

Jemil Mesrie (*Defendant*) *Appellant*;

and

**La Banque pour le commerce
Suisse-Israelien** (*Plaintiff*) and **Beaver
Investments Ltd.** (*Mise-en-cause*)
Respondents.

1972: February 22; 1972: March 30.

Present: Fauteux C.J. and Abbott, Ritchie, Hall and
Pigeon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S
BENCH, APPEAL SIDE, PROVINCE OF QUEBEC

*Loan—Mortgage—Judgment by default—Proof by
affidavit admissible—Leading questions—Proof by
testimony—Document included in the case printed for
Supreme Court—Code of Civil procedure, art. 194
and 306.—Supreme Court Act. R.S.C. 1970, c. S-19,
s. 67.*

The plaintiff obtained judgment against defendant by default to appear in an action based on a loan of money with conclusions for a declaration of hypothecation based on an authentic deed signed with the mise-en-cause as the declared representative of the Bank. A witness was heard before judgment was rendered. The defendant appealed from this judgment on the ground that the evidence was illegal and insufficient and that the judgment was obtained for an amount greater than the actual debt. The Court of Appeal affirmed the judgment of the Superior Court. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be allowed only to the extent of reducing the condemnation.

This is a case where, under art. 194 C.C.P. the prothonotary could render judgment upon an affidavit and the deed on which the action is based. Consequently, oral evidence before a judge could not be invalidated by leading questions although these are generally prohibited by art. 306.

The above comments apply to dispose of the ground that the evidence as to the rate of interest and accounting costs was insufficient. A deed of hypothec in the record, in which the defendant acknowledged an indebtedness and granted an additional hypothec, allowed proof of the exact amount of the debt to be made by testimony.

Jemil Mesrie (*Défendeur*) *Appelant*;

et

**La Banque pour le Commerce
Suisse-Israélien** (*Demanderesse*) et **Beaver
Hall Investments Ltd.** (*Mise-en-cause*)
Intimées.

1972: le 22 février; 1972: le 30 mars.

Présents: Le Juge en Chef Fauteux et les Juges
Abbott, Ritchie, Hall et Pigeon.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE,
PROVINCE DE QUÉBEC

*Prêt—Hypothèque—Jugement par défaut—Preuve
par affidavit permise—Questions suggestives—Preuve
testimoniale—Document compris dans le dossier
imprimé pour la Cour Suprême—Compensation non
admise—Code de procédure civile, art. 194 et 306—
Loi sur la Cour Suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art.
67.*

La demanderesse a obtenu un jugement contre le défendeur par défaut de comparaître dans une action sur prêt d'argent avec conclusions en déclaration d'hypothèque fondée sur un acte authentique signé avec la mise-en-cause comme prête-nom déclaré de la Banque. Un témoin a été entendu avant que le jugement soit rendu. Le défendeur fit appel en invoquant l'illégalité et l'insuffisance de la preuve et prétendant que le montant du jugement était plus élevé que la dette véritable. La Cour d'appel confirma le jugement de la Cour supérieure, d'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: L'appel doit être accueilli aux seules fins de réduire le montant accordé.

Il s'agit d'une affaire où, suivant l'art. 194 du *Code de procédure civile* le protonotaire pouvait rendre jugement sur le vu d'un affidavit et de la pièce sur laquelle l'action est fondée. Par conséquent la preuve faite devant un juge ne saurait être invalidée par des questions suggestives qui sont ordinairement interdites par l'art. 306.

Ces observations s'appliquent à la prétendue insuffisance de la preuve relative aux intérêts et aux frais de comptabilité exigibles. Un acte d'hypothèque versé au dossier où le défendeur s'est reconnu débiteur et a consenti une hypothèque additionnelle permettait la preuve testimoniale du montant exact de la dette.

There is, however, no valid reason for not taking into consideration the statement of account sent to the defendant by the plaintiff which was included in the case printed, with the agreement of the parties, under s. 67 of the *Supreme Court Act*. But, if the defendant chooses to rely on it, he must take it as a whole, debits as well as credits. Taking it as such, this document sets the balance owing by defendant at an amount lower than the amount for which judgment was obtained and with interest from a different date.

