

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

31-19-CA

MARY-LEE WHITE

APPELLANT

- and -

THE BANK OF NOVA SCOTIA

RESPONDENT

MARY-LEE WHITE

APPELANTE

- et -

LA BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE

INTIMÉE

33-19-CA

ELIZABETH MERRITHEW

APPELLANT

- and -

THE BANK OF NOVA SCOTIA

RESPONDENT

ELIZABETH MERRITHEW

APPELANTE

- et -

LA BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE

INTIMÉE

34-19-CA

SHEILA GRIMMER

APPELLANT

- and -

THE BANK OF NOVA SCOTIA

RESPONDENT

SHEILA GRIMMER

APPELANTE

- et -

LA BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE

INTIMÉE

35-19-CA

HILL GRIMMER

APPELLANT

- and -

THE BANK OF NOVA SCOTIA

RESPONDENT

HILL GRIMMER

APPELANT

- et -

LA BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE

INTIMÉE

White et al. v. The Bank of Nova Scotia, 2020
NBCA 20

CORAM:

The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
February 6, 2019

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
None

Appeal heard:
January 28, 2020

Judgment rendered:
April 2, 2020

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice LeBlond

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

Counsel at hearing:

For the Appellants:
Mary-Lee White, on her own behalf and by
consent as agent for all appellants

For the Respondent:
Edward W. Keyes, Q.C.

THE COURT

The appeals are consolidated and are dismissed
with costs of \$6,000 payable to the respondent as
follows:

White et autres c. La Banque de Nouvelle-Écosse,
2020 NBCA 20

CORAM :

l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 6 février 2019

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appel entendu :
le 28 janvier 2020

Jugement rendu :
le 2 avril 2020

Motifs de jugement :
l'honorable juge LeBlond

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

Avocats à l'audience :

Pour les appelants :
Mary-Lee White, en son propre nom et en qualité
d'agente pour les autres appelants par
consentement

Pour l'intimée :
Edward W. Keyes, c.r.

LA COUR

Les appels sont fusionnés et rejetés avec dépens de
6 000 \$ payables à l'intimée, dépens qui seront
répartis ainsi :

- a) costs in the amount of \$2,000 payable by Mary-Lee White;
- b) costs in the amount of \$2,000 payable by Elizabeth Merrithew; and
- c) one set of costs in the amount of \$2,000 payable by Sheila Grimmer and Hill Grimmer.

- a) Mary-Lee White est condamnée à des dépens de 2 000 \$;
- b) Elizabeth Merrithew est condamnée à des dépens de 2 000 \$;
- c) Sheila Grimmer et Hill Grimmer sont condamnés à une masse de dépens de 2 000 \$.

The judgment of the Court was delivered by

LEBLOND, J.A.

I. Introduction

[1] This matter involves an action by the Bank of Nova Scotia to recover on a guarantee the appellants, jointly and severally, gave with respect to a loan made to a company. The loan in question was obtained in 1993 by Pembroke Management, Inc. and was in the amount of \$214,200. It was secured against real property owned by Pembroke. The guarantee was limited to a maximum of \$53,550 plus interest, except for an additional separate personal guarantee of \$5,000 plus interest given by one of the guarantors.

[2] Pembroke defaulted on the loan in August 1997. The Bank postponed enforcement proceedings on a “repayment undertaking” that payment would be made from settlement proceeds to be received by one of the guarantors who had been injured in a motor vehicle accident; however, when the personal injury matter was settled, payment was not made as had been undertaken and agreed. The Bank exercised on its security and looked to the guarantors for payment of the deficiency up to the limit of the guarantee plus interest.

[3] The four guarantors claimed they had not consented to the repayment undertaking and that, in any event, the undertaking amounted to a material change of the loan terms, which absolved them of any liability under the guarantee. The Bank successfully sued on the guarantee, the trial judge dismissing the defences raised and awarding the Bank the full amount of the guarantee, plus interest and costs.

[4] The four guarantors have separately appealed the trial judge’s decision and their appeals were heard at the same time. Since the four appeals raise identical issues, I

would consolidate them into one. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal since I agree with the trial judge's decision.

II. Factual Context

[5] Elizabeth Merrithew is the mother of Mary-Lee White and Sheila Grimmer. Hill Grimmer is the spouse of Sheila Grimmer.

[6] In August 1993, Pembroke Management Inc. was incorporated by Elizabeth Merrithew who issued shares to herself as well as her daughters, Mary-Lee White and Sheila Grimmer.

[7] On September 30, 1993, Pembroke obtained a loan of \$214,200 from the Bank of Nova Scotia, in order to purchase a property from which it would carry out its primary business of rentals and accommodations. The loan was secured against real property owned by Pembroke.

[8] On November 24, 1993, the four appellants, jointly and severally, gave a guarantee to the Bank with respect to the loan, limited to a maximum of \$53,550 plus interest. Solicitor Robert L. DeWitt witnessed the signatures of all four guarantors. No one has disputed that the terms and intent of the guarantee were clear and understood at the time it was signed.

