

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

28-15-CA
29-15-CA

B E T W E E N:

AMEC AMERICAS LIMITED

INTENDED APPELLANT

-and-

HB CONSTRUCTION COMPANY LTD.
(COMSTOCK CANADA LTD.)

INTENDED RESPONDENT

-and-

POTASH CORPORATION OF
SASKATCHEWAN INC.

INTENDED RESPONDENT

A N D B E T W E E N:

POTASH CORPORATION OF
SASKATCHEWAN INC.

INTENDED APPELLANT

-and-

HB CONSTRUCTION COMPANY LTD.
(COMSTOCK CANADA LTD.)

INTENDED RESPONDENT

-and-

AMEC AMERICAS LIMITED

INTENDED RESPONDENT

Motion heard by:

The Honourable Justice Richard

E N T R E :

AMEC AMÉRIQUES LIMITÉE

APPELANTE ÉVENTUELLE

- et -

HB CONSTRUCTION COMPANY LTD.
(COMSTOCK CANADA LTD.)

INTIMÉE ÉVENTUELLE

- et -

POTASH CORPORATION OF
SASKATCHEWAN INC.

INTIMÉE ÉVENTUELLE

E T E N T R E :

POTASH CORPORATION OF
SASKATCHEWAN INC.

APPELANTE ÉVENTUELLE

- et -

HB CONSTRUCTION COMPANY LTD.
(COMSTOCK CANADA LTD.)

INTIMÉE ÉVENTUELLE

- et -

AMEC AMÉRIQUES LIMITÉE

INTIMÉE ÉVENTUELLE

Motion entendue par :

l'honorable juge Richard

Date of hearing:
April 27, 2015

Date de l'audience :
le 27 avril 2015

Date of decision:
July 10, 2015

Date de la décision :
le 10 juillet 2015

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For AMEC Americas Limited:
Frederick C. McElman, Q.C. and Josie Marks

Pour AMEC Americas Limited :
Frederick C. McElman, c.r. et Josie Marks

For Potash Corporation of Saskatchewan Inc.:
Peter T. Zed, Q.C. and Patrick Dunn

Pour Potash Corporation of Saskatchewan Inc. :
Peter T. Zed, c.r. et Patrick Dunn

For HB Construction Company Ltd.:
Howard W. Wise, Robert Creamer, Q.C., Mark
Dunn and Catherine Fawcett

Pour HB Construction Company Ltd. :
Howard W. Wise, Robert Creamer, c.r., Mark
Dunn et Catherine Fawcett

DECISION

[1] Potash Corporation of Saskatchewan Inc. (PCS) and AMEC Americas Limited (AMEC) each seek leave to appeal a decision a judge of the Court of Queen's Bench rendered on March 27, 2015, by which he dismissed their respective motions under Rule 23 of the *Rules of Court of New Brunswick*, N.B. Reg. 82-73. The decision from which leave to appeal is sought is reported at 2015 NBQB 80, [2015] N.B.J. No. 89 (QL). Both motions for leave to appeal were heard together, and both are the subject of this decision.

[2] This matter arises out of the termination of a contractual relationship between PCS and Comstock Canada Ltd., the predecessor to HB Construction Company Ltd. The motion judge described the contract in question as calling for Comstock "to provide mechanical/piping/HVAC/electrical and instrumentation services in the construction of a potash compaction plant at PCS's potash mine located at Penobsquis, New Brunswick" (para. 1). The contract named AMEC as the project engineer and construction manager.

[3] In his decision, the motion judge describes the procedural history leading to the motions under Rule 23:

The contract provided that the project would be completed on May 30, 2010. That completion date was not met.

On July 21, 2010, PCS terminated the contract with Comstock.

By Notice of Action filed on August 3, 2010, Comstock sued both PCS and AMEC.

Both defendants defended the action and PCS filed a counterclaim which Comstock has defended. Pleadings are closed and the parties have exchanged more than 142,000 documents. They have also had 36 days of discovery, 17 of the plaintiff, 10 of PCS and nine of AMEC. Discoveries have been adjourned since November 2012.

In the intervening period, Comstock filed a Notice of Intention to file a proposal under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 which was followed by an order under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 as amended which included a stay of proceedings against Comstock.

Subsequently, the Monitor appointed under the order sold this chose in action to HB Construction Company Ltd. An order lifting the stay was issued and, on February 27, 2014, an order to continue the action with HB Construction Company Ltd. as plaintiff was signed.

The defendants have filed motions under both Rule 23 and Rule 27. The latter motions were adjourned pending the disposition of the motions under Rule 23. [paras. 2-8]

[4] In its motion for relief under Rule 23, PCS asked the Court to strike out parts of the Amended Statement of Claim for failing to disclose a reasonable cause of action and/or, in the alternative, for a determination of certain questions of law raised in the Amended Statement of Claim. On this latter point, PCS argued the determination of these questions would dispose of the action, shorten the trial or result in a substantial savings of costs. As for AMEC, it was seeking to have the Amended Statement of Claim struck out in its entirety, or, alternatively, to have parts of it struck out, on the grounds the claim or portions of it did not disclose a reasonable cause of action against AMEC.