Even if the plaintiff has additional claims against the defendant, this could not justify the institution of an action without giving credit for all payments received from the defendant. But the latter was in no way justified in failing to tender what he acknowledged as due. For this reason he should not be awarded costs on this appeal.

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec, affirming a judgment of the Superior Court. Appeal allowed in part.

P. Mendell, for the defendant, appellant.

B. Reis, for the plaintiff and the mise-en-cause, respondents.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—This is an appeal from a decision affirming a judgment rendered by default against appellant Mesrie in favour of the respondent Bank. The action, which is based on a loan of money, was instituted on April 9, 1969, for the sum of \$158,152.06, with interest at 9% from January 1. There were in addition conclusions for a declaration of hypothecation, based on an authentic deed signed with the mise-en-cause as the declared representative of the Bank. Service upon Mesrie was made by publication of notices in newspapers. Default to appear was recorded. The case was then inscribed for judgment by the Court. The inscription was accompanied by an affidavit attesting that the amount claimed was owing. In addition, one witness was heard before judgment was rendered on July 14, 1969, for the amount claimed. On October 21, Mesrie made a motion to have the judgment revoked. On Octo-

Cependant, il n'existe aucune raison valable de ne pas tenir compte d'un état de compte transmis au défendeur par la demanderesse qui a été inclus dans le dossier imprimé, du consentement des parties suivant l'art. 67 de la *Loi sur la Cour suprême*. Toutefois, si le défendeur choisit de s'en servir, il faut qu'il le prenne dans son entier, le débit comme le crédit. En le prenant ainsi, ce document établit le solde dont le défendeur était débiteur à un montant moindre que celui pour lequel jugement a été rendu avec intérêts courant à partir d'une date différente.

Et même si la demanderesse a droit à des réclamations additionnelles contre le défendeur, cela ne pouvait la justifier d'instituer une poursuite sans donner crédit de tous les paiements qu'elle avait reçus du défendeur. Mais celui-ci n'était aucunement justifié de ne pas offrir ce qu'il reconnaissait devoir. Pour cette raison, il n'y a pas lieu de lui accorder de dépens.

APPEL d'un jugement de la Cour du Banc de la Reine confirmant un jugement de la Cour Supérieure. Appel accueilli en partie.

P. Mendell, pour le défendeur, appelant.

B. Reis, pour la demanderesse et la mise-en-cause, intimées.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Ce pourvoi est à l'encontre d'un arrêt qui a confirmé un jugement rendu par défaut contre l'appelant Mesrie en faveur de la Banque intimée. L'action, fondée sur prêt d'argent, a été intentée le 9 avril 1969 pour la somme de \$158,152.06 avec intérêt à 9% à compter du 1^{er} janvier. Il y a en outre des conclusions en déclaration d'hypothèque fondées sur un acte authentique signé avec la mise-en-cause comme prête-nom déclaré de la Banque. La signification à Mesrie a été faite par la publication d'avis dans des journaux. Défaut de comparaître a été enregistré. La cause a ensuite été inscrite pour jugement devant la Cour. Cette inscription a été assortie d'un affidavit attestant que le montant réclamé était dû. En outre, un témoin a été entendu avant que le jugement soit rendu pour le montant réclamé le 14 juillet 1969. Le 21 octobre, Mesrie fit une requête en rétractation de jugement. Le 28 octo-

ber 28, this motion was dismissed by a judgment of the Superior Court on the grounds that it was not proved that it had been, in fact, impossible for the petitioner to file it within fifteen days from the day when he had acquired knowledge of the judgment. In the interval, that is on October 24, an inscription in appeal was filed, and judgment was not rendered by the Court of Appeal until March 26, 1971.