[9] Ms. Merrithew gave a separate personal guarantee of \$5,000 plus interest in relation to overdraft protection provided by the Bank to Pembroke in 1994. The judge found that no defence to this guarantee was offered and only Ms. Merrithew was liable on that guarantee.

[10] The last payment on the loan was made in August of 1997, after which point it became and remained in default.

[11] Enforcement actions on the loan and the guarantee were postponed by the Bank as a result of communications primarily between Ms. Merrithew and Mr. DeWitt and the Bank, to the effect that the loan would be eventually repaid from the settlement proceeds to be received by Ms. White as a result of injuries she had sustained in a motor vehicle accident (the “repayment undertaking”).

[12] Mary-Lee White was injured in a motor vehicle accident in December of 1992. This accident resulted in separate litigation wherein Ms. White advanced a claim in damages. That action was not settled until 2002.

[13] Although the claim raised issues relating to limited cognitive dysfunction arising from an alleged mild traumatic brain injury, there was no evidence before the trial judge to the effect Ms. White might not have understood the substance and effect of the guarantee when she signed it in 1993. Indeed, throughout the communications between Ms. White’s mother and/or legal counsel and the Bank, relating to the repayment undertaking, this was never raised as an issue.

[14] Following settlement of Ms. White’s personal injury action in 2002 for an amount in excess of \$700,000, the appellants refused to honour the repayment undertaking on the basis they had never consented to it and that, in any event, that undertaking amounted to a material change of the loan terms which absolved them of any liability under the guarantee.

[15] The Bank, using its power of sale, auctioned off the real estate which secured the loan. The result was a deficiency balance owing by Pembroke to the Bank in the amount of \$205,636.52. The Bank issued demands for payment against the appellants pursuant to the guarantee. As noted, the appellants refused to pay and, as a result, the Bank commenced legal proceedings against all of them shortly thereafter.

[16] The appellants brought counterclaims against the Bank alleging bad faith conduct as well as other complaints, none of which were found to be supported by the evidence led at trial.

[17] The trial judge dismissed the defences raised by the appellants to the Bank's actions and awarded the Bank the full amount of the guarantee, plus interest and costs, jointly and severally, against the four appellants.

[18] The parties proceeded before us on the basis the four appeals were consolidated into one. For the reasons which follow, I agree with the trial judge's decision and would dismiss the appeal.

[19] At trial, the judge found that Ms. Merrithew, and her then lawyer Mr. DeWitt, advised the Bank, on several occasions, that the settlement from Ms. White's litigation would provide the means to pay out the loan. As a result, acting in good faith, the Bank held off enforcing the loan. The appellants contest this fact and argue the Bank materially varied the loan agreement and increased the risk to the guarantors without their written consents, by agreeing to forego enforcement proceedings and wait for payment from the settlement proceeds of Ms. White's personal injury action as full payment of Pembroke's loan. The trial judge rejected this defence to the Bank's eventual action on the joint and several guarantee.

[20] The trial judge summarized the matter as follows:

What is before the court in these matters reflects a prolonged attempt by the Defendants to avoid living up to the commitments they made to the Bank. The approach adopted by the Defendants in this litigation has, essentially, been to raise a myriad of issues attempting to justify their refusal to abide by the very guarantees they knowingly signed. With that said, and having been through a somewhat lengthy trial with the Defendants, I sense that they have come to genuinely believe that they have been wronged by the Bank and should, therefore, be relieved of their obligations under the guarantees. As will be seen

below none of the defences they raise are of any assistance to them. Similarly, the Defendants' counterclaims are without merit and will be dismissed. [para. 2]

[21] The judge went on to find the appellants jointly and severally liable for the full amount of the guarantee, plus accrued interest, for a total of \$92,802.44. Ms. Merrithew was found liable for the additional amount of \$8,665.03 with respect to her 1994 personal guarantee for the overdraft protection.

[22] The judge awarded costs against Sheila and Hill Grimmer on a joint and several basis in the amount of \$6,875, as well as against Ms. White, also in the amount of \$6,875. Costs against Ms. Merrithew were set at \$7,375 due to her greater indebtedness to the Bank.