[5] The relevant portions of Rule 23 read as follows:

23.01 Where Available

23.01 Applicabilité

(1) The plaintiff or a defendant may, at any time before the action is set down for trial, apply to the court

(1) Le demandeur ou le défendeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander à la cour

(a) for the determination prior to trial, of any question of law raised by a pleading in the action where the determination of that question may dispose of the action, shorten the trial, or result in a substantial saving of costs,

a) que toute question de droit soulevée par une plaidoirie dans l'action en cours soit tranchée avant le procès, si la solution de cette question peut régler le litige, abréger le procès ou réduire considérablement les frais,

(b) to strike out a pleading which does not disclose a reasonable cause of action or defence[.]

b) qu'une plaidoirie qui ne révèle aucune cause d'action ni de défense raisonnable soit radiée[.]

[6] Addressing first the motions for relief under Rule 23.01(b), the motion judge followed the procedure reviewed by Drapeau C.J.N.B. in *Sewell v. ING Insurance Company of Canada*, 2007 NBCA 42, 314 N.B.R. (2d) 330, and applied the test set out in that decision and in *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45. In this latter case, McLachlin C.J.C. explains that “[a] claim will only be struck if it is plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the pleading discloses no reasonable cause of action” or, in other words, “the claim has no reasonable prospect of success” (para. 17).

[7] In reviewing the claims advanced against PCS and AMEC, the motion judge noted that the Amended Statement of Claim is voluminous (80 pages long). Nevertheless, the judge identified paragraph 23 as setting out the core causes of action. That paragraph reads as follows:

23. As a result of the impugned conduct described in the preceding paragraph and throughout this amended statement of claim, Comstock states that:

(a) PotashCorp breached the contract in several material respects;

(b) further or in the alternative, PotashCorp committed, in its own right or through its agent AMEC, a series of repudiatory breaches of the contract;

(c) further or in the alternative, PotashCorp breached the collateral warranties and/or conditions made which induced Comstock into the contract;

(d) PotashCorp and AMEC made misrepresentations, in the alternative negligent misrepresentations, about material elements in the Project Documents and Contract which induced Comstock into submitting a lump sum bid and into entering into the Contract;

(e) further or in the alternative, Comstock states that AMEC undertook tortious interference with Comstock's contractual relations and economic interests with PotashCorp by inducing breach of contract by PotashCorp;

(f) further or in the alternative, PotashCorp wrongfully repudiated the Contract; and

(g) further or in the alternative, PotashCorp and AMEC breached their respective duties to act in good faith including having AMEC continue in its decision making powers while it was in a clear conflict of interest and in an appearance of bias and further, purportedly terminating the Contract.

[8] In seeking to have portions of the Statement of Claim struck out, one of PCS's principal submissions was that the claim was founded on certain documentation that was not part of the actual agreement between the parties, whereas the contract with Comstock contained a clause which provided that the contract itself constituted the entire agreement. PCS also pointed out that, in signing the contract, Comstock acknowledged it had not relied on any statement or information not contained in the contract itself. On this point, the motion judge noted: "[a] threshold issue which arises from this defence of PCS is what comprises the contract, i.e. the entire agreement". The judge asked rhetorically: "Is it simply the document executed by the parties or does it include '...the total history from start to finish 'including'... all the correspondence from both sides?'" (para. 21). The basis for identifying this threshold issue is Comstock's allegation that all correspondence from both sides was agreed to be included in, and form part of, the contract. The motion judge noted that for the purpose of a Rule 23.01(1)(b) motion, he is obliged to accept as true the allegations in the plaintiff's pleadings. As a result, the judge

concluded it was “not plain and obvious that [Comstock would be] manifestly unable to prove its claims that there were representations and/or collateral warranties made by PCS, or by AMEC on behalf of PCS, which form part of the entire agreement” (para. 23).

- [9] As for the rest of PCS’s various arguments for striking out certain portions of the Statement of Claim, these related to various allegations contained in the Amended Statement of Claim. PCS submitted these were all covered by the contract, and that “no extrinsic evidence to assist its interpretation is admissible” (para. 39). On this point, the motion judge referred to *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, in which Rothstein J. for a unanimous Court held that determining rights and obligations under a written contract should now be viewed as involving questions of mixed law and fact, “as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix” (para. 50). The motion judge concluded: “In light of this decision I do not accept the submission of PCS that the provisions of the contract speak for themselves or that no extrinsic evidence is permissible to aid in their interpretation” (para. 43). The judge also considered the allegations in question to have been pled “not as stand-alone causes of action but as evidence of the breaches of contract and warranties and the misrepresentations which are alleged by the plaintiff as its causes of action” as well as being “related to the plaintiff’s claim that PCS and AMEC breached their respective duties to act in good faith” (para. 44). In the end, the judge concluded that it was not plain and obvious that the impugned allegations did not disclose a reasonable cause of action. In respect of the good faith issue, the judge pointed to *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, where Cromwell J. for the Court held that “there is a general duty of honesty in contractual performance” (para. 73). According to the motion judge, “[a]ll of the allegations which PCS submits do not disclose a reasonable cause of action could have a bearing on the eventual outcome of the plaintiff’s claim that the defendants breached their respective duties to act in good faith” (para. 46).

[10] As for AMEC’s motion for relief under Rule 23.01(1)(b), it sought to have the Amended Statement of Claim struck out in its entirety “insofar as it makes claims against AMEC” (para. 47). Some of the reasons AMEC argued to support its position mirrored the arguments put forth by PCS. With respect to these, the motion judge applied the same reasoning for which he had dismissed PCS’s motion. As for the other reasons for which AMEC argued in favour of striking out the Amended Statement of Claim, or at least portions of it, the motion judge reviewed each of these and either found that the Amended Statement of Claim disclosed a reasonable cause of action with respect to these claims, or that the issue was not one that “should properly be considered in a Rule 23.01(1)(b) motion as it does not engage the issue of whether or not the pleadings disclose a reasonable cause of action” (para. 70).

