

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

82-20-CA

B E T W E E N :

POTASH CORPORATION OF
SASKATCHEWAN INC.

APPELLANT

- and -

HB CONSTRUCTION COMPANY LTD.

RESPONDENT

E N T R E :

POTASH CORPORATION OF
SASKATCHEWAN INC.

APPELANTE

- et -

HB CONSTRUCTION COMPANY LTD.

INTIMÉE

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. and WOOD GROUP
LIMITED (formerly AMEC AMERICAS
LIMITED)

RESPONDENTS

E N T R E :

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

APPELANTE

- et -

POTASH CORPORATION OF
SASKATCHEWAN INC. et WOOD GROUP
LIMITED (auparavant AMEC AMÉRIQUES
LIMITÉE)

INTIMÉES

A N D B E T W E E N :

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

APPELLANT

- and -

POTASH CORPORATION OF
SASKATCHEWAN INC.

RESPONDENT

E T E N T R E :

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

APPELANTE

- et -

POTASH CORPORATION OF
SASKATCHEWAN INC.

INTIMÉE

Motion heard by teleconference:
The Honourable Justice Baird

Motion entendue par téléconférence :
l'honorable juge Baird

Date of hearing:
December 10, 2020

Date de l'audience :
le 10 décembre 2020

Date of decision:
December 17, 2020

Date de la décision :
le 17 décembre 2020

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For HB Construction Company Ltd.:
Matthew Robert Letson and Howard M. Wise

Pour HB Construction Company Ltd. :
Matthew Robert Letson et Howard M. Wise

For Potash Corporation:
Peter T. Zed, Q.C. and Laura Boyd

Pour Potash Corporation :
Peter T. Zed, c.r. et Laura Boyd

For Wood Group Limited:
Fred C. McElman, C.M., Q.C., Clarence Lee
Bennett, Lara J. Greenough and Conor O'Neil

Pour Wood Group Limited :
Fred C. McElman, C.M., c.r., Clarence Lee Bennett,
Lara J. Greenough et Conor O'Neil

DECISION

I. Introduction

[1] On August 3, 2010, Comstock Canada Ltd. (“Comstock”), now HB Construction Company Ltd. (“HB”), commenced an action against Potash Corporation of Saskatchewan Inc. (“PCS”), and AMEC Americas Limited (“AMEC”) now Wood Canada Limited (“Wood”), seeking damages of \$52.7 million, later amended to \$47.9 million, in addition to other relief, arising from a contract between PCS and Comstock for the development of the Picadilly Mine in New Brunswick. Comstock was retained to provide mechanical, piping, HVAC, electrical and instrumentation work on a compaction plant located near Penobsquis, New Brunswick. AMEC, although not a party to the contract, was named as the engineer and construction manager.

[2] Comstock’s action against PCS was grounded in breach of contract. Its action against AMEC asserted tortious interference with contractual relations and economic interests, including breach of contract, misrepresentation, negligent misrepresentation and breach of duty to act in good faith.

[3] There were two actions before the trial judge. In the first, Comstock claimed against PCS and AMEC. PCS sought a set-off for the cost of completion and deficiencies against any damages it owed to Comstock. In the second, Comstock sought to recover from PCS amounts held back under the *Mechanics’ Lien Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-6.

[4] By decision dated May 10, 2011, a judge ordered Comstock to furnish security for costs to PCS in the amount of \$2.1 million and an additional \$1.4 million to AMEC. Prior to the first day of trial, the two actions were ordered to be tried together under Rule 6.01 of the *Rules of Court*.

[5] On October 2, 2020, following a 54-day trial, a judge rendered a 236-page decision in which damages were awarded in the amount of \$6,731,239 in favour of HB.

The trial judge rendered a single decision with respect to both actions. Hearings concerning the assessment of costs have been scheduled for August 2021.

[6] PCS filed a Notice of Appeal on October 29, 2020 (Court File # 82-20-CA), naming HB as respondent. HB filed a Notice of Appeal on November 2, 2020 (Court File # 83-20-CA), naming PCS and Wood as respondents. PCS filed a Notice of Cross-Appeal on November 20, 2020. Wood filed a Notice of Contention on November 24, 2020.

[7] Both PCS and HB filed motions in which the following orders were sought:

- 1) that the appeals, #82-20-CA and #83-20-CA, be heard at the same time, or consolidated, under Rule 6.01;
- 2) that the time to perfect the appeals #82-20-CA and #83-20-CA, as prescribed by Rule 62.15(1), be extended by an additional 120 days under Rules 3.02 and 62.22;
- 3) that, under Rule 62.14(4), the Appellants be permitted to exceed the maximum length for their submissions; and
- 4) such further relief as may be permitted under Rules 2.04, 62.21 and 62.22(1)(e), including costs.