III. Grounds of Appeal

[23] While it is very difficult to identify any clear grounds of appeal from the very prolix Notice of Appeal filed, the appellants focused on the following five grounds which were summarized in their written submissions:

- 1) The trial judge erred in fact and law by not considering the relevance of the Federal Government Guarantee over the SBLA loan agreement which relates to the personal guarantee, and that any material change to the loan agreement, including any alteration in the repayment terms of the loan, can only be done with the consent of the borrower, and with a new written loan agreement between the Bank and Pembroke;
- 2) The trial judge erred in finding "that the testimony of Mr. Barry, at trial, did nothing to alter the outcome of this case;"
- 3) The trial judge erred in law and did not consider the Supreme Court's decisions in *Bauer v. The Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102, [1980]

S.C.J. No. 46 (QL); and *Bank of Montreal v. Wilder*, [1986] 2 S.C.R. 551, [1986] S.C.J. No. 67 (QL), relating to the responsibility of the lender to not change the liability of the guarantor beyond the terms of the original loan agreement;

- 4) The costs awarded to the Bank were excessive and ought not to have been made in light of the Bank filing four separate actions arising from the same transaction and requesting the same relief, whereas one action would have sufficed resulting in only one set of costs, if any; and
- 5) The trial judge erred in fact in giving little or no weight to the evidence of certain witnesses to the effect that the Bank failed to act in good faith with the appellants in the manner by which they managed the loan and the guarantee, and that any losses claimed are of the Bank's own making.

IV. Standard of Review

[24] The grounds of appeal raise issues of mixed fact and law as well as several of pure fact. The Supreme Court, in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, stated that questions of fact are reviewed at the deferential standard of palpable and overriding error. Questions of mixed law and fact are reviewable on the same deferential standard unless the error, in applying the facts to a legal test, amounts to an error in law.

V. Analysis

A. *First ground of appeal*

[25] The appellants' first ground of appeal claims the trial judge made an error of mixed fact and law by failing to consider the relevance of the Federal Government Guarantee over the loan agreement. This claim seems to be tied to a belief that there was a unilateral material change made to the loan agreement by virtue of the fact that the

repayment of the loan would be made from Ms. White's eventual personal injury settlement.

[26] The trial judge correctly found that the manner by which a loan is eventually paid does not create a material change to the loan itself. No palpable or overriding error arises from this finding and this ground is without merit.

[27] The repayment issue, as being the basis for a material change to the loan agreement itself, weaves its way through four of the grounds of appeal. It is trite to say the manner a debtor chooses to repay a loan has no impact on the loan terms themselves. Lenders do not generally care how a loan is paid, so long as it is paid. Here, there can be no dispute, based on the evidence before the trial judge, that the Bank was cooperating with requests from Ms. Merrithew in particular and Ms. White's then solicitor, Mr. DeWitt, to forego enforcement proceedings on the loan pending the outcome of Ms. White's personal injury action. The argument advanced by Ms. White to the effect such discussions had not been authorized by her simply flies in the face of the evidence to the contrary.

[28] If Ms. White is truly of the view her mother or Mr. DeWitt were acting on her behalf without authority, her allegations to that effect would be more properly addressed against them and not the Bank. The latter had all of the evidence required to readily establish both Ms. Merrithew and Mr. DeWitt had all the authority required to make late payment arrangements when the loan went into default. The Bank's agreement to postpone enforcement proceedings allowed Pembroke to retain the property used to secure the loan; but, in return, there can be no dispute interest would continue to accrue on the outstanding balance until payment, with a concurrent increase on the amount which might eventually be owed by the appellants on the joint and several guarantee. Each of the appellants, as guarantors, were well aware of this and cannot now complain about the increased exposure as a result of the refusal to pay out the loan from Ms. White's insurance proceeds, as had been undertaken.

B. *Second ground of appeal*

[29] The appellants argue the trial judge erred in finding that the testimony of Mr. Barry, who took over from Mr. DeWitt as Ms. White's solicitor for her personal injury claim in November of 1999, had no bearing on the outcome of the case. This ground is premised on the belief the Bank had an obligation to make Mr. Barry aware of Ms. White's personal guarantee. The Bank had no such obligation. In any event, the evidence was to the effect that had Mr. Barry been aware of Ms. White's personal guarantee, he could have looked after repayment of the underlying loan with the Bank. This clearly confirms the appellants' ongoing obligations under the guarantee for the subject loan to Pembroke.

[30] The trial judge found it was Ms. Merrithew who had made promises regarding the insurance settlement toward repayment of the loan. The trial judge made no palpable and overriding error in this finding of fact and this ground of appeal has no merit.

C. *Third ground of appeal*

[31] The appellants' submissions reference *Bauer* and *Wilder* as authority for the proposition a lender has a duty not to damage the position of the guarantor beyond the terms of the original loan agreement.

[32] In *Bauer*, a guarantor was an officer and shareholder of a company to which it had provided an operating line of credit in exchange for an assignment of the company's book of accounts, in addition to Mr. Bauer's personal guarantee. Bauer later sold his interest in the company but was not released from his personal guarantee. The company subsequently went into bankruptcy and, at that point, it was discovered the bank had not properly registered the assignment, making it void against the trustee. The

assigned accounts then became available to the general creditors and were of no value to Bauer in reducing his exposure under his guarantee. The bank sued Bauer under the guarantee. Notwithstanding the bank had failed to safeguard the security for the guarantee, it was ultimately held that, because the guarantee contained an express term, to the effect the bank could abstain from perfecting securities, the bank was relieved from the consequences of improper registration of the security. While the bank was under a duty not to damage the position of the guarantor beyond the terms of the agreement, the guarantee clearly provided that a failure to properly register would not impair the bank's position. This was held not to be unusual or onerous. This decision is therefore of no assistance to the appellants.