[11] As for the relief pursuant to Rule 23.01(1)(a) seeking to have certain questions of law determined before trial, the motion judge pointed to cases holding that, even if he were satisfied that the determination of a question of law raised by a pleading might dispose of the action, shorten the trial or result in a substantial saving of costs, relief under that rule is nevertheless a discretionary remedy. The judge acknowledged that two of the conditions were met: there would be costs savings and the trial would be shortened. However, the judge held he could not dispose of the questions “at this point” because “the resolution of all of these issues depends on findings of fact which is the job of the trial judge” (para. 90).

[12] As stated earlier, both AMEC and PCS seek leave to appeal the motion judge’s dismissal of their respective motions under Rule 23. Both argue all three of the criteria set out in Rule 62.03(4) are satisfied. That rule sets out the principles governing motions for leave to appeal:

62.03(4) In considering whether or not to grant leave to appeal, the judge hearing the motion may consider the following:

62.03(4) Pour décider s’il accordera ou non l’autorisation d’appel, le juge qui entend la motion peut prendre en considération ce qui suit :

(a) whether there is a conflicting decision by another judge or court upon a question

a) l’existence d’une décision contraire d’un autre juge or d’un tribunal sur une question

involved in the proposed appeal;

soulevée dans le projet d'appel;

(b) whether he or she doubts the correctness of the order or decision in question; or

b) le bien-fondé de l'ordonnance ou de la décision en question;

(c) whether he or she considers that the proposed appeal involves matters of sufficient importance.

c) le fait que le projet d'appel soulève des questions d'une importance suffisante.

[13] The wording of Rule 62.03(4) makes it clear that the determination whether or not to grant leave to appeal is an exercise of a discretionary power. Before the rule was amended to its current form, it used to provide that leave to appeal “shall not be granted” unless one of three preconditions were satisfied. Even then, caselaw established that even if one of these were satisfied, or, for that matter, even if all three were satisfied, the motion judge retained a residual discretion not to grant leave: *Breen v. MacIntosh*, [2001] N.B.J. No. 226 (C.A.)(QL), *Bransfield (S.) Ltd. v. Fletcher et al.* (2003), 258 N.B.R. (2d) 28, [2003] N.B.J. No. 29 (C.A.) (QL), *Greater Shediac Sewerage Commission v. Petitpas* (2007), 318 N.B.R. (2d) 91, [2007] N.B.J. No. 143 (C.A.) (QL), and other similar cases. The current wording of the Rule, however, eliminates the need to satisfy any precondition, and makes it abundantly clear that what were once preconditions are now considerations to be weighed in the exercise of the discretionary power to grant leave to appeal.

[14] AMEC points out that while the decision to grant leave is discretionary, the judge's decision must be exercised in a manner consistent with Rules 1.02.1 and 1.03(2) of the *Rules of Court*. PCS also raises Rule 1.02.1 in support of its motion for leave to appeal, and argues the interpretation of that Rule should be guided by the decision in *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87.

[15] The Rules in question provide as follows:

1.02.1 Proportionality

1.02.1 Proportionnalité

In applying these rules, the court shall make orders and give directions that are proportionate to what is at stake in the

Lorsqu'elle applique les présentes règles, la cour rend des ordonnances et donne des directives qui sont proportionnées aux

proceeding and the importance and complexity of the issues.

enjeux de l'instance ainsi qu'à l'importance et à la complexité des questions en litige.

1.03 Interpretation

1.03 Principes d'interprétation

(2) These rules shall be liberally construed to secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits.

(2) Les présentes règles doivent recevoir une interprétation libérale afin d'assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive.

[16] I agree with AMEC and PCS that the principle of proportionality must be considered in the exercise of judicial discretion to grant leave to appeal. Drapeau C.J.N.B. made this clear in *Canadian Union of Public Employees, Local 821 v. Vitalité Health Network (Zone 1B)*, 2015 NBCA 3, 429 N.B.R. (2d) 158:

The principle of proportionality has long held an important place in the Canadian legal landscape. In *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, the Supreme Court of Canada confirms this principle must be taken into account in the exercise of any discretionary power under rules of procedure. At paragraph 31, the Supreme Court adopts the observations in *Szeto v. Dwyer*, 2010 NLCA 36, [2010] N.J. No. 187 (QL) to the effect that, at common law, the principle of proportionality ordains consideration of "the appropriateness of the procedure, its cost and impact on the litigation, and its timeliness, given the nature and complexity of the litigation" (para. 52). [para. 55]

[Emphasis added]

[17] While I agree with AMEC and PCS that, in deciding the motions for leave to appeal, I am duty bound to consider the principle of proportionality, I part company with them on the conclusion that follows the consideration of that principle.

[18] Arguing I should deny leave to appeal regardless of the conclusion I reach on the considerations set out in Rule 62.03(4), HB Construction made the following points:

- The action against PCS and AMEC was filed in 2010. Since the pleadings have been closed, the parties have exchanged more than 142,000 documents and have had 36 days of discovery;

- The matter has been at a standstill pending the resolution of PCS and AMEC's motions and, if leave were granted, the delay would be exacerbated;
- Even if some of the measures sought in the Notices of Motion were granted, it could result in simply striking out certain claims or portions of claims and would do little or nothing to shorten the trial or streamline the litigation process;
- Granting leave to appeal would in fact be contrary to the principles set out in *Hryniak* because, rather than move the matter forward toward an expeditious hearing on the merits, as *Hryniak* urges, the action would be stalled by needless and expensive procedural tactics;
- Four years of litigation costs were incurred before PCS and AMEC apparently came to the realization that the claim could be disposed of pursuant to Rule 23.01.