The first ground put forward by appellant is the illegality of the evidence. This illegality would result from the fact that, contrary to art. 306 of the *Code of Civil Procedure*, all questions to the witness were put so as to suggest the desired answer. This ground cannot be accepted. This is a case where, under art. 194 *C.C.P.* the prothonotary could render judgment upon inspection of an affidavit and of the document on which the action is based. Appellant's counsel did not deny this, but he contended that because the case had been inscribed before the Court and not before the prothonotary, more was needed. This contention must certainly be rejected, because, if before the prothonotary an affidavit prepared in advance is sufficient, a judge cannot be expected to require more. As an example of a disallowance of evidence adduced by leading questions in a case by default, we were referred to the judgment delivered by the Superior Court in *Stenger v. Alexander*¹. That was a case of separation from bed and board, in which obviously evidence by mere affidavit would be inadmissible. This of itself makes that decision inapplicable. As to *Schwersenski v. Vineberg*², cited by respondent, it could not apply to proof which is not adduced in the presence of the opposing party. Here proof could be adduced by simple affidavit and necessarily it was not subject to a requirement which applies only to facts susceptible of argument.

The above comments suffice to dispose of the second ground put forward by the appellant, namely that the evidence is insufficient because

bre, cette requête était rejetée par jugement de la Cour supérieure pour le motif qu'il n'était pas démontré que le requérant avait vraiment été dans l'impossibilité de la formuler dans les quinze jours suivant la connaissance acquise du jugement. Dans l'intervalle, soit le 24 octobre, une inscription en appel avait été produite et ce n'est que le 26 mars 1971 que jugement a été rendu par la Cour d'appel.

Le premier motif invoqué par l'appellant c'est l'illégalité de la preuve. Cette illégalité découlerait de ce que, contrairement à l'art. 306 *C.p.c.*, toutes les questions au témoin ont été posées d'une manière qui suggérerait la réponse désirée. Ce motif ne saurait être retenu. Il s'agit d'une affaire où, suivant l'art. 194 *C.p.c.* le protonotaire pouvait rendre jugement sur le vu d'un affidavit et de la pièce sur laquelle l'action est fondée. L'avocat de l'appellant ne l'a pas nié, mais il a soutenu que parce que la cause avait été inscrite devant la Cour et non devant le protonotaire, il fallait davantage. Cette prétention est évidemment à rejeter. D'autant plus, que si devant le protonotaire il suffit d'un affidavit rédigé d'avance, un juge ne saurait être tenu d'en exiger davantage. On nous a cité comme exemple du rejet d'une preuve faite par questions suggestives dans une affaire par défaut, le jugement rendu par la Cour supérieure dans *Stenger c. Alexander*¹. Il s'agissait là d'une affaire de séparation de corps où évidemment la preuve par simple affidavit ne serait pas recevable. Cette raison suffit pour rendre cette décision inapplicable. Quant à l'arrêt *Schwersenski. c. Vineberg*² cité par l'intimé, il ne saurait être applicable à une preuve qui n'est pas faite en présence de la partie adverse. Ici, la preuve pouvant être faite par simple affidavit se trouvait nécessairement soustraite à une exigence applicable uniquement à des faits susceptibles de débat.

Les observations ci-dessus suffisent à disposer du second moyen invoqué par l'appellant savoir, que la preuve serait insuffisante parce

¹ [1963] Que. P.R. 226.

² (1891), 19 S.C.R. 243.

¹ [1963] R.P. 226.

² (1891), 19 R.C.S. 243.

it allegedly does not show how the rate of interest on the debt was arrived at, why it was raised from eight to nine percent, or on what basis a commission of one half percent is payable, as well as certain accounting costs. Furthermore, in the deed of hypothec in the record, appellant acknowledged an indebtedness of \$150,000, and granted an additional hypothec of \$30,000 to guarantee accessories. This unquestionably allowed proof of the exact amount of the debt to be made by testimony, and as the case was judged by default such proof could be made by affidavit.

The final ground put forward is that the judgment was obtained for an amount greater than the actual debt, because the Bank has not allowed for two payments totalling U.S. \$17,996. Indeed, there is in the record a statement of account as of March 31, 1969, sent to appellant by the Bank, in which credits for this total amount are shown dated January 10 and February 28. This official statement bears the following note:

[TRANSLATION] Below is a statement of the entries in your account; please check these as to accuracy. Unless any claims are received by us within one month we shall consider the account as definitely approved.