[33] In *Wilder*, the bank had extended credit to a family-run company which was personally guaranteed by several family members and secured by a debenture from the company. The bank increased the credit limit from time to time and, for most of the relevant period, the credit draws exceeded the limits. Two cheques were dishonoured by the bank and this led to a meeting between two family members and the bank. The bank agreed to continue financing the company until completion of certain projects, provided additional capital was injected and family members signed further guarantees. The family members complied but the bank reneged on the agreement. This led to a demand on the debenture, and the appointment of a receiver for the company, which ultimately led to bankruptcy. The bank sued the guarantors. The courts held at all levels, up to the Supreme Court, that the guarantors were no longer liable under the original or subsequent guarantees as the bank had changed the terms of the credit agreement and then breached the new agreement without the consent of the guarantors, thereby absolving the latter from any liability.

[34] *Wilder* is clearly distinguishable on its facts from the case before us. This ground of appeal is without merit.

D. *Fourth ground of appeal*

[35] The appellants submit that the costs awarded to the Bank were excessive in light of the fact that the Bank filed four separate actions and should have filed only one. All four actions proceeded on a joint basis and were tried together. As a result, there was no multiplicity of proceedings.

[36] The Bank correctly submits that in the matter of costs awards, trial judges are given wide discretion and will not be interfered with unless manifestly wrong (*Province of New Brunswick v. Stephen Moffett Ltd.*, 2008 NBCA 9, 326 N.B.R. (2d) 242, at para 9). The costs awards in this case were made with reference to the appropriate scale of Rule 59 of the *Rules of Court*: Tariff A, Scale 3.

[37] There is nothing to indicate that the costs awards were manifestly wrong, but rather every indication that they were entirely reasonable. In fact, given the appellants' conduct throughout, the trial judge felt there was a certain appeal for an award of solicitor-client costs, but he chose to spare the appellants from what could have been a significantly higher award against them. This ground of appeal has no merit.

E. *Fifth ground of appeal*

[38] The appellants' fifth ground of appeal is a variation on the same theme of alleged misconduct by the Bank resulting in greater exposure to the appellants on the guarantee. This issue has already been addressed and nothing further need be said. Again, this ground of appeal is without merit.

VI. Disposition

[39] I would dismiss the appeal with costs of \$6,000 payable to the Bank as follows:

- a) by Mary-Lee White, in the amount of \$2,000;

- b) by Elizabeth Merrithew, in the amount of \$2,000; and
- c) by Sheila Grimmer and Hill Grimmer, one set of costs in the amount of \$2,000.

LE JUGE LEBLOND

I. Introduction

[1] La présente instance se rapporte à une action intentée par La Banque de Nouvelle-Écosse en vue de recouvrer des sommes visées par une garantie que les appelants ont donnée solidairement quant à un prêt consenti à une compagnie. Le prêt en question a été accordé en 1993 à Pembroke Management, Inc. et était d'une somme de 214 200 \$. Il avait été garanti par des biens réels dont Pembroke était propriétaire. La garantie se limitait à un maximum de 53 550 \$, plus les intérêts, sauf pour une garantie personnelle supplémentaire distincte de 5 000 \$, plus les intérêts, consentie par l'une des garants.

[2] Pembroke a manqué à son obligation de paiement quant au prêt en août 1997. La Banque a reporté la procédure d'exécution en échange d'un [TRADUCTION] « engagement de remboursement » selon lequel un paiement serait prélevé sur le produit d'un règlement que devait recevoir l'une des garants, qui avait été blessée dans un accident de la route. Toutefois, lorsque l'affaire relative à la lésion corporelle a été réglée, le paiement n'a pas été effectué conformément à l'engagement et ainsi qu'il avait été convenu. La Banque a réalisé sa sûreté et a demandé aux garants de payer le déficit jusqu'à concurrence de la limite de la garantie, plus les intérêts.

[3] Les quatre garants soutiennent qu'ils n'ont pas consenti à l'engagement de remboursement et que, de toute manière, cet engagement correspondait à un changement important dans les conditions du prêt, ce qui les exemptait de toute responsabilité à l'égard de la garantie. La Banque a intenté une poursuite à l'égard de la garantie et obtenu gain de cause, le juge de première instance ayant rejeté les moyens de défense soulevés et accordé à la Banque le montant intégral de la garantie, plus les intérêts et les dépens.

[4] Les quatre garants ont interjeté appel séparément de la décision du juge de première instance, et leurs appels ont été entendus simultanément. Puisque les quatre appels soulèvent des questions identiques, je les fusionnerais en un seul appel. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter l'appel étant donné que je souscris à la décision du juge de première instance.