[19] In the circumstances of this case, consideration of the proportionality principle leads me to conclude that I should exercise my discretion in favour of not granting leave to appeal.

[20] In reaching this conclusion, I need not address each and every legal issue the motion judge addressed in refusing the relief sought in the two Notices of Motion. Suffice it to say that I do not doubt the correctness of the motion judge's ultimate decision to have this matter proceed to trial. Even if I were to doubt aspects of the judge's decision and were to accept that the proposed appeal might raise some questions of law sufficiently important to be considered by the Court of Appeal, I would still not be persuaded to grant leave.

[21] In *Vitalité Health Network*, Drapeau C.J.N.B. also noted as follows:

... the wording of Rule 1.02.1 gives it a very broad scope. Like the Ontario rule, it authorizes the court to consider the importance and complexity of the issues even if the litigation itself might not be considered important or complex. Moreover, under Rule 1.02.1, the "issues" include, but are not limited to, financial issues. [para. 58]

[22] This action raises complex issues, some of which may stand to be determined in light of recent Supreme Court of Canada decisions, the scope of which have yet to be fully explored in the Court of Appeal. In my view, this militates in favour of a full trial to ensure the factual matrix of the case is fully exposed before the Court of Appeal is asked to address such issues.

[23] The complexity of the case is obvious from the volumes of documents the parties have exchanged and the lengthy examinations for discovery that have already taken place. The fact that such significant pre-trial steps, involving experienced parties with the benefit of seasoned lawyers, have already taken place, in my view, confirms the complex nature of this case and also militates in favour of a full trial.

[24] Although not determinative, one cannot lose sight of the monetary value at stake in this claim, which approaches or exceeds \$50 million.

[25] I can see no great benefit, at this point, in having the Court of Appeal determine the questions of law AMEC and PCS wish to have considered. These questions will be live issues at trial and can be raised in any appeal from the trial decision, whichever way they are determined. I do not consider that the resolution of these questions at this point would halt the proceedings. Moreover, I agree with the motion judge that the factual matrix may be relevant to the determination of at least some of these questions.

[26] In sum, when I consider the complexity of the issues in this case, the significant pre-trial steps already taken, the monetary value involved, the time and expense already incurred, the delay in seeking relief under Rule 23.01, and the delay and expense that would be incurred if leave were granted, I come to the conclusion that the stakes, the

complexity and the importance of this case are better addressed by denying leave to appeal and allowing the matter to move forward toward resolution at trial. In my view, in the particular circumstances of this case, and especially considering the extensive discovery that has already taken place, this approach is the least expensive and most expeditious means by which to determine the action on its merits.

[27] For these reasons, AMEC and PCS's motions for leave to appeal are dismissed. I order each of them to pay HB Construction costs of \$1,250, for a total of \$2,500 in costs.

DÉCISION

[Version française]

[1] Potash Corporation of Saskatchewan Inc. (PCS) et AMEC Amériques Limitée (AMEC) sollicitent chacune l'autorisation de porter en appel une décision d'un juge de la Cour du Banc de la Reine datée du 27 mars 2015 dans laquelle il a rejeté les motions qu'elles ont respectivement présentées en vertu de la règle 23 des *Règles de procédure du Nouveau-Brunswick*, Règl. du N.-B. 82-73. La décision pour laquelle l'autorisation d'interjeter appel est sollicitée est publiée à 2015 NBBR 80, [2015] A.N.-B. n° 89 (QL). Les deux motions en autorisation d'appel ont été entendues ensemble, et elles font toutes deux l'objet de la présente décision.

[2] La présente affaire découle de la résiliation des relations contractuelles liant PCS et Comstock Canada Ltd., la prédécesseure de HB Construction Company Ltd. Selon la description du contrat en cause par le juge saisi des motions, Comstock devait [TRADUCTION] « fournir des services dans les domaines de la mécanique, des canalisations, du CVCA, de l'électricité et de l'instrumentation dans le cadre de la construction d'une usine de compactage de la potasse à la mine de potasse de la PCS, à Penobsquis, au Nouveau-Brunswick » (par. 1). Le contrat stipulait que AMEC était l'ingénieure de projet et la directrice des travaux.

[3] Dans sa décision, le juge saisi des motions décrit l'historique des procédures qui ont mené à l'introduction des motions sous le régime de la règle 23 :

[TRADUCTION]

Le contrat prévoyait que le projet serait terminé le 30 mai 2010. Cette date d'achèvement n'a pas été respectée.

Le 21 juillet 2010, PCS a résilié le contrat qu'elle avait passé avec Comstock.

Au moyen d'un avis de poursuite qu'elle a déposé le 3 août 2010, Comstock a poursuivi tant PCS que AMEC.

Les deux défenderesses ont défendu l'action et PCS a déposé une demande reconventionnelle à laquelle Comstock a opposé une défense.

Les plaidoiries sont closes et les parties ont échangé plus de 142 000 documents. Elles ont également eu 36 jours d'interrogatoire préalable, soit 17 en ce qui concerne la demanderesse, 10 pour PCS et 9 pour AMEC. Les interrogatoires préliminaires sont ajournés depuis le mois de novembre 2012.