Counsel for the Bank did not question the authenticity of this document at the hearing. The only argument which he raised in opposition was the contention that as the document was filed in the Superior Court with the motion in revocation, it does not really form part of the record, because this motion was dismissed by a judgment from which there has been no appeal. The reasons for the decision of the Court of Appeal admit this line of reasoning. However, it must be considered that the document is included in the case printed with the agreement of the parties, under s. 67 of the *Supreme Court Act*, which reads as follows:

67. The appeal shall be upon a case to be stated by the parties, or, in the event of difference, to be settled by the court appealed from, or a judge thereof, and the case shall set forth the judgment objected to and so much of the pleadings, evidence, affidavits and documents as is necessary to raise the question for

qu'elle ne démontrerait pas comment a été établi le taux d'intérêt sur la dette, pourquoi il a été porté de 8 à 9%, à quel titre une commission de $\frac{1}{2}\%$ est exigible de même que certains frais de comptabilité. Du reste, dans l'acte d'hypothèque versé au dossier, l'appelant s'est reconnu débiteur de \$150,000 et il a consenti une hypothèque additionnelle de \$30,000 en garantie des accessoires. Cela permettait indubitablement la preuve testimoniale du montant exact de la dette et, comme l'affaire était instruite par défaut, cette preuve pouvait être faite par affidavit.

Le dernier moyen invoqué c'est que le jugement a été obtenu pour un montant plus élevé que la dette véritable parce que la Banque n'a pas donné crédit de deux paiements s'élevant au total de É.U. \$17,996. En effet, on trouve dans le dossier un état de compte arrêté au 31 mars 1969, transmis à l'appelant par la Banque, sur lequel des crédits pour ce montant total figurent en date du 10 janvier et du 28 février. Ce relevé officiel porte la mention suivante:

Nous vous donnons, ci-dessous, le relevé des écritures de votre compte, dont veuillez reconnaître l'exactitude. Si dans le délai d'un mois, aucune réclamation ne nous est adressée, nous considérerons le compte comme définitivement approuvé.

L'authenticité de ce document n'a pas été contestée à l'audition par l'avocat de la Banque. Le seul argument qu'il ait invoqué à l'encontre c'est la prétention que la pièce ayant été produite en Cour supérieure avec la requête en rétractation ne forme pas vraiment partie du dossier parce que cette requête a été rejetée par un jugement qui n'a pas été porté en appel. Les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel admettent ce raisonnement. Cependant, il faut considérer que la pièce se trouve dans le dossier imprimé du consentement des parties suivant l'art. 67 de la *Loi sur la Cour suprême*, lequel article est comme suit:

67. L'appel a lieu sur un dossier soumis par les parties, ou, en cas de désaccord entre elles, déterminé par la cour dont appel est interjeté, ou par l'un de ses juges; et le dossier contient le jugement dont est appel et telles parties des plaidoiries écrites, de la preuve, des affidavits et des documents qui sont

the decision of the Court; but the Court may, in its discretion, on special grounds, and by special leave, receive further evidence upon any question of fact, such evidence to be taken in the manner authorized by this Act, either by oral examination in Court, by affidavit, or by deposition, as the Court may direct.

It may be seen that this provision enables this Court to receive additional evidence. It is a power which is only used very rarely, but if the parties agree to introduce a decisive document, the Court will take it into consideration, as it recently did in *Ryan v. Smith*³. Here the parties have agreed to include the document in the printed case upon which this appeal must be decided, and this consent was given without reservation. There is therefore no valid reason for not taking the document into consideration. However, appellant may not use only what is to his advantage: the credit entries. If he chooses to rely on it, he must take it as a whole, debits as well as credits. Taking it as such, it sets the balance owing by appellant at \$140,009.80, with interest at nine per cent from the closing of accounts on March 31, 1969, that is only a few days before proceedings were instituted. Converted to Canadian dollars at the rate implied by the calculation of the amount claimed in the action, this amounts to the sum of \$149,985.85, which should be substituted for the sum \$158,152.06 for which judgment was given. Further, interest should accrue at nine per cent from April 1, 1969, instead of January 1.