II. Contexte factuel

[5] Elizabeth Merrithew est la mère de Mary-Lee White et de Sheila Grimmer. Hill Grimmer est le conjoint de Sheila Grimmer.

[6] En août 1993, Elizabeth Merrithew a constitué Pembroke Management, Inc. en corporation, s'est émise des actions à elle-même et en a émis à ses filles, Mary-Lee White et Sheila Grimmer.

[7] Le 30 septembre 1993, Pembroke a obtenu un prêt de 214 200 \$ de La Banque de Nouvelle-Écosse afin de faire l'acquisition d'un bien à partir duquel elle pourrait mener son activité principale, à savoir des services de location et d'hébergement. Le prêt a été garanti par des biens réels dont Pembroke était propriétaire.

[8] Le 24 novembre 1993, les quatre appelants ont solidairement donné une garantie à la Banque relativement au prêt, garantie qui était limitée à un montant maximal de 53 550 \$, plus les intérêts. L'avocat Robert L. DeWitt a été témoin des signatures des quatre garants. Personne n'a contesté le fait que les conditions et l'objet de la garantie étaient clairs et compris au moment de la signature.

[9] M^{me} Merrithew a donné une garantie personnelle distincte de 5 000 \$, plus les intérêts, relativement à la protection de découvert fournie par la Banque à Pembroke en 1994. Le juge a conclu qu'aucun moyen de défense n'a été soulevé contre cette garantie et que seule M^{me} Merrithew était responsable à l'égard de celle-ci.

- [10] Le dernier paiement en remboursement du prêt a été versé en août 1997, date depuis laquelle il y a défaut de paiement du prêt.
- [11] La Banque a reporté la prise de mesures d'exécution visant le prêt et la garantie par suite de communications intervenues principalement entre M^{me} Merrithew, M^e DeWitt et la Banque, selon lesquelles le prêt serait finalement remboursé à partir du produit du règlement que M^{me} White devait recevoir en conséquence des blessures qu'elle avait subies dans un accident de la route (l'engagement de remboursement).
- [12] Mary-Lee White a été blessée dans un accident de la route en décembre 1992. Cet accident a donné lieu à un litige distinct, dans lequel M^{me} White a présenté une demande en dommages-intérêts. Cette action n'a pas été réglée avant 2002.
- [13] Même si la demande soulevait des questions se rapportant à un certain dysfonctionnement cognitif découlant d'un léger traumatisme cérébral qu'elle aurait subi, aucune preuve n'a été présentée au juge de première instance pour indiquer que M^{me} White n'aurait peut-être pas compris le contenu et l'effet de la garantie lorsqu'elle a signé celle-ci en 1993. En effet, cette question n'a jamais été soulevée au cours des communications portant sur l'engagement de remboursement qui sont intervenues entre la mère ou l'avocat de M^{me} White, ou les deux, et la Banque.
- [14] À la suite du règlement pour une somme supérieure à 700 000 \$, en 2002, de l'action découlant des lésions corporelles subies par M^{me} White intentée par cette dernière, les appelants ont refusé d'honorer l'engagement de remboursement au motif qu'ils n'y avaient jamais consenti et que, de toute manière, cet engagement correspondait à un changement important des conditions du prêt qui les exemptait de toute responsabilité à l'égard de la garantie.
- [15] La Banque, exerçant son pouvoir de vente, a procédé à la vente aux enchères du bien réel donné en garantie du prêt. À la suite de cette vente, Pembroke

devait toujours la somme de 205 636,52 \$ à la Banque, qui a présenté des demandes de paiement aux appelants en application de la garantie. Comme je l'ai indiqué, les appelants ont refusé de payer et, par conséquent, la Banque a introduit une instance contre chacun d'eux peu de temps après.

[16] Les appelants ont présenté des demandes reconventionnelles contre la Banque dans lesquelles ils ont soutenu que cette dernière avait agi de mauvaise foi et ont fait valoir d'autres réclamations, dont il a été jugé qu'aucune n'était étayée par les éléments de preuve qui ont été présentés au procès.

[17] Le juge de première instance a rejeté les moyens de défense soulevés par les appelants contre les mesures prises par la Banque et il a condamné les quatre appelants, solidairement, à verser à celle-ci le montant intégral de la garantie, plus les intérêts et les dépens.

[18] Les parties ont procédé devant nous en tenant pour avéré que les quatre appels avaient été fusionnés en un seul. Pour les motifs qui suivront, je souscris à la décision du juge de première instance et je suis d'avis de rejeter l'appel.