Dans l'intervalle, Comstock a déposé un avis d'intention énonçant son intention de déposer une proposition concordataire en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3, qui a été suivi d'une ordonnance rendue en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. (1985), ch. C-36, ensemble ses modifications, qui comprenait une suspension de l'instance introduite contre Comstock.

Par la suite, le contrôleur nommé par l'ordonnance a vendu cette chose non possesoire à HB Construction Company Ltd. Une ordonnance levant la suspension a été rendue et le 27 février 2014, une ordonnance pour continuer l'action avec HB Construction Company Ltd. comme demanderesse a été signée.

Les défenderesses ont déposé des motions à la fois en vertu de la règle 23 et de la règle 27. L'audition des motions introduites en vertu de cette dernière règle a été ajournée jusqu'à ce qu'il soit statué sur les motions présentées en vertu de la règle 23. [Par. 2-8]

[4] Dans sa motion en vue d'obtenir les mesures réparatoires envisagées à la règle 23, PCS demandait à la Cour de radier des parties de l'exposé de la demande modifié au motif qu'elles ne révélaient aucune cause d'action raisonnable ou, subsidiairement, de statuer sur certaines questions de droit soulevées dans l'exposé de la demande modifié. Relativement à ce dernier point, PCS a fait valoir que la solution de ces questions permettrait de régler le litige, d'abrèger le procès ou de réduire considérablement les frais. Pour sa part, AMEC sollicitait la radiation intégrale de l'exposé de la demande modifié ou, subsidiairement, la radiation de certaines de ses parties au motif que la totalité ou des parties de la demande ne révélaient aucune cause d'action raisonnable contre AMEC.

[5] Voici le texte des parties pertinentes de la règle 23 :

23.01 Where Available

23.01 Applicabilité

(1) The plaintiff or a defendant may, at any

(1) Le demandeur ou le défendeur peut,

time before the action is set down for trial, apply to the court

avant la mise au rôle de l'action, demander à la cour

(a) for the determination prior to trial, of any question of law raised by a pleading in the action where the determination of that question may dispose of the action, shorten the trial, or result in a substantial saving of costs,

a) que toute question de droit soulevée par une plaidoirie dans l'action en cours soit tranchée avant le procès, si la solution de cette question peut régler le litige, abrégier le procès ou réduire considérablement les frais,

(b) to strike out a pleading which does not disclose a reasonable cause of action or defence[.]

b) qu'une plaidoirie qui ne révèle aucune cause d'action ni de défense raisonnable soit radiée[.]

[6] Commençant par examiner les motions visant à obtenir les mesures réparatoires visées à la règle 23.01b), le juge saisi des motions a suivi la procédure que le juge en chef Drapeau a décrite dans l'arrêt *Sewell c. Compagnie d'assurance ING du Canada*, 2007 NBCA 42, 314 R.N.-B. (2^e) 330, et il a appliqué le critère énoncé dans cette décision ainsi que dans l'arrêt *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45. Dans cette dernière affaire, la juge en chef McLachlin explique que « l'action ne sera rejetée que s'il est évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable »; autrement dit, « la demande doit n'avoir aucune possibilité raisonnable d'être accueillie » (par. 17).

[7] En passant en revue les demandes formées contre PCS et AMEC, le juge saisi des motions a observé que l'exposé de la demande modifié est volumineux (80 pages). Néanmoins, le juge a déterminé que les causes d'action clés se trouvaient au paragraphe 23. Voici le texte de ce paragraphe :

[TRADUCTION]

23. Par suite du comportement reproché qui est décrit dans le paragraphe précédent et dans l'ensemble du présent exposé de la demande modifié, Comstock déclare ce qui suit :

a) PotashCorp a violé le contrat à plusieurs égards importants;

b) de plus, ou subsidiairement, PotashCorp a commis, soit elle-même, soit par l'entremise de sa mandataire AMEC, une série de violations répudiatoires du contrat;

c) de plus, ou subsidiairement, PotashCorp a violé les garanties ou conditions accessoires consenties qui avaient incité Comstock à passer le contrat;

d) PotashCorp et AMEC ont fait, dans les documents et le contrat du projet, des assertions inexactes ou, subsidiairement, des assertions négligentes et inexactes relativement à des éléments matériels qui ont incité Comstock à présenter une soumission à somme forfaitaire et à passer le contrat;

e) de plus, ou subsidiairement, Comstock soutient que AMEC s'est rendue coupable d'entrave délictueuse aux relations contractuelles et aux intérêts économiques que Comstock avait avec PotashCorp en incitant PotashCorp à rompre le contrat;

f) de plus, ou subsidiairement, PotashCorp a résilié le contrat de façon fautive; et

g) de plus, ou subsidiairement, PotashCorp et AMEC ont manqué à leurs obligations respectives d'agir de bonne foi en faisant notamment en sorte que AMEC continue à exercer ses pouvoirs décisionnels alors qu'elle se trouvait clairement en conflit d'intérêts et dans une situation apparente de partialité et en procédant en outre à la prétendue résiliation du contrat.