[8] In addition, PCS brought a motion seeking an order for security for costs under Rule 58.10. By agreement, that motion is adjourned *sine die*. Wood also filed a motion under Rule 58.10 seeking an order for security for costs. That motion was settled by consent on the eve of this hearing.

[9] The quality of the written submissions filed by the parties and their continued cooperation to avoid duplication in these appeals is commendable. At their request, and upon the direction of the Chief Justice, I have agreed to remain seized of the

motion for the purpose of giving further directions under Rule 62.22, if necessary. A further hearing for that purpose is scheduled for March 2, 2021, at 10 a.m.

II. Analysis

A. *Rule 62.15(1)*

[10] When the motions were filed, the parties believed the transcripts were “imminently” available. I am advised the documentary evidence exceeds 100,000 pages, and the transcripts have yet to be filed with the Registrar’s office, although they were transcribed during the trial. All parties agree the period of 30 days prescribed by Rule 62.15(1) is not proportional to the length of the trial, given the volume of evidence and that it would be unreasonable to require the appeal be perfected in the required 30 days. I agree.

[11] I have considered their submissions in light of the Court’s decision in *Burgess v. McKinnon-Burgess* (2011), 375 N.B.R. (2d) 1, [2011] N.B.J. No. 221 (QL) (C.A.), per Richard J.A. (as he then was). They suggest that April 1, 2021 would be adequate. I am prepared to extend the time in which to perfect the appeals to April 1, 2021, by 4:30 p.m., given the special circumstances in this case.

B. *Leave to file Appellants’ submissions that exceed the number of pages prescribed in Rule 62.14(4)*

[12] Both Appellants advance multiple grounds of appeal. They submit each ground involves a complex issue and will require separate statements of the relevant facts, evidence, analyses and arguments. Pursuant to Rule 62.14(4), an appellant’s submission, exclusive of schedules, shall not exceed 35 pages unless the Chief Justice orders otherwise.

[13] Drapeau C.J.N.B. (as he then was), in *Saint John (City) v. Saint John Firefighters’ Association, International Association of Fire Fighters, Local 771* (2010),

362 N.B.R. (2d) 327, [2010] N.B.J. No. 241 (QL) (C.A.), identified the “special circumstances” that guide the granting of a relieving order under the Rule. He writes:

[...] I am guided by the following considerations: (1) while the broad wording of the Rule permits flexibility in its application, the judicial discretion it confers stands to be exercised on a rational basis; (2) conciseness is not merely a pious wish: it is mandated by Rule 62.14(2); (3) a relieving order is seldom justified because, in most instances, the appellant should be able to make the case for reversal within 35 pages; (4) as a general rule, a relieving order will only issue in those cases where, due to special circumstances, including the exceptional complexity of the issues raised, judicial insistence upon compliance with the 35 page maximum would be unreasonable; (5) reasonableness is assessed by taking into account the best interests of the parties and the panel tasked with determining the appeal; (6) while the moving party bears the burden of establishing the requisite special circumstances, counsel’s considered opinion regarding the need for derogation will weigh heavily in the balance; and (7) as a matter of good practice, a draft of the proposed submission should form part of the record on motion in all but the most exceptional cases. Indeed, without that document, it is difficult, if not impossible, to imagine how a rational determination of entitlement could be made. [para. 13]

[Emphasis in original.]

[14] Given the complexity of the issues under appeal, it is my view it would be unreasonable to limit the appellants’ submissions to 35 pages. Both have suggested the more appropriate number of pages is 100. I have considered the requests, particularly in light of the fact that both will have an opportunity to file responding documents, and I am mindful of the fact there is one cross-appeal, as well as a Notice of Contention, which was filed on November 24, 2020.

[15] In my view, there are special circumstances that favour leave being granted under the Rule. Both PCS and HB are granted leave to file appellants’ submissions up to and including 75 pages. I have raised the issue with the Chief Justice, and he has so ordered. During the hearing, Wood requested a similar order, although there was no formal motion

supporting their request. They are a respondent named in one appeal. This order is made without prejudice to their right to seek leave under Rule 62.19(6), following their review of the transcripts, and/or the appellant's submission in 83-20-CA.