[19] Au procès, le juge a conclu que M^{me} Merrithew et l'avocat qui la représentait à l'époque, M^e DeWitt, ont informé la Banque, à plusieurs occasions, que le règlement amiable découlant du litige de M^{me} White leur donnerait le moyen de rembourser le prêt. Par conséquent, en faisant preuve de bonne foi, la Banque a attendu avant de procéder à recouvrer le solde du prêt. Les appelants contestent ce fait et soutiennent que la Banque a modifié de manière importante le contrat de prêt et accru le risque assumé par les garants, et ce, sans leur consentement écrit, lorsqu'elle a accepté de renoncer à la procédure de recouvrement et d'attendre qu'un paiement prélevé sur le produit du règlement amiable de l'action pour lésions corporelles intentée par M^{me} White lui soit versé à titre de remboursement intégral du prêt de Pembroke. Le juge de première instance a rejeté ce moyen de défense soulevé à l'encontre de l'action qu'a finalement intentée la Banque quant à la garantie solidaire.

[20] Le juge de première instance a résumé l'affaire de la manière suivante :

[TRADUCTION]

Ce dont la Cour est saisie en l'espèce reflète une tentative prolongée des défendeurs d'éviter de devoir respecter les engagements qu'ils ont pris envers la Banque. La démarche adoptée par les défendeurs au présent litige a consisté, essentiellement, à soulever une myriade de problèmes afin d'essayer de justifier leur refus d'honorer les garanties qu'ils ont eux-mêmes sciemment consenties. Cela dit, ayant procédé à un procès relativement long avec les défendeurs, je sens qu'ils en sont venus à sincèrement croire qu'ils ont été lésés par la Banque et qu'ils devraient, par conséquent, être libérés de leurs obligations découlant des garanties. Comme nous le verrons ci-dessous, aucun des moyens de défense qu'ils ont soulevés ne leur est utile. De même, les demandes reconventionnelles des défendeurs sont sans fondement et seront rejetées. [par. 2]

[21] Le juge a par la suite conclu que les appelants étaient solidairement responsables du montant intégral de la garantie, plus les intérêts courus, pour un total de 92 802,44 \$. M^{me} Merrithew a été déclarée responsable de la somme supplémentaire de 8 665,03 \$ pour la garantie personnelle qu'elle a consentie en 1994 relativement à la protection de découvert.

[22] Le juge a condamné Sheila et Hill Grimmer, solidairement, à des dépens de 6 875 \$, et il a aussi condamné M^{me} White à des dépens de 6 875 \$. Les dépens auxquels M^{me} Merrithew a été condamnée ont été fixés à 7 375 \$ en raison de son endettement plus important envers la Banque.

III. Moyens d'appel

[23] Même s'il est très difficile de discerner des moyens d'appel clairs à partir de l'avis d'appel très prolixe qui a été déposé, les appelants ont mis l'accent sur les cinq moyens suivants, résumés dans leur mémoire :

[TRADUCTION]

- 1) Le juge de première instance a commis une erreur mixte de fait et de droit du fait qu'il n'a tenu compte ni de la pertinence de la garantie du gouvernement fédéral relativement au contrat de prêt conclu sous le régime de la [Loi sur les prêts aux petites entreprises] en ce qui concerne la garantie personnelle ni du fait que tout changement important à ce contrat de prêt, y compris toute modification aux conditions de remboursement du prêt, pouvait seulement être apporté avec le consentement de l'emprunteur et par la conclusion d'un nouveau contrat de prêt écrit entre la Banque et Pembroke;
- 2) Le juge de première instance a commis une erreur en concluant [TRADUCTION] « que le témoignage de M^e Barry, au procès, n'a rien fait pour changer l'issue de la présente affaire »;
- 3) Le juge de première instance a commis une erreur de droit et n'a pas tenu compte des décisions de la Cour suprême rendues dans les affaires *Bauer c. La Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102, [1980] A.C.S. n^o 46 (QL), et *Banque de Montréal c. Wilder*, [1986] 2 R.C.S. 551, [1986] A.C.S. n^o 67 (QL), en ce qui concerne la responsabilité incombant à un prêteur de ne pas élargir la responsabilité du garant au-delà des conditions du contrat de prêt initial;
- 4) Les dépens adjugés à la Banque étaient excessifs et n'auraient pas dû lui être adjugés étant donné le fait que la Banque a introduit quatre actions distinctes découlant d'une même transaction et sollicitant la même réparation, alors qu'une seule action aurait suffi et n'aurait entraîné qu'une seule masse de dépens, le cas échéant;
- 5) Le juge de première instance a commis une erreur de fait lorsqu'il a accordé peu ou pas de poids aux témoignages de certains témoins selon lesquels la Banque n'avait pas agi de bonne foi à l'égard des appelants dans sa façon de

gérer le prêt et la garantie et elle a elle-même causé toutes les pertes qu'elle déclare avoir subies.

IV. Norme de révision

[24] Les moyens d'appel soulèvent des questions mixtes de fait et de droit, ainsi que plusieurs pures questions de fait. La Cour suprême, dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, a déclaré que les questions de fait sont révisées selon une norme de contrôle empreinte de retenue, à savoir la norme de l'erreur manifeste et dominante. Les questions mixtes de droit et de fait sont révisées selon la même norme, sauf si, lorsqu'on applique un critère juridique aux faits, l'erreur équivaut à une erreur de droit.