[8] En sollicitant la radiation de certains extraits de l'exposé de la demande, l'un des principaux arguments de PCS était que la demande était fondée sur certains documents qui ne faisaient pas partie de la véritable convention intervenue entre les parties, alors que le contrat passé avec Comstock renfermait une clause qui prévoyait que le contrat même constituait l'intégralité de la convention. PCS soulignait également qu'en signant le contrat, Comstock reconnaissait qu'elle ne s'était pas fondée sur des déclarations ou informations quelconques qui ne se trouvaient pas dans le contrat. Sur ce point, le juge saisi des motions a fait l'observation suivante : [TRADUCTION] « [une] question préjudicielle que soulève ce moyen de défense opposé par PCS consiste à déterminer en quoi consiste le contrat, c.-à-d. l'intégralité de la convention ». Le juge s'est demandé pour la forme : [TRADUCTION] « S'agit-il simplement du document signé par les parties ou le contrat comprend-il bel et bien "[...] tout l'historique du début à la fin 'dont' [...] toute la correspondance des deux parties?" » (par. 21). Cette question préjudicielle est soulevée en raison de l'allégation de Comstock selon laquelle il était convenu que toute la correspondance provenant des deux parties devait être incluse dans

le contrat et en faire partie intégrante. Le juge saisi des motions a noté qu'aux fins d'une motion introduite en vertu de la règle 23.01(1)b), il est tenu de présumer que les allégations qui se trouvent dans les plaidoiries du demandeur sont vraies. De ce fait, le juge a conclu qu'il n'était pas [TRADUCTION] « clair et évident que [Comstock serait] manifestement incapable de prouver ses prétentions selon lesquelles PCS, ou AMEC pour le compte de PCS, avait fait des assertions ou donné des garanties accessoires qui font partie de la convention dans son ensemble » (par. 23).

[9] Pour ce qui est du reste des différents arguments que PCS a invoqués pour obtenir la radiation de certains passages de l'exposé de la demande, ils avaient trait aux diverses allégations contenues dans l'exposé de la demande modifié. PCS a fait valoir qu'ils étaient tous couverts par le contrat et que [TRADUCTION] « nul élément de preuve extrinsèque n'est admissible pour faciliter son interprétation » (par. 39). Sur ce point, le juge saisi des motions a cité l'arrêt *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, dans lequel le juge Rothstein, au nom d'une Cour unanime, a décidé que la détermination des droits et obligations des parties à un contrat écrit devrait dorénavant être considérée comme soulevant des questions mixtes de droit et de fait, « car il s'agit [d']appliquer les principes [de l'interprétation contractuelle] aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel » (par. 50). Le juge saisi des motions a tiré la conclusion suivante : [TRADUCTION] « À la lumière de cette décision, je n'accepte pas la prétention de PCS selon laquelle les clauses du contrat parlent d'elles-mêmes ou encore qu'aucun élément de preuve extrinsèque n'est admissible pour en faciliter l'interprétation » (par. 43). Le juge a également considéré que les allégations en question avaient été plaidées [TRADUCTION] « non pas comme des causes d'action indépendantes, mais plutôt comme une preuve des violations de contrat et de garanties et des assertions inexactes qui constituent les causes d'action de la demanderesse » tout en étant [TRADUCTION] « liées à la prétention de la demanderesse selon laquelle PCS et AMEC ont manqué à leurs obligations respectives d'agir de bonne foi » (par. 44). En fin de compte, le juge a conclu qu'il n'était pas évident et manifeste que les assertions contestées ne révélaient aucune cause d'action raisonnable. En ce qui concerne la bonne foi, le juge s'est référé à l'arrêt *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, dans lequel le juge Cromwell, au nom de la Cour, a conclu qu'« il

existe une obligation générale d'honnêteté applicable à l'exécution des contrats » (par. 73). Selon le juge saisi des motions, [TRADUCTION] « [t]outes les allégations qui, selon PCS, ne soulèvent aucune cause d'action raisonnable pourraient avoir un effet sur l'issue finale de la demande formée par la demanderesse selon laquelle les défenderesses ont manqué à leurs obligations respectives d'agir de bonne foi » (par. 46).

[10] Pour ce qui est de la motion d'Amec visant à obtenir les mesures réparatoires prévues à la règle 23.01(1)b), elle sollicitait la radiation intégrale de l'exposé de la demande modifié [TRADUCTION] « dans la mesure où il renferme des allégations contre AMEC » (par. 47). Certains des motifs que AMEC a invoqués à l'appui de sa thèse reflétaient les arguments avancés par PCS. À leur égard, le juge saisi des motions a appliqué le raisonnement qu'il avait suivi pour rejeter la motion de PCS. En ce qui concerne les autres motifs que AMEC a invoqués pour solliciter la radiation intégrale ou partielle de l'exposé de la demande modifié, le juge saisi des motions les a examinés un par un pour arriver à la conclusion soit que l'exposé de la demande modifié révélait une cause d'action raisonnable relativement à ces demandes, soit qu'il ne s'agissait pas d'une question qui [TRADUCTION] « devrait être examinée dans le cadre d'une motion présentée en vertu de la règle 23.01(1)b) étant donné qu'elle ne soulève pas la question de savoir si les plaidoiries révèlent une cause d'action raisonnable » (par. 70).

[11] S'agissant des mesures réparatoires prévues à la règle 23.01(1)a) visant à obtenir que certaines questions de droit soient tranchées avant le procès, le juge saisi des motions a cité certaines causes et déterminé que, même s'il était persuadé que la solution d'une question de droit soulevée par une plaidoirie pouvait régler le litige, abrégé le procès ou réduire considérablement les frais, les mesures de redressement prévues par cette règle sont néanmoins de nature discrétionnaire. Le juge a reconnu que deux des conditions étaient remplies : il y aurait une réduction des frais et le procès serait abrégé. Toutefois, le juge a conclu qu'il ne pouvait pas trancher les questions en cause [TRADUCTION] « à ce stade » parce que [TRADUCTION] « la solution de ces questions dépend[ait] de conclusions de fait qui relèvent du juge du procès » (par. 90).