C. *Directions under Rule 6.01*

[16] Both appeals are from the same decision at trial in respect of two separate actions. PCS argues they should be heard together, but not consolidated, to avoid additional cost, delay and confusion. HB originally argued there should be a consolidation of both actions. Wood agrees the appeals should be heard together, but not consolidated.

[17] I have reviewed *Gamblin v. O'Donnell and Absher*, 2001 NBCA 110, 244 N.B.R. (2d) 142, where Drapeau J.A., at para. 2, cited *Hogan v. Doiron*, 2001 NBCA 97, [2001] N.B.J. No. 382 (QL), on point. He observed that when two actions are tried, or, as in this case, heard together, they each maintain their distinct identity and require a separate judgment.

[18] Because of the distinct identities of these appeals, it is my view that they should be dealt with separately; however, they should be heard at the same time. The Registrar is directed to endorse the Notices of Appeal to this effect.

III. Disposition

[19] It is ordered as follows:

1. the request for security for costs by PCS is adjourned *sine die* by consent;
2. the request for security for costs by Wood is settled by consent order executed December 15, 2020, but effective December 10, 2020;
3. the appeals shall be perfected on or before April 1, 2021 at 4:30 p.m.;

4. leave is granted to the respective appellants to file submissions not to exceed 75 pages;
5. appeals 82-20-CA and 83-20-CA will be heard together;
6. with the consent of the parties, the style and cause of appeal 83-20-CA is amended to change the name of Wood Group Limited to Wood Canada Limited; and
7. with the consent of all parties, there is no order for costs.

[20] Under Rule 62.22, there will be a further hearing on March 2, 2021, at 10:00 a.m.

[21] Given the timelines imposed as a result of this decision, it will be released first in the English language, under s. 24(2) of the *Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5, and thereafter in the French language.

DÉCISION

[Version française]

I. Introduction

- [1] Le 3 août 2010, Comstock Canada Ltd. (Comstock), maintenant HB Construction Company Ltd. (HB), a intenté une poursuite contre Potash Corporation of Saskatchewan Inc. (PCS) et AMEC Amériques Limitée (AMEC), maintenant Wood Canada Limitée (Wood), demandant des dommages-intérêts de 52,7 millions de dollars, plus tard réduits à 47,9 millions de dollars, en plus d'autres mesures de redressement. Cette poursuite découlait d'un contrat entre PCS et Comstock pour l'exploitation de la mine de Picadilly au Nouveau-Brunswick. Les services de Comstock avaient été retenus 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 située à Penobsquis, au Nouveau-Brunswick. AMEC, même si elle n'était pas partie au contrat, était l'ingénieure nommément désignée du projet et la directrice des travaux.
- [2] La poursuite de Comstock contre PCS reposait sur la rupture de contrat. Sa poursuite contre AMEC alléguait une atteinte délictueuse aux relations contractuelles et aux intérêts économiques, y compris la violation du contrat, des assertions inexactes, des assertions négligentes et inexactes et le manquement à l'obligation d'agir de bonne foi.
- [3] Le juge du procès était saisi de deux actions. Dans la première, Comstock poursuivait PCS et AMEC. PCS a demandé que soit opérée, contre tous dommages-intérêts qu'on pourrait lui ordonner de payer à Comstock, une compensation pour les coûts d'achèvement et les travaux non conformes. Dans la deuxième, Comstock voulait récupérer auprès de PCS des sommes retenues en application de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-6.
- [4] Dans sa décision du 10 mai 2011, un juge a ordonné à Comstock de donner une sûreté de 2,1 millions de dollars en garantie des dépens à PCS et un montant

supplémentaire de 1,4 million de dollars à AMEC. Avant le premier jour du procès, on avait ordonné l'instruction simultanée des deux poursuites en vertu de la règle 6.01 des *Règles de procédure*.

[5] Le 2 octobre 2020, après un procès qui a duré 54 jours, un juge a rendu une décision de 236 pages dans laquelle des dommages-intérêts de 6 731 239 \$ étaient accordés à HB. Le juge de première instance a rendu une seule décision dans les deux actions. Des audiences concernant l'évaluation des dépens sont prévues pour août 2021.

[6] Le 29 octobre 2020, PCS a déposé un avis d'appel (dossier de la Cour 82-20-CA) désignant HB en qualité d'intimée. Le 2 novembre 2020, HB a déposé un avis d'appel (dossier de la Cour 83-20-CA) désignant PCS et Wood en qualité d'intimées. Le 20 novembre 2020, PCS a déposé un avis d'appel reconventionnel. Le 24 novembre 2020, Wood a déposé un avis de désaccord.