V. Analyse

A. *Le premier moyen d'appel*

[25] Selon le premier moyen d'appel, le juge de première instance aurait commis une erreur mixte de fait et de droit en omettant d'examiner la pertinence de la garantie du gouvernement fédéral relativement au contrat de prêt. Cette affirmation semble être liée à une croyance selon laquelle une modification a été apportée unilatéralement au contrat de prêt, modification prévoyant que le remboursement du prêt serait effectué à partir des sommes obtenues dans le règlement amiable éventuel de l'action pour lésions corporelles intentée par M^{me} White.

[26] Le juge de première instance a conclu, à juste titre, qu'un changement dans la manière par laquelle un prêt finira par être remboursé ne constitue pas un changement important du prêt comme tel. Aucune erreur manifeste et dominante ne découle de cette conclusion et le présent moyen d'appel n'est pas fondé.

[27] La question du remboursement, qui constitue le fondement d'un changement important au contrat de prêt comme tel, se faufile dans quatre des moyens d'appel. Il va sans dire que la façon dont un débiteur choisit de rembourser un prêt n'a aucune incidence sur les conditions du prêt comme telles. De façon générale, la façon dont un prêt est remboursé importe peu aux prêteurs, du moment qu'il est remboursé. En l'espèce, on ne peut contester, sur le fondement de la preuve présentée au juge de première instance, que la Banque coopérait avec M^{me} Merrithew en particulier et avec M^e DeWitt, l'avocat qui représentait à l'époque M^{me} White, qui lui demandaient d'attendre l'issue de l'action pour lésions corporelles intentée par M^{me} White avant de procéder au recouvrement du prêt. L'argument présenté par M^{me} White selon lequel elle n'avait pas autorisé que de telles discussions aient lieu va carrément à l'encontre de la preuve du contraire.

[28] Si M^{me} White croit réellement que sa mère ou M^e DeWitt agissaient pour son compte sans son autorisation, il conviendrait mieux que ses allégations en ce sens s'adressent à eux plutôt qu'à la Banque. Cette dernière disposait de tous les éléments de preuve requis pour établir facilement que M^{me} Merrithew et M^e DeWitt avaient tous les deux l'autorité requise pour prendre des mesures visant le remboursement tardif du prêt lorsque les intimés ont manqué à leurs obligations de paiement du prêt. La Banque ayant accepté de reporter la procédure de recouvrement, Pembroke a pu retenir les biens qui avaient servi à garantir le prêt, mais, en échange, on ne peut contester que des intérêts continueraient à courir sur le solde impayé du prêt jusqu'à ce qu'il soit remboursé, avec une augmentation concurrente du montant qui finirait par être dû par les appelants à l'égard de leur garantie solidaire. Chacun des appelants, à titre de garants, était bel et bien au courant de ce fait et ne peut maintenant se plaindre du risque accru auquel il est exposé en raison du refus de rembourser intégralement le prêt à partir du produit de l'assurance de M^{me} White, conformément à l'engagement pris en ce sens.

B. *Le deuxième moyen d'appel*

[29] Les appelants soutiennent que le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a conclu que le témoignage de M^e Barry, qui a succédé, en novembre 1999, à M^e DeWitt comme l'avocat de M^{me} White dans son action pour lésions corporelles, n'avait aucune incidence sur l'issue de l'affaire. Le présent moyen repose sur la croyance selon laquelle la Banque avait une obligation d'informer M^e Barry de la garantie personnelle de M^{me} White. La Banque n'avait aucune obligation de ce genre. Quoi qu'il en soit, selon la preuve, si M^e Barry avait été au courant de la garantie personnelle de M^{me} White, il aurait pu s'occuper du remboursement du prêt sous-jacent auprès de la Banque. Cela confirme clairement les obligations continues qui incombent aux appelants en application de la garantie visant le prêt consenti à Pembroke.

[30] Le juge de première instance a jugé que c'était M^{me} Merrithew qui avait promis d'affecter au remboursement du prêt le produit du règlement intervenu avec les assureurs. Le juge de première instance n'a fait aucune erreur manifeste et dominante en tirant cette conclusion de fait et le présent moyen d'appel est sans fondement.

C. *Le troisième moyen d'appel*

[31] Dans leurs mémoires, les appelants ont invoqué les arrêts *Bauer* et *Wilder* comme précédents pour la proposition selon laquelle un prêteur a l'obligation de ne pas nuire à la position du garant au-delà des conditions du contrat de prêt initial.