[12] Comme je l'ai dit plus haut, AMEC et PCS demandent toutes deux l'autorisation de porter en appel le rejet, par le juge saisi des motions, des motions qu'elles ont respectivement présentées en vertu de la règle 23. Elles font toutes deux valoir que les trois critères énoncés dans la règle 62.03(4) sont remplis. Cette règle énonce les principes qui régissent les motions en autorisation d'appel :

62.03(4) In considering whether or not to grant leave to appeal, the judge hearing the motion may consider the following:

62.03(4) Pour décider s'il accordera ou non l'autorisation d'appel, le juge qui entend la motion peut prendre en considération ce qui suit :

(a) whether there is a conflicting decision by another judge or court upon a question involved in the proposed appeal;

a) l'existence d'une décision contraire d'un autre juge or d'un tribunal sur une question soulevée dans le projet d'appel;

(b) whether he or she doubts the correctness of the order or decision in question; or

b) le bien-fondé de l'ordonnance ou de la décision en question;

(c) whether he or she considers that the proposed appeal involves matters of sufficient importance.

c) le fait que le projet d'appel soulève des questions d'une importance suffisante.

[13] Le libellé de la règle 62.03(4) indique clairement que la décision d'accueillir ou de rejeter une demande d'autorisation d'appel relève de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Avant que la règle ne soit modifiée pour prendre sa forme actuelle, elle prévoyait que l'autorisation d'appel « n'est accordée » que si l'une des trois conditions préalables énoncées était remplie. Même à cette époque, la jurisprudence avait établi que même si l'une de ces conditions était remplie, ou même, d'ailleurs, si elles étaient toutes trois remplies, le juge saisi de la motion conservait un pouvoir discrétionnaire résiduel de ne pas accorder l'autorisation demandée : *Breen c. MacIntosh*, [2001] A.N.-B. n° 226 (C.A.) (QL), *Bransfield (S.) Ltd. c. Fletcher et al.* (2003), 258 R.N.-B. (2^e) 28, [2003] A.N.-B. n° 29 (C.A.) (QL), *Greater Shediak Sewerage Commission c. Petitpas et al.* (2007), 318 R.N.-B. (2^e) 91, [2007] A.N.-B. n° 143 (C.A.) (QL), et d'autres affaires analogues. Toutefois, le libellé actuel de la règle élimine la nécessité de satisfaire à une condition préalable quelconque et établit clairement que les conditions préalables dont il

était question à une certaine époque sont devenues aujourd'hui des considérations à soulever dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder l'autorisation d'appel.

[14] AMEC souligne que la décision d'accorder l'autorisation d'appel est certes discrétionnaire, mais que le juge doit rendre sa décision en se conformant aux règles 1.02.1 et 1.03(2) des *Règles de procédure*. PCS invoque elle aussi la règle 1.02.1 à l'appui de sa motion en autorisation d'appel et elle fait valoir que l'interprétation de cette règle devrait être guidée par la décision rendue dans l'arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87.

[15] Les règles en question prévoient ce qui suit :

1.02.1 Proportionality

In applying these rules, the court shall make orders and give directions that are proportionate to what is at stake in the proceeding and the importance and complexity of the issues.

1.03 Interpretation

(2) These rules shall be liberally construed to secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits.

1.02.1 Proportionnalité

Lorsqu'elle applique les présentes règles, la cour rend des ordonnances et donne des directives qui sont proportionnées aux enjeux de l'instance ainsi qu'à l'importance et à la complexité des questions en litige.

1.03 Principes d'interprétation

(2) Les présentes règles doivent recevoir une interprétation libérale afin d'assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive.

[16] Je conviens avec AMEC et PCS que le principe de proportionnalité doit être pris en considération lorsqu'un juge exerce son pouvoir discrétionnaire d'accorder l'autorisation d'appel. Le juge en chef Drapeau l'a clairement indiqué dans l'arrêt *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 821 c. Réseau de santé Vitalité (Zone 1B)*, 2015 NBCA 3, 429 R.N.-B. (2^e) 158 :

Le principe de proportionnalité occupe depuis longtemps une place importante dans le paysage juridique canadien. Dans l'arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, la Cour suprême du Canada confirme que ce principe doit être pris en compte lorsqu'il s'agit

d'exercer un pouvoir discrétionnaire en vertu des règles de procédure. Dans cet arrêt, la Cour suprême fait siennes, au par. 31, les observations dans l'arrêt *Szeto c. Dwyer*, 2010 NLCA 36, [2010] N.J. No. 187 (QL), portant que, selon la common law, le principe de proportionnalité commande la prise en considération « de l'opportunité de la procédure, de son coût, de son incidence sur le litige et de sa célérité, selon la nature et la complexité du litige » (par. 52). [Par. 55]

[Le soulignement est de moi.]

[17] Bien que je sois d'accord avec AMEC et PCS pour dire que, pour statuer sur une motion en autorisation d'appel, j'ai l'obligation de tenir compte du principe de proportionnalité, je ne partage pas leur avis relativement à la conclusion qui découle de la prise en considération de ce principe.