[7] PCS et HB ont déposé des motions dans lesquelles elles demandent les ordonnances suivantes :

- 1) une ordonnance prescrivant que les appels dans les dossiers 82-20-CA et 83-20-CA soient entendus simultanément, ou fusionnés, en vertu de la règle 6.01;
- 2) une ordonnance prolongeant de 120 jours le délai de mise en état des appels dans les dossiers 82-20-CA et 83-20-CA, délai qui est prescrit par la règle 62.15(1), en vertu des règles 3.02 et 62.22;
- 3) une ordonnance autorisant les appelants, en vertu de la règle 62.14(4), de déposer des mémoires comportant un nombre de pages supérieur à celui qui est prescrit;

- 4) une ordonnance leur accordant les autres mesures de redressement permises par les règles 2.04, 62.21 et 62.22(1)e), y compris les dépens.

[8] De plus, PCS a déposé une motion visant l'obtention d'une ordonnance lui accordant une sûreté en garantie des dépens en vertu de la règle 58.10. D'un commun accord, cette motion est ajournée *sine die*. Wood a aussi déposé, en vertu de la règle 58.10, une motion en vue d'obtenir une sûreté en garantie des dépens. Cette motion a été résolue par consentement la veille de la présente audience.

[9] La qualité des mémoires déposés par les parties et leur coopération continue pour éviter la duplication dans le cadre des appels sont méritoires. Sur demande de leur part, et selon la directive du juge en chef, j'ai convenu de demeurer saisie de la motion dans le but de fournir des directives supplémentaires en vertu de la règle 62.22, au besoin. Une audience supplémentaire à cette fin est prévue pour le 2 mars 2021, à 10 h.

II. Analyse

A. *Règle 62.15(1)*

[10] Lors du dépôt des motions, les parties croyaient que les transcriptions seraient disponibles [TRADUCTION] « incessamment ». On me dit que la preuve documentaire dépasse les 100 000 pages et que les transcriptions n'ont pas encore été déposées au bureau de la registraire, même si elles ont été transcrites durant le procès. Toutes les parties conviennent que le délai de 30 jours prescrit par la règle 62.15(1) n'est pas proportionnel à la durée du procès, étant donné le volume de la preuve, et qu'il serait déraisonnable d'exiger que l'appel soit mis en état dans le délai prescrit de 30 jours. J'en conviens.

[11] J'ai tenu compte de leurs arguments à la lumière de la décision de la Cour dans *Burgess c. McKinnon-Burgess* (2011), 375 R.N.-B. (2^e) 1, [2011] A.N.-B. n° 221

(QL) (C.A.), le juge d'appel Richard (tel était alors son titre). Les parties proposent le 1^{er} avril 2021. Je suis prête à prolonger le délai de mise en état des appels jusqu'au 1^{er} avril 2021, à 16 h 30, étant donné les circonstances spéciales de la présente affaire.

B. *Autorisation de dépôt de mémoires des appelantes qui comptent plus de pages que le nombre prescrit par la règle 62.14(4)*

[12] Les deux appelantes font valoir de nombreux moyens d'appel. Elles soutiennent que chaque moyen implique une question complexe et demandera la présentation d'exposés des faits, de preuve, d'analyses et d'arguments distincts. Conformément à la règle 62.14(4), le mémoire d'un appelant, à l'exclusion des annexes, ne doit pas dépasser 35 pages, sauf ordonnance contraire du juge en chef.

[13] Le juge en chef Drapeau, J.C.N.-B. (tel était alors son titre), dans *Saint John (City) c. Saint John Firefighters' Association, International Association of Fire Fighters, Local 771* (2010), 362 R.N.-B. (2^e) 327, [2010] A.N.-B. n^o 241 (QL) (C.A.), a déterminé les « circonstances spéciales » qui guident l'octroi d'une ordonnance de dispense au titre de la règle. Il écrit :