[32] Dans l'arrêt *Bauer*, un garant était administrateur et actionnaire d'une compagnie à laquelle il avait fourni une marge de crédit à l'exploitation en échange de la cession des comptes clients de cette dernière et de la garantie personnelle de M. Bauer. Ce dernier a plus tard vendu ses intérêts dans la compagnie, mais n'a pas été libéré de sa garantie personnelle. Lorsque la compagnie a par la suite déclaré faillite, on a découvert que la banque n'avait pas correctement enregistré la cession, ce qui a entraîné l'inopposabilité de la cession au syndic. Les comptes cédés sont devenus le gage commun

des créanciers ordinaires et n'ont eu aucun effet pour réduire l'obligation de Bauer découlant de sa garantie. La banque a intenté une action contre Bauer au titre de la garantie. Malgré le fait que la banque n'avait pas assuré la validité de la sûreté afférente à la garantie, la cour a jugé, en fin de compte, que puisque la garantie contenait une clause expresse selon laquelle la banque pouvait s'abstenir de la perfection des sûretés, elle était libérée des conséquences de l'enregistrement incorrect de la cession. Même si la banque avait l'obligation de ne pas nuire à la position du garant pour étendre son obligation au-delà des clauses de la convention, la garantie prévoyait clairement que le défaut d'enregistrer correctement la sûreté ne porterait pas atteinte à la position de la banque. Il a été conclu que cela n'était pas exceptionnel ou onéreux. Par conséquent, cet arrêt n'est d'aucune aide pour les appelants.

[33] Dans l'arrêt *Wilder*, la banque avait consenti un crédit à une société familiale, crédit qui avait été personnellement garanti par plusieurs membres de la famille ainsi que par une débenture de la société. La banque a périodiquement augmenté les limites de crédit et, pendant la majeure partie de la période déterminante, les retraits de la société ont dépassé ces limites. La banque a refusé d'honorer deux chèques, ce qui a mené à une rencontre entre deux membres de la famille et la banque. Cette dernière a convenu de continuer à financer la société jusqu'à ce que celle-ci ait terminé certains projets, à condition que du capital supplémentaire soit injecté dans la société et que les membres de la famille signent d'autres garanties. Les membres de la famille ont obtempéré, mais la banque n'a pas respecté la convention. Cela a mené cette dernière à présenter une demande de paiement au titre de la débenture et à la nomination d'un séquestre pour la société, mesures qui ont mené à la faillite. La banque a poursuivi les garants. Les tribunaux de toutes les instances, jusqu'à la Cour suprême, ont conclu que les garants n'étaient plus responsables au titre des garanties initiales ou subséquentes puisque la banque avait modifié les conditions de la convention de crédit et par la suite violé la nouvelle convention sans le consentement des garants, ce qui les exempte de toute responsabilité.

[34] Les faits de l'arrêt *Wilder* se distinguent clairement de ceux en l'espèce. Ce moyen d'appel est sans fondement.

D. *Le quatrième moyen d'appel*

[35] Les appelants soutiennent que les dépens adjugés à la Banque étaient excessifs étant donné le fait qu'elle avait déposé quatre actions distinctes alors qu'elle n'aurait dû n'en déposer qu'une seule. Les quatre actions se sont déroulées conjointement et ont été entendues ensemble. Par conséquent, il n'y a pas eu multiplicité des procédures.

[36] La Banque affirme à juste titre que les juges de première instance disposent d'un vaste pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'adjudication des dépens et qu'il faut éviter d'intervenir à cet égard à moins d'une erreur manifeste (*Province du Nouveau-Brunswick c. Stephen Moffett Ltd.*, 2008 NBCA 9, 326 R.N.-B. (2^e) 242, au par. 9). Les dépens dans la présente affaire ont été fixés selon l'échelle appropriée de la règle 59 des *Règles de procédure*, à savoir le Tarif « A », Échelle 3.

[37] Rien n'indique qu'une erreur manifeste a été commise dans l'adjudication des dépens; au contraire, tout indique qu'ils étaient entièrement raisonnables. En fait, étant donné la façon dont les appelants se sont comportés tout au long du procès, le juge de première instance a estimé que l'idée d'accorder des dépens sur la base des frais établis entre avocat et client avait un certain attrait, mais il a choisi d'épargner aux appelants des dépens qui auraient pu s'avérer considérablement plus élevés. Ce moyen d'appel est sans fondement.

E. *Le cinquième moyen d'appel*

[38] Le cinquième moyen d'appel des appelants est une variation du même thème de l'inconduite reprochée à la Banque, qui aurait eu pour effet d'exposer les appelants à un risque accru relativement à la garantie. Cette question a déjà été tranchée

et il n'y a rien de plus à dire à ce sujet. Encore une fois, ce moyen d'appel est sans fondement.

VI. Dispositif

[39] Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens de 6 000 \$ payables à la Banque de la manière suivante :

- a) Mary-Lee White est condamnée à des dépens de 2 000 \$;
- b) Elizabeth Merrithew est condamnée à des dépens de 2 000 \$;
- c) Sheila Grimmer et Hill Grimmer sont condamnés à une masse de dépens de 2 000 \$.