[18] Soutenant que je devrais rejeter la demande d'autorisation d'appel indépendamment de la conclusion que je tire relativement aux considérations énoncées dans la règle 62.03(4), HB Construction a fait valoir les arguments suivants :

- l'action intentée à PCS et à AMEC a été déposée en 2010. Depuis la clôture des plaidoiries, les parties ont échangé plus de 142 000 documents et ont eu 36 jours d'interrogatoire préalable;
- l'affaire est actuellement en suspens en attendant que les motions de PCS et d'AMEC soient tranchées; advenant que l'autorisation d'appel soit accordée, cela aurait pour effet d'aggraver le retard;
- même si certaines des mesures de redressement sollicitées dans les avis de motion sont accordées, cela pourrait simplement entraîner la radiation de certaines demandes, en totalité ou en partie, ce qui aurait peu ou pas d'effet sur les plans de l'abrégement du procès ou de la rationalisation du déroulement du litige;
- l'octroi de l'autorisation d'appel serait effectivement contraire aux principes énoncés dans l'arrêt *Hryniak* car, au lieu de faire avancer

l'affaire vers une audition rapide sur le fond, comme le préconise cet arrêt, l'action serait bloquée par des tactiques procédurales inutiles et coûteuses;

- des frais ont été engagés pendant quatre ans dans le cadre du litige avant que PCS et AMEC ne constatent apparemment qu'il était possible de trancher la question en vertu de la règle 23.01.

[19] Dans les circonstances de la présente instance, la prise en considération du principe de proportionnalité m'amène à conclure que je devrais exercer mon pouvoir discrétionnaire et décider de ne pas accorder l'autorisation d'appel.

[20] En arrivant à une telle conclusion, il est inutile que je revienne sur chacune des questions de droit dont le juge saisi des motions a traité en refusant les mesures de redressement sollicitées dans les deux avis de motion. Je me contenterai de dire que je n'ai aucun doute au sujet du bien-fondé de la décision finale du juge saisi des motions d'ordonner l'instruction de la présente affaire. Même si j'avais des doutes sur certains aspects de la décision du juge et si j'acceptais que le projet d'appel puisse soulever des questions de droit suffisamment importantes pour être examinées par la Cour d'appel, je ne serais toujours pas convaincu de la nécessité d'accorder l'autorisation.

[21] Dans l'arrêt *Réseau de santé Vitalité*, le juge en chef Drapeau a également fait l'observation suivante :

[...] le libellé de la règle 1.02.1 lui donne une portée très large. Ainsi, comme la règle ontarienne, elle autorise la cour à prendre en considération l'importance et la complexité des questions en litige même si le litige lui-même pourrait ne pas être considéré important ou complexe. En outre, aux termes de la règle 1.02.1, les « enjeux » ne sont pas limités à des enjeux financiers. [Par. 58]

[22] La présente action soulève des questions complexes qui, pour certaines, seront peut-être tranchées à la lumière de décisions récentes de la Cour suprême du Canada, et dont la portée n'a pas encore été pleinement explorée par notre Cour d'appel. À mon

avis, cela milite en faveur de la tenue d'un procès en bonne et due forme pour garantir que le fondement factuel de l'instance soit pleinement exposé avant que la Cour d'appel ne soit invitée à trancher ces questions.

[23] La quantité de documents que les parties ont échangés et les longs interrogatoires préalables qui se sont déjà déroulés montrent bien à quel point l'affaire est complexe. À mes yeux, le fait que des étapes préparatoires au procès aussi importantes, auxquelles ont été associées des parties expérimentées représentées par des avocats chevronnés, aient déjà eu lieu confirme bien la complexité de la présente instance et milite également en faveur d'une instruction complète.

[24] Bien que ce facteur ne soit pas déterminant, il ne faut pas perdre de vue l'importance de l'enjeu financier en cause dans la présente instance, qui avoisine ou dépasse les 50 millions de dollars.

[25] À ce stade, je ne vois pas en quoi il serait vraiment utile de demander à la Cour d'appel de trancher les questions de droit dont AMEC et PCS sollicitent l'examen. Ces questions se poseront lors de l'instruction et pourront être soulevées dans le cadre de tout appel de la décision rendue en première instance, quelle que soit la façon dont elles seront tranchées. Je ne considère pas que la solution de ces questions à ce stade devrait entraîner un arrêt des procédures. De plus, je suis d'accord avec le juge saisi des motions pour dire que le contexte factuel pourrait être utile pour statuer au moins sur certaines de ces questions.

[26] En résumé, compte tenu de la complexité des questions en cause, des importantes étapes préparatoires au procès qui se sont déjà déroulées, de l'importance des enjeux financiers, du temps et des frais qui ont été consacrés, du fait que l'on a tardé à demander les mesures de redressement visées à la règle 23.01 et des retards et des frais susceptibles de découler de l'octroi de l'autorisation d'appel, j'en arrive à la conclusion que les enjeux, la complexité et l'importance de la présente instance seront mieux pris en considération en refusant l'autorisation d'appel et en permettant que l'affaire soit tranchée dans le cadre d'un procès. Selon moi, dans les circonstances particulières de la présente

instance et compte tenu, notamment, de l'importance des interrogatoires préalables qui se sont déjà déroulés, cette démarche constitue le moyen le moins coûteux et le plus rapide pour trancher l'action sur le fond.

[27] Pour ces motifs, les motions en autorisation d'appel d'AMEC et de PCS sont rejetées. J'ordonne à chacune d'elles de payer à HB Construction des dépens de 1 250 \$, pour un total de 2 500 \$.