[...]Je suis guidé par les considérations suivantes : (1) bien que le libellé général de la règle autorise de la souplesse dans son application, le pouvoir judiciaire discrétionnaire qu'elle confère doit être exercé sur une base rationnelle; (2) la concision n'est pas un simple vœu pieux; elle est imposée par la règle 62.14(2); (3) une ordonnance de dispense est rarement justifiée parce que, dans la plupart des cas, l'appelante devrait pouvoir présenter sa position en faveur de l'infirmité de la décision de première instance en respectant la limite de 35 pages; (4) en règle générale, une ordonnance de dispense n'est rendue que dans les cas où, en raison de circonstances spéciales dont la complexité exceptionnelle des questions soulevées, il serait déraisonnable qu'un tribunal exige le respect de la limite de 35 pages; (5) la raisonnabilité est évaluée en tenant compte des intérêts supérieurs des parties et de la formation de juges chargés de statuer sur l'appel; (6) bien qu'il appartienne à l'auteur de la motion de prouver l'existence des

circonstances spéciales requises, les opinions motivées des avocats au sujet de la nécessité d'une dispense pèseront lourdement dans la balance; et (7) la manière correcte de procéder consiste à annexer systématiquement un avant-projet de mémoire au dossier accompagnant la motion sauf dans les cas les plus exceptionnels. Effectivement, sans ce document, il est difficile sinon impossible d'imaginer comment un tribunal pourrait déterminer rationnellement si une dispense est justifiée. [par. 13]

[Soulignement dans l'original.]

[14] En raison de la complexité des questions en appel, j'estime qu'il serait déraisonnable de limiter les mémoires des appelantes à 35 pages. Les deux appelantes ont avancé qu'une limite de 100 pages est plus appropriée. J'ai examiné les demandes, en particulier en tenant compte du fait que les deux appelantes auront l'occasion de déposer des documents de défense, et je garde à l'esprit le fait qu'il y a un appel reconventionnel et qu'un avis de désaccord a été déposé le 24 novembre 2020.

[15] Selon moi, des circonstances spéciales militent en faveur de l'octroi d'une autorisation au titre de la règle. J'accorde à PCS et à HB l'autorisation de déposer des mémoires de l'appelante comptant au maximum 75 pages. J'ai soulevé la question auprès du juge en chef, et il a ordonné ainsi. Durant l'audience, Wood, nommément désignée intimée dans un appel, a demandé une ordonnance semblable, même si aucune motion officielle n'appuyait sa demande. La présente ordonnance est rendue sans préjudice de son droit de demander une autorisation en vertu de la règle 62.19(6), à la suite de son examen des transcriptions ou du mémoire de l'appelant – ou des deux – dans le dossier 83-20-CA.

C. *Directives données en vertu de la règle 6.01*

[16] Les deux appels sont fondés sur le même jugement rendu en première instance à l'égard de deux actions distinctes. PCS soutient qu'ils devraient être entendus simultanément, mais non fusionnés, pour éviter que ne soient occasionnés d'autres coûts, retards et confusion. HB a soutenu à l'origine qu'il faudrait fusionner les

deux poursuites. Wood convient que les appels devraient être entendus simultanément, mais non fusionnés.

[17] J'ai examiné l'affaire *Gamblin c. O'Donnell and Absher*, 2001 NBCA 110, 244 R.N.-B. (2^e) 142, dans laquelle le juge Drapeau, au par. 2, cite *Hogan c. Doiron*, 2001 NBCA 97, [2001] A.N.-B. n^o 382 (QL), à ce sujet. Il a observé que lorsque deux poursuites sont instruites, ou, comme dans la présente affaire, entendues simultanément, elles maintiennent chacune leur identité propre et doivent faire l'objet d'un jugement distinct.

[18] Étant donné l'identité distincte des présents appels, j'estime qu'ils doivent être traités séparément; toutefois, ils devraient être entendus simultanément. Il est ordonné à la registraire d'inscrire sur les avis d'appel une mention en ce sens.

III. Dispositif

[19] Il est ordonné ainsi :

1. la demande de sûreté en garantie des dépens présentée par PCS est ajournée *sine die* par consentement;
2. la demande de sûreté en garantie des dépens présentée par Wood est résolue par voie d'ordonnance de consentement signée le 15 décembre 2020, mais produisant ses effets à partir du 10 décembre 2020;
3. les appels devront être mis en état au plus tard le 1^{er} avril 2021, à 16 h 30;
4. les appelantes respectives sont autorisées à déposer un mémoire d'une longueur maximale de 75 pages;
5. les appels 82-20-CA et 83-20-CA seront entendus simultanément;

6. avec le consentement des parties, intitulé de l'instance en appel dans le dossier 83-20-CA est modifié de façon à remplacer le nom Wood Group Limited par Wood Canada Limitée;
7. avec le consentement de toutes les parties, aucuns dépens ne sont adjugés.

[20] En vertu de la règle 62.22, une audience supplémentaire aura lieu le 2 mars 2021, à 10 h.

[21] En raison des délais impartis par la présente décision, celle-ci sera d'abord publiée en langue anglaise, en application du par. 24(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, puis en langue française.