It should be noted that at the hearing counsel for the Bank stated that the latter had certain sums to set off in compensation against the payments. Pressed to explain what was involved, he mentioned payments of taxes on the hypothecated property. This clearly is not a case of compensation, but of additional claims which cannot be taken into consideration in this case, and as to which the Bank retains all the rights it may have. Even if it has such claims,

nécessaires pour soumettre la question à la décision de la Cour; mais, la Cour peut, à sa discrétion, pour des motifs particuliers et par permission spéciale, recevoir plus ample preuve sur une question de fait. Cette preuve doit être recueillie de la manière autorisée par la présente loi, soit par interrogatoire oral en Cour, soit par affidavit ou par déposition selon que la Cour peut l'ordonner.

On voit que ce texte permet à cette Cour de recevoir de la preuve additionnelle. C'est un pouvoir dont elle n'use que très exceptionnellement. Mais, si les parties acceptent de produire une pièce décisive, la Cour en tiendra compte comme elle l'a fait tout récemment dans *Ryan c. Smith*³. Ici, les parties ont consenti à inclure le document dans le dossier imprimé sur lequel cette cause doit être jugée et ce consentement a été donné sans réserve. Il n'existe donc aucune raison valable de ne pas tenir compte de la pièce. Cependant, l'appellant ne peut pas s'en servir uniquement pour ce qui est à son avantage: le crédit des paiements. S'il choisit de l'invoquer, il faut qu'il la prenne dans son entier, le débit comme le crédit. En la prenant ainsi, elle établit le solde dont l'appellant était débiteur à \$140,009.80, avec intérêt à 9% à compter de la clôture des comptes le 31 mars 1969, soit quelques jours seulement avant l'institution des procédures. Convertie en dollars canadiens au taux qui ressort du calcul fait pour le montant réclamé dans la poursuite, on obtient une somme de \$149,985.85 qu'il y a lieu de substituer à celle de \$158,152.06 pour laquelle jugement a été rendu. De plus, il faut faire courir les intérêts au taux de 9% à compter du 1^{er} avril 1969, au lieu du 1^{er} janvier.

Il convient de noter qu'à l'audition, l'avocat de la Banque a affirmé que celle-ci avait certains montants à opposer en compensation des paiements. Pressé de déclarer de quoi il s'agissait, il a parlé de paiements de taxes sur les immeubles hypothéqués. Il est évident qu'il ne s'agit pas de compensation, mais bien de réclamations additionnelles qui ne sauraient entrer en ligne de compte dans la présente instance et au sujet desquelles la Banque conserve tous les

³ [1972] S.C.R. 332.

³ [1972] R.C.S. 332.

this could not justify its instituting an action without giving credit for all payments which it had received. On the other hand, the appellant was in no way justified in failing to tender what he acknowledged as due, or to confess judgment for this amount. For this reason he should not be awarded costs on this appeal, nor should previous costs against him be modified.

I would allow the appeal without costs, only to the extent of reducing the amount of the judgment to \$149,985.85 with interest at nine per cent from April 1, 1969.

Appeal allowed in part without costs.

Solicitors for the defendant, appellant: Phillips, Vineberg, Goodman, Phillips & Rothman, Montreal.

Solicitors for the plaintiff and the Mise-en-cause, respondents: Chait, Salomon, Gelber, Reis & Bronstein, Montreal.

droits qu'elle peut avoir. Même si elle a de telles réclamations, cela ne pouvait la justifier d'instituer une poursuite sans donner crédit de tous les paiements qu'elle avait reçus. D'un autre côté, l'appelant n'était aucunement justifié de ne pas offrir ce qu'il reconnaissait devoir ou confesser jugement pour ce montant. Pour cette raison, il n'y a pas lieu de lui accorder de dépens sur le présent pourvoi, ni de modifier les dépens antérieurs adjugés contre lui.

Je conclus qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi sans dépens aux seules fins de réduire le montant du jugement à \$149,985.85 avec intérêt de 9% à compter du 1^{er} avril 1969.

Appel accueilli partiellement sans dépens.

Procureurs du défendeur, appelant: Phillips, Vineberg, Goodman, Phillips & Rothman, Montréal.

Procureurs de la demanderesse et de la mise-en-cause, intimées: Chait, Salomon, Gelber Reis & Bronstein, Montréal.