

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

83-20-CA

B E T W E E N:

HB CONSTRUCTION COMPANY LTD.  
(formerly COMSTOCK CANADA LTD.)

APPELLANT

- and -

POTASH CORPORATION OF  
SASKATCHEWAN INC.

RESPONDENT

HB Construction Company Ltd. v. Potash  
Corporation of Saskatchewan Inc., 2022 NBCA 40

CORAM:

The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice LaVigne  
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:

October 2, 2020

History of Case:

Decision under appeal:  
2020 NBQB 180

Preliminary or incidental proceedings:

[2020] N.B.J. No. 319  
[2020] N.B.J. No. 332  
[2021] N.B.J. No. 67  
[2021] N.B.J. No. 92  
[2021] N.B.J. No. 217  
[2021] N.B.J. No. 238  
[2021] N.B.J. No. 356  
[2021] N.B.J. No. 358

Unreported decision filed September 30, 2021  
2022 NBQB 59

E N T R E :

HB CONSTRUCTION COMPANY LTD.  
(auparavant COMSTOCK CANADA LTD.)

APPELANTE

- et -

POTASH CORPORATION OF  
SASKATCHEWAN INC.

INTIMÉE

HB Construction Company Ltd. c. Potash  
Corporation of Saskatchewan Inc., 2022 NBCA 40

CORAM :

l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge LaVigne  
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :

le 2 octobre 2020

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
2020 NBBR 180

Procédures préliminaires ou accessoires :

[2020] A.N.-B. n° 319  
[2020] A.N.-B. n° 332  
[2021] A.N.-B. n° 67  
[2021] A.N.-B. n° 92  
[2021] A.N.-B. n° 217  
[2021] A.N.-B. n° 238  
[2021] A.N.-B. n° 356  
[2021] A.N.-B. n° 358

Décision inédite déposée le 30 septembre 2021  
2022 NBBR 59

Appeal heard:  
October 26, 27 and 28, 2021

Appel entendu :  
les 26, 27 et 28 octobre 2021

Judgment rendered:  
August 11, 2022

Jugement rendu :  
le 11 août 2022

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice LeBlond

Motifs de jugement :  
l'honorable juge LeBlond

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For HB Construction Company Ltd.:  
Robert M. Creamer, Q.C., Matthew Robert Letson,  
Howard M. Wise and Mark S. Dunn

Pour HB Construction Company Ltd. :  
Robert M. Creamer, c.r., Matthew Robert  
Letson, Howard M. Wise et Mark S. Dunn

For Potash Corporation:  
Peter T. Zed, Q.C., Laura Boyd and John P. F.  
Morrissy

Pour Potash Corporation :  
Peter T. Zed, c.r., Laura Boyd et John P. F.  
Morrissy

#### THE COURT

#### LA COUR

The appeal is allowed. Costs will be assessed at a later date following a further hearing on that subject.

L'appel est accueilli. Les dépens seront adjugés à une date ultérieure suivant une audience complémentaire sur le sujet.

The judgment of the Court was delivered by

LEBLOND, J.A.

- [1] This decision addresses the appeal of the single trial decision relating to the second action commenced by Comstock Canada Ltd. (“Comstock”), now HB Construction Company Ltd., involving a dispute over the construction of a compaction plant at a potash mine in Penobsquis, New Brunswick, owned by Potash Corporation of Saskatchewan Inc. (“PCS”). Comstock was awarded a contract to build this plant as part of PCS’ overall Picadilly mine expansion project. The first action dealt with Comstock’s claims in damages and PCS’ counterclaims. The second dealt with Comstock’s claims for recovery against PCS under the *Mechanics’ Lien Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-6.
- [2] On December 17, 2020, a judge of this Court directed under Rule 6.01 of the *Rules of Court* that both appeals be heard at the same time but dealt with separately. Accordingly, separate reasons for judgment are issued for each appeal (*Gamblin v. O’Donnell and Absher*, 2001 NBCA 110, 244 N.B.R. (2d) 142; *Doiron and Careau v. Hogan*, 2001 NBCA 97; 243 N.B.R. (2d) 263).
- [3] This appeal concerns the disposition of the lien action. The factual context is set out in the companion reasons for judgment released concurrently in *Potash Corporation of Saskatchewan Inc. v. HB Construction Company Ltd.*, 2022 NBCA 39. For the reasons that follow, I would allow the appeal.
- [4] In its lien action, Comstock claimed entitlement to a lien as a first charge against the amounts held back by PCS, as the owner, pursuant to the *Act* and any other amounts owing by PCS. It claimed payment of \$47,714,977, plus HST, interest and costs. In the event of default of payment by PCS, it claimed under the *Act* for relief against PCS’ estate and interest in PCS’ lands and premises.
- [5] Although the trial judge found PCS liable in damages to Comstock for the amount of \$6,731,289, which we confirm in the companion decision, and which included the mechanics’ lien holdback, Comstock asserts the decision makes no disposition in

