COURT OF APPEAL OF NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

91-15-CA

GREGORY JAMES KEOUGH

APPELLANT

- and -

SANDFIRE CAPITAL LIMITED PARTNERSHIP

RESPONDENT

Keough v. Sandfire Capital Limited Partnership, 2016 NBCA 50

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

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
September 22, 2015

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
May 19, 2016

Judgment rendered:
September 15, 2016

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

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

GREGORY JAMES KEOUGH

APPELANT

- et -

SANDFIRE CAPITAL LIMITED PARTNERSHIP

INTIMÉE

Keough c. Sandfire Capital Limited Partnership, 2016 NBCA 50

CORAM :
l'honorable juge en chef Drapeau
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 22 septembre 2015

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 19 mai 2016

Jugement rendu :
le 15 septembre 2016

Motifs de jugement :
l'honorable juge en chef Drapeau

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Josie H. Marks

For the respondent:
James E. Fowler, Q.C.

THE COURT

Where mortgagees buy in at auction for a nominal sum, the power of sale has been exercised "improperly". Yet, the mortgagees have added to their portfolio a valuable asset. In any follow-up action for deficiency, debits and credits are calculated and applied as of the date of the mortgage sale, and the burden lies on the mortgagee, the party asserting entitlement, to prove the amount owing under the mortgage and the market value of the asset in question. Only once those figures are established can judgment be granted for any deficiency.

The summary judgment motion judge erred in law in calculating the deficiency as of the date of resale. Moreover, he did not determine the market value of the mortgaged property as of the date of the mortgage sale, and what that value was is a genuine issue of fact requiring a trial.

The appeal is allowed and the summary judgment is set aside. However, the Court defines the issues that are no longer in dispute and directs a trial of the only one that remains outstanding: the market value of the mortgaged property as of the date of the mortgage sale. Costs in the court below will be costs in the cause, and the respondent shall pay costs on appeal, which are set at $7,720.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Josie H. Marks

Pour l'intimée :
James E. Fowler, c.r.

LA COUR

Lorsque des créanciers hypothécaires se portent acquéreurs aux enchères moyennant une somme nominale, le pouvoir de vente a été exercé « improprement ». Pourtant, les créanciers hypothécaires ont ajouté un bien de grande valeur à leur portefeuille. Dans toute action ultérieure en recouvrement d'un manque à gagner, les débits et crédits sont calculés et arrêtés à la date de la vente hypothécaire, et il incombe au créancier hypothécaire, soit la partie qui fait valoir un droit, de prouver le montant qui lui est dû au titre de l'hypothèque ainsi que la valeur marchande du bien en cause. Ce n'est qu'une fois que ces montants ont été établis qu'un jugement peut être accordé pour recouvrer le manque à gagner éventuel.

Le juge saisi de la motion en jugement sommaire a commis une erreur de droit en calculant le manque à gagner à la date de la revente. De plus, il n'a pas déterminé la valeur marchande du bien hypothéqué à la date de la vente hypothécaire, et l'établissement de cette valeur constitue une question purement factuelle nécessitant une instruction.

L'appel est accueilli et le jugement sommaire annulé. Cependant, la Cour précise quelles sont les questions qui ne sont plus contestées et ordonne l'instruction de la seule qui reste à trancher, à savoir la valeur marchande du bien hypothéqué à la date de la vente hypothécaire. Les dépens au tribunal inférieur suivront l'issue de la cause et l'intimée est condamnée aux dépens en appel qui sont fixés à 7 720 $.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction and Overview

[1] The respondent loaned a large sum of money to the appellant's numbered company on repayment terms set out in a promissory note and a collateral mortgage, both of which were executed by the appellant on behalf of his company and as "guarantor". Neither the appellant nor his numbered company made any payment required of them and, as a result, the respondent exercised its power of sale under the *Property Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-19 ("*Act*"). There being no bids at the auction, the respondent bought the mortgaged property for a nominal sum. It subsequently resold the property for a price that, while significant, left a loan balance. The quantum of the "deficiency", if any, lies at the heart of the underlying action against the appellant on his guarantees and the respondent's successful motion for summary judgment for the sum of $190,997.67 and costs of $7,720.

[2] The principal complaints of error on the motion judge's part may be formulated as follows: (1) finding the documents executed by the appellant gave rise to legally enforceable guarantees; (2) failing to hold the respondent forfeited any right to sue by purchasing the property at the auction for a nominal sum; (3) failing to conclude the value of the property erased the debt or, at the very least, gives rise to a genuine dispute of fact that precludes summary judgment; and (4) in any event, calculating the deficiency as of the date of the resale, rather than the mortgage sale date, and charging the appellant with the legal fees and real estate commission incidental to the resale transaction. In my view, only the latter two complaints are well founded.

[3] While I agree the motion judge correctly found against the appellant on the issues raised by complaints (1) and (2), I respectfully conclude he erred in law in failing to focus on the market value of the property as of the auction date. Indeed, it has

long been the law in this Province that deficiencies stand to be calculated as of the date of the mortgage sale (see *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), at para. 29). Had the motion judge directed his mind to the auction date for deficiency calculation purposes, he would undoubtedly have concluded there was a genuine dispute of fact over the market value of the property as of that date and directed a trial of this issue (see *Cannon v. Lange et al.* (1998), 203 N.B.R. (2d) 121, [1998] N.B.J. No. 313 (C.A.) (QL), at paras. 12-20).

[4] Where default has occurred and the mortgagee proceeds to realize upon its security, ss. 44-47 of the *Act* create a largely mortgagor-unfriendly bundle of powers, rights, limits on liability and immunities, one that is unmatched elsewhere in Canada and, for that matter, the rest of the common law world. Thus, under those provisions, the mortgagee has the power to buy in at the auction for its own benefit and to its own use, as well as the power to resell the property, without being answerable for any incidental loss. In fact, the mortgagee is only liable in damages for "voluntary" losses arising from an unauthorized, irregular or "improper" exercise of the power of sale. That said, where, as here, the mortgagee buys the property for a nominal sum, there has been an "improper" exercise of the power of sale within the meaning of s. 47(2) and the mortgagee is answerable in damages for all consequential losses.

[5] In any action or counterclaim for damages, the mortgagor bears the burden of proof for each condition precedent to legal entitlement and all other principles applicable to the recovery of damages come into play (see *Bérubé v. Lévesque* (1999), 219 N.B.R. (2d) 8, [1999] N.B.J. No. 448 (C.A.) (QL)). However, in an action for deficiency following the mortgagee's acquisition of the subject property through an "improper" exercise of the statutory power of sale, the mortgagee bears the burden of proving legal entitlement, which it can only discharge by establishing the amount owing under the mortgage and deducting the market value of the property at the time of the sale. The "forced" value is inappropriate in those cases because the mortgagee, as owner, is free to dispose of the asset in question at a time and in circumstances conducive to

fetching the full market value. Moreover, expenses incurred post-mortgage sale are the sole responsibility of the mortgagee *qua* owner and are not chargeable to the mortgagor: *Bayview Credit Union Ltd. v. Gambit Holdings & Development Ltd. et al.*, 2002 NBCA 49, 251 N.B.R. (2d) 158, at paras. 12-13.

[6] Applying that framework to the case at hand, I would allow the appeal and set aside the summary judgment. With a view to expediting the litigation and adjudication processes, I would, however, delineate their focus. The motion judge was bound by *Banque Nationale du Canada v. Desrosiers* (1996), 167 N.B.R. (2d) 241, [1996] N.B.J. No. 9 (C.A.) (QL) to find the purchase of the property for a nominal sum did not strip the respondent of its right to sue on the appellant's guarantees. Moreover, the judge's finding that the guarantees are enforceable is unimpeachable. Those issues are no longer "in dispute" within the meaning of Rule 22.05(1). Indeed, the only outstanding material issue for purposes of calculating the deficiency, if any, is the market value of the property as of the auction date. I would direct that issue be litigated and tried in accordance with the *Rules of Court*. As well, I would order the costs of the proceedings in the court below be costs in the cause.

II. Context

[7] The appellant was, at all material times, a resident of Dieppe, N.B., and the sole officer, director and shareholder of 633287 N.B. Inc. The latter needed funding to complete the construction of a condominium building in Dieppe (the "Primrose" project) and it turned for help to the respondent, Sandfire Capital Limited Partnership, a limited partnership with registered office at the City of Toronto, Ontario.

[8] In early 2012, Sandfire agreed to loan $200,000 to the appellant's numbered company on the security of a collateral mortgage on a vacant lot on Amirault Street in Dieppe, New Brunswick. The lot in question, which was adjacent to the Primrose project and had been acquired in 2011, was subject to a collateral mortgage for the sum of $175,000.

[9] Sandfire agreed to the loan after considering a report prepared by a reputable appraiser valuating the property at $275,000 in early 2011. The motion judge ruled the value set by the report was inadmissible opinion evidence. He went on to add that, in any event, a number of circumstances rendered the report unreliable for valuation purposes on the date of the resale.

[10] On March 8, 2012, Sandfire advanced $200,000 to the appellant's numbered company, which sum the latter agreed to repay with interest in accordance with a promissory note, the terms of which were incorporated in the collateral mortgage on the Amirault Street vacant lot.

[11] Both documents were executed by the appellant not only on behalf of his numbered company but, as well, as "guarantor".

[12] The promissory note reads as follows:

> PROMISSORY NOTE
>
> $200,000.00 Date: March 8, 2012
>
> For value received, the undersigned promises to pay to the order of SANDFIRE CAPITAL LIMITED PARTNERSHIP, of 185 Carlingview Drive, Toronto, in the Province of Ontario, the sum of Two Hundred Thousand dollars ($200,000.00) at an interest rate of twelve percent (12%) per annum with a term of one (1) year to be paid as follows: Interest only payments in the amount of Two Thousand Dollars ($2,000.00) per month to begin on the 8th day of April, 2012 and on the 8th day of each and every month thereafter until maturity date, at which point the full balance is due and payable.
>
>) 633287 N.B. Inc.
>)
>)
>) Per: (*handwritten signature*)
>) Gregory James Keough,
> President

Dated at Moncton, NB, this 8 day of March, 2012

(*handwritten signature*)
Gregory James Keough, Guarantor

[13] The collateral mortgage provides as follows:

Form 15.1

COLLATERAL MORTGAGE

Land Titles Act, S.N.B. 1981, c. L-1.1, s. 25
Standard Forms of Conveyance Act, S.N.B. 1980, c. S-12.2, s. 2

Parcel Identifier: 70546460

Mortgagor: 633287 N.B. Inc.
299 Champlain ST
Dieppe NB
E1A 1P2

Mortgagee: Sandfire Capital Limited Partnership
185 Carlingview DR
Toronto ON
M9W 5E8

Guarantor: Gregory James Keough
733 Chartersville Road
Dieppe NB E1A 1K7

Manner of Tenure: Not Applicable

Particulars of Security: ***Promissory note as [negotiated] on this date.***

Statutory Covenants and Conditions Excluded: None

Optional Covenants and Conditions Included: None

The mortgagor mortgages to the mortgagee in the specified manner of tenure the specified parcel as collateral security, the particulars of which are specified.

The mortgagor acknowledges receipt of the text of the covenants and conditions which are contained in this mortgage […] by virtue of

subsection 25(4) of the Land Titles Act, and agrees to be bound by them to the same extent as if set out at length herein.
Date: March 8, 2012 (*handwritten*)

Witness:	Mortgagor:
	(handwritten signature) 633287 N.B. Inc. Gregory James Keough – President
(handwritten signature) Thomas Maillet	*(handwritten signature)* Gregory James Keough, Guarantor

[The emphasis is mine.]

[14] Under s. 25(4) of the *Land Titles Act*, S.N.B. 1981, c. L-1.1, every mortgage in prescribed form is deemed to contain "the covenants and conditions prescribed". Those covenants and conditions are set out in Schedule C of the General Regulation 83-130 under the *Land Titles Act*. The following are pertinent for our present purposes:

101. The mortgagor covenants with the mortgagee that the mortgagor shall pay to the mortgagee the principal sum and interest as hereinbefore set out and all other money payable hereunder; on all arrears of principal, interest and any other sums due to the mortgagee, interest shall be payable at the times and at the interest rate stated, before as well as after maturity, until paid.	101. Le débiteur hypothécaire convient avec le créancier hypothécaire que le débiteur hypothécaire doit payer au créancier hypothécaire le capital et les intérêts tels qu'indiqués plus haut et toutes les autres sommes payables en vertu des présentes; des intérêts doivent être payés sur tous les arriérés de capital, d'intérêt et de toute autre somme due au créancier hypothécaire, aux dates et au taux fixés, aussi bien avant qu'après qu'ils soient arrivés à échéance jusqu'à leur paiement.
[…]	[…]
108. The mortgagor covenants with the mortgagee that the mortgagor shall pay all taxes, rates, levies and assessments upon the lands and premises during the	108. Le débiteur hypothécaire convient avec le créancier hypothécaire que le débiteur hypothécaire doit payer tous les impôts, taxes et droits sur les biens-fonds et

continuance of this mortgage as and when the same become due and payable, and shall produce to the mortgagee receipts for such payments.	lieux pendant la durée de la présente hypothèque dès qu'ils sont payables et de fournir les reçus de ces paiements au créancier hypothécaire.
[…]	[…]
115. On default of any payment hereunder or on breach of any covenant, agreement or proviso herein contained or implied on the part of the mortgagor to be made, observed or performed, in whole or in part, the power of sale and all other powers conferred on the mortgagee by virtue of the *Property Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-19, are incorporated herein, as if the mortgage were made by deed.	115. En cas de manquement du débiteur hypothécaire à son engagement de payer toute somme en vertu des présentes ou à tout engagement, entente ou clause y figurant ou sous-entendu que le débiteur hypothécaire a la charge d'effectuer, observer ou exécuter, en totalité ou en partie, le pouvoir de vente et tous les autres pouvoirs conférés au créancier hypothécaire en vertu de la *Loi sur les biens*, ch. P-19 des L.R.N.-B. de 1973 sont incorporés aux présentes, comme si l'hypothèque était conclue par un acte de transfert.

[15] The existing $175,000 mortgage was discharged following its payment from the proceeds of the Sandfire loan. The record is mute on the precise payout.

[16] None of the payments required under the promissory note and the collateral mortgage were made. After demand letters proved fruitless, Sandfire sought to realize on the mortgage security through the power of sale conferred by the *Act*.

[17] At the March 27, 2014 auction, Sandfire bought the property for the nominal sum of $100.

[18] At that time, the property was assessed at $43,500 for real property tax purposes. It is unclear whether the assessment took into account the property's recent subdivision into lots and re-zoning.

[19] On April 9, 2014, Sandfire commenced the underlying action, claiming the full amount of principal and interest owed ($253,559.63) without any credit for the value of the asset (the mortgaged property) it acquired at the auction.

[20] On May 13, 2014, the appellant filed a Statement of Defence contesting the claim on the grounds that his personal liability was not engaged under any document. Correlatively, the appellant pleaded s. 1(b) of the *Statute of Frauds Act*, R.S.N.B. 1973, c. S-14, repealed as of September 30, 2014, which read as follows:

1 No action shall be brought	1 Il ne peut être intenté d'action
[…]	[…]
(b) to charge any person upon a special promise to answer for the debt, default, or miscarriage of another,	b) contre une personne sur la base d'une promesse spéciale de répondre des dettes, manquements ou actes dommageables d'un tiers,
[…]	[…]
unless the agreement upon which the action is brought, or some memorandum or note thereof, is in writing, and signed by the party to be charged therewith, or some other person authorized by him.	que si la convention qui donne lieu à l'action est constatée par un écrit ou que s'il en existe un mémoire ou une note et que si la convention, le mémoire ou la note porte la signature de la partie contre laquelle l'action sera intentée ou de toute autre personne autorisée par elle.

[21] The appellant formulated the following alternative plea:

> 6. In the alternative, the Defendant states that, if he guaranteed payment of all or part of the sums claimed by the Plaintiff (which guarantee is not admitted and is explicitly denied), the Plaintiff has recovered all amounts owing such that there is no deficiency for which the Defendant is responsible. Specifically:
>
> a) The sums claimed by the Plaintiff were secured by way of a Collateral Mortgage against real property owed by 633287 NB Inc. and bearing Property Identification Number 70546460 (the "Property");

b) The Plaintiff advanced the funds to 633287 NB Inc. only after obtaining an appraisal of the Property which confirmed its market value to be $275,000.00;

c) In March of 2014, the Plaintiff exercised its Power of Sale against the Property;

d) In exercising its Power of Sale, the Plaintiff breached its duties to act in good faith by submitting a bid of $1.00 to purchase the Property when it knew or ought to have known that the fair market value of the Property at that time exceeded the amounts outstanding on the Collateral Mortgage and Promissory Note;

e) In exercising its Power of Sale, the Plaintiff failed to take reasonable precautions to obtain fair market value for the Property and, had it done so, there would have been no deficiency;

f) The entire amount of any debt owing by 633287 NB Inc. to the Plaintiff was satisfied by the Plaintiff's acquisition of the Property; and

g) The Defendant denies that there remain any outstanding deficiency or amounts owing to the Plaintiff as alleged and puts the Plaintiff to the strict proof thereof.

[22] Towards the end of May, Sandfire sought and obtained the opinion of a local appraiser who set the value of the property at $46,400. The reliability of that opinion was challenged by the respondent and an experienced real estate agent retained by it.

[23] On June 6, 2014, Sandfire listed the property for sale. The original listing price was $199,000, but this amount was subsequently lowered to $119,900. There is no explanation in the record for the reduction.

[24] On June 25, 2014, a third party offered to purchase the property for $110,000. The offer, which was conditional and contained what the motion judge

described as “substantial clauses with respect to due diligence”, was accepted. Nevertheless, the property remained listed for sale until the end of 2014. However, no other offers were received. The appellant contends this is not surprising given that a “Sold” sign had been posted on the property.

[25] On September 29, 2014, Sandfire filed a Notice of Motion seeking summary judgment for $253,559.63, the full amount of the loan together with interest, as claimed in the Statement of Claim. That said, at the hearing in the Court of Queen’s Bench, all parties dealt with the action as a claim for the outstanding deficiency following the respondent’s exercise of the default-related powers conferred by the *Act*.

[26] On December 16, 2014, the potential purchaser of the mortgaged property delivered a letter raising a number of value-related concerns and seeking a reduction of the purchase price to $65,000. Sandfire declined and the transaction closed on February 5, 2015 for the price of $110,000. No explanation has been provided for the purchaser’s capitulation.

[27] The net proceeds of the sale following adjustments on closing amounted to slightly more than $100,000.

[28] On March 5, 2015, the appellant applied for the determination of a question of law, namely the enforceability of his “guarantees”.

[29] The hearing of the motions, which began on March 18, 2015, was adjourned until the following August to allow Sandfire an opportunity to file additional affidavit evidence from its realtor.

[30] On September 24, 2015, the motion judge rendered the decision under appeal, finding the guarantees signed by the appellant were legally enforceable and granting summary judgment in favor of the respondent for the sum of $190,997.67 and

costs of $7,720. As mentioned, the motion judge calculated the deficiency as of the date of the resale. He added: (1) interest at the rate specified in the promissory note; (2) the real estate commission on the resale; and (3) the legal fees incidental to that transaction.

[31] It is alleged in the Notice of Appeal that the motion judge committed the following errors:

> (a) […] finding that insertion of a signature line labelled "guarantor" on a legal instrument or agreement defining the creditor's and/or debtor's obligations is sufficient to create an enforceable contract of personal guarantee and meets the requirements of section 1(b) of the *Statute of Frauds,* RSNB 1973, c S-14;
>
> (b) In the alternative, […] adopting an approach to contractual interpretation that fails to consider the "surrounding circumstances" contrary to the directives of the Supreme Court of Canada in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53;
>
> (c) […] finding that there was sufficient evidence before the Court to assess damages and committed errors of law and of fact with respect to his assessment of same.

III. Analysis and Decision

[32] I begin with a brief consideration of complaints articulated in the Appellant's Submission, but not pursued or pressed at the hearing. These include the contention the appellant is not liable for any deficiency because: (1) the true relationship between the parties was that of a partnership or joint venture, and guarantees were not part of the overall arrangement; and (2) there was no consideration provided for the guarantees, which were unsealed. I would dismiss these objections summarily.

[33] The rights and obligations of the parties must be determined on the basis of the terms of the promissory note and the collateral mortgage, unless there is evidence of an agreement to the contrary. Indeed, an agreement disentitling the lender from

exercising its rights under the security instrument in place would be highly relevant, and perhaps dispositive of any related dispute (see *Mar-Sand Properties Ltd. v. Central Mortgage & Housing Corp.* (1975), 12 N.B.R. (2d) 597, [1975] N.B.J. No. 204 (Q.B.) (QL) (Stevenson J.)). However, there is no evidence of any such agreement. Moreover, the appellant may not rely on either *non est factum* (Latin for "it is not my deed") or lack of consideration since neither excuse is pleaded in the Statement of Defence (see Rules 27.06(1), 27.06(2), 27.07(3), 27.07(5) and 27.07(6) of the *Rules of Court*) or raised as a ground of appeal in the Notice of Appeal (see Rule 62.09(2)). Be that as it may, there is no merit to either of those arguments.

[34] Indeed, the record permits only one inference: the appellant, who was actively engaged in the acquisition of local commercial properties for resale or development purposes, was not mistaken as to the nature of the documents he signed, both of which were prepared by his lawyer. He is identified as "guarantor" in the promissory note and the collateral mortgage, and signed each document as such. The argument based on *non est factum* is manifestly without merit.

[35] Moreover, while it is hornbook law that an unsealed guarantee is unenforceable in the absence of consideration, it need not be provided to the guarantor. It is sufficient if, as agreed by the parties to the guarantee, consideration moved from its beneficiary to a third party. The law is aptly explained in *Snell Lumber Ltd. v. Teed* (1959), 43 M.P.R. 304, [1960] C.C.S. No. 252 (N.B.C.A.), where McNair, C.J.N.B., stated:

> […] [A]n executed consideration will not support a promise and, in consequence, a guarantee, unless under seal, will not be valid unless there be some new consideration moving from the promisee. Where, however, a guarantee is given to secure a future debt, as for goods to be supplied, the subsequent supply of goods to the principal debtor constitutes consideration to support the promise of the guarantor to the seller. [p. 309]

[36] In the case at hand, the "guarantees" were given as security for the subsequent advance of funds to the appellant's numbered company, the principal debtor. That payout constitutes sufficient consideration to support the promise of the appellant as guarantor. I now turn to the appellant's primary submissions.

A. *Failure to specify essential terms as a basis for guarantee unenforceability*

[37] The appellant contends his guarantees are not legally enforceable because their essential terms are not in writing. More specifically, the appellant submits his signature over the line above the typewritten word "guarantor" in both the promissory note and the collateral mortgage is not sufficient to give rise to an enforceable guarantee. Like the motion judge, I respectfully reject that submission. I do so because it overlooks the commonly understood meaning of the word "guarantor", and the terms of the promissory note and the collateral mortgage to which the guarantee relates.

[38] There is nothing nebulous about the nature and effect of a contract of guarantee. A guarantor promises the creditor "to be responsible, in addition to the principal, for the due performance by the principal of his existing or future obligations to the creditor, if the principal fails to perform those obligations": Geraldine Andrews, Q.C. and Richard Millett, Q.C., *Law of Guarantees*, 7th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2015), para. 1-004. In sum, a guarantor is personally liable for the debt, default or miscarriage of the principal. The scope of the guarantee obligations stands to be determined by reference to the principal contract. On that score, I readily accept as correct the following statements in Kevin McGuinness, *The Law of Guarantee*, 3rd ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada Inc., 2013) pp. 6.50-6.51:

> 6.50 Since a guarantee will usually be intended to protect the creditor from the losses and expenses that are likely to arise by virtue of a breach of the principal contract to which it relates, the terms of that contract are relevant in determining the scope of the guarantee obligation. They form, in other words, a part of the contractual matrix relevant to the guarantee transaction. […]

> 6.51 Usually, the guarantee contract is construed by reading it together with the principal contract and any related documents. […]

By his signature as "guarantor" the appellant guaranteed the debt owing by his numbered company under the promissory note.

[39] Likewise, as guarantor under the collateral mortgage, the appellant promised to pay all money due by virtue of that instrument. This promise, which arises from the essential nature of a guarantee, is further defined by condition 101 (the covenant to pay) and the promissory note, both of which are part and parcel of the mortgage.

[40] In my respectful opinion, the terms of the appellant's guarantees are unambiguous and, as the motion judge rightly found, they are legally enforceable.

B. *The statutory regime for the exercise of the mortgagee's powers, including the power of sale and resale, and the calculation of any deficiency*

[41] Judges of the Court of Queen's Bench have been struggling with a number of issues in connection with the powers conferred upon mortgagees by ss. 44-47 of the *Act*. As expected, each decision rendered reflects a conscientious attempt at avoiding a perceived unfairness resulting from the application of statutory provisions drafted for the benefit of mortgagees. Moreover, some of those decisions appear to have been shaped to some extent by case-specific concessions and incomplete legal submissions, some oblivious of those statutory provisions.

(1) <u>Legislative history</u>

[42] The case at hand brings into play the mortgagee's statutory powers of sale, buy in at auction and resale. It does not involve the "right of foreclosure", which is preserved by virtue of s. 47(5). Nevertheless, understanding the problems associated with the exercise of that right sheds light on the object of ss. 44-47 of the *Act*.

[43] In both the courts of equity and law, the mortgagee became the owner of the property immediately upon the mortgagor's default, but the courts of equity "by a decree *in personam* would compel the mortgagee upon equitable terms to reconvey the land to the mortgagor and, if the mortgagee had already taken possession, would compel him to account for rents and profits received" (see W.B. Rayner and R.H. McLaren, *Falconbridge on Mortgages*, 4th ed. (Agincourt, Ont.: Canada Law Book Limited, 1977), at p. 41). That power has been described as objectionable "because it contradicts the language of the mortgage": *Falconbridge on Mortgages*, 4th ed., at p. 40. On this point, the authors of that oft-referenced textbook find support in the observations of Lord Bramwell in *Salt v. Marquess of Northampton*, [1892] A.C. 1, at pp. 18-19:

> […] Of course, one knows in a general, if not in a critical way, what is an equity of redemption. It is a right not given by the terms of the agreement between the parties to it, but contrary to them, to have back securities given by a borrower to a lender, I suppose one may say by a debtor to a creditor, on payment of principal and interest, at a day after that appointed for payment, when by the terms of the agreement between the parties the securities were to be the absolute property of the creditor. This is now a legal right in the debtor. Whether it would not have been better to have held people to their bargains, and taught them by experience not to make unwise ones, rather than relieve them when they have done so, may be doubtful. We should have been spared the double condition of things, legal rights and equitable rights, and a system of documents which do not mean what they say. But the piety or love of fees of those who administered equity has thought otherwise. And probably to undo this would be more costly and troublesome than to continue it.

[44] As an antidote to the defaulting mortgagor's inalienable right of redemption, the courts of equity eventually accorded the mortgagee the right of foreclosure. The mortgagee could apply for a decree of foreclosure, which obligated the mortgagor in default to "exercise his equitable right to redeem within a reasonable time or be forever precluded from exercising it": *Falconbridge on Mortgages*, 4th ed., at p. 42.

[45] However, foreclosure in equity could only be achieved through a process that was cumbersome and quite often tedious. The inefficiency of that means of realizing the mortgage debt prompted conveyancers in the 19th century to develop a contractual power of sale whose aim was to provide "a simpler and more expeditious mode of getting rid of the mortgagor's equity of redemption and of realizing the mortgage debt": Walter M. Traub, *Falconbridge on Mortgages,* loose-leaf (consulted July 2016), (Toronto: Canada Law Book Limited, 2014), at p. 35-2, §35:10. In time, lenders and conveyancers were successful in persuading Parliament to give its imprimatur to the power of sale by deed (see *Lord Cranworth's Act, 1860* (U.K.), 23 & 24 Vict., c. 145 and the *Conveyancing and Law of Property Act, 1881* (U.K.), 44 & 45 Vict., c. 41). The last mentioned statute, like its predecessor, can hardly be described as borrower protection legislation. Quite the contrary: its terms were reflective of the power of sale by deed conveyancers had devised to facilitate the elimination of the equity of redemption and expeditiously realize the mortgage debt.

[46] New Brunswick's existing statutory regime, whose origins can be traced to the *Conveyancing and Law of Property Act, 1881*, is even more mortgagee-friendly than the corresponding provisions of that 19th century statute, which are set out in Appendix "A" for ease of reference and comparison purposes. The same holds true when ss. 44-47 of our current *Act* are compared to their predecessors in New Brunswick's first legislation on the subject of the rights and obligations of parties to a mortgage in default (see ss. 41-43 of *The Property Act*, R.S.N.B. 1903, c. 152). Indeed, no significant mortgagor-favoring amendments to the pertinent provisions of the 1903 statute have been adopted. In fact, the very few noteworthy amendments to the statutory regime have been for the benefit of mortgagees. The following probably best illustrates the point.

[47] There is highly respected authority for the view that the power to "buy in at auction" found in s. 44(1)(a) does not, by itself, vest in the mortgagee the power to buy for its own benefit. The power in question would merely mean "the mortgagee may buy in the property for the purpose of reselling under the power of sale or of having recourse to any other remedy available to a mortgagee": *Falconbridge on Mortgages*, loose-leaf

edition, at §35:130, footnote 191. In *Gauvin v. Dionne* (1919), 47 N.B.R. 102, [1919] N.B.J. No. 4 (C.A.) (QL), the Court decided otherwise. In its view, the power to buy in at the auction did indeed vest in the mortgagee the power to acquire the property for its own benefit. In 1952, the Legislature enacted the predecessor to s. 44(4), which states the power to "buy in at auction" is a power to buy not only for the mortgagee's own benefit, but also "to his own use" (see *Property Act*, R.S.N.B. 1952, c. 177, s. 42(4)). This legislative intervention should resolve any lingering doubt over whose interests the mortgage-default provisions of the *Property Act* are designed to protect and, as Rideout J. underscores in *First National Financial Corp. v. LeBlanc et al.*, 2011 NBQB 188, 375 N.B.R. (2d) 239, at para. 23, the calculation of any deficiency must be based on the law of New Brunswick, even though the practice in other jurisdictions, such as Nova Scotia, is arguably better.

(2) Reform and judicial obligations

[48] In England, the basis for a mortgagee's liability for loss arising from its exercise of the power of sale, which was initially confined to bad faith conduct, expanded to include ordinary negligence with *Cuckmere Brick Co. v. Mutual Finance Ltd.*, [1971] EWCA Civ 9, [1971] Ch. 949. In that case, the Court confirmed the longstanding view that a mortgagee was not a trustee of the power of sale for the mortgagor and, where there was a conflict of interests, the mortgagee was entitled to give preference to its own. This was particularly the case in deciding on the timing of the sale and in exercising the power of sale. However, the Court went on to hold the mortgagee was not merely under a duty to act in good faith, i.e. honestly and without reckless disregard for the mortgagor's interest, but also to take reasonable care to obtain the true market value of the mortgaged property at the moment chosen for its sale. As a result, the mortgagee's duties toward the defaulting mortgagor expanded from avoidance of recklessness in sacrificing the mortgagor's interest to the exercise of reasonable care to obtain the true market value of the mortgaged property.

[49] However, that extension of liability has since been rejected by the Privy Council (see *China and South Sea Bank Limited v. Tan*, [1989] 3 All E.R. 839 (P.C.) and *Downsview Nominees Ltd. v. First City Corp. Ltd.*, [1993] A.C. 295 (P.C.)). In the last-mentioned case, the Privy Council observed that the "[…] general duty of care said to be owed by a mortgagee to […] the mortgagor in negligence is inconsistent with the right of the mortgagee and the duties which the courts applying equitable principles have imposed on the mortgagee" (p. 315). Thus, English judge-made law has moved away from visiting upon the mortgagee liability for mere negligence in the exercise of its power of sale. In my respectful view, that is the state of the law in this Province as well, having regard to the object and wording of ss. 44-47 of the *Act*, interpreted contextually.

[50] In two unanimous decisions directly on point, this Court has rejected *dicta* approving the imposition of liability upon mortgagees for mere negligence in the exercise of their power of sale. In the Court's view, the *dicta* in question, which is found in *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Haley* (1979), 25 N.B.R. (2d) 304, [1979] N.B.J. No. 77 (C.A.) (QL) and *Banque Nationale du Canada v. Desrosiers*, cannot be reconciled with the *Act* (see *Bérubé v. Lévesque* and *Bayview Credit Union v. Gambit Holdings & Development*). In each of the two last-mentioned cases, it was conceded the power of sale had been exercised in accordance with the *Act* and the critical issue for liability purposes was whether the mortgagees could be made to answer in damages for ordinary negligence. The Court concluded they could not, having regard to the provisions of ss. 44-47 of the *Act*.

[51] In both *Bérubé v. Lévesque* and *Bayview Credit Union v. Gambit Holdings & Development*, the Court also rejected *dicta* from the majority opinion in *Banque Nationale du Canada v. Desrosiers* purporting to impose affirmative mortgage sale obligations additional to those prescribed by the *Act*, and to burden mortgagees with liability in damages for any loss occasioned by their breach. The rejected affirmative obligations are: (1) obtaining a "proper" appraisal; (2) undertaking advertising beyond the statutory requirements; (3) employing a real estate firm; (4) utilizing a multiple listing service; and (5) exposing the property to the market for a "sufficient" period of time. I

will return to the first of these measures in connection with the discussion surrounding the notion of propriety in the exercise of the statutory power of sale.

[52] It is axiomatic that, in our regime of parliamentary democracy, judge-made law, no matter the curial provenance, may bear upon the mortgagor-mortgagee relationship only to the extent of its consistency with the *Act*. In that regard, the Court's observations on point in *Bérubé v. Lévesque* bear repeating:

> […] It is trite that liability based on common law standards can only be imposed where the redress that would normally flow from their inobservance is not precluded by legislation. If legislation forecloses such a redress, we are duty bound to give effect to it, even though we might disagree with the policy choice it manifests. That is so for the simple reason that it is beyond any court's competence to decline to give effect to the legislature's policy choices if those choices are expressed in legislation that conforms to constitutional norms. Here, the legislature has made such a policy choice and it has given expression to it in clear language: a mortgagee exercising the power of sale conferred by s. 44 of the *Property Act* is not answerable in damages for any involuntary consequential losses. [para. 20]

[53] It is for the Legislature to bring about amendments to statutes in general, and to the *Act* in particular. On that topic, I make mine the observations of Rice J.A., dissenting, in *Banque Nationale du Canada v. Desrosiers*:

> [TRANSLATION]
> Any codification of the principles enunciated in *Cuckmere* and *Haley* and their application to the power of sale under the *Property Act* must be by way of statute. It behooves the legislator to determine what weight is to be given to the mortgagor's interests in light of the impact of other marketing requirements on mortgage loans and, incidentally, on business and the economy. [para. 57]

I conclude the discussion on this topic by underscoring that interesting suggestions for reform can be found in Joseph T. Robertson, "Foreclosure By Power of Sale: Securing a Proper Price in New Brunswick" (1983) 32 U.N.B.L.J. 83.

(3) Broad and manifold statutory protections for mortgagees

[54] Section 44(1)(a) reads as follows:

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:	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*) 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, <u>without being answerable for any loss occasioned thereby</u>;	*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, <u>sans être tenu de répondre de toutes pertes qui en résulteraient</u>;
[Emphasis added.]	[Je souligne.]

[55] Section 44(1)(a) does more than grant a power of sale. Indeed, it confers additional distinct powers, including the power "to buy in at auction" and the power "to resell" the property. The reference in s. 44(2) to the "foregoing powers" confirms the multiplicity of the powers conferred on the mortgagee. Thus, where the *Act* refers to the "exercise of the power of sale", it is targeting that power, and not the other powers enunciated in s. 44(1)(a), including the power of resale.

[56] Just as importantly, s. 44(1)(*a*), read in isolation, provides unrestricted immunity to the mortgagee in the exercise of each listed power. The text selected by the Legislature, including the comma after the word "resell", is unambiguous: the mortgagee may exercise those powers "without being answerable for any loss occasioned thereby". The phrase "without being answerable for" means "without being responsible for" or "without being liable for". Specifically, the power of sale, the power to buy in at auction and the power of resale may be exercised without giving rise "to enforceable liabilities" (see Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 10th ed. (St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014) at p. 111). As will be seen, the Legislature has seen fit to recognize significant exceptions to the general immunity prescribed under s. 44(1)(a), but only in respect of the power of sale.

[57] Section 44(4) provides:

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.	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.

[58] Section 44(4) makes clear the mortgagee may lawfully buy in at the auction <u>for its own benefit</u> and <u>to its own use</u>. Thus, it gives the Legislature's imprimatur to the decision in *Gauvin v. Dionne*, which some commentators criticized as unfair to mortgagors in default, and contrary to longstanding and well-established judge-made law. It bears mention that no other common law jurisdiction has enacted similar legislation. At any rate, s. 44(4) provides a clear statutory foundation for this Court's pronouncement in *Central & Eastern Trust v. Rosebowl Holdings and Heustis* that, after buying in at the auction, the mortgagee is "entitled to deal with the property as its own" (para. 29). I would add, parenthetically, that the majority in *Banque Nationale du Canada v. Desrosiers* may have misread *Gauvin v. Dionne* in opining, at para. 25, that it "upheld the mortgagee's duty of care". In fact, Barry J. referred to the duty to take "reasonable precautions to secure a proper price" <u>in concurring reasons</u> (para. 19); the majority (Justices Grimmer and White) made no mention of any such duty. Be that as it may, and

as will be seen, the duty to which Barry J. adverted does no more than impose on mortgagees an obligation to avoid sacrificing, whether fraudulently, willfully or recklessly, the defaulting mortgagor's interest; it is not a springboard for liability in ordinary negligence.

[59] Section 45(1) reads as follows:

45(1) A mortgagee shall not exercise the power of sale conferred by section 44 unless	45(1) Un créancier hypothécaire ne peut exercer le pouvoir de vente conféré par l'article 44 à moins
[…]	[…]
(*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.

[60] This provision is designed [TRANSLATION] "to ensure reasonable participation at the auction by making it generally known in the county": *Hébert v. Household Trust Co.* (1996), 184 N.B.R. (2d) 83, [1996] N.B.J. No. 599 (C.A.) (QL), Justice Bastarache for the majority. The Legislature having specified measures

susceptible, in its judgment, of generating reasonable participation at the auction, additional burdens to that end cannot be imposed by judicial fiat: *Bérubé v. Lévesque*. Reform must come from the legislative branch of government.

[61] Section 47(2) reads as follows:

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.	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.

[62] Section 47(2) pertains exclusively to the exercise of the power of sale, and its effect is two-fold in circumstances where that exercise was unauthorized, improper or irregular. While the purchaser's title is unassailable, any person injuriously affected has a remedy in damages.

[63] Section 47(2) provides the only exceptions to the blanket immunity from liability afforded to mortgagees by s. 44(1). As will become evident, the key element of s. 47(2) for our present purposes is the term "improper". I should immediately make the point that the remedy in damages for unauthorized, improper or irregular exercises of the power of sale is subject to s. 47(6), which states the mortgagee "shall not be answerable for any involuntary loss" traceable to the exercise or execution of the power of sale conferred by s. 44 or any associated trust. The trust in question tracks back to s. 47(3) to which I now turn.

[64] Section 47(3) provides:

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:	47(3) Le créancier hypothécaire doit détenir en fiducie la somme provenant de la vente qu'il reçoit et l'affecter :
(*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;	*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*) in the second place in discharge of all unpaid money and interest secured by the mortgage;	*b*) en deuxième lieu au règlement de la totalité des sommes et intérêts impayés garantis par l'hypothèque;
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.	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.

[65] The accounting and trust prescribed under s. 47(3) relates to money received by the mortgagee arising "from the sale". The context and s. 47(6), in particular, confirms, if any further confirmation were thought necessary, that the reference to "the sale" in s. 47(3) targets the mortgage sale. The *Act* ordains neither an accounting nor a trust for money received by the mortgagee arising from any resale. Recall mortgagees may buy in at auction for their own benefit and to their own use. That state of affairs goes a long way in explaining and providing support for the Court's determination in *Central & Eastern Trust v. Rosebowl Holdings and Heustis* that deficiencies stand to be calculated as of the date of the mortgage sale, a point reaffirmed more recently in *Bayview Credit Union v. Gambit Holdings & Development.* The correctness of those decisions is not in issue, and the motion judge erred in failing to apply them.

[66] Section 47(6) reads as follows:

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	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

connected therewith.

confère l'article 44, ou de toute fiducie qui s'y rattache.

[67] Section 47(6) applies only to the power of sale and the trust arising from its exercise (see s. 45(2)). That narrow scope of application is fully coherent with a regime that shuts the door on a mortgagee's liability except, in limited circumstances, for its exercise of the power of sale: ss. 44(1) and 47(2). Just as significantly, s. 47(6) rules out any liability for "involuntary" losses arising from the exercise or execution of the power of sale. In *Bérubé v. Lévesque*, the Court offered the following insights into the meaning of the expression "involuntary loss":

> In the present case, it is conceded that the mortgage sale was conducted under the authority of a "power of sale conferred by section 44" within the meaning of section 47(6). As well, it is beyond serious debate that any loss of equity suffered by Ms. Bérubé happened in or about the exercise or execution of the power of sale conferred on Mr. Lévesque by section 44. It follows that the issue that the trial judge had to resolve was whether Ms. Bérubé had proven that her loss of equity was voluntary on Mr. Lévesque's part. If her loss was involuntary, s. 47(6) affords Mr. Lévesque a complete defence to her action.
>
> "Involuntary" means "not voluntary; done or happening without exercise or co-operation of the will; not done willingly or by choice; independent of volition, unintentional." See *The Oxford English Dictionary*, vol. XII (Oxford, Clarendon Press, 1970). Antonyms include "voluntary" and "wilful". The corresponding expression in the French legislative text is "involontaire". Its meaning mirrors that of "involuntary". Antonyms of "involontaire" include "volontaire", "intentionnel" and "voulu". See P. Robert, *Le Grand Robert de la Langue Française*, 2d ed. (Montreal: Les dictionnaires Robert Canada, 1987). By defining in such terms the type of loss for which a mortgagee is not answerable, the legislature has mandated courts to focus on whether the mortgagor's loss was the object of the mortgagee's exercise and execution of his statutory power of sale.
>
> The dicta in *Desrosiers*, at p. 259, para. 28, to the effect that an "involuntary loss" does not cover a "different reality

> than the words "wilful neglect or default" found in the *Short Forms of Mortgages Act*" of Ontario was not intended as a comprehensive statement of the law on this issue. It is undoubtedly true that any loss by a mortgagor will be "involuntary" within the meaning of s. 47(6), unless the evidence shows some wilful conduct by the mortgagee. However, as Bastarache, J.A., noted in *Desrosiers*, again at p. 259, para. 28, it is the losses that are characterized by our *Property Act* when it deals with the mortgagee's liability following the exercise or execution of a statutory power of sale. Only a voluntary loss, i.e. one that was sought by the mortgagee, is compensable in circumstances where the application of s. 47(6) is triggered. [paras. 23-25]

[68] The object and effect of 47(6) are plain. Ordinary negligence is excluded as a basis for a mortgagee's liability in connection with the exercise or execution of its statutory power of sale.

(4) Limited protection for the defaulting mortgagor

[69] In *Nova Scotia Savings & Loan Company v. MacKenzie and MacKenzie*, (1979), 29 N.B.R. (2d) 78, [1979] N.B.J. No. 331 (Q.B.) (QL), Angers J. observed that "[…] it must be borne in mind that New Brunswick, contrary to other provinces, gives statutorily very little protection to the mortgagor in cases where the mortgagee purchases at the sale […]" (para. 11). He made that observation having regard to s. 44(1) which provides that the mortgagee may exercise the powers of sale, buy in at auction and resale "without being answerable for any loss", and s. 47(6)'s exclusion of liability for "any involuntary loss". The main protections afforded mortgagors in default consist of the following.

[70] Section 45(1) entitles the mortgagor to notice of the sale. This notice is provided to enable defaulting mortgagors to undertake steps with a view to protecting their interests. If, as in this case, the defaulting mortgagor does nothing in response to the notice, mustering sympathy becomes a challenge. After all, as between the appellant, a local real estate businessperson, and the respondent, an Ontario-based lender, one would

expect the former to be better acquainted with the pool of potentially interested purchasers.

[71] Section 47(3) provides for an accounting as of the date of the mortgage sale. Its wording suggests the Legislature did not contemplate purchases for a nominal sum. At any rate, the provision protects the mortgagor against debt increases for expenses other than those specifically provided. There are significant benefits accruing to the mortgagor and any guarantors through the calculation of a deficiency as of the mortgage sale. First, the mortgagor and any guarantors are spared liability for post-sale expenses that can be quite onerous and over which they have absolutely no control. Mortgagees have claimed reimbursement for a variety of post-sale expenses: "maintenance", "care" and "re-appraisal" of the property (*London Life Insurance Co. v. Carrick,* 2002 NBQB 392, 255 N.B.R. (2d) 332, at paras. 13-14), operating expenses, repairs, advertising and the cost of demolition of buildings (*Bayview Credit Union v. Gambit Holdings & Development*, at para. 3), carrying charges (*Scotia Mortgage Corporation v. Condon et al.*, 2001 NBQB 164, 242 N.B.R. (2d) 79, at para. 20), "protective" expenses and "property management fees" (*Bank of Nova Scotia v. Leclair*, 2012 NBQB 159, [2012] N.B.J. No. 497 (QL), at paras. 10-12), the cost of "improvements" purportedly justifiable on the basis of enhanced marketability, security services, insurance fees, legal fees for manifold services and real estate commissions. The list does not purport to be exhaustive. Second, the deficiency, if any, can be easily calculated and, as a result, costly litigation and interest charges may be avoided.

[72] Under s. 47(2), the defaulting mortgagor is entitled to an exercise of the power of sale that is authorized, regular and proper. If the mortgagee does not comply with those requirements, the mortgagor's remedy is in damages for any consequential voluntary loss.

(5) An "improper" exercise of the power of sale

[73] One of the well-established interpretative aids or principles is that a meaning must be attributed to every statutory provision and every word within any such provision. Section 47(2) of the *Property Act* refers to "unauthorized or improper or irregular" exercise of the power of sale. A meaning must be ascribed to each of the quoted adjectives. More specifically, an "improper" exercise of the power of sale refers to conduct other than "unauthorized" or "irregular", which brings us to one of the key questions: does the phrase "improper exercise of the power of sale" include ordinary negligence? The short answer: it does not.

[74] The quoted phrase has been part of this Province's successive *Property Acts* since 1903. Its inclusion in the 1903 statute followed just a few years after the decision of the English Court of Appeal in *Kennedy v. De Trafford*, [1896] 1 Ch. 762. In that case, Lindley L.J. identified an improper exercise of the power of sale as one that either "fraudulently, or willfully, or recklessly" sacrifices the interests of the mortgagor (see p. 772). In his view, the obligation "to take reasonable precautions to obtain a proper price", to which he had previously alluded in *Farrar v. Farrar's, Limited* (1889), 40 Ch. D. 395, p. 411, meant no more than an obligation to avoid sacrificing, whether fraudulently, willfully or recklessly, the mortgagor's interest.

[75] In the House of Lords, the mortgagor in default contended that, although the mortgagees had acted in good faith, the property had been sold at an undervalue, a result he claimed was traceable to their failure to proceed by auction and to properly and sufficiently advertise the sale. Lord Herschell described the mortgagor's appeal "as hopeless an appeal as has ever been presented" (see *Kennedy v. De Trafford*, [1897] A.C. 180 (H.L.), at p. 183). He went on to make the following observations on the mortgagee's obligations:

> […] [T]he appellant seeks to set aside the mortgage, on the ground that the mortgagees have been guilty of a breach of duty in relation to this sale. First of all, it is said that they have sold at an undervalue, and that that sale at an undervalue has arisen from their not discharging the duties incumbent upon them as mortgagees. It is not disputed that they sold in good faith. They did not intend to do anything else but properly exercise the power of sale vested in them under their mortgage. But it is alleged that they did not put up the premises for sale by auction, that they only inserted two advertisements inviting a sale by tender, and that they ultimately sold for the amount of principal, interest, and costs to Mr Dodson.
>
> I am myself disposed to think that, if a mortgagee, in exercising his power of sale, exercises it in good faith, without any intention of dealing unfairly by his mortgagor, it would be very difficult indeed, if not impossible, to establish that he had been guilty of any breach of duty towards the mortgagor. Lindley L.J., in the court below, says that "it is not right or proper or legal for him, either fraudulently or wilfully or recklessly, to sacrifice the property of the mortgagor." Well, I think that is all covered really by his exercising the power committed to him in good faith. It is very difficult to define all that would be included in the words "good faith," or to give an exhaustive definition of them, but I think it would be unreasonable to require the mortgagee to do more than exercise his power of sale in that fashion. Of course, if he wilfully and recklessly deals with the property in such a manner that the interests of the mortgagor are sacrificed, I should say that he had not been exercising his power of sale in good faith. [pp. 184-185]

Lord MacNaghten agreed, adding that "if a mortgagee selling under a power of sale in his mortgage takes pains to comply with the provisions of that power and acts in good faith, […] his conduct [cannot] be impeached" (p. 192). The other Lords concurred.

[76] In *British Columbia Land and Investment Agency v. Ishitaka* (1911), 45 S.C.R. 302, Duff J. (as he then was) summarized the effect of *Kennedy v. De Trafford* in the following fashion:

> [In exercising a power of sale, the mortgagee] is bound to act in good faith, that is to say, he is bound to exercise the power fairly for the purpose for which it was given. If the mortgagee proceeds in a manner which is calculated to injure the interests of the mortgagor and if his course of action is incapable of justification as one which in the circumstances an honest mortgagee might reasonably consider to be required for the protection of his own interests; if he [sacrificed] the mortgagor's interests 'fraudulently, wilfully or recklessly,' then […] it would be difficult to understand how he could be held to be acting in good faith. But that is a vastly different thing from saying that he is under a duty to the mortgagor to take, (regardless of his own interests as mortgagee,) all the measures a prudent man might be expected to take in selling his own property". […] [pp. 316-317]

Duff J. went on to state "it is clear that in exercising his power the mortgagee does not act as trustee".

[77] Given that background jurisprudence, the unqualified immunity provided by s. 44(1)(a) and the combined operation of ss. 47(2) and 47(6), which confines the remedy in damages to voluntary losses arising from unauthorized, irregular or improper exercises of the power of sale, ordinary negligence in the exercise of the powers listed in s. 44(1)(a) cannot give rise to liability on the mortgagee's part. Absent intentional misconduct, reckless sacrifice of the mortgagor's interest in the exercise of the power of sale is required. Recklessness is an issue of fact. The surrounding circumstances in each particular case must be considered in determining the question.

[78] However, where the mortgagee buys in at the auction for a nominal price, a reckless sacrifice of the interests of the mortgagor occurs. In the result, the power of sale has been exercised improperly and incidental losses cannot be labeled "involuntary" within the meaning of s. 47(6) (see *London Life Insurance v. Carrick*, at para. 66).

[79] The appellant goes further. He contends the respondent forfeited its right to sue on the covenant and on the guarantees by its "improper" exercise of its power of sale. I disagree.

[80] In *Banque Nationale du Canada v. Desrosiers*, the majority held the bank's acquisition of the mortgaged property for a nominal sum constituted a breach of its duty to act in good faith. The court posited there is a presumption of bad faith where "the difference between the true value of the property and the proceeds of the sale is so great that it indicates that the interests of the mortgagor were sacrificed" (para. 33). After referencing *Canada Permanent Mortgage Corporation v. Jesse* (1909), 11 W.L.R. 295 (Sask.S.C.) and *Briand v. Carver et al.*, [1967] N.S.J. No. 32 (S.C.) (QL), as authority for the view that the right to sue on the covenant is forfeited by a bad faith exercise of the power of sale, the court allowed the mortgagor's counterclaim for damages and directed they be assessed by the trial judge and [TRANSLATION] "set off against the amount awarded in the main action" (para. 36). In the result, the judgment for the deficiency was allowed to stand, but a new trial was ordered to assess the damages payable by the bank for its bad faith. Accordingly, in this province, the right to sue on the covenant and any guarantee is not lost as a result of an improper exercise of the power of sale. I should add the rights and obligations of banks under ss. 44-47 are no different than other mortgagees.

[81] In *Bérubé v. Lévesque*, the Court suggested the result in *Banque Nationale du Canada v. Desrosiers* could be explained on the basis of the special obligations imposed on banks by s. 428(10) of the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46 which include the obligation to deal with security in a timely and appropriate manner having regard to the defaulting owner's interests. The Court in *Bérubé v. Lévesque* ventured that opinion on the basis of the majority's observations in *Banque Nationale du Canada v. Desrosiers*:

> The Bank must also take into account its duties under section 179 of the *Bank Act* (S.C. 1991, c. 46; 1993 permanent consolidation, c. B-1.01, subsection 428(10)). Subsection (10) requires the bank to act in good faith in the realization of its security.

> In connection with any sale of property by a bank pursuant to subss. (7) and (8) or pursuant to any agreement between the bank and the person by whom the security was given, the bank shall act honestly and in good faith and shall deal with the property in a timely and appropriate manner having regard to the nature of the property and the interests of the person by whom the security was given [...]

(See also *Haley* on this point, at page 313.) [para. 30]

It has since been drawn to my attention that the referenced provisions of the *Bank Act* have no application to the sale of mortgaged properties pursuant to ss. 44-47 of the *Property Act*.

[82] The mortgagee need not bid up to the probable market value of the mortgaged property: *Bank of Montreal v. Allender Investments Ltd. and Neill* (1983), 53 N.B.R. (2d) 143, [1983] N.B.J. No. 393 (Q.B.) (QL), Dickson J. and *Nova Scotia Savings and Loan Company v. Doucet, Doucet and Doucet* (1984), 54 N.B.R. (2d) 72, [1984] N.B.J. No. 128 (Q.B.) (QL), Jones J., paras. 14 and 15. After all, the best outcome mortgagors can expect is a price that reflects the reality of the situation their default created, a forced sale. Accordingly, purchasing or setting a reserved bid at a price that corresponds to the forced value of the property, as determined by an independent and reliable professional appraiser, would arguably insulate mortgagees against claims of "improper" exercise of the power of sale. Where a mortgagee sells or buys in at the mortgage sale for a price that the mortgagee believes, on reasonable grounds, corresponds to the forced value of the property, it is difficult to see how there could be merit to a claim of "improper" exercise of the power of sale.

(6) <u>The correct approach to the calculation of the deficiency</u>

[83] The motion judge assessed the deficiency and the respondent's recovery as follows:

> As Sandfire had acquired the property at a nominal value, the amount to be considered is the value received considered to be $110,000.00 less reasonable disbursements. In that regard, the Court accepts as reasonable disbursements, the legal fees for the sale of the property being $836.20, real estate commission of $6,215.00, property taxes and arrears to December 31, 2014, for $9,287.67 leaving a net credit for Keough's benefit of $100,712.33.
>
> As for the amount claimed, the original principal amount of $200,000.00, plus interest to February 5, 2015, at a rate of 12% from March 8, 2012, totals $71,200.00 for a grand total of $271,210.00 less $100,712.33 equalling $170,497.67. Expenses incurred for the mortgage sale are set at $6,500.00 for legal fees plus disbursements for a total amount owing of $176,997.67. Interest up to September 22, 2015 from February 5, 2015, at 12% is set at $13,267.50 totalling $190,265.17.
>
> When it comes to the issue of cost, I must consider that a motion was filed by both parties seeking summary judgment. Only Sandfire was successful. Considering the arguments submitted by Keough, his application for a summary judgment was questionable, and the summary judgment by Sandfire was challenged, and two hearings had to be held. In these circumstances, I will allow cost according on Scale 2 of Tariff A of Rule 59.
>
> As of September 22, 2015, Sandfire Capital Limited Partnership is granted judgment against Gregory James Keough in the amount of $190,997.67, plus costs which I set at $7,720.00 based on an amount involved of $190,997.67 on Scale 2 of Tariff A of Rule 59. I grant judgment in favour of the plaintiff against the defendant for an overall amount of $198,717.67. [paras. 61-64]

[84] Where the statutory power of sale has been improperly exercised, the mortgagee, in an action for deficiency, is entitled to judgment for the balance owing under the mortgage after deducting the market value of the asset added to its portfolio as a result of the mortgage sale. As mentioned, the value is not the asset's "forced" value, but its market value. That is so because the asset's salability is unconstrained by the potentially negative influences associated with a forced sale on a specific date. At the

time of the appraisals included in the record, The Canadian Uniform Standards of Professional Appraisal Practice defined "market value" as follows:

> The most probable price which a property should bring in a competitive and open market as of the specified date under all conditions requisite to a fair sale, the· buyer and seller each acting prudently and knowledgeably, and assuming the price is not affected by undue stimulus. Implicit in this definition are the consummation of a sale as of a specified date and the passing of title from seller to buyer under conditions whereby:
>
> 1. buyer and seller are typically motivated;
>
> 2. both parties are well informed or well advised, and acting in what they consider their best interests;
>
> 3. a reasonable time is allowed for exposure in the open market;
>
> 4. payment is made in terms of cash in Canadian dollars or in terms of financial arrangements comparable thereto; and
>
> 5. the price represents the normal consideration for the property sold unaffected by special or creative financing or sales concessions granted by anyone associated with the sale.

[85] As stated, the deficiency stands to be calculated as of the date of the mortgage sale. In *Central & Eastern Trust v. Rosebowl Holdings and Heustis*, the Court made the following observations on point:

> This is an appeal by the defendants, Rosebowl Holdings Ltd. ("Rosebowl"), and David Huestis, ("Huestis") from a judgment of Barry, J., [See 31 N.B.R.(2d) 219; 75 A.P.R. 219.] wherein he awarded the plaintiff, Central and Eastern Trust Company, the sum of $ 47,173.76 with interest at the rate of 10% per annum from December 7, 1976, to the date of judgment, September 18, 1980, being the amount which the plaintiff claimed as the difference in the amount it received from the sale of a mortgaged property and the balance then due to it on the mortgage of the property which it had sold.

[…]

Notice of sale having been given, the property was sold under the power of sale contained in the mortgage on December 7, 1976 to Central Trust at public auction for $25,000.00. Huestis did not attend the sale, nor did anyone attend on behalf of Rosebowl.

On June 21, 1977 one Zack Gilks offered to purchase the property from Central Trust for $ 30,000.00. On August 11, 1977, solicitors representing Central Trust wrote Huestis to the effect that the property had been sold at public auction for $ 25,000.00; that there was a deficiency of $ 47,173.76 under the mortgage, and that Gilks had made an offer for the property. In the same letter Central Trust offered to sell the property to Rosebowl, Huestis or Jorover for $72,173.76, such offer to be irrevocable until midnight August 22, 1977. Huestis did not reply; Central Trust accepted Gilks' offer and the property was conveyed to Gilks and others by deed dated September 1, 1977.

[…]

In the instant case Central Trust bid in and purchased the mortgaged property at public auction for its own benefit and to its own use as it was entitled to do pursuant to s. 44 (4) of the *Property Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-19, which provides:

> "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."

[…]

Central Trust was not prevented from selling the property for less than the appraised market value notwithstanding the fact that it intended to look to the defendants for the deficiency. Having bid in the property at the mortgage sale Central Trust was, as I have said, entitled to deal with the property as its own. The mortgagors had no power to redeem it. Under the terms of the mortgage, the amount realized on the mortgage sale was the basis upon which Central Trust was entitled to calculate the amount of the deficiency. In any event, there is no evidence that the sale to Gilks was not an arm's length transaction, and I infer

> from the evidence that Central Trust improved the property to some extent as the caretaker hired by Central Trust not only collected the rents, rented the rooms as the tenants came and went, but also cleaned and painted the interior of the building. [paras. 1, 8, 9, 17 and 29]

[86] The finding that "the amount realized on the mortgage sale was the basis upon which [the mortgagee] was entitled to calculate the amount of the deficiency" is indisputably the *ratio decidendi* of *Central & Eastern Trust v. Rosebowl Holdings and Heustis*. Indeed, the Court upheld the trial decision on that basis.

[87] In any event, the same approach was adopted in *Bayview Credit Union v. Gambit Holdings & Development*:

> Bayview calculated the deficiency under the mortgage as of the date that it resold the mortgaged properties. It added to the loan balance ($337,381.46) both pre- and post-mortgage sale expenses and charges ($108,144.18) to arrive at the sum of $445,525.64 as the amount owing prior to credits. It then allowed a number of credits such as post-mortgage sale rental income and the net proceeds from the resale of the mortgaged properties. The result of that exercise is a deficiency of $62,710.83 plus interest.
>
> Since Bayview became the owner of the mortgaged properties at the mortgage sale on May 21, 1999, the legally correct approach would compute the deficiency under the mortgage as of that date. What Bayview did with its properties, including the property on which 158 Victoria Street was situated, ceased to be of interest to the appellants after the mortgage sale. Thus, there is no merit to the appellants' contention that they are entitled to a credit for what they claim was the unnecessary demolition of 158 Victoria Street.
>
> Conversely, once Bayview became the owner, any subsequent expenses and charges relating to the mortgaged properties became its exclusive responsibility. The appellants are simply not liable for any of those expenses and charges.
>
> That said, this Court must deal with the appeal as framed by the parties and resolve only those issues that are

> properly before it. The appellants do not take issue with Bayview's decision to calculate the deficiency under the mortgage as of the date of resale and the respondent has not filed a Notice of Contention. Moreover, they challenge only one of the post-mortgage sale expenses claimed by Bayview, namely the cost of demolition of the building housing 69 Durham Street and 158 Victoria Street. In my view, that expense cannot be charged to Gambit's account under the mortgage since it was not the owner of the properties in question when it was incurred. With respect, the trial judge erred in allowing Bayview to recover the demolition cost ($15,525) from the appellants. It follows that the deficiency allowed at trial ($62,710.83) must be reduced by $15,525. [paras. 11-14]

[88] In *London Life Insurance v. Carrick*, Glennie J. correctly interpreted and applied *Bayview Credit Union v. Gambit Holdings & Development*:

> It would appear that *Bayview*, although it was dealing only with one specific expense, namely the cost of demolishing one of the buildings encumbered by the mortgage, stands for the proposition that once a mortgagee becomes the owner of mortgaged property pursuant to its own mortgage sale, any subsequent expenses and changes relating to that property become its exclusive responsibility. Pursuant to *Bayview*, these subsequent expenses cannot be charged to the mortgagor since the mortgagor was not the owner of the property at the time the expenses were incurred.
>
> In *Bayview*, Justice Drapeau emphasized at paragraph 14 that the [mortgagor] in that case had only challenged one of the post-mortgage sale expenses claimed by the mortgagee, namely the demolition costs of the building, and the Court had to deal with the appeal as framed by the parties.
>
> Thus, it would appear that if the mortgagor in *Bayview* had challenged all post-mortgage sale expenses it would have been successful based on the principle enunciated by the Court that an expense cannot be charged to a mortgagor's account under a mortgage if it was not the owner of the property in question at the time such expense was incurred. [paras. 73-75]

[89] In *Scotia Mortgage Corp. v. Jamieson*, 2012 NBQB 69, [2012] N.B.J. No. 121 (QL), McNally J. did likewise, after acknowledging there were "divergent decisions emanating from the Court of Queen's Bench on the issue of whether or not expenses incurred between the mortgage sale […] and a subsequent sale can be properly claimed *against* the defaulting mortgagor":

> With the greatest of respect to […] those of my colleagues who may hold a contrary view, my reading of the Court of Appeal decision in *Bayview* is consistent with that of Justice Glennie's in *London Life Insurance Co. v. Carrick Estate*, which is that costs incurred by a mortgagee between its acquisition of the property under a mortgage sale and a subsequent sale cannot be included as part of the deficiency claimed against the mortgagor. […]
>
> In my respectful view, the distinction fashioned in [*Assumption Mutual Life Insurance Co. v. Harmer*, 2004 NBQB 65, 271 N.B.R. (2d) 311] from the facts of the *Bayview* case are inconsequential as it relates to the ruling that post mortgage sale expenses are not recoverable against the defaulting mortgagor. In *Bayview*, the Court of Appeal addressed the issue directly. In ruling that post mortgage sale costs were not recoverable against the mortgagor, it made no distinction for cases where the mortgagee purchased the property for a nominal amount or an unfair or below market value price at the mortgage sale.
>
> The *ratio decidendi* in *Bayview*, as I understand it, is based on the principle that the responsibility for post default costs or expenses are tied to the "ownership" of the property at the time the expense is incurred and has nothing to do with whether or not a fair or market value price was secured by the mortgagee at the mortgage sale. Unless and until the Court of Appeal varies that statement of the law, or disabuses me of my understanding of it, I am bound to follow it. […] [paras. 7-9]

[90] Justice Grant followed suit in *First National Financial GP Corp. v. Gullison et al.*, 2013 NBQB 73, 415 N.B.R. (2d) 80, and so did Morrison J. in *Bank of Nova Scotia v. Martin*, 2013 NBQB 135, 403 N.B.R. (2d) 125. After thoroughly canvassing the authorities in *Genworth Financial Mortgage Insurance Company Canada*

v. Wayne Lambert, 2014 NBQB 106, 420 N.B.R. (2d) 248, Justice French (as he then was) succinctly formulates the rationale for cutting off charges at the mortgage sale:

> As a consequence of the mortgage sale, the mortgagor's equity of redemption was terminated. Stated another way, the mortgagor ceased to be the owner. There are many rights and obligations that end when ownership ends. The risk of loss is one; right of possession is another. As *Bayview* addressed, the mortgagor's interest in the home and responsibility for expenses related to the home also end when ownership ends. [para. 24]

See, as well, *Farm Credit Canada v. Bossé*, 2013 NBQB 131, [2013] N.B.J. No. 408 (QL), per LaVigne J. at para. 94.

[91] With great respect for their authors, the relatively few decisions out of the Court of Queen's Bench espousing a narrow interpretation of this Court's decision in *Bayview Credit Union v. Gambit Holdings & Development* do not reflect the state of the law in this Province.

[92] I would wrap up the discussion of this topic by recording my approval of the view articulated in several Court of Queen's Bench decisions that none of the covenants and conditions set out in Schedule C of the General Regulation 83-130 under the *Land Titles Act* allows the mortgagee to charge the mortgagor with post-mortgage sale expenses. In *Bank of Nova Scotia v. LeClair*, Justice McNally rightly rejected the mortgagee's argument to the contrary, and I concur with his reasons for doing so:

> With respect, my reading of the mortgage covenants does not support the assertion that they expressly provide that the mortgagors are liable for post-mortgage sale expenses. Nor, in my view, could such an interpretation be implied by the language used in the mortgage covenants. Indeed, there is no mention at all, or even a suggestion, of a possible subsequent sale after a mortgage sale or any potential liability of the mortgagors for continuing or additional expenses beyond the mortgage sale up to a subsequent sale, whether of a protective nature or not. [para. 11]

See, as well, *First National Financial GP Corp. v. Gullison et al.*, at paras. 12-15, and *Genworth Financial Mortgage Insurance v. Wayne Lambert*, at para. 41.

(7) Application of the framework outlined hereinabove to the case at hand

[93] The mortgage sale took place on March 27, 2014. The eventual resale price was tentatively set at $110,000 on June 23, 2014. However, closing only took place on February 5, 2015. The motion judge found the resale price corresponded to the mortgage property's market value as of that date. It may also reflect the market value on the date of the mortgage sale. Indeed, in some cases, the price paid upon resale is "the best evidence" of the pertinent market value (see *Genworth Financial Mortgage Insurance v. Wayne Lambert*, at para. 42).

[94] On the evidential record at our disposal, I find that, as of March 27, 2014, the appellant, as guarantor, owed: (1) $249,384.62 under the promissory note and the collateral mortgage (the principal of $200,000 plus simple interest at the rate of 12% per annum from March 8, 2012); (2) $3,072.67 for property taxes; and (3) $8,418.24 for expenses incurred on the exercise of the power of sale. In my judgment, there is no genuine dispute of fact over the total ($260,875.53) and its components. However, that is not the case with respect to the required deduction for the market value of the property on March 27, 2014.

[95] The motion judge did not determine the market value of the property on that date and we cannot make that determination on the record at our disposal. That said, there is some evidence to support the appellant's contention that the price obtained on the resale is lower than the market value on the date of the mortgage sale. I would highlight the following: (1) the respondent lent $200,000 on security that included the property in question; (2) the pre-existing mortgage was for $175,000; (3) the respondent made the $200,000 loan after considering a report appraising the property at $275,000; and (4) after the auction, the property was initially listed at $199,000, before an unexplained major reduction occurred.

IV. Conclusion and Disposition

[96] Where mortgagees buy in at auction for a nominal sum, the power of sale has been exercised "improperly". Yet, the mortgagees have added to their portfolio a valuable asset. In any follow-up action for deficiency, debits and credits are calculated and applied as of the date of the mortgage sale, and the burden lies on the mortgagee, the party asserting entitlement, to prove the amount owing under the mortgage and the market value of the asset in question. Only once those figures are established can judgment be granted for any deficiency.

[97] The motion judge erred in law in calculating the deficiency as of the date of resale. Moreover, he did not determine the market value of the mortgaged property as of the date of the mortgage sale, and what that value was is a genuine issue of fact requiring a trial.

[98] I would allow the appeal, set aside the summary judgment, define the issues that are no longer in dispute, as indicated above, and direct a trial of the only outstanding material issue: the market value of the mortgaged property as of the date of the mortgage sale. I would order costs in the court below be costs in the cause, and that the respondent pay costs on appeal, which I would set at $7,720.

APPENDIX “A” / ANNEXE « A »

19.(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):

(i) A power, when the mortgage money has become due, to sell, or to concur with any other person in selling, the mortgaged property, or any part thereof, either subject to prior charges, or not, 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 he (the mortgagee) thinks fit, with power to vary any contract for sale, and to buy in at an auction, or to rescind any contract for sale, and to re-sell, without being answerable for any loss occasioned thereby; and

(ii) 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; and

(iii) A power, when the mortgage money has become due, to appoint a receiver of the income of the mortgaged property, or of any part thereof; and

(iv) A power, while the mortgagee is in possession, to cut and sell timber and other trees ripe for cutting, and not planted or left standing for shelter or ornament, or to contract for any such cutting and sale, to be completed within any time not exceeding twelve months from the making of the contract.

(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.

(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.

(4) This section applies only where the mortgage deed is executed after the commencement of this Act.

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; or

(ii) Some interest under the mortgage is in arrear and unpaid for two months after becoming due; or

(iii) There has been a breach of some provision contained in the mortgage deed or in this Act, and on the part of the mortgagor, or of some person concurring in making the mortgage, to be observed or performed, other than and besides a covenant for payment of the mortgage money or interest thereon.

21.(1) A mortgagee exercising the power of sale conferred by this Act shall have power, by deed, to convey the property sold, for such estate and interest therein as is the subject of the mortgage, freed from all estates, interests, and rights to which the mortgage has priority, but subject to all estates, interests, and rights which have priority to the mortgage; except that, in the case of copyhold or customary land, the legal right to admittance shall not pass by a deed under this section, unless the deed is sufficient otherwise by law, or is sufficient by custom, in that behalf.

(2) Where a conveyance is made in professed exercise of the power of sale conferred by this Act, the title of the purchaser shall not be impeachable on the ground that no case has arisen to authorise 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 unauthorised, or improper, or irregular exercise of the power shall have his remedy in damages against the person exercising the power.

(3) The money which is received by the mortgagee, arising from the sale, after discharge of prior incumbrances to which the sale is not made subject, if any, or after payment into Court under this Act of a sum to meet any prior incumbrance, shall be held by him in trust to be applied by him, first, in payment of all costs, charges, and expenses, properly incurred by him, as incident to the sale or any attempted sale, or otherwise ; and secondly, in discharge of the mortgage money, interest, and costs, and other money, if any, due under the mortgage ; and the residue of the money so received shall be paid to the person entitled to the mortgaged property, or authorised to give receipts for the proceeds of the sale thereof.

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

(5) The power of sale conferred by this Act shall not affect the right of foreclosure.

(6) The mortgagee, his executors, administrators, 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 this Act or of any trust connected therewith.

(7) At any time after the power of sale conferred by this Act has become exerciseable, 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, which a purchaser under the power of sale would be entitled to demand and recover from him.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE DRAPEAU, J.C.N.-B.

I. Introduction et aperçu

[1] L'intimée a prêté à la société à dénomination numérique de l'appelant une importante somme d'argent moyennant des modalités de remboursement énoncées dans un billet à ordre et une hypothèque subsidiaire qui ont tous deux été signés par l'appelant au nom de sa société et en qualité de [TRADUCTION] « garant ». Ni le garant ni sa société à dénomination numérique n'ont effectué le moindre paiement exigé d'eux, ce qui a amené l'intimée à exercer le pouvoir de vente que lui conférait la *Loi sur les biens*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-19 (la « *Loi* »). Aucune offre n'ayant été présentée lors de la vente aux enchères, l'intimée a acquis le bien hypothéqué pour une somme nominale. Elle a ensuite revendu le bien à un prix qui, bien qu'élevé, n'a pas permis de rembourser intégralement le prêt. Le montant de l'éventuel [TRADUCTION] « manque à gagner » est au cœur de l'action sous-jacente intentée à l'appelant sur le fondement de ses garanties et de la motion en jugement sommaire de l'intimée, qui a été accueillie, pour la somme de 190 997,67 $ et des dépens de 7 720 $.

[2] Les principales plaintes au sujet des erreurs qu'aurait commises le juge saisi de la motion peuvent être formulées comme suit : 1) la conclusion selon laquelle les documents signés par l'appelant donnaient lieu à des garanties légalement exécutoires; 2) l'omission de conclure que l'intimée avait perdu tout droit de poursuite en acquérant le bien pour une somme nominale lors de la vente aux enchères; 3) l'omission de conclure que la valeur du bien effaçait la dette ou, à tout le moins, donnait lieu à une véritable contestation des faits qui interdit le prononcé d'un jugement sommaire; et 4) en tout état de cause, le fait d'avoir calculé le montant du manque à gagner à la date de la revente plutôt qu'à la date de la vente hypothécaire et d'avoir imputé à l'appelant les honoraires d'avocat et la commission de courtage associés à l'opération de revente. Selon moi, seules les deux dernières plaintes sont fondées.

[3] Bien que je convienne que c'est à bon droit que le juge saisi de la motion a donné tort à l'appelant sur les questions soulevées par les plaintes 1) et 2), je conclus respectueusement qu'il a commis une erreur de droit en omettant de se concentrer sur la valeur marchande du bien à la date de la vente aux enchères. De fait, cela fait longtemps qu'il est établi en droit dans notre province que les manques à gagner doivent être calculés à la date de la vente hypothécaire (voir *Central and Eastern Trust Co. c. Rosebowl Holdings Ltd. and Huestis* (1981), 34 R.N.-B. (2e) 308, [1981] A.N.-B. no 87 (C.A.) (QL), au par. 29). Si le juge saisi de la motion s'était attardé sur la date de la vente aux enchères pour calculer le montant du manque à gagner, il aurait assurément conclu qu'il existait une véritable contestation des faits en ce qui concerne la valeur marchande du bien à cette date et ordonné l'instruction de cette question (voir *Cannon c. Lange et al.* (1998), 203 R.N.-B. (2e) 121, [1998] A.N.-B. no 313 (C.A.) (QL), aux par. 12 à 20).

[4] Lorsqu'un défaut de paiement se produit et que le créancier hypothécaire entreprend de réaliser sa sûreté, les art. 44 à 47 de la *Loi* créent toute une série de pouvoirs, de droits, de limites de responsabilité et d'immunités essentiellement défavorables au débiteur hypothécaire qui sont sans équivalent ailleurs au Canada ni d'ailleurs dans le reste du monde de la common law. C'est ainsi qu'aux termes de ces dispositions, le créancier hypothécaire a le pouvoir de se porter acquéreur aux enchères pour son propre compte et pour son propre usage, ainsi que celui de revendre le bien, sans être tenu de répondre de toute perte qui en résulterait. En fait, le créancier hypothécaire s'expose seulement à un recours en dommages-intérêts en cas de perte « volontaire » survenue lors ou à la suite de l'exercice non autorisé, irrégulier ou « impropre » du pouvoir de vente. Ceci étant dit, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le créancier hypothécaire se porte acquéreur du bien pour une somme nominale, il y a exercice « impropre » du pouvoir de vente au sens du par. 47(2) et le créancier hypothécaire est tenu aux dommages-intérêts relativement à toutes les pertes en découlant.

[5] Dans toute action ou demande reconventionnelle en dommages-intérêts, le débiteur hypothécaire a le fardeau de prouver pour chaque condition préalable à l'établissement du droit et tous les autres principes applicables au recouvrement de

dommages-intérêts entrent en jeu (voir *Bérubé c. Lévesque* (1999), 219 R.N.-B. (2e) 8, [1999] A.N.-B. no 448 (C.A.) (QL)). Toutefois, dans une action en recouvrement d'un manque à gagner engagée après l'acquisition par le créancier hypothécaire du bien en cause par suite de l'exercice « impropre » du pouvoir de vente d'origine législative, il incombe au créancier hypothécaire de prouver l'existence de son droit, fardeau dont il ne peut s'acquitter qu'en établissant le montant de sa créance hypothécaire et en déduisant ensuite la valeur marchande du bien à la date de la vente. La valeur à une vente [TRADUCTION] « forcée » ne convient pas dans de tels cas parce que le créancier hypothécaire, en sa qualité de propriétaire, est libre de disposer du bien en cause à la date et dans des circonstances susceptibles de lui permettre d'obtenir la pleine valeur marchande. De plus, les dépenses engagées après la vente hypothécaire sont exclusivement à la charge du créancier hypothécaire en sa qualité de propriétaire et ne peuvent être imputées au débiteur hypothécaire : *Bayview Credit Union Ltd. c. Gambit Holdings & Development Ltd. et al.*, 2002 NBCA 49, 251 R.N.-B. (2e) 158, aux par. 12 et 13.

[6] Si l'on applique ce cadre à l'affaire en cause, je serais d'avis d'accueillir l'appel et d'annuler le jugement sommaire. Toutefois, afin d'accélérer les processus judiciaire et d'adjudication, je voudrais préciser leur objet. L'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Desrosiers* (1996), 167 R.N.-B. (2e) 241, [1996] A.N.-B. no 9 (C.A.) (QL) imposait au juge saisi de la motion l'obligation de conclure que l'achat du bien pour une somme nominale ne privait pas l'intimée de son droit d'intenter une poursuite sur le fondement des garanties offertes par l'appelant. Qui plus est, la conclusion du juge selon laquelle les garanties sont exécutoires est inattaquable. Ces questions ne sont plus « en litige » au sens de la règle 22.05(1). De fait, la seule question substantielle qui reste à trancher aux fins du calcul d'un éventuel manque à gagner est la valeur marchande du bien à la date de la vente aux enchères. J'ordonnerais que cette question soit plaidée et instruite conformément aux *Règles de procédure*. J'ordonnerais également que les dépens au tribunal inférieur suivent l'issue de la cause.

II. Contexte

[7] Pendant toute la période pertinente, l'appelant était un résident de Dieppe, au Nouveau-Brunswick, et l'unique dirigeant, administrateur et actionnaire de la 633287 N.-B. Inc. Cette société avait besoin de financement pour achever la construction d'un condominium à Dieppe (le projet « Primrose ») et elle s'était adressée à cet effet à l'intimée, la Sandfire Capital Limited Partnership, société ayant son siège social dans la ville de Toronto, en Ontario.

[8] Au début de l'année 2012, la Sandfire avait consenti à la société à dénomination numérique de l'appelant un prêt de 200 000 $ garanti par une hypothèque subsidiaire grevant un terrain vague situé rue Amirault à Dieppe, au Nouveau-Brunswick. Le terrain en question, qui était adjacent au projet Primrose et avait été acquis en 2011, était grevé d'une hypothèque subsidiaire pour la somme de 175 000 $.

[9] La Sandfire avait consenti le prêt après avoir pris en considération un rapport préparé par un évaluateur digne de confiance qui estimait la valeur du bien en question à 275 000 $ au début de l'année 2011. Le juge saisi de la motion avait déterminé que la valeur fixée par le rapport constituait une preuve sous forme d'opinion irrecevable. Il avait ajouté que de toute façon, en raison d'un certain nombre de circonstances, le rapport n'était pas fiable aux fins d'une évaluation à la date de la revente.

[10] Le 8 mars 2012, la Sandfire a fait un prêt de 200 000 $ à la société à dénomination numérique de l'appelant, somme qu'elle s'engageait à rembourser avec intérêts conformément à un billet à ordre dont les conditions étaient incorporées dans l'hypothèque subsidiaire grevant le terrain vague de la rue Amirault.

[11] Les deux documents ont été signés par l'appelant non seulement pour le compte de sa société à dénomination numérique, mais aussi en qualité de [TRADUCTION] « garant ».

[12] Voici le texte de ce billet à ordre :

[TRADUCTION]

BILLET À ORDRE

200 000 $ Date : le 8 mars 2012

Pour valeur reçue, la soussignée promet de payer à l'ordre de la SANDFIRE CAPITAL, SOCIÉTÉ EN COMMANDITE, du 185, promenade Carlingview à Toronto, dans la province de l'Ontario, la somme de deux cent mille dollars (200 000 $) portant intérêt au taux de douze pour cent (12 %) par an pour une durée d'un (1) an, les versements se faisant comme suit : des paiements des seuls intérêts d'un montant de deux mille dollars (2 000 $) par mois à partir du 8 avril 2012 et le 8e jour de chaque mois par la suite, et ce jusqu'à la date d'échéance, à laquelle date le solde intégral sera dû et exigible.

) Pour la 633287 N.B. Inc.
)
)
) (*signature manuscrite*)
) Gregory James Keough
Président

Fait à Moncton, N.-B., le 8 mars 2012.

(*signature manuscrite*)
Gregory James Keough, garant

[13] L'hypothèque subsidiaire prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Formule 15.1

HYPOTHÈQUE SUBSIDIAIRE

Loi sur l'enregistrement foncier, L.N.-B. de 1981, chap. L-1.1, art. 25
Loi sur les formules types de transfert du droit de propriété, L.N.-B. de 1980, chap. S-12.2, art. 2

Numéro d'identification de parcelle : 70546460

Débiteur hypothécaire : 633287 N.-B. Inc.
299, rue Champlain
Dieppe NB
E1A 1P2

Créancier hypothécaire : Sandfire Capital Limited Partnership
185, promenade Carlingview
Toronto ON
M9W 5E8

Garant : Gregory James Keough
733, chemin Chartersville
Dieppe NB E1A 1K7

Mode de tenure : Sans objet

Détails de la garantie : ***Billet à ordre [négocié] à la présente date.***

Conditions et engagements statutaires exclus : Aucun

Conditions et engagements facultatifs inclus : Aucun

Le débiteur hypothécaire hypothèque au profit du créancier hypothécaire selon le mode spécifié de tenure la parcelle spécifiée à titre de garantie subsidiaire dont les détails sont spécifiés.

Le débiteur hypothécaire reconnaît avoir reçu le texte des conditions et engagements qui sont contenus dans la présente hypothèque […] en vertu du paragraphe 25(4) de la* Loi sur l'enregistrement foncier *et convient de les observer de la même manière que s'ils y étaient contenus intégralement.

Date : le 8 mars 2012 (*manuscrite*)

Témoin :

Débiteur hypothécaire :

(signature manuscrite)
633287 N.-B. Inc.
Gregory James Keough
Président

(signature manuscrite)	*(signature manuscrite)*
Thomas Maillet	Gregory James Keough
	Garant

[Le soulignement, l'italique et les caractères gras sont de moi.]

[14] Aux termes du par. 25(4) de la *Loi sur l'enregistrement foncier*, L.N.-B. 1981, ch. L-1.1, toute hypothèque établie dans la forme prescrite est réputée contenir « les engagements et conditions prescrits ». Ces engagements et conditions sont énoncés à l'annexe C du règlement général 83-130 pris en vertu de la *Loi sur l'enregistrement foncier*. Les engagements et conditions suivants sont pertinents pour les fins qui nous occupent :

101. The mortgagor covenants with the mortgagee that the mortgagor shall pay to the mortgagee the principal sum and interest as hereinbefore set out and all other money payable hereunder; on all arrears of principal, interest and any other sums due to the mortgagee, interest shall be payable at the times and at the interest rate stated, before as well as after maturity, until paid.	101. Le débiteur hypothécaire convient avec le créancier hypothécaire que le débiteur hypothécaire doit payer au créancier hypothécaire le capital et les intérêts tels qu'indiqués plus haut et toutes les autres sommes payables en vertu des présentes; des intérêts doivent être payés sur tous les arriérés de capital, d'intérêt et de toute autre somme due au créancier hypothécaire, aux dates et au taux fixés, aussi bien avant qu'après qu'ils soient arrivés à échéance jusqu'à leur paiement.
[…]	[…]
108. The mortgagor covenants with the mortgagee that the mortgagor shall pay all taxes, rates, levies and assessments upon the lands and premises during the continuance of this mortgage as and when the same become due and payable, and shall produce to the mortgagee receipts for such payments.	108. Le débiteur hypothécaire convient avec le créancier hypothécaire que le débiteur hypothécaire doit payer tous les impôts, taxes et droits sur les biens-fonds et lieux pendant la durée de la présente hypothèque dès qu'ils sont payables et de fournir les reçus de ces paiements au créancier hypothécaire.
[…]	[…]
115. On default of any payment hereunder or on breach of any covenant, agreement or proviso herein contained or implied on the part of the mortgagor to be made, observed	115. En cas de manquement du débiteur hypothécaire à son engagement de payer toute somme en vertu des présentes ou à tout engagement, entente ou clause y

or performed, in whole or in part, the power of sale and all other powers conferred on the mortgagee by virtue of the *Property Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-19, are incorporated herein, as if the mortgage were made by deed.	figurant ou sous-entendu que le débiteur hypothécaire a la charge d'effectuer, observer ou exécuter, en totalité ou en partie, le pouvoir de vente et tous les autres pouvoirs conférés au créancier hypothécaire en vertu de la *Loi sur les biens*, ch. P-19 des L.R.N.-B. de 1973 sont incorporés aux présentes, comme si l'hypothèque était conclue par un acte de transfert.

[15] L'hypothèque existante de 175 000 $ a été libérée par suite de son remboursement à même le produit du prêt consenti par la Sandfire. Le dossier ne dit rien sur le mode exact de remboursement.

[16] Aucun des versements exigés en application du billet à ordre et de l'hypothèque subsidiaire n'a été effectué. Après avoir envoyé sans succès des mises en demeure, la Sandfire a voulu réaliser sa sûreté hypothécaire en exerçant le pouvoir de vente que lui conférait la *Loi*.

[17] Lors de la vente aux enchères qui s'est déroulée le 27 mars 2014, la Sandfire a acquis le bien pour la somme nominale de 100 $.

[18] À l'époque, le bien était évalué à 43 500 $ pour les besoins de l'impôt foncier. On ne sait pas exactement si l'évaluation tenait compte du lotissement et du rezonage récents du bien en cause.

[19] Le 9 avril 2014, la Sandfire a introduit l'action sous-jacente, réclamant le plein montant du capital et des intérêts qui étaient dus (253 559,63 $) sans accorder aucun crédit au titre de la valeur du bien (le bien hypothéqué) qu'elle avait acquis à la vente aux enchères.

[20] Le 13 mai 2014, l'appelant a déposé un exposé de la défense dans lequel il contestait la demande au motif qu'aucun document n'engageait sa responsabilité

personnelle. Corrélativement, l'appelant a plaidé l'al. 1*b*) de la *Loi relative aux preuves littérales*, L.R.N.-B. 1973, ch. S-14, abrogée en date du 30 septembre 2014, dont voici le texte :

1 No action shall be brought	1 Il ne peut être intenté d'action
[…]	[…]
(*b*) to charge any person upon a special promise to answer for the debt, default, or miscarriage of another,	*b*) contre une personne sur la base d'une promesse spéciale de répondre des dettes, manquements ou actes dommageables d'un tiers,
[…]	[…]
unless the agreement upon which the action is brought, or some memorandum or note thereof, is in writing, and signed by the party to be charged therewith, or some other person authorized by him.	que si la convention qui donne lieu à l'action est constatée par un écrit ou que s'il en existe un mémoire ou une note et que si la convention, le mémoire ou la note porte la signature de la partie contre laquelle l'action sera intentée ou de toute autre personne autorisée par elle.

[21] L'appelant a formulé la défense subsidiaire suivante :

> [TRADUCTION]
> 6. Subsidiairement, le défendeur affirme que s'il a garanti le paiement de la totalité ou d'une partie des sommes réclamées par la demanderesse (garantie qui n'est pas admise, mais formellement niée), la demanderesse a recouvré la totalité des sommes qui lui étaient dues de sorte qu'il n'existe plus aucun manque à gagner dont le défendeur est redevable. Plus particulièrement :
>
> a) Les sommes revendiquées par la demanderesse étaient garanties par une hypothèque subsidiaire grevant le bien réel appartenant à la 633287 N.-B. Inc. et portant le numéro d'identification de parcelle 70546460 (le « bien »);
>
> b) La demanderesse n'a prêté les fonds à la 633287 N.-B. Inc. qu'après avoir obtenu une évaluation du bien qui confirmait que sa valeur marchande était de 275 000 $;

c) En mars 2014, la demanderesse a exercé son pouvoir de vente du bien;

d) En exerçant son pouvoir de vente, la demanderesse a manqué à ses obligations d'agir de bonne foi en présentant une offre de 1 $ pour acquérir le bien alors qu'elle savait ou aurait dû savoir que la juste valeur marchande du bien à cette époque dépassait les sommes dues sur l'hypothèque subsidiaire et le billet à ordre;

e) En exerçant son pouvoir de vente, la demanderesse a omis de prendre des précautions raisonnables pour obtenir la juste valeur marchande du bien et si elle l'avait fait, il n'y aurait pas de manque à gagner;

f) Le montant total de l'éventuelle somme que la 633287 N.-B. Inc. doit à la demanderesse a été remboursé par l'acquisition du bien par la demanderesse;

g) le défendeur nie qu'un manque à gagner ou des sommes soient encore dus à la demanderesse comme elle l'allègue et la somme d'en fournir la preuve formelle.

[22] Vers la fin mai, la Sandfire a sollicité et obtenu l'avis d'un évaluateur de la région qui a fixé la valeur du bien à 46 400 $. La fiabilité de cet avis a été contestée par l'intimée et par un agent immobilier expérimenté dont elle avait retenu les services.

[23] Le 6 juin 2014, la Sandfire a inscrit le bien en vue de sa vente. Initialement, le prix a été fixé à 199 000 $, mais il a ensuite été ramené à 119 900 $. Le dossier ne renferme aucune explication de cette réduction de prix.

[24] Le 25 juin 2014, une tierce partie a offert d'acquérir le bien pour la somme de 110 000 $. Cette offre, qui était conditionnelle et renfermait ce que le juge saisi de la motion a qualifié de [TRADUCTION] « clauses substantielles relatives à la diligence raisonnable », a été acceptée. Néanmoins, le bien est resté inscrit en vue de sa vente jusqu'à la fin de l'année 2014. Toutefois, aucune autre offre n'a été reçue. L'appelant

soutient que cela n'a rien de surprenant étant donné qu'un panneau portant la mention [TRADUCTION] « Vendu » avait été placé sur le bien.

[25] Le 29 septembre 2014, la Sandfire a déposé un avis de motion dans lequel elle sollicitait un jugement sommaire de 253 559,63 $, soit le plein montant du prêt avec intérêts, comme elle le réclamait dans son exposé de la demande. Cela étant, lors de l'audience qui s'est déroulée devant la Cour du Banc de la Reine, toutes les parties ont traité l'action comme si elle visait une demande de remboursement du solde exigible par suite de l'exercice par l'intimée des pouvoirs que lui conférait la *Loi* en cas de défaut de paiement.

[26] Le 16 décembre 2014, l'acquéreur éventuel du bien hypothéqué a envoyé une lettre dans laquelle il soulevait un certain nombre de préoccupations liées à la valeur du bien et réclamait que le prix d'achat soit ramené à 65 000 $. La Sandfire a refusé et la clôture de l'opération a eu lieu le 5 février 2015 au prix de 110 000 $. Aucune explication n'a été donnée au sujet de la capitulation de l'acquéreur.

[27] Le produit net de la vente après rajustements à la clôture était légèrement supérieur à 100 000 $.

[28] Le 5 mars 2015, l'appelant a demandé que soit tranchée une question de droit, à savoir le caractère exécutoire de ses [TRADUCTION] « garanties ».

[29] L'audition des motions, qui a commencé le 18 mars 2015, a été ajournée au mois d'août suivant pour donner à la Sandfire la possibilité de déposer une preuve par affidavit supplémentaire émanant de son courtier en immeubles.

[30] Le 24 septembre 2015, le juge saisi de la motion a rendu la décision portée en appel dans laquelle il a conclu que les garanties signées par l'appelant étaient juridiquement exécutoires et rendu en faveur de l'intimée un jugement sommaire pour la somme de 190 997,67 $ et des dépens de 7 720 $. Comme je l'ai déjà mentionné, le juge

saisi de la motion a calculé le manque à gagner à la date de la revente. Il a ajouté ce qui suit : 1) l'intérêt au taux précisé dans le billet à ordre; 2) la commission de l'agent immobilier afférente à la revente; et 3) les frais juridiques accessoires à cette opération.

[31] Il est allégué dans l'avis d'appel que le juge saisi de la motion a commis une erreur :

> [TRADUCTION]
> a) […] en concluant que l'insertion d'une ligne pour la signature du « garant » dans une convention ou un document légal définissant les obligations du créancier et/ou du débiteur est suffisante pour créer un contrat de garantie personnelle exécutoire et répond aux exigences de l'alinéa 1*b*) de la *Loi relative aux preuves littérales*, L.R.N.-B. 1973, ch. S-14;
>
> b) subsidiairement […] en adoptant une méthode d'interprétation contractuelle qui omet de tenir compte des « circonstances » contrairement aux directives énoncées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53;
>
> c) […] en concluant que la Cour disposait d'une preuve suffisante pour évaluer les dommages-intérêts et a commis des erreurs de droit et de fait en procédant à cette évaluation.

III. Analyse et décision

[32] Je commencerai par examiner brièvement les plaintes que l'appelant a formulées dans son mémoire, mais auxquelles il n'a pas donné suite ou sur lesquelles il n'a pas insisté lors de l'audience. Il s'agit notamment de l'affirmation selon laquelle l'appelant n'est pas responsable du manque à gagner au motif : 1) que la nature réelle de la relation entre les parties était celle d'une société en nom collectif ou d'une entreprise en participation, et que les garanties ne faisaient pas partie de l'accord global; et 2) qu'aucune contrepartie n'avait été fournie pour les garanties, qui étaient non scellées. Je serais d'avis de rejeter sommairement ces objections.

[33] Les droits et obligations des parties doivent être déterminés en fonction du libellé du billet à ordre et de l'hypothèque subsidiaire, à moins qu'il n'existe une preuve de convention contraire. De fait, une convention interdisant au prêteur d'exercer les droits que lui confère le document de garantie en place serait extrêmement pertinente et permettrait peut-être de trancher tout différend connexe (voir *Mar-Sand Properties Ltd. c. Central Mortgage & Housing Corp.* (1975), 12 R.N.-B. (2e) 597, [1975] A.N.-B. no 204 (C.B.R.) (QL) (le juge Stevenson)). Toutefois, il n'y a en l'espèce aucune preuve de l'existence d'une telle convention. De plus, l'appelant ne peut pas non plus se fonder ni sur la défense du *non est factum* (expression latine signifiant [TRADUCTION] « cela n'est pas de mon fait »), ni sur l'absence de contrepartie étant donné qu'aucun de ces deux moyens de défense n'est soit plaidé dans l'exposé de la défense (voir les règles 27.06(1), 27.06(2), 27.07(3), 27.07(5) et 27.07(6) des *Règles de procédure*), soit soulevé comme moyen d'appel dans l'avis d'appel (voir la règle 62.09(2)). Quoi qu'il en soit, ces arguments sont tous deux dénués de fondement.

[34] De fait, le dossier ne permet qu'une seule inférence : l'appelant, qui se livrait activement à l'acquisition de biens à usage commercial dans la région en vue de leur revente ou de leur aménagement, ne s'est pas trompé au sujet de la nature des documents qu'il a signés, lesquels avaient tous deux été préparés par son avocat. Il est identifié comme étant le [TRADUCTION] « garant » dans le billet à ordre et l'hypothèque subsidiaire, et il a signé chacun des documents en cette qualité. L'argument fondé sur la défense du *non est factum* est manifestement sans fondement.

[35] De plus, bien qu'il soit élémentaire en droit qu'une garantie non scellée est inexécutoire en l'absence d'une contrepartie, il n'est pas nécessaire qu'elle soit fournie au garant. Il suffit en effet que les parties à la garantie aient convenu que la contrepartie passe du bénéficiaire à un tiers. L'état du droit est bien expliqué dans l'arrêt *Snell Lumber Ltd. c. Teed* (1959), 43 M.P.R. 304, [1960] C.C.S. No. 252 (C.A.N.-B.), dans lequel le juge en chef McNair a déclaré ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> […] [U]ne contrepartie parfaite n'étayera pas une promesse et, par conséquent, une garantie, à moins qu'elle ne soit scellée, ne sera pas valide à moins qu'une nouvelle contrepartie ne passe du destinataire de promesse. Cependant, lorsqu'une garantie est donnée dans le but de garantir le remboursement d'une dette future, par exemple des marchandises à livrer, la livraison ultérieure des marchandises au débiteur principal constitue une contrepartie étayant la promesse du garant au vendeur. [P. 309]

[36] En l'espèce, les [TRADUCTION] « garanties » ont été données au titre du prêt consenti ultérieurement à la société à dénomination numérique de l'appelant, la débitrice principale. Ce versement constitue une contrepartie suffisante pour étayer la promesse faite par l'appelant en sa qualité de garant. Je passe maintenant aux prétentions principales de l'appelant.

A. *Omission de préciser les clauses essentielles comme fondement du caractère inexécutoire de la garantie*

[37] L'appelant soutient que ses garanties ne sont pas juridiquement exécutoires au motif que leurs clauses essentielles ne sont pas couchées par écrit. Plus particulièrement, l'appelant affirme que sa signature qui se trouve sur la ligne située au-dessus du mot dactylographié [TRADUCTION] « garant », tant dans le billet à ordre que dans l'hypothèque subsidiaire, n'est pas suffisante pour créer une garantie exécutoire. À l'instar du juge saisi de la motion, en toute déférence, je rejette cet argument. Je le fais parce qu'il fait fi du sens courant du mot [TRADUCTION] « garant » ainsi que des clauses du billet à ordre et de l'hypothèque subsidiaire que visent la garantie.

[38] La nature et l'effet d'un contrat de garantie n'ont rien de nébuleux. Un garant promet au créancier [TRADUCTION] « d'être responsable, en plus du débiteur principal, de l'exécution régulière par ce dernier de ses obligations actuelles ou futures envers le créancier dans le cas où le débiteur principal omet de s'acquitter de ces obligations » : Geraldine Andrews, c.r., et Richard Millett, c.r., *Law of Guarantees*, 7e éd.

(Londres, Sweet & Maxwell, 2015), par. 1-004. En somme, un garant est personnellement responsable de la dette, du défaut ou de l'échec du débiteur principal. L'étendue des obligations associées à la garantie doit être déterminée en fonction du contrat principal. Sur ce point, je considère sans difficulté comme exacts les énoncés suivants tirés de l'ouvrage de Kevin McGuinness intitulé *The Law of Guarantee*, 3e éd. (Markham, Ont., LexisNexis Canada Inc., 2013), aux p. 6.50 et 6.51 :

> [TRADUCTION]
> 6.50 Étant donné qu'une garantie a habituellement pour objet de protéger le créancier contre les pertes et les dépenses susceptibles de découler d'une rupture du contrat principal auquel elle se rapporte, les clauses de ce contrat sont pertinentes pour déterminer l'étendue de l'obligation que renferme la garantie. Autrement dit, elles constituent une partie du cadre contractuel pertinent à l'octroi de la garantie. […]
>
> 6.51 Habituellement, le contrat de garantie est interprété en le lisant de pair avec le contrat principal et tout document connexe. […]

En apposant sa signature en qualité de [TRADUCTION] « garant », l'appelant a garanti la dette dont sa société à dénomination numérique était redevable en application du billet à ordre.

[39] De la même manière, en qualité de garant dans l'hypothèque subsidiaire, l'appelant s'est engagé à payer la totalité des sommes exigibles en application de cet instrument. Cette promesse, qui découle de la nature essentielle d'une garantie, est plus précisément définie par la clause 101 (l'engagement de payer) et le billet à ordre, qui font tous deux partie intégrante de l'hypothèque.

[40] En toute déférence, je suis d'avis que les clauses des garanties fournies par l'appelant sont dénuées d'ambiguïté et, comme le juge saisi de la motion l'a conclu à bon droit, juridiquement exécutoires.

B. *Le régime législatif régissant l'exercice des pouvoirs du créancier hypothécaire, dont le pouvoir de vente et de revente, et le calcul d'un éventuel manque à gagner*

[41] Les juges de la Cour du Banc de la Reine sont aux prises avec un certain nombre de problèmes associés aux pouvoirs que les art. 44 à 47 de la *Loi* confèrent aux créanciers hypothécaires. Comme on peut s'y attendre, chaque décision rendue montre que la Cour a consciencieusement tenté d'éviter l'apparente injustice résultant de l'application de dispositions législatives rédigées de façon à avantager les créanciers hypothécaires. De plus, certaines de ces décisions semblent, dans une certaine mesure, avoir été façonnées par des concessions en fonction des circonstances de l'instance et des arguments de droit incomplets qui, dans certains cas, ignoraient l'existence même de ces dispositions législatives.

(1) Historique de la loi

[42] L'affaire en cause met en jeu les pouvoirs d'origine législative permettant au créancier hypothécaire de vendre, de se porter acquéreur aux enchères et de revendre. Elle ne met pas en cause le « droit de saisie hypothécaire (*foreclosure*) », qui est préservé par le par. 47(5). Néanmoins, la compréhension des problèmes associés à l'exercice de ce droit éclaire l'objet des art. 44 à 47 de la *Loi*.

[43] Devant les tribunaux tant d'equity que de common law, le créancier hypothécaire devenait propriétaire du bien dès que le débiteur hypothécaire était en défaut de paiement, mais les tribunaux d'equity, [TRADUCTION] « au moyen d'une ordonnance *in personam*, obligeaient le créancier hypothécaire, à des conditions équitables, à rétrocéder le bien au débiteur hypothécaire et, si le créancier hypothécaire en avait déjà pris possession, le forçaient à rendre compte des loyers et profits qu'il avait reçus » (voir W.B. Rayner et R.H. McLaren, *Falconbridge on Mortgages*, 4e éd. (Agincourt, Ont., Canada Law Book Limited, 1977), à la p. 41). Ce pouvoir a déjà été qualifié d'inadmissible [TRADUCTION] « parce qu'il contredit le libellé de l'hypothèque » : *Falconbridge on Mortgages*, 4e éd., à la p. 40. Sur ce point, les auteurs

de ce manuel souvent cité trouvent appui dans les observations que le lord Bramwell a faites dans *Salt c. Marquess of Northampton*, [1892] A.C. 1, aux p. 18 et 19 :

> [TRADUCTION]
> […] Il va de soi que l'on sait, de manière générale sinon critique, ce qu'est un droit de rachat en equity. Il s'agit d'un droit non conféré par les clauses de la convention conclue par les parties, mais contraire à ces clauses, permettant d'obtenir la rétrocession des garanties qu'un emprunteur a données à un prêteur, je suppose que l'on pourrait également dire qu'un débiteur a données à un créancier, sur paiement du capital et des intérêts à une date postérieure à celle fixée pour le paiement, alors que le libellé même de la convention des parties prévoyait que ces garanties devaient devenir la propriété absolue du créancier. Cela est devenu aujourd'hui un droit en common law dévolu au débiteur. Il n'est pas certain qu'il aurait mieux valu obliger les gens à respecter le marché qu'ils ont conclu et leur apprendre par l'expérience à s'abstenir d'en conclure de mauvais, au lieu de leur venir en aide lorsqu'ils l'ont fait. Nous n'aurions pas dû subir le double état de choses, les droits en common law et les droits en equity et un régime de documents qui ne signifient pas ce qu'ils disent. Toutefois, la religiosité ou la cupidité de ceux à qui il appartenait d'administrer l'equity en a décidé autrement. Par ailleurs, il serait probablement plus coûteux et problématique de défaire le régime actuel que de laisser les choses en leur état actuel.

[44] Afin de contrecarrer le droit de rachat inaliénable dont jouit le débiteur hypothécaire défaillant, les tribunaux d'equity ont finalement accordé au créancier hypothécaire le droit de forclusion. Le créancier hypothécaire pouvait demander une ordonnance de forclusion qui obligeait le débiteur hypothécaire défaillant à [TRADUCTION] « exercer le droit de rachat qui lui était reconnu en equity dans un délai raisonnable, sans quoi il lui était interdit à jamais de l'exercer » : *Falconbridge on Mortgages*, 4e éd., à la p. 42.

[45] Toutefois, il n'était possible d'obtenir une forclusion en equity qu'au moyen d'un processus lourd et très souvent fastidieux. L'inefficacité de ce mode de réalisation de la dette hypothécaire a incité les praticiens de l'immobilier à mettre sur

pied au 19e siècle un pouvoir de vente contractuel dont le but était d'offrir [TRADUCTION] « un moyen plus simple et plus expéditif de se débarrasser du droit de rachat dont jouissait le débiteur hypothécaire et de réaliser la dette hypothécaire » : Walter M. Traub, *Falconbridge on Mortgages*, édition à feuilles mobiles (consultée en juillet 2016), (Toronto, Canada Law Book Limited, 2014), à la p. 35-2, §35:10. Avec le temps, prêteurs et praticiens de l'immobilier ont réussi à convaincre le Parlement de donner son aval au pouvoir de vente par acte formaliste (voir la loi intitulée *Lord Cranworth's Act, 1860* (R.-U.), 23 § 24 Vict., ch. 145, et la loi intitulée *Conveyancing and Law of Property Act, 1881* (R.-U.), 44 § 45 Vict., ch. 41). On peut difficilement qualifier cette dernière loi, comme celle qui l'a précédée, de loi de protection de l'emprunteur. C'est tout le contraire : ses dispositions s'inspiraient du pouvoir de vente par acte formaliste que les praticiens de l'immobilier avaient conçu pour faciliter l'élimination du droit de rachat et permettre une réalisation expéditive de la dette hypothécaire.

[46] Le régime législatif actuel du Nouveau-Brunswick, qui tire ses origines de la loi intitulée *Conveyancing and Law of Property Act, 1881*, est encore plus favorable au créancier hypothécaire que les dispositions correspondantes de ce texte de loi du XIXe siècle, lesquelles sont reprises à l'annexe « A » afin de faciliter la consultation et la comparaison. C'est également le cas lorsque l'on compare les art. 44 à 47 de notre *Loi* actuelle à leurs prédécesseurs dans le premier texte de loi adopté au Nouveau-Brunswick pour régir les droits et obligations des parties à une hypothèque en défaut (voir les art. 41 à 43 de la loi intitulée *The Property Act*, R.S.N.B. 1903, ch. 152). De fait, aucune modification importante en faveur du débiteur hypothécaire n'a été apportée aux dispositions pertinentes de la loi de 1903. En réalité les rares modifications notables apportées au régime législatif ont été à l'avantage des créanciers hypothécaires. En voici un exemple qui illustre sans doute parfaitement ce point.

[47] Des sources doctrinales très respectées défendent la thèse voulant que le pouvoir de « se porter acquéreur aux enchères » qui se trouve à l'al. 44(1)*a*) ne confère pas, en soi, au créancier hypothécaire le pouvoir d'acheter le bien pour son propre

compte. Le pouvoir en question signifierait simplement que [TRADUCTION] « le créancier hypothécaire peut se porter acquéreur du bien dans le but de le revendre en vertu du pouvoir de vente ou de se prévaloir de tout autre recours dont un créancier hypothécaire peut se prévaloir » : *Falconbridge on Mortgages*, édition à feuilles mobiles, au §35:130, note de bas de page 191. Dans l'affaire *Gauvin c. Dionne et al.* (1919), 47 R.N.-B. 102, [1919] A.N.-B. n° 4 (C.A.) (QL), la Cour en a décidé autrement. Selon elle, le pouvoir de se porter acquéreur aux enchères conférait effectivement au créancier hypothécaire le pouvoir d'acquérir le bien pour son propre compte. En 1952, le législateur a édicté la disposition qui a précédé le par. 44(4), qui prévoit que le pouvoir [TRADUCTION] « de se porter acquéreur aux enchères » est un pouvoir d'acquérir le bien non seulement pour le propre compte du créancier hypothécaire, mais également [TRADUCTION] « pour son propre usage » (voir la loi intitulée *Property Act*, R.S.N.B. 1952, ch. 177, par. 42(4)). Cette intervention du législateur devrait dissiper les doutes qui pourraient subsister sur la question de savoir quels sont les intérêts que les dispositions de la loi intitulée *Property Act* régissant le non-paiement d'une hypothèque sont censées protéger et, comme le juge Rideout le souligne dans l'affaire *First National Financial Corp. c. LeBlanc et al.*, 2011 NBBR 188, 375 R.N.-B. (2e) 239, au par. 23, le calcul de tout manque à gagner doit se fonder sur le droit du Nouveau-Brunswick, et ce même si la pratique ailleurs, comme en Nouvelle-Écosse, est sans doute meilleure.

(2) Réforme et obligations judiciaires

[48] En Angleterre, le fondement de la responsabilité d'un créancier hypothécaire en cas de perte découlant de l'exercice par ce dernier de son pouvoir de vente, qui se limitait initialement à la conduite de mauvaise foi, s'est étendu pour comprendre la négligence ordinaire après l'arrêt *Cuckmere Brick Co. Ltd. c. Mutual Finance Ltd.*, [1971] EWCA Civ 9, [1971] Ch. 949. Dans cette affaire, la Cour a confirmé l'opinion de longue date voulant que le créancier hypothécaire ne soit pas un fiduciaire du pouvoir de vente au profit du débiteur hypothécaire et qu'en cas de conflit d'intérêts, le créancier hypothécaire soit en droit de donner la préférence à ses propres intérêts. C'était particulièrement le cas pour décider de la date de la vente et exercer le

pouvoir de vente. Cependant, la Cour a ensuite déterminé que le créancier hypothécaire n'était pas simplement tenu d'agir de bonne foi, c'est-à-dire honnêtement et sans insouciance téméraire à l'égard de l'intérêt du débiteur hypothécaire, mais qu'il avait également l'obligation de prendre des mesures raisonnables en vue d'obtenir la juste valeur marchande du bien hypothéqué au moment choisi pour sa vente. Il en découle que le créancier hypothécaire, dont les obligations envers le débiteur hypothécaire en défaut se limitaient à s'abstenir de faire preuve d'insouciance en sacrifiant l'intérêt du débiteur hypothécaire, est maintenant tenu de prendre des mesures raisonnables en vue d'obtenir la juste valeur marchande du bien hypothéqué.

[49] Toutefois, cette extension de la responsabilité a depuis lors été rejetée par le Conseil privé (voir les arrêts *China and South Sea Bank Ltd. c. Tan*, [1989] 3 All E.R. 839 (C.J.C.P.) et *Downsview Ltd. c. First City Corpn. Ltd.*, [1993] A.C. 295 (C.J.C.P.)). Dans cette dernière affaire, le Conseil privé a observé que le [TRADUCTION] « […] devoir général de diligence procédant du droit de la négligence auquel est tenu un créancier hypothécaire […] à l'égard du débiteur hypothécaire est incompatible avec le droit du créancier hypothécaire et les obligations que les tribunaux lui ont imposées en appliquant les principes de l'equity » (p. 315). Par conséquent, la jurisprudence anglaise a choisi de ne pas imposer une responsabilité au créancier hypothécaire en cas de simple négligence dans l'exercice de son pouvoir de vente. À mon humble avis, tel est également l'état du droit dans notre province compte tenu de l'objet et du libellé des art. 44 à 47 de la *Loi* lorsqu'on les interprète de façon contextuelle.

[50] Dans deux décisions unanimes portant directement sur ce point, notre Cour a rejeté des remarques incidentes approuvant l'imposition d'une responsabilité aux créanciers hypothécaires en cas de simple négligence dans l'exercice de leur pouvoir de vente. De l'avis de la Cour, les remarques incidentes en question, qui se trouvent dans les arrêts *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Haley* (1979), 25 R.N.-B. (2e) 304, [1979] A.N.-B. no 77 (C.A.) (QL), et *Banque Nationale du Canada c. Desrosiers*, sont inconciliables avec le libellé de la *Loi* (voir *Bérubé c. Lévesque* et *Bayview Credit Union Ltd. c. Gambit Holdings & Development*). Dans chacune des affaires que je viens de

mentionner, il a été admis que le pouvoir de vente avait été exercé conformément à la *Loi*, la question déterminante pour trancher la question de la responsabilité étant de savoir si les créanciers hypothécaires pouvaient être tenus aux dommages-intérêts en cas de négligence ordinaire. La Cour a répondu par la négative, compte tenu des dispositions des art. 44 à 47 de la *Loi*.

[51] Dans *Bérubé c. Lévesque* comme dans *Bayview Credit Union c. Gambit Holdings & Development*, la Cour a également rejeté des remarques incidentes de l'opinion majoritaire dans *Banque Nationale du Canada c. Desrosiers* qui étaient censées imposer des obligations positives, en cas de vente hypothécaire, en plus de celles que prescrit la *Loi*, et rendre les créanciers hypothécaires responsables en dommages-intérêts de toute perte découlant de leur manquement. Les obligations positives rejetées sont les suivantes : 1) obtenir une évaluation [TRADUCTION] « adéquate »; 2) s'engager dans des activités publicitaires qui vont au-delà de ce que prescrit la loi; 3) recourir à une société immobilière; 4) utiliser un service d'inscriptions multiples; et 5) exposer le bien sur le marché pendant une période [TRADUCTION] « suffisante ». Je reviens à la première de ces mesures dans le contexte de la discussion sur la notion de légitimité de l'exercice du pouvoir de vente conféré par la loi.

[52] Dans notre régime de démocratie parlementaire, il est axiomatique que le droit jurisprudentiel, quelle que soit sa provenance, ne peut influer sur la relation entre le débiteur hypothécaire et le créancier hypothécaire que dans la mesure où cela est compatible avec la *Loi*. À cet égard, les observations que la Cour a faites sur ce point dans *Bérubé c. Lévesque* méritent d'être reprises :

> [TRADUCTION]
> […] Il est bien établi en droit que la responsabilité fondée sur des normes de common law ne peut être imputée que lorsque le redressement qui découlerait normalement de leur inobservation n'est pas interdit par une disposition législative. Si une disposition législative interdit le redressement en question, nous avons le devoir de lui donner effet même si nous ne sommes pas d'accord avec le choix d'ordre politique qu'elle exprime. Il en est ainsi pour

> la simple raison qu'aucun tribunal n'a compétence pour refuser de donner effet aux choix politiques du législateur si ces choix sont exprimés dans des dispositions législatives qui sont conformes aux normes constitutionnelles. En l'espèce, le législateur a fait un tel choix politique et il l'a exprimé en des termes clairs : le créancier hypothécaire qui exerce le pouvoir de vente conféré par l'art. 44 de la *Loi sur les biens* n'est pas tenu aux dommages-intérêts pour les pertes involontaires en découlant. [Par. 20]

[53] C'est au législateur qu'il appartient d'apporter des modifications aux lois en général, et à la *Loi* en particulier. À ce sujet, je souscris aux observations que le juge d'appel Rice, dissident, a faites dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Desrosiers* :

> L'adoption des énoncés de principe dans *Cuckmere* et *Haley* et leur application aux pouvoirs de vente prescrits par la *Loi sur les biens* doivent se faire par voie législative. Le législateur devra juger du poids à donner aux intérêts du débiteur hypothécaire face aux conséquences qu'auraient d'autres exigences relatives à la mise en marché sur le régime des prêts hypothécaires et, subsidiairement, sur l'économie et le commerce. [Par. 57]

Je conclus la discussion sur ce sujet en soulignant que l'article de Joseph T. Robertson intitulé « Foreclosure by Power of Sale: Securing a Proper Price in New Brunswick » (1983), 32 *U.N.B.L.J.* 83, renferme d'intéressantes suggestions de réforme.

(3) <u>Protections légales étendues et multiples conférées aux créanciers hypothécaires</u>

[54] L'al. 44(1)*a*) est ainsi rédigé :

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:	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*) 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, <u>without being answerable for any loss occasioned thereby</u>;	*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, <u>sans être tenu de répondre de toutes pertes qui en résulteraient</u>[.]
[Emphasis added.]	[Je souligne.]

[55] L'al. 44(1)*a*) fait plus qu'accorder un pouvoir de vente. De fait, il confère des pouvoirs distincts supplémentaires, dont celui « de se porter acquéreur aux enchères » et celui « de revendre » le bien. Le renvoi aux « pouvoirs mentionnés ci-dessus » qui se trouve au par. 44(2) confirme la multiplicité des pouvoirs conférés au créancier hypothécaire. Ainsi, lorsque la *Loi* fait allusion à « l'exercice du pouvoir de vente », elle vise ce pouvoir, et non les autres pouvoirs énoncés à l'al. 44(1)*a*), dont celui de revendre.

[56] Chose tout aussi importante, l'al. 44(1)*a*), considéré isolément, confère au créancier hypothécaire une immunité totale dans l'exercice de chaque pouvoir énuméré. Le libellé retenu par le législateur, dont la virgule placée après le mot « revendre », est dénué d'ambiguïté : le créancier hypothécaire est en droit d'exercer ces pouvoirs « sans être tenu de répondre de toutes pertes qui en résulteraient ». L'expression « sans être tenu de répondre de » signifie [TRADUCTION] « sans être responsable de » ou [TRADUCTION] « sans avoir à répondre de ». Plus particulièrement, le pouvoir de vente, le pouvoir de se porter acquéreur aux enchères et le pouvoir de revendre peuvent être exercés sans donner lieu à des [TRADUCTION] « responsabilités exécutoires » (voir Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 10e éd. (St. Paul, Minn., Thomson Reuters, 2014) à la p. 111). Comme on le verra plus loin, le législateur a cru bon de reconnaître

d'importantes exceptions à l'immunité générale prescrite par l'al. 44(1)*a*), mais uniquement en ce qui concerne le pouvoir de vente.

[57] Voici le texte du par. 44(4) :

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.	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.

[58] Le par. 44(4) précise clairement que le créancier hypothécaire peut légalement se porter acquéreur aux enchères pour son propre compte et pour son propre usage. Par conséquent, il donne l'aval du législateur à la décision rendue dans l'affaire *Gauvin c. Dionne et al.*, que certains commentateurs avaient critiquée comme étant injuste envers les débiteurs hypothécaires en défaut et contraire à une jurisprudence bien établie qui existe de longue date. Il convient de mentionner qu'aucun autre ressort de common law n'a adopté un texte de loi analogue. Quoi qu'il en soit, le par. 44(4) donne un fondement légal clair à la conclusion que notre Cour a tirée dans l'arrêt *Central and Eastern Trust Co. c. Rosebowl Holdings Ltd. and Huestis* selon laquelle le créancier hypothécaire, après s'être porté acquéreur aux enchères, [TRADUCTION] « a le droit de faire du bien ce qu'il désire » (par. 29). J'ajouterais entre parenthèses qu'il se pourrait que les juges majoritaires dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Desrosiers* aient mal interprété *Gauvin c. Dionne et al.* en émettant l'opinion, au par. 25, que la Cour avait « retenu l'obligation de diligence du créancier ». En fait, le juge Barry a évoqué l'obligation de prendre des [TRADUCTION] « précautions raisonnables pour obtenir un prix raisonnable » dans des motifs concordants (par. 19); les juges majoritaires (les juges Grimmer et White) n'ont fait aucune mention d'une telle obligation. Quoi qu'il en soit, et comme on le verra, l'obligation dont le juge Barry a fait état ne fait qu'imposer aux créanciers hypothécaires une obligation de ne pas sacrifier frauduleusement, intentionnellement ou d'une façon irréfléchie l'intérêt du débiteur hypothécaire; elle ne saurait servir de tremplin à l'attribution d'une responsabilité pour négligence ordinaire.

[59] Le par. 45(1) est ainsi rédigé :

45(1) A mortgagee shall not exercise the power of sale conferred by section 44 unless	45(1) Un créancier hypothécaire ne peut exercer le pouvoir de vente conféré par l'article 44 à moins
[…]	[…]
(*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.

[60] Cette disposition a pour objet « de garantir une participation raisonnable à la vente aux enchères en faisant connaître celle-ci de façon générale dans le comté » : *Hébert c. Household Trust Co.* (1996), 184 R.N.-B. (2e) 83, [1996] A.N.-B. no 599 (C.A.) (QL), le juge Bastarache au nom de la majorité. Le législateur ayant précisé des mesures susceptibles, selon lui, de susciter une participation raisonnable à la vente aux enchères, il est impossible d'imposer des fardeaux supplémentaires à cette fin par ordonnance judiciaire : *Bérubé c. Lévesque*. La réforme doit provenir de l'organe législatif du gouvernement.

[61] Voici le texte du par. 47(2) :

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.	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 a 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.

[62] Le par. 47(2) porte exclusivement sur l'exercice du pouvoir de vente, et son effet est double dans des circonstances où cet exercice était non autorisé, impropre ou irrégulier. Bien que le titre de propriété de l'acquéreur soit inattaquable, toute personne lésée possède un recours en dommages-intérêts.

[63] Le par. 47(2) renferme les seules exceptions à l'immunité générale contre la responsabilité que le par. 44(1) confère aux créanciers hypothécaires. Comme cela deviendra évident, l'élément clef du par. 47(2) pour les fins qui nous occupent est le terme « impropre ». Je devrais immédiatement préciser que le recours en dommages-intérêts en cas d'exercice non autorisé, impropre ou irrégulier du pouvoir de vente est subordonné au par. 47(6), qui prévoit que le créancier hypothécaire « ne répond […] pas d'une perte involontaire » survenue à la suite de l'exercice ou de l'exécution du pouvoir de vente que confère l'art. 44 ou de toute fiducie qui s'y rattache. La fiducie en question tire son origine du par. 47(3), auquel je passe maintenant.

[64] Voici le texte du par. 47(3) :

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

(*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;

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

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

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.

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.

[65] L'affectation et la fiducie prescrites par le par. 47(3) visent la somme que le créancier hypothécaire a reçue « de la vente ». Le contexte, et en particulier le par. 47(6), confirment, si une autre confirmation était jugée nécessaire, que le renvoi à « la vente » au par. 47(3) vise la vente hypothécaire. La *Loi* n'impose ni une affectation ni une fiducie relativement à la somme que le créancier hypothécaire tire d'une éventuelle revente. Rappelons que les créanciers hypothécaires peuvent se porter acquéreurs aux enchères pour leur propre compte et pour leur propre usage. Cet état de choses explique et étaye en bonne partie l'affirmation de la Cour dans l'arrêt *Central and Eastern Trust Co. c. Rosebowl Holdings Ltd. and Huestis* selon laquelle il faut calculer les manques à gagner à la date de la vente hypothécaire, ce qui a été réaffirmé plus récemment dans l'arrêt *Bayview Credit Union Ltd. c. Gambit Holdings & Development Ltd. et al.* Le bien-fondé de ces décisions n'est pas en cause, et le juge saisi de la motion a commis une erreur en omettant de les appliquer.

[66] Le par. 47(6) est ainsi rédigé :

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.

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.

[67] Le par. 47(6) ne s'applique qu'au pouvoir de vente et à la fiducie découlant de son exercice (voir le par. 45(2)). Ce champ d'application étroit cadre pleinement avec un régime qui ferme la porte à la responsabilité du créancier hypothécaire, sauf, dans des circonstances limitées, en raison de son exercice du pouvoir de vente : par. 44(1) et 47(2). Chose tout aussi importante, le par. 47(6) élimine toute responsabilité en cas de perte « involontaire » découlant de l'exercice ou de l'exécution du pouvoir de vente. Dans *Bérubé c. Lévesque*, la Cour a apporté l'éclairage suivant du sens de l'expression « perte involontaire » :

> [TRADUCTION]
> Dans le cas qui nous occupe, on reconnaît que la vente hypothécaire a été tenue en vertu d'un « pouvoir de vente que confère l'article 44 » au sens du paragraphe 47(6). De plus, on ne saurait sérieusement prétendre que la perte d'intérêt qu'a pu subir Mme Bérubé est survenue lors ou à la suite de l'exercice ou de l'exécution du pouvoir de vente que l'art. 44 conférait à Me Lévesque. Il s'ensuit que la question que le juge du procès devait trancher était celle de savoir si Mme Bérubé avait prouvé que la perte de son intérêt avait été volontairement causée par Me Lévesque. Si sa perte était involontaire [en anglais « involuntary »], le paragraphe 47(6) donne à Me Lévesque une défense complète contre l'action introduite par Mme Bérubé.
>
> Le mot anglais « involuntary » veut dire « qui n'est pas volontaire; qui est fait ou se produit sans l'exercice ou la collaboration de la volonté; qui n'est pas fait intentionnellement ou par choix; qui est indépendant de la volonté, qui n'est pas voulu » : voir *The Oxford English Dictionary*, vol. XII (Oxford, Clarendon Press, 1970). Parmi ses antonymes figurent les mots « voluntary » (volontaire) et « wilful » (intentionnel, voulu). Le mot correspondant dans la version française du texte législatif est « involontaire ». Son sens correspond à celui du mot anglais « involuntary ». Les antonymes du mot « involontaire » sont notamment les mots « volontaire », « intentionnel » et « voulu ». Voir P. Robert, *Le Grand Robert de la langue française*, 2e éd. (Montréal : Les dictionnaires Robert Canada, 1987). En définissant en ces

> termes le genre de perte dont le créancier hypothécaire n'a pas à répondre, le législateur a enjoint aux tribunaux de se demander avant tout si la perte subie par le débiteur hypothécaire était le but de l'exercice ou de l'exécution par le créancier hypothécaire de son pouvoir de vente légal.
>
> L'« obiter dictum » formulé à la page 259, paragraphe 28, de l'arrêt *Desrosiers*, selon lequel l'expression « perte involontaire » ne vise pas une « autre réalité que l'expression "wilful neglect or default" utilisée dans le *Short Forms of Mortgages Act* » de l'Ontario, ne se voulait pas être un énoncé complet du droit sur cette question. Il est certainement vrai que toute perte subie par un débiteur hypothécaire est « involontaire » au sens du paragraphe 47(6), à moins que la preuve n'établisse qu'il y a eu un comportement intentionnel de la part du créancier hypothécaire. Toutefois, comme l'a souligné le juge d'appel Bastarache dans l'arrêt *Desrosiers*, toujours à la page 259, paragraphe 28, ce sont les pertes que notre *Loi sur les biens* caractérise lorsqu'elle traite de la responsabilité du créancier hypothécaire à la suite de l'exercice ou de l'exécution d'un pouvoir de vente légal. Seule une perte volontaire, c'est-à-dire une perte qui a été voulue par le créancier hypothécaire, est indemnisable dans des circonstances où le paragraphe 47(6) s'applique. [Par. 23 à 25]

[68] L'objet et l'effet du par. 47(6) sont clairs. La négligence ordinaire est exclue comme fondement de la responsabilité du créancier hypothécaire à la suite de l'exercice ou de l'exécution de son pouvoir de vente légal.

(4) <u>Protection limitée offerte au débiteur hypothécaire en défaut</u>

[69] Dans l'affaire *Nova Scotia Savings & Loan Co. c. MacKenzie and MacKenzie*, (1979), 29 R.N.-B. (2e) 78, [1979] A.N.-B. no 331 (Q.B.) (QL), le juge Angers a observé qu'[TRADUCTION] « […] il faut demeurer conscient que le Nouveau-Brunswick, contrairement aux autres provinces, accorde très peu de protection légale au débiteur hypothécaire dans les cas où le créancier hypothécaire effectue l'achat lors de la vente […] » (par. 11). Il a fait cette observation quant au par. 44(1), qui prévoit que le créancier hypothécaire peut exercer les pouvoirs de vendre, de se porter acquéreur

aux enchères et de revendre « sans être tenu de répondre de toutes pertes », et l'exclusion de responsabilité prévue au par. 47(6) en cas de « perte involontaire ». Les principales protections offertes au débiteur hypothécaire en défaut sont les suivantes.

[70] Le par. 45(1) donne au débiteur hypothécaire le droit de recevoir un avis de la vente. Un tel avis est donné dans le but de permettre aux débiteurs hypothécaires en défaut de prendre des mesures visant à protéger leurs intérêts. Si, comme c'est le cas en l'espèce, le débiteur hypothécaire en défaut ne fait rien en réponse à l'avis, il devient difficile d'attirer la sympathie. Après tout, entre l'appelant, un homme d'affaires de la région œuvrant dans l'immobilier, et l'intimée, une société de prêt basée en Ontario, on s'attendrait à ce que le premier soit mieux informé du bassin d'acquéreurs potentiels.

[71] Le par. 47(3) prévoit une affectation du produit de la vente à la date de la vente hypothécaire. Son libellé donne à penser que le législateur n'avait pas envisagé que des achats puissent se faire pour une somme nominale. Quoi qu'il en soit, la disposition protège le débiteur hypothécaire contre des augmentations de la dette en raison de dépenses autres que celles qui sont expressément prévues. Il existe pour le débiteur hypothécaire et d'éventuels garants d'importants avantages à ce que le calcul du manque à gagner se fasse à la date de la vente hypothécaire. Premièrement, le débiteur hypothécaire et les éventuels garants ne sont aucunement responsables des frais postérieurs à la vente qui peuvent être très élevés et sur lesquels ils n'ont absolument aucun contrôle. Il est déjà arrivé que des créanciers hypothécaires réclament le remboursement de toute une série de frais postérieurs à la vente : [TRADUCTION] « entretien » et [TRADUCTION] « nouvelle évaluation » du bien (*London Life Insurance Co. c. Carrick*, 2002 NBBR 392, 255 R.N.-B. (2e) 332, aux par. 13 et 14), frais d'exploitation, réparations, publicité et coût de démolition de bâtiments (*Bayview Credit Union c. Gambit Holdings & Development*, au par. 3), frais de possession (*Scotia Mortgage Corporation c. Condon et al.*, 2001 NBBR 164, 242 R.N.-B. (2e) 79, au par. 20), frais de [TRADUCTION] « protection » et [TRADUCTION] « frais de gestion immobilière » (*Bank of Nova Scotia c. Leclair*, 2012 NBBR 159, [2012] A.N.-B. no 497 (QL), aux par. 10 à 12), coût des [TRADUCTION] « améliorations » prétendument

justifiées par le fait que le bien serait plus facile à vendre, services de sécurité, frais d'assurances, honoraires d'avocat au titre de services multiples et commissions de courtage. La liste n'a pas la prétention d'être exhaustive. Deuxièmement, le manque à gagner, s'il y a lieu, peut être facilement calculé, de sorte qu'il est possible d'éviter de coûteux litiges ainsi que les frais d'intérêts.

[72] Au titre du par. 47(2), le débiteur hypothécaire en défaut est en droit de s'attendre à un exercice du pouvoir de vente qui n'est ni non autorisé, ni irrégulier ni impropre. Si le créancier hypothécaire ne se conforme pas à ces exigences, le débiteur hypothécaire dispose d'un recours en dommages-intérêts en cas de perte volontaire découlant de cet exercice.

(5) Exercice « impropre » du pouvoir de vente

[73] Selon l'un des outils ou principes d'interprétation bien établis, il faut attribuer un sens à chaque disposition législative et à chaque mot de la disposition en cause. Le par. 47(2) de la *Loi sur les biens* fait état d'un exercice « irrégulier, impropre ou non autorisé » du pouvoir de vente. Il faut attribuer un sens à chacun des adjectifs cités. Plus particulièrement, un exercice « impropre » du pouvoir de vente vise une conduite qui ne constitue ni un exercice « non autorisé » ni un exercice « irrégulier », ce qui nous amène à l'une des questions clés : l'expression « exercice impropre du pouvoir de vente » inclut-elle la négligence ordinaire? Je répondrai simplement que non.

[74] L'expression citée se trouve dans les lois sur les biens successives de notre province depuis 1903. Son inclusion dans la loi de 1903 remonte à quelques années après le prononcé de la décision que la Cour d'appel de l'Angleterre a rendue dans l'arrêt *Kennedy c. De Trafford*, [1896] 1 Ch. 762. Dans cette affaire, le lord juge Lindley a qualifié un exercice impropre du pouvoir de vente d'exercice qui sacrifie [TRADUCTION] « frauduleusement, intentionnellement ou d'une façon irréfléchie » les intérêts du débiteur hypothécaire (voir la p. 772). À son avis, l'obligation [TRADUCTION] « de prendre des précautions raisonnables pour obtenir un prix

raisonnable », à laquelle il avait déjà fait allusion dans l'affaire *Farrar c. Farrars, Limited* (1889), 40 Ch. D. 395, à la p. 411, ne signifiait rien de plus qu'une obligation d'éviter de sacrifier frauduleusement, intentionnellement ou d'une façon irréfléchie l'intérêt du débiteur hypothécaire.

[75] Devant la Chambre des lords, le débiteur hypothécaire en défaut a fait valoir que même si le créancier hypothécaire avait agi de bonne foi, le bien avait été vendu à un prix inférieur à sa valeur, un résultat qui, selon lui, était attribuable à l'omission par le créancier de tenir une vente aux enchères et de faire une publicité adéquate et suffisante de la vente. Lord Herschell a qualifié l'appel interjeté par le débiteur hypothécaire [TRADUCTION] « d'appel le plus futile jamais interjeté » (voir *Kennedy c. De Trafford*, [1897] A.C. 180 (Ch. des lords), à la p. 183). Il a ensuite fait les observations suivantes au sujet des obligations du créancier hypothécaire :

> [TRADUCTION]
> […] [L']appelant veut obtenir l'annulation de l'hypothèque au motif que les créanciers hypothécaires ont manqué à leur obligation relativement à la vente en cause. Premièrement, il est allégué qu'ils ont vendu pour moins que la valeur et que cette vente pour moins que la valeur découle du fait qu'ils ne se sont pas acquittés des obligations qui leur incombaient en leur qualité de créanciers hypothécaires. Il n'est pas contesté qu'ils ont vendu de bonne foi. Ils n'avaient pas d'autre intention que celle d'exercer convenablement le pouvoir de vente que leur conférait leur hypothèque. Toutefois, il est aussi allégué qu'ils n'ont pas mis les bâtiments en vente aux enchères, qu'ils n'ont placé que deux publicités annonçant la vente par appel d'offres et qu'ils ont finalement vendu à M. Dodson pour une somme correspondant au montant du principal, des intérêts et des frais.
>
> Pour ma part, je suis disposé à penser que si, dans l'exercice de son pouvoir de vente, un créancier hypothécaire fait preuve de bonne foi, sans aucune intention de léser son débiteur hypothécaire, il serait très difficile, voire impossible, d'établir qu'il a commis une violation quelconque de ses obligations envers ce dernier. Le lord juge Lindley, dans le tribunal d'instance inférieure,

> affirme qu'[TRADUCTION]« il n'est pas juste, approprié ni légal qu'il sacrifie frauduleusement, intentionnellement ou d'une façon irréfléchie le bien du débiteur hypothécaire ». Eh bien, je pense que tout cela est couvert par le fait qu'il a exercé de bonne foi le pouvoir qui lui était dévolu. Il est très difficile de définir tout ce qui pourrait être couvert par l'expression [TRADUCTION] « bonne foi », ou d'en donner une définition exhaustive, mais je pense qu'il serait déraisonnable d'exiger du créancier hypothécaire de faire plus qu'exercer son pouvoir de vente de cette façon. Il va de soi que s'il dispose sciemment et d'une façon irréfléchie du bien en cause de manière telle que les intérêts du débiteur hypothécaire sont sacrifiés, je dirais alors qu'il n'a pas exercé son pouvoir de vente de bonne foi. [P. 184 et 185]

Lord MacNaghten a souscrit à ces propos, ajoutant que [TRADUCTION] « si un créancier hypothécaire qui vend en vertu du pouvoir de vente que lui confère son hypothèque prend la peine de se conformer aux clauses qui confèrent ce pouvoir et agit de bonne foi […] sa conduite [ne peut] être attaquée » (p. 192). Les autres lords se sont déclarés d'accord.

[76] Dans l'arrêt *British Columbia Land and Investment Agency c. Ishitaka* (1911), 45 R.C.S. 302, le juge Duff (tel était alors son titre) a résumé en ces termes l'effet de l'arrêt *Kennedy c. De Trafford* :

> [TRADUCTION]
> [En exerçant un pouvoir de vente, le créancier hypothécaire] est tenu d'agir de bonne foi, c'est-à-dire qu'il est tenu d'exercer le pouvoir honnêtement aux fins pour lesquelles il a été attribué. Si le créancier hypothécaire procède d'une façon qui vise à nuire aux intérêts du débiteur hypothécaire et si les mesures qu'il prend ne peuvent être assimilées à celles que, dans les circonstances, un créancier hypothécaire honnête peut raisonnablement estimer nécessaires pour la protection de ses propres intérêts; s'il sacrifie les intérêts du débiteur hypothécaire « frauduleusement, intentionnellement ou d'une façon irréfléchie », alors […] on comprendrait difficilement comment il a pu agir de bonne foi. Mais on est très loin de dire qu'il a, envers le débiteur hypothécaire

> (sans égard à ses propres intérêts en tant que créancier hypothécaire), l'obligation de prendre tous les moyens qu'un homme prudent pourrait prendre en vendant son propre bien. […] [P. 316 et 317]

Le juge Duff a ensuite déclaré qu'[TRADUCTION] « il est évident qu'en exerçant son pouvoir, le créancier hypothécaire n'agit pas en qualité de fiduciaire ».

[77] Compte tenu de cette toile de fond jurisprudentielle, de l'immunité absolue que confère l'al. 44(1)*a*) et de l'effet combiné des par. 47(2) et 47(6) qui limitent le recours en dommages-intérêts aux pertes volontaires découlant de l'exercice non autorisé, irrégulier ou impropre du pouvoir de vente, une négligence ordinaire dans l'exercice des pouvoirs énumérés à l'al. 44(1)*a*) ne peut engager la responsabilité du créancier hypothécaire. En l'absence d'une inconduite intentionnelle, le sacrifice irréfléchi de l'intérêt du débiteur hypothécaire lors de l'exercice du pouvoir de vente est requis. Le caractère irréfléchi est une question de fait. Les circonstances de chaque cas particulier doivent être prises en considération pour trancher la question.

[78] Toutefois, lorsque le créancier hypothécaire se porte acquéreur aux enchères à un prix nominal, les intérêts du débiteur hypothécaire sont sacrifiés de façon irréfléchie. Il en découle que le pouvoir de vente a été exercé improprement et que les pertes découlant de cet exercice ne peuvent être qualifiées d'« involontaires » au sens du par. 47(6) (voir *London Life Insurance Co. c. Carrick*, au par. 66).

[79] L'appelant va plus loin. Il affirme que l'intimée a renoncé à son droit d'entamer une poursuite fondée sur l'engagement et sur les garanties en raison de l'exercice « impropre » de son pouvoir de vente. Je ne suis pas de cet avis.

[80] Dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Desrosiers*, les juges majoritaires ont conclu que l'acquisition du bien hypothéqué par la banque pour une somme nominale constituait un manquement à son obligation d'agir de bonne foi. La Cour a postulé qu'il existe une présomption de mauvaise foi lorsque « la différence entre

la valeur réelle du bien et le prix de vente est si grande qu'elle indique que les intérêts du débiteur ont été sacrifiés » (par. 33). Après avoir cité les arrêts *Canada Permanent Mortgage Corporation c. Jesse* (1909), 11 W.L.R. 295 (C.S. Sask.) et *Briand c. Carver et al.*, [1967] N.S.J. No. 32 (C.S.) (QL), dont il ressort que l'exercice de mauvaise foi du pouvoir de vente constitue une renonciation au droit de poursuivre en vertu de l'engagement, la Cour a accueilli la demande reconventionnelle en dommages-intérêts du débiteur hypothécaire et ordonné qu'ils soient fixés par le juge du procès et « serv[ent] à compenser le montant accordé aux termes de l'action principale » (par. 36). En fin de compte, le jugement en recouvrement du manque à gagner a été confirmé, mais la Cour a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour évaluer les dommages-intérêts payables par la banque en raison de sa mauvaise foi. Par conséquent, dans notre province, le droit de poursuivre en vertu de l'engagement et d'une éventuelle garantie n'est pas perdu par suite de l'exercice impropre du pouvoir de vente. J'ajouterai que les droits et obligations des banques qui découlent des articles 44 à 47 ne sont pas différents de ceux des autres créanciers hypothécaires.

[81] Dans *Bérubé c. Lévesque*, la Cour a laissé entendre que le résultat obtenu dans l'affaire *Banque Nationale du Canada c. Desrosiers* pouvait s'expliquer par l'existence d'obligations particulières que le par. 428(10) de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, impose aux banques, notamment l'obligation d'effectuer la vente du bien en temps opportun et de façon indiquée, compte tenu des intérêts du propriétaire en défaut. Dans *Bérubé c. Lévesque*, la Cour a émis cette opinion sur la base des observations faites par les juges majoritaires dans *Banque Nationale du Canada c. Desrosiers* :

> La Banque doit aussi tenir compte de ses obligations aux termes de l'article 179 de la *Loi sur les banques* (L.C. 1991, c. 46; codification permanente 1993, c. B-1.01, par. 428(10)). Le paragraphe (10) oblige la banque à agir de bonne foi dans la réalisation de ses sûretés :
>
> > La banque qui vend des biens aux termes des paragraphes (7) et (8) ou en vertu d'un accord conclu avec le donneur de garantie doit agir honnêtement et effectuer la vente en temps

> opportun et de façon indiquée, compte tenu de la nature des biens et des intérêts du donneur de garantie; [...]
>
> (Voir aussi sur ce point l'arrêt *Haley*, à la page 313.) [Par. 30]

On a depuis lors attiré mon attention sur le fait que les dispositions de la *Loi sur les banques* que je viens de citer ne s'appliquent aucunement à la vente de biens hypothéqués effectuée en vertu des art. 44 à 47 de la *Loi sur les biens*.

[82] Il n'est pas nécessaire que le créancier hypothécaire fasse monter les prix jusqu'à la valeur marchande probable du bien hypothéqué : *Bank of Montreal c. Allender Investments Ltd. and Neill* (1983), 53 R.N.-B. (2e) 143, [1983] A.N.-B. no 393 (C.B.R.) (QL), motifs du juge Dickson, et *Nova Scotia Savings and Loan Company c. Doucet, Doucet and Doucet* (1984), 54 R.N.-B. (2e) 72, [1984] A.N.-B. no 128 (C.B.R.) (QL), motifs du juge Jones, par. 14 et 15. Après tout, le meilleur résultat que peuvent espérer les débiteurs hypothécaires est un prix reflétant la réalité de la situation que leur défaut de paiement a provoquée, à savoir une vente forcée. Par conséquent, il est permis de croire que l'acquisition ou la fixation du prix du bien à un prix correspondant à sa valeur lors d'une vente forcée, déterminée par un évaluateur professionnel indépendant et digne de confiance, protégerait les créanciers hypothécaires contre des allégations d'exercice « impropre » de leur pouvoir de vente. Lorsqu'un créancier hypothécaire vend un bien ou s'en porte acquéreur à la vente hypothécaire à un prix qu'il croit, pour des motifs raisonnables, correspondre à sa valeur lors d'une vente forcée, il est difficile de voir comment une allégation d'exercice « impropre » du pouvoir de vente pourrait être fondée.

(6) Juste méthode de calcul du manque à gagner

[83] Le juge saisi de la motion a évalué le manque à gagner et le montant à recouvrer par l'intimée comme suit :

> [TRADUCTION]
> Étant donné que la Sandfire avait acquis le bien pour une somme nominale, le montant à prendre en considération est la valeur reçue, estimée à 110 000 $, moins les débours raisonnables. À cet égard, la Cour accepte comme débours raisonnables les honoraires d'avocat associés à la vente du bien, qui sont de 836,20 $, la commission de courtage de 6 215 $ et les impôts fonciers et les arriérés au 31 décembre 2014, soit un total de 9 287,67 $, ce qui laisse un crédit net de 100 712,33 $ au profit de Keough.
>
> En ce qui concerne le montant réclamé, le principal initial de 200 000 $, majoré des intérêts au taux de 12 % à partir du 8 mars 2012 jusqu'au 5 février 2015, soit la somme de 71 200 $, donne une somme globale de 271 210 $ dont il faut soustraire les 100 712,33 $ pour arriver à la somme de 170 497,67 $. Les frais engagés pour la vente hypothécaire sont fixés à 6 500 $ pour les frais d'avocat et les débours, ce qui donne un montant total exigible de 176 997,67 $. Les intérêts au taux de 12 % depuis le 5 février 2015 jusqu'au 22 septembre 2015 sont fixés à 13 267,50 $, pour un total de 190 265,17 $.
>
> S'agissant des dépens, je dois prendre en considération le fait que chacune des parties a déposé une motion en jugement sommaire. Seule la Sandfire a eu gain de cause. Si je tiens compte des arguments invoqués par Keough, sa requête en jugement sommaire était douteuse, sans compter que la demande en jugement sommaire de la Sandfire a été contestée et qu'il a fallu tenir deux audiences. Dans ces circonstances, j'accorde les dépens selon l'échelle 2 du tarif A de la règle 59.
>
> En date du 22 septembre 2015, la Cour rend jugement en faveur de la Sandfire Capital Limited Partnership contre Gregory James Keough pour la somme de 190 997,67 $ majorée des dépens que je fixe à 7 720 $ d'après un montant clé de 190 997,67 $ selon l'échelle 2 du tarif A de la règle 59. J'accorde donc un jugement en faveur de la demanderesse contre le défendeur pour la somme globale de 198 717,67 $. [Par. 61 à 64]

[84] Lorsque le pouvoir de vente prévu par la loi a été exercé de manière impropre, le créancier hypothécaire, dans une action en recouvrement du manque à gagner, est en droit d'obtenir un jugement pour le solde qui lui est dû au titre de

l'hypothèque après déduction de la valeur marchande du bien qui est venu s'ajouter à son portefeuille par suite de la vente hypothécaire. Comme je l'ai indiqué, la valeur n'est pas celle du bien à une vente [TRADUCTION] « forcée », mais bien sa valeur marchande. Cela vient du fait que la possibilité de vente du bien n'est pas limitée par les éventuelles influences négatives associées à une vente forcée à une date déterminée. À l'époque des évaluations figurant au dossier, les *Normes uniformes de pratique professionnelle en matière d'évaluation au Canada* définissaient le terme « valeur marchande » comme suit :

> Prix le plus probable qu'un bien devrait rapporter dans un marché concurrentiel et ouvert, à la date précisée, dans toutes les conditions requises pour une vente équitable, l'acheteur et le vendeur agissant tous prudemment et en connaissance de cause et en supposant que le prix n'est pas déterminé par des facteurs indus. Cette définition laisse entendre que l'on conclut la vente à la date précisée et en transférant le titre de l'acheteur au vendeur dans les conditions suivantes :
>
> 1. l'acheteur et le vendeur sont normalement motivés;
>
> 2. les deux parties sont bien informées ou bien conseillées et agissent, à leur avis, dans leur intérêt;
>
> 3. un délai raisonnable est prévu pour la mise en vente sur le marché libre;
>
> 4. le paiement est effectué en espèces, en dollars canadiens, ou selon des modalités financières comparables;
>
> 5. le prix représente la contrepartie normale du bien vendu, sans être modifié par un financement spécial ou original ou des concessions de vente accordées par quiconque est associé à l'opération de vente.

[85] Comme je l'ai indiqué, il faut calculer le manque à gagner à la date de la vente hypothécaire. Dans l'arrêt *Central and Eastern Trust Co. c. Rosebowl Holdings Ltd. and Huestis*, la Cour a fait les observations suivantes à ce sujet :

[TRADUCTION]
Il s'agit d'un appel formé par les défendeurs, la Rosebowl Holdings Ltd. (« Rosebowl ») et David Huestis (« Huestis »), contre un jugement du juge Barry [voir 31 R.N.-B. (2e) 219; 75 A.P.R. 219] dans lequel il a accordé à la demanderesse, la Central and Eastern Trust Company, la somme de 47 173,76 $ avec intérêts au taux de 10 % par an du 7 décembre 1976 jusqu'à la date du jugement, le 18 septembre 1980, soit le montant revendiqué par la demanderesse qui correspond à la différence entre le montant qu'elle a tiré de la vente d'un bien hypothéqué et le solde qui lui était alors dû au titre de l'hypothèque grevant le bien qu'elle avait vendu.

[…]

Un avis de la vente ayant été donné, le bien a été vendu à la Central Trust aux enchères publiques pour la somme de 25 000 $ en vertu du pouvoir de vente que renfermait l'hypothèque. Huestis n'a pas assisté à la vente et personne ne s'y est présenté pour le compte de la Rosebowl.

Le 21 juin 1977, un dénommé Zack Gilks a présenté à la Central Trust une offre d'achat du bien pour un prix de 30 000 $. Le 11 août 1977, des avocats représentant la Central Trust ont écrit à Huestis pour l'informer que le bien avait été vendu aux enchères publiques pour la somme de 25 000 $, qu'il y avait un manque à gagner de 47 173,76 $ au titre de l'hypothèque et que Gilks avait fait une offre d'achat du bien. Dans cette même lettre, la Central Trust offrait de vendre le bien à la Rosebowl, à Huestis ou à Jorover pour la somme de 72 173,76 $, cette offre étant irrévocable jusqu'au 22 août 1977 à minuit. Huestis n'a pas répondu; la Central Trust a accepté l'offre de Gilks et le bien a été transporté à Gilks et à d'autres personnes au moyen d'un acte formaliste daté du 1er septembre 1977.

[…]

En l'espèce, la Central Trust a enchéri sur le bien-fonds hypothéqué et l'a acheté lors d'une vente aux enchères publiques pour son propre compte et pour son propre usage, comme elle était autorisée à le faire aux termes du paragraphe 44(4) de la *Loi sur les biens*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-19, qui prévoit :

> 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.
>
> […]
>
> Rien n'empêchait Central Trust de vendre le bien-fonds pour moins que la valeur marchande estimée, en dépit du fait qu'elle avait l'intention de réclamer des défendeurs le manque à gagner. Ayant enchéri sur le bien-fonds lors de la vente hypothécaire, Central Trust avait le droit, comme je l'ai dit, de faire du bien-fonds ce qu'elle désirait. Les débiteurs hypothécaires n'étaient pas habiles à exercer leur droit de rachat. En vertu de l'hypothèque, la somme obtenue lors de la vente hypothécaire devait servir au calcul du manque à gagner effectué par Central Trust. De toute façon, il n'existe aucune preuve que la vente à Gilks n'était pas une opération sans lien de dépendance, et j'infère de la preuve que Central Trust a quelque peu amélioré le bien-fonds puisque le préposé à l'entretien engagé par Central Trust a non seulement perçu les loyers et loué les chambres au fur et à mesure que les locataires arrivaient et repartaient, mais a également nettoyé et peint l'intérieur du bâtiment. [Par. 1, 8, 9, 17 et 29]

[86] La conclusion selon laquelle [TRADUCTION] « la somme obtenue lors de la vente hypothécaire devait servir au calcul du manque à gagner effectué par [le créancier hypothécaire] » est indiscutablement le *ratio decidendi* de l'affaire *Central and Eastern Trust Co. c. Rosebowl Holdings Ltd. and Huestis*. De fait, la Cour a confirmé la décision de première instance sur ce fondement.

[87] Quoi qu'il en soit, la même démarche a été adoptée dans *Bayview Credit Union c. Gambit Holdings & Development* :

> [TRADUCTION]
> Bayview a calculé le manque à gagner résultant de l'hypothèque à compter de la revente des biens grevés. Elle a additionné le solde dû sur le prêt (337 381,46 $) et les dépenses et frais engagés tant avant et après la vente hypothécaire (108 144,18 $) pour en arriver à une somme

> due, avant déduction des crédits, de 445 525,64 $. Elle a ensuite crédité certains montants dont le revenu des loyers depuis la vente et le produit net de la revente des biens grevés. Il en est résulté un manque à gagner de 62 710,83 $, plus les intérêts.
>
> Puisque Bayview est devenue propriétaire des biens grevés lors de la vente hypothécaire du 21 mai 1999, la juste méthode, du point de vue juridique, aurait été de calculer le manque à gagner à compter de cette date. Après cette vente, les appelants n'avaient plus d'intérêt dans ce que Bayview faisait avec ses biens, notamment le bien du 158, rue Victoria. Ainsi, la prétention des appelants, à savoir qu'ils ont droit à un crédit pour ce qu'ils considèrent la démolition non nécessaire du 158, rue Victoria, n'est pas fondée.
>
> Par contre, une fois que Bayview est devenue propriétaire, les dépenses et frais reliés aux biens grevés devenaient exclusivement à sa charge. Les appelants ne sont simplement pas responsables pour ces dépenses et frais.
>
> Cela étant dit, notre Cour doit traiter de l'appel tel qu'il a été formulé par les parties et se prononcer seulement sur les questions dont elle est régulièrement saisie. Les appelants n'ont pas contesté la décision de Bayview de calculer le manque à gagner à compter de la date de la revente et l'intimée n'a pas déposé d'avis de désaccord. De plus, ils contestent seulement une des dépenses postérieures à la vente réclamées par Bayview, soit le coût de démolition du bâtiment qui comprenait le 69, rue Durham et le 158, rue Victoria. À mon avis, cette dépense ne peut être débitée à Gambit en vertu de l'hypothèque, puisque celle-ci n'était pas propriétaire des biens en cause lorsque les dépenses ont été engagées. En toute déférence, le juge du procès a commis une erreur en permettant à Bayview de recouvrer des appelants le coût de démolition (15 525 $). Il s'ensuit que le manque à gagner accordé au procès (62 710,83 $) doit être réduit de 15 525 $. [Par. 11 à 14]

[88] Dans *London Life Insurance Co. c. Carrick*, le juge Glennie a interprété et appliqué à bon droit l'arrêt *Bayview Credit Union Ltd. c. Gambit Holdings & Development Ltd. et al.* :

> Il semblerait que l'arrêt *Bayview*, bien qu'il ait porté sur une seule dépense précise, savoir le coût de la démolition d'un des bâtiments que grevait l'hypothèque, appuie la proposition voulant qu'une fois que le créancier hypothécaire devient propriétaire du bien grevé à la suite de sa propre vente hypothécaire, les dépenses et frais ultérieurs liés à ce bien deviennent exclusivement à sa charge. Conformément à l'arrêt *Bayview*, ces dépenses ultérieures ne peuvent être imputées au débiteur hypothécaire puisque ce dernier n'était pas propriétaire du bien au moment où les dépenses ont été engagées.
>
> Au paragraphe 14 de l'arrêt *Bayview*, le juge Drapeau a précisé que la débitrice hypothécaire avait seulement contesté une des dépenses postérieures à la vente réclamées par la créancière hypothécaire, soit le coût de la démolition du bâtiment, et que la Cour devait traiter l'appel tel qu'il avait été formulé par les parties.
>
> Il semblerait donc que, si la débitrice hypothécaire avait, dans cette affaire, contesté la totalité des dépenses postérieures à la vente hypothécaire, elle aurait eu gain de cause en raison du principe énoncé par la Cour voulant qu'une dépense ne puisse être imputée à un débiteur hypothécaire en vertu de l'hypothèque si celui-ci n'était pas propriétaire des biens en cause lorsque les dépenses ont été engagées. [Par. 73 à 75]

[89] Dans *Scotia Mortgage Corp. c. Jamieson*, 2012 NBBR 69, [2012] A.N.-B. n° 121 (QL), le juge McNally en a fait de même après avoir reconnu qu'il y avait [TRADUCTION] « des décisions divergentes émanant de la Cour du Banc de la Reine sur la question de savoir si les dépenses engagées entre la vente hypothécaire […] et une vente ultérieure peuvent à bon droit donner lieu à une réclamation *contre* le débiteur hypothécaire en défaut :

> [TRADUCTION]
> En toute déférence envers […] ceux de mes collègues qui peuvent avoir une opinion contraire, mon interprétation de la décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *Bayview* concorde avec celle du juge Glennie dans *London Life Insurance Co. c. Carrick*, à savoir que les frais engagés par un créancier hypothécaire entre la date à laquelle il acquiert

> le bien lors d'une vente hypothécaire et la date d'une vente ultérieure ne peuvent pas être compris dans le manque à gagner réclamé au débiteur hypothécaire. […]
>
> À mon humble avis, la distinction établie dans [*Assumption Mutual Life Insurance Co. c. Harmer*, 2004 NBBR 65, 271 R.N.-B. (2e) 311] à partir des faits de l'affaire *Bayview* est sans importance parce qu'elle se rapporte à la conclusion selon laquelle les dépenses acquittées après la vente hypothécaire ne peuvent être recouvrées du débiteur hypothécaire qui a manqué à son obligation de faire ses versements hypothécaires. Dans *Bayview*, la Cour d'appel s'est penchée sur la question directement. En concluant que les dépenses supportées après la vente hypothécaire ne pouvaient être recouvrées du débiteur hypothécaire, elle n'a pas établi de distinction à l'égard des cas où le créancier hypothécaire a acheté le bien pour une somme nominale, inéquitable ou inférieure à la valeur marchande, au moment de la vente hypothécaire.
>
> La *ratio decidendi* dans *Bayview*, si je comprends bien, repose sur le principe voulant que la responsabilité des frais ou dépenses acquittés par suite du défaut de paiement soit liée à la [TRADUCTION] « propriété » du bien au moment où la dépense a été effectuée et n'a rien à voir avec la question de savoir si un prix juste ou correspondant à la valeur marchande a été obtenu ou non par le créancier hypothécaire au moment de la vente hypothécaire. Tant que la Cour d'appel ne modifiera pas ce principe de droit ou ne me détrompera pas de la compréhension que j'en ai, je suis tenu de l'appliquer. […] [Par. 7 à 9]

[90] Le juge Grant lui a emboité le pas dans *First National Financial GP Corp. c. Gullison et al.*, 2013 NBBR 73, 415 R.N.-B. (2e) 80, tout comme le juge Morrison dans *Bank of Nova Scotia c. Martin*, 2013 NBBR 135, 403 R.N.-B. (2e) 125. Après avoir procédé à un examen approfondi de la jurisprudence dans l'affaire *Compagnie d'assurance d'hypothèques Genworth Canada c. Wayne Lambert*, 2014 NBBR 106, 420 R.N.-B. (2e) 248, le juge French (tel était alors son titre) formule succinctement la raison pour laquelle la responsabilité [du débiteur hypothécaire] pour les dépenses prend fin à la date de la vente hypothécaire :

> La vente hypothécaire a eu pour effet d'anéantir le droit de rachat que détenait le débiteur hypothécaire. Autrement dit, le débiteur hypothécaire a cessé d'être le propriétaire du bien. Or, un grand nombre de droits et d'obligations prennent fin lorsque l'on cesse d'être propriétaire. Le risque de perte en est un exemple et le droit de possession en est un autre. Comme l'arrêt *Bayview* l'a établi, l'intérêt que le débiteur hypothécaire possède dans la maison ainsi que la responsabilité des dépenses liées à cette dernière prennent également fin lorsque l'on cesse d'en être propriétaire. [Par. 24]

Voir également *Financement Agricole Canada c. Bossé*, 2013 NBBR 131, [2013] A.N.-B. n° 408 (QL), motifs de la juge LaVigne, au par. 94.

[91] En toute déférence pour leurs auteurs, les décisions relativement peu nombreuses émanant de la Cour du Banc de la Reine qui adoptent une interprétation étroite de la décision que notre Cour a rendue dans l'arrêt *Bayview Credit Union c. Gambit Holdings & Development* ne reflètent pas l'état du droit dans notre province.

[92] Je conclurais mes propos à ce sujet en consignant mon approbation de l'opinion formulée dans plusieurs décisions de la Cour du Banc de la Reine selon laquelle aucun des engagements et conditions énoncés à l'annexe C du règlement général 83-130 pris en vertu de la *Loi sur l'enregistrement foncier* n'autorise le créancier hypothécaire à imputer au débiteur hypothécaire les dépenses postérieures à la vente hypothécaire. Dans l'affaire *Bank of Nova Scotia c. Leclair*, le juge McNally a eu raison de rejeter la prétention contraire du créancier hypothécaire, et je souscris aux motifs qu'il a invoqués pour ce faire :

> [TRADUCTION]
> En toute déférence, ma lecture des engagements que renferme l'hypothèque n'étaye pas l'assertion selon laquelle ils prévoient expressément que les débiteurs hypothécaires sont responsables des dépenses postérieures à la vente hypothécaire. Selon moi, on ne pouvait pas dire non plus que le libellé de ces engagements rendait une telle interprétation implicite. De fait, il n'existe

> absolument aucune mention, ni même une suggestion, qu'une vente puisse avoir lieu après la vente hypothécaire ou que les débiteurs hypothécaires puissent être responsables des dépenses qui continuent ou s'ajoutent après une vente hypothécaire jusqu'à une vente ultérieure, qu'elle soit de nature conservatoire ou non. [Par. 11]

Voir également *First National Financial GP Corp. c. Gullison et al.*, aux par. 12 à 15, et *Compagnie d'assurance d'hypothèques Genworth Canada c. Wayne Lambert*, au par. 41.

(7) Application du cadre décrit ci-dessus à la présente instance

[93] La vente hypothécaire a eu lieu le 27 mars 2014. Le prix de revente éventuel a été provisoirement fixé à 110 000 $ le 23 juin 2014. Toutefois, la clôture n'a eu lieu que le 5 février 2015. Le juge saisi de la motion a conclu que le prix de revente correspondait à la valeur marchande du bien hypothéqué à cette date. Il se pourrait qu'elle reflète également la valeur marchande à la date de la vente hypothécaire. De fait, dans certains cas, le prix payé lors d'une revente est « la meilleure preuve disponible » de la valeur marchande pertinente (voir *Compagnie d'assurance d'hypothèques Genworth Canada c. Wayne Lambert*, au par. 42).

[94] Sur la base de la preuve versée au dossier, je conclus qu'en date du 27 mars 2014, l'appelant, en sa qualité de garant, devait les sommes suivantes : 1) 249 384,62 $ au titre du billet à ordre et de l'hypothèque subsidiaire (le principal de 200 000 $ plus l'intérêt simple au taux de 12 % par an à partir du 8 mars 2012), 2) 3 072,67 $ au titre des impôts fonciers, et 3) 8 418,24 $ pour les frais engagés lors de l'exercice du pouvoir de vente. À mon avis, il n'existe aucune véritable contestation des faits quant au total (260 875,53 $) et aux éléments qui le composent. Toutefois, ce n'est pas le cas en ce qui concerne la déduction requise au titre de la valeur marchande du bien en date du 27 mars 2014.

[95] Le juge saisi de la motion n'a pas déterminé quelle était la valeur marchande du bien à cette date et il nous est impossible de l'établir au moyen de la preuve au dossier dont nous disposons. Cela étant dit, il existe certains éléments de preuve étayant l'assertion de l'appelant selon laquelle le prix obtenu lors de la revente est inférieur à la valeur marchande du bien à la date de la vente hypothécaire. Je soulignerais les éléments suivants : 1) l'intimée a consenti un prêt de 200 000 $ moyennant une garantie qui comprenait le bien en question; 2) l'hypothèque préexistante s'élevait à 175 000 $; 3) l'intimée a consenti le prêt de 200 000 $ après avoir pris en considération un rapport qui évaluait le bien à 275 000 $; et 4) après la vente aux enchères, le bien a été initialement mis en vente au prix de 199 000 $ avant que ce prix ne soit fortement abaissé pour une raison inexpliquée.

IV. Conclusion et dispositif

[96] Lorsque des créanciers hypothécaires se portent acquéreurs aux enchères pour une somme nominale, le pouvoir de vente a été exercé d'une manière « impropre ». Pourtant, les créanciers hypothécaires ont ajouté un bien de grande valeur à leur portefeuille. Dans toute poursuite ultérieure en recouvrement du manque à gagner, les débits et crédits sont calculés et imputés à la date de la vente hypothécaire, et il incombe au créancier hypothécaire, la partie qui revendique son droit, de prouver la somme qui lui est due au titre de l'hypothèque et la valeur marchande du bien en question. Ce n'est qu'une fois que ces chiffres ont été établis qu'un jugement relatif à un éventuel manque à gagner peut être accordé.

[97] Le juge saisi de la motion a commis une erreur de droit en calculant le manque à gagner à la date de la revente. De plus, il n'a pas déterminé quelle était la valeur marchande du bien hypothéqué à la date de la vente hypothécaire, et cette valeur constitue une question purement factuelle nécessitant une instruction.

[98] Je serais d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler le jugement sommaire, de définir les questions qui ne sont plus en litige, de la façon indiquée ci-dessus, et

d’ordonner la tenue d’un procès sur la seule question substantielle à trancher : la valeur marchande du bien hypothéqué à la date de la vente hypothécaire. J’ordonnerais que les dépens au tribunal inférieur suivent l’issue de la cause et que l’intimée paye les dépens de l’appel, que je fixerais à 7 720 $.

APPENDIX “A” / ANNEXE « A »

[TRADUCTION]
19.(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 :

(i) le pouvoir, quand la somme garantie par l’hypothèque est devenue exigible, de vendre ou de concourir avec une autre personne à vendre le bien hypothéqué ou toute partie de celui-ci, sous réserve de charges antérieures ou non, 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;

(ii) 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;

(iii) le pouvoir, quand la somme garantie par l’hypothèque est devenue exigible, de nommer une personne chargée de recevoir le revenu du bien hypothéqué, ou de toute partie de celui-ci;

(iv) le pouvoir, pendant que le créancier hypothécaire est en possession du bien, de couper et vendre du bois d’œuvre et d’autres arbres en état d’être abattus, et qui n’ont pas été plantés ou laissés sur pied pour servir d’abri ou d’ornement, ou de passer un contrat pour procéder à cette coupe et à cette vente qui doit être achevée au plus tard dans les douze mois qui suivent la passation du contrat en question.

(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.

(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.

(4) Le présent article ne s'applique que lorsque l'acte d'hypothèque est signé après l'entrée en vigueur de la présente loi.

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;

(ii) que des intérêts prévus par l'hypothèque ne soient en retard et impayés pendant deux mois après leur date d'échéance;

(iii) que le débiteur hypothécaire, ou une personne qui a concouru à passer l'hypothèque, n'ait manqué à l'une des dispositions de l'acte hypothécaire ou de la présente loi dont l'observation et l'exécution est exigée, exception faite d'un engagement prévoyant le remboursement du prêt hypothécaire ou le versement des intérêts y afférents.

21.(1) Un créancier hypothécaire qui exerce le pouvoir de vente que confère la présente loi peut, au moyen d'un acte, 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 droits qui ont priorité sur l'hypothèque; il

est entendu que, dans le cas d'une terre cersuelle ou d'une terre de régime coutumier, le droit légal d'admission ne peut être transporté par un acte en vertu du présent article à moins que l'acte en question ne soit par ailleurs suffisant en droit, ou encore suffisant selon la coutume, à cet égard.

(2) Lorsqu'un transfert est effectué dans l'exercice déclaré d'un pouvoir de vente que confère la présente loi, 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 a 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.

(3) La somme que le créancier hypothécaire reçoit de la vente, après mainlevée des grèvements antérieurs auxquels la vente n'est pas subordonnée, s'il en est, ou après consignation au tribunal en vertu de la présente loi d'une somme suffisant à satisfaire tout grèvement antérieur, sera détenue par lui en fiducie pour être affectée, 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 ou autrement et, en deuxième lieu, au règlement de la totalité des sommes, intérêts et frais impayés garantis par l'hypothèque et des autres sommes, s'il en est, qui sont exigibles en vertu de l'hypothèque, le reliquat de la somme ainsi reçue devant être versé à la personne qui a droit au bien hypothéqué, ou à celle qui est autorisée à donner reçu des produits de la vente de ces biens.

(4) Le pouvoir de vente que confère la présente loi 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.

(5) Le pouvoir de vente que confère la présente loi ne porte aucunement atteinte au droit de saisie hypothécaire (*foreclosure*).

(6) Le créancier hypothécaire, ses exécuteurs testamentaires, administrateurs 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 la présente loi, ou de toute fiducie qui s'y rattache.

(7) Lorsqu'il est devenu possible d'exercer le pouvoir de vente que confère la présente loi, 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, un intérêt 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 aurait le droit d'exiger et d'obtenir d'elle en vertu de ce pouvoir de vente.