

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

58-15-CA

J.A. MACFARLANE ENGINEERING
COMPANY LIMITED and LOMAX
INVESTMENTS INC.

APPELLANTS

- and -

DARCON HOLDINGS LTD.

RESPONDENT

- and -

CLAUDE POIRIER, GILLES LEBLANC and
650668 NB INC.

RESPONDENTS

J.A. MacFarlane Engineering Company Limited et
al. v. Darcon Holdings Ltd. et al., 2016 NBCA 45

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg

Appeal from decisions of the Court of Queen's
Bench:

June 9, 2014 and June 1, 2015

History of Case:

Decisions under appeal:
2014 NBQB 151 and 2015 NBQB 113

Preliminary or incidental proceedings :
N/A

Appeal heard:
May 18, 2016

J.A. MACFARLANE ENGINEERING
COMPANY LIMITED et LOMAX
INVESTMENTS INC.

APPELANTES

- et -

DARCON HOLDINGS LTD.

INTIMÉE

- et -

CLAUDE POIRIER, GILLES LEBLANC et
650668 NB INC.

INTIMÉS

J.A. MacFarlane Engineering Company Limited et
autre c. Darcon Holdings Ltd. et autres, 2016
NBCA 45

CORAM :

l'honorable juge en chef Drapeau
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Quigg

Appel de décisions de la Cour du Banc de la
Reine :

le 9 juin 2014 et le 1^{er} juin 2015

Historique de la cause :

Décisions frappées d'appel :
2014 NBBR 151 et 2015 NBBR 113

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 18 mai 2016

Judgment rendered:
August 25, 2016

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

Concurred in by:
The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Quigg

Counsel at hearing:

For the appellants:
James E. Fowler, Q.C.

For the respondent Darcon Holdings Ltd.:
Mark Sheehan

For the respondents Claude Poirier and Gilles
LeBlanc:
Paul Landry

For the respondent 650668 NB Inc.:
No appearance

THE COURT

The appeal is dismissed. Costs on appeal are awarded to Darcon Holdings Ltd. in the amount of \$5,000, and to each of Claude Poirier and Gilles LeBlanc in the amount of \$1,000.

Jugement rendu :
Le 25 août 2016

Motifs de jugement :
l'honorable juge Larlee

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge en chef Drapeau
l'honorable juge Quigg

Avocats à l'audience :

Pour les appelantes :
James E. Fowler, c.r.

Pour l'intimée Darcon Holdings Ltd. :
Mark Sheehan

Pour les intimés, Claude Poirier et Gilles LeBlanc :
Paul Landry

Pour l'intimée 650668 NB Inc. :
personne n'a comparu

LA COUR

Déboute les appelantes. Elle accorde, en appel, des dépens de 5 000 \$ à Darcon Holdings Ltd. et de