respect of the other relief claimed pursuant to the *Act*. Comstock appeals on the basis she erred in law in failing to dispose of the other claims for relief.

[6] Comstock states that ss. 43(1) and (2) of the *Act* required the trial judge to determine all questions that arose in the lien action and to give all directions and do all things necessary to finally dispose of that action. It argues the trial judge failed to grant the requested declaration of a lien or corollary relief and asks this Court to grant this relief.

[7] The trial judge disposed of Comstock's lien action as follows:

In the second action, Comstock seeks to recover from PCS amounts held back under the *Mechanics' Lien Act*, R.S.N.B 1973, c. M-6.

[...]

As of May 31, 2010 the amount remaining of the *Mechanics' Lien* holdback after payments to Comstock's subcontractors was \$2,215,178 inclusive of HST.

Comstock says it is owed the full amount outstanding. PCS says it inadvertently paid Comstock \$155,516.35 (\$137,625.09 plus 13% HST) which was the holdback amount for the period August 1, 2009 to September 30, 2009 (Contractor Application for Payment Number 1). PCS says this amount should be deducted from the amount of the outstanding holdback, leaving \$2,059,661.65 payable to Comstock.

An email from Carolyn Dalling at AMEC to counsel for AMEC sent December 10, 2010 is included in Exhibit 10D 7.1. Ms. Dalling provides a breakdown of amounts invoiced by Comstock and "what was actually paid" based on her submission to PCS. Ms. Dalling states in the email the costs are directly from the AMEC system and represent what AMEC verified/approved and submitted to PCS as recommendation for payment but they do not necessarily reflect what had actually been paid by PCS as per its Oracle system.

The document lists nine invoices with a total amount before tax of \$32,525,988.49 and total *Mechanics' Lien* holdback

amount of \$4,878,898.28, for a total “amount paid with tax” of \$31,241,211.92.

Following Ms. Dalling’s email are unsigned copies of Comstock’s monthly Contractor Applications for Payment. The application for payment for the period August 1, 2009 to September 30, 2009 indicates a total billing amount of \$917,500.62 of which the holdback was \$137,625.09 and HST was \$101,383.82 for a total invoice for the period of \$881,259.34.

PCS says that Comstock was paid the holdback funds (\$137,625.09 plus 13% HST) in error for the application for payment for the period August 1, 2009 to September 30, 2009. It refers to Exhibit 27.11, a breakdown of the nine Comstock monthly invoices and payment details invoices. It includes a note that indicates that holdback in the amount of \$155,516.35 was paid out in error with a payment amount to Comstock of \$1,036,775.70 made on October 27, 2009.

Mr. DeWinter, PCS’ senior accountant, testified about Exhibit 27.11. He said he did not create the document but had verified that the numbers showing in it reflect payment amounts in the Oracle system.

On cross-examination, Mr. DeWinter acknowledged he had not looked at any of the progress certificates issued by AMEC and had never reviewed progress billings or had any discussion with AMEC about the alleged overpayment of the holdback amount.

However, Comstock did not provide evidence that the monthly invoices at Exhibit 10D 7.1 are not the invoices submitted by Comstock or that the amount in the Application for Payment Number 1 for the period August 1, 2009 to September 30, 2009, \$917,500.62, did not include the 15% holdback amount. Mr. Forlin on behalf of Comstock testified that the amount in the Application for Payment was inclusive of the holdback.

I accept that PCS’ Oracle system indicates Comstock was paid \$31,396,728.31 (HST included). Comstock has not refuted this. The amount that should have been paid based on the Applications for Payment was \$31,241,211.92 (HST included). This is a difference of \$155,516.35 (\$137,625.09 plus 13% HST).

I therefore accept that Comstock was paid the full billing amount of \$917,500.62 plus 13% HST for its invoice for the period August 1, 2009 to September 30, 2009, and the holdback amount of \$137,625.09 plus 13% HST was not held back. I also accept that this error was not subsequently adjusted.

I find that the remaining *Mechanics' Lien* holdback of \$2,215,178 reflects an overpayment. It shall be reduced by \$155,516.36 to **\$2,059,676.84 (inclusive of HST)**.

[Emphasis in original; Trial Decision, at paras. 4, 970-981]

[8] Comstock was entitled to a declaration of a lien for any amount owed to it but the trial judge failed to do that. She only dealt with the corrected amount of the holdback. Comstock is entitled to a lien under the *Act* together with the corollary relief set out in ss. 43 and 44 should it not receive payment of the amount it is owed.

[9] Comstock's lien is limited to the amount it is owed. The *Act* allows contractors and subcontractors to claim liens for "wages or for the price of the work or material, as the case may be, or for so much thereof as remains owing to him" (s. 4(1)). No lien rights arise for the unliquidated damages Comstock claimed in the separate action. No unliquidated damages were awarded.

[10] The trial judge retained jurisdiction to hear the parties on the issues of pre-judgment interest and costs (Trial decision, para. 1150). By the time these appeals were heard, these matters had not been determined. However, the decision on trial costs and pre-judgment interest was subsequently rendered by the judge on March 17, 2022: *HB Construction v. Potash Corporation et al.*, 2022 NBQB 59, [2022] N.B.J. No. 114 (QL). PCS has filed an appeal of the award of pre-judgment interest.

[11] Comstock claimed interest on the holdback amount. The judge's award of pre-judgment interest includes interest on the holdback. Comstock's claim will therefore be addressed in the Court's decision following the hearing of PCS' appeal of that award.

Disposition

[12] For these reasons, I would allow this appeal. Comstock has a lien on the estate and interest of PCS and can avail itself of the corollary relief set out in ss. 43 and 44 of the Act should it not receive payment of the amount it is owed.

[13] In addition to the submissions on costs made by the parties at the hearing, two of them have asked the Court to make further submissions with respect to costs on appeal. I would order a further hearing be held on that subject concurrently with the hearing of PCS's appeal relating to pre-judgment interest.

LE JUGE LEBLOND

- [1] La présente décision porte sur l'appel de l'unique décision rendue à l'issue du procès concernant la deuxième action introduite par Comstock Canada Ltd. (Comstock), maintenant HB Construction Company Ltd., au sujet d'un conflit en lien avec la construction d'une usine de compactage à une mine de potasse de la Potash Corporation of Saskatchewan Inc. (PCS), à Penobsquis, au Nouveau-Brunswick. Comstock a obtenu un contrat pour la construction de cette usine dans le cadre du projet d'expansion global de la mine Picadilly de PCS. La première action portait sur les demandes en dommages-intérêts de Comstock et sur les demandes reconventionnelles de PCS. La seconde portait sur les demandes de recouvrement de Comstock contre PCS présentées sous le régime de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-6.
- [2] Le 17 décembre 2020, une juge de notre Cour a ordonné, en vertu de la règle 6.01 des *Règles de procédure*, que les deux appels soient entendus simultanément, mais traités séparément. Par conséquent, des motifs de jugement distincts sont fournis pour chaque appel (*Gamblin c. O'Donnell and Absher*, 2001 NBCA 110, 244 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 142; *Doiron and Careau c. Hogan*, 2001 NBCA 97; 243 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 263).
- [3] Le présent appel porte sur la décision rendue dans l'action en exercice de privilège. Le contexte factuel est énoncé dans les motifs du jugement connexe rendu en même temps dans *Potash Corporation of Saskatchewan Inc. c. HB Construction Company Ltd.*, 2022 NBCA 39. Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel.
- [4] Dans son action en exercice de privilège, Comstock a fait valoir qu'elle avait droit à un privilège à titre de charge de premier rang sur les montants retenus par PCS, en tant que propriétaire, en application de la *Loi* et sur tout autre montant dû par PCS. Elle a réclamé le paiement de 47 714 977 \$, plus la TVH, les intérêts et les dépens. En cas de défaut de paiement de PCS, elle sollicite, en vertu de la *Loi*, une ordonnance lui



accordant des mesures de redressement contre les droits de tenure et autres droits de PCS sur les biens-fonds et locaux de PCS.

[5] Bien que la juge de première instance ait conclu à la responsabilité en dommages-intérêts de PCS envers Comstock pour le montant de 6 731 289 \$, ce que nous confirmons dans les motifs de jugement connexe, montant qui comprenait les sommes retenues au titre du privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux, Comstock fait valoir que la décision ne traite pas des autres mesures de redressement sollicitées en vertu de la *Loi*. Comstock interjette appel au motif que la juge a commis une erreur de droit en ne statuant pas sur les autres demandes de redressement.

[6] Comstock prétend que les par. 43(1) et 43(2) de la *Loi* prescrivaient à la juge de première instance de s'appliquer à régler toutes les questions soulevées dans le cadre de l'action en exercice de privilège et de donner toutes les directives et faire toutes les choses nécessaires afin de prononcer un jugement définitif sur cette action. Elle fait valoir que la juge de première instance n'a accordé ni la déclaration de privilège sollicitée ni des mesures accessoires et elle demande à notre Cour de lui accorder cette réparation.

[7] La juge de première instance a tranché l'action en exercice de privilège intentée par Comstock de la façon suivante :

[TRADUCTION]

Dans la seconde action, Comstock cherche à recouvrer de PCS les sommes retenues par elle en application de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-6.

[...]

En date du 31 mai 2010, le solde de la retenue après les paiements aux sous-traitants de Comstock était de 2 215 178 \$, TVH comprise.

Comstock fait valoir que PCS lui doit le plein montant du solde. PCS indique avoir versé à Comstock 155 516,35 \$ (137 625,09 \$ plus la TVH de 13 %) par inadvertance, ce qui constituait le montant de la retenue pour la période du 1<sup>er</sup> août 2009 au 30 septembre 2009 (demande de paiement numéro 1 de l'entrepreneur). PCS indique que ce montant

devrait être déduit du solde de la retenue, réduisant ainsi le montant payable à Comstock à 2 059 661,65 \$.

Un courriel de Carolyn Dalling, de AMEC, envoyé aux avocats de AMEC le 10 décembre 2010 est inclus dans la pièce 10D 7.1. M<sup>me</sup> Dalling fournit la ventilation des montants facturés par Comstock et de [TRADUCTION] « ce qui a effectivement été payé » en fonction de sa demande à PCS. Dans son courriel, M<sup>me</sup> Dalling indique que les montants sont tirés directement du système de AMEC et constituent ce que AMEC a vérifié et approuvé puis présenté à PCS comme recommandation de paiement, mais que ces montants ne correspondent pas nécessairement aux montants qui ont été réellement payés par PCS selon le logiciel Oracle.

Le document énumère neuf factures totalisant 32 525 988,49 \$, avant les taxes, et indique que le total des sommes retenues au titre du privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux s'élève à 4 878 898,28 \$, pour un [TRADUCTION] « montant payé avec taxes » totalisant 31 241 211,92 \$.

Des copies non signées des demandes de paiement mensuelles de l'entrepreneur présentées par Comstock figurent après le courriel de M<sup>me</sup> Dalling. La demande de paiement pour la période du 1<sup>er</sup> août 2009 au 30 septembre 2009 indique un montant total facturé de 917 500,62 \$, dont la retenue était de 137 625,09 \$ et la TVH était de 101 383,82 \$, ce qui correspond à un montant total facturé de 881 259,34 \$ pour cette période.

PCS affirme que Comstock a reçu les fonds de la retenue (137 625,09 \$ plus TVH de 13 %) par erreur pour la demande de paiement de la période du 1<sup>er</sup> août 2009 au 30 septembre 2009. Elle renvoie à la pièce 27.11, une ventilation des neuf factures mensuelles de Comstock et des factures comportant les détails des paiements. Le document contient une note indiquant qu'un montant de retenue de 155 516,35 \$ a été versé par erreur avec le montant du paiement à Comstock, de 1 036 775,70 \$, effectué le 27 octobre 2009.

M. DeWinter, le comptable principal de PCS, a témoigné au sujet de la pièce 27.11. Il a indiqué qu'il n'avait pas créé le document, mais qu'il avait confirmé que les chiffres qui y figuraient correspondaient aux montants des paiements qui se trouvent dans le logiciel Oracle.

En contre-interrogatoire, M. DeWinter a reconnu qu'il n'avait examiné aucun des certificats provisoires délivrés par AMEC et qu'il n'avait jamais examiné la facturation progressive ni eu de discussion avec AMEC au sujet du prétendu paiement en trop du montant de la retenue.

Toutefois, Comstock n'a pas présenté de preuve établissant que les factures mensuelles qui figurent à la pièce 10D 7.1 ne sont pas les mêmes que celles que Comstock a présentées ou que le montant de la demande de paiement numéro 1 pour la période du 1<sup>er</sup> août 2009 au 30 septembre 2009, soit 917 500,62 \$, n'incluait pas le montant de la retenue de 15 %. M. Forlin a témoigné, pour le compte de Comstock, que le montant qui figure dans la demande de paiement incluait la retenue.

Je juge que le logiciel Oracle de PCS indique que Comstock a reçu un paiement de 31 396 728,31 \$ (TVH incluse). Comstock n'a pas réfuté cela. Le montant qui aurait dû être payé conformément aux demandes de paiement était de 31 241 211,92 \$ (TVH incluse). Il s'agit d'une différence de 155 516,35 \$ (137 625,09 \$ plus TVH de 13 %).

Je juge donc que Comstock a reçu le montant total de la facture, soit 917 500,62 \$ plus TVH de 13 % pour la période du 1<sup>er</sup> août 2009 au 30 septembre 2009, et que le montant de la retenue, soit 137 625,09 \$ plus TVH de 13 %, n'a pas été retenu. Je juge en outre que cette erreur n'a pas été corrigée par la suite.

Je conclus que le solde de la retenue, de 2 215 178 \$, découlant du privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux reflète un paiement en trop. Il devrait être réduit de 155 516,36 \$, portant le solde à **2 059 676,84 \$ (TVH incluse)**.

[Caractères gras dans l'original; décision de première instance, aux par. 4 et 970 à 981]

- [8] Comstock avait droit à une déclaration de privilège pour tout montant qui lui était dû, mais la juge de première instance n'en a pas prononcée. Elle n'a traité que du montant corrigé de la retenue. Comstock a droit à un privilège au titre de la *Loi*, ainsi qu'aux mesures accessoires énoncées aux art. 43 et 44 si elle ne reçoit pas le paiement du montant qui lui est dû.

[9] Le privilège de Comstock est limité au montant qui lui est dû. La *Loi* permet aux entrepreneurs et aux sous-traitants de réclamer des privilèges pour le « paiement de salaires ou du coût des travaux ou des matériaux, selon le cas, ou de la part de ceux-ci qui lui est encore due » (par. 4(1)). Aucun droit issu d'un privilège ne naît quant aux dommages-intérêts non liquidés que Comstock sollicitait dans l'autre action. Aucuns dommages-intérêts non liquidés n'ont été accordés.

[10] La juge de première instance avait conservé sa compétence pour adjuger les dépens et pour trancher l'attribution des intérêts avant jugement après avoir entendu les parties, sur demande (décision première instance, par. 1150). Au moment de l'audition des appels, ces sujets n'avaient pas été déterminés. Cette décision a cependant été rendue par la juge le 17 mars 2022 : *HB Construction c. Potash Corporation et autres*, 2022 NBBR 59, [2022] A.N.B. n° 114 (QL). Un appel a été interjeté par PCS par rapport à l'attribution d'intérêts avant jugement.

[11] Comstock réclamait les intérêts sur la retenue. L'attribution par la juge des intérêts avant jugement inclut les intérêts sur la retenue. La réclamation de Comstock à cet égard sera donc adressée par la Cour dans les motifs qui suivront l'audition de l'appel de PCS par rapport à l'attribution des intérêts avant jugement.

#### Dispositif

[12] Pour ces motifs, j'accueillerais le présent appel. Comstock possède un privilège sur le droit de tenure et autre droit de PCS et peut se prévaloir des mesures accessoires prévues aux par. 43 et 44 de la *Loi* si elle ne reçoit pas le paiement du montant qui lui est dû.

[13] Deux des parties ont demandé à la Cour de faire des soumissions complémentaires à celles faites lors de l'audience des appels sur la question des dépens en appel. J'ordonnerais la tenue d'une audience supplémentaire par rapport aux dépens au même moment que l'audience de l'appel de PCS sur l'attribution d'intérêts avant jugement.