne traitait pas des motifs pour lesquels on aurait dû lui accorder une ordonnance de reprise de l'action, mais du fait qu'on lui avait

refusé une audience équitable et des raisons pour lesquelles il devait en obtenir une devant la Cour du Banc de la Reine.

[10] M. Murray a informé la Cour qu'il n'était pas prêt, à ce moment-là, à présenter une argumentation en faveur de la reprise. La Cour a donc décidé qu'il n'était pas indiqué de trancher l'affaire sur le fond, mais que l'appelant devrait avoir la possibilité de faire valoir sa preuve devant un autre juge saisi de la motion.

V. Dispositif

[11] L'appel est accueilli sans dépens. L'ordonnance de la juge saisie de la motion est annulée et la motion de l'appelant en vue de la reprise de l'action sera entendue par un autre juge de la Cour du Banc de la Reine.

APPENDIX A / ANNEXE A

52.1(1) An action to enforce a lien shall be deemed to be discontinued one year after the action is commenced unless

(a) the action has been set down for trial, or

(b) an application has been made to a judge of The Court of Queen's Bench of New Brunswick for an order continuing the action and a copy of the notice of application has been served on the defendant to the action.

52.1(2) In ordering the continuance of an action, the judge may impose such terms and conditions and give such directions as the judge considers appropriate for the continuation of the action.

1982, c. 38, s. 2; 1992, c. 84, s. 7.

52.1(1) Une action visant l'exercice d'un privilège est réputée être abandonnée un an après son introduction, sauf si

a) l'action a été mise au rôle, ou

b) une requête a été présentée à un juge de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick pour obtenir une ordonnance de reprise de l'action et si une copie de l'avis de la requête a été signifiée au défendeur à l'action.

52.1(2) En rendant l'ordonnance de reprise d'une action, le juge peut imposer les conditions et donner les instructions qu'il estime justes pour la reprise de l'action.

1982, c. 38, art. 2; 1992, c. 84, art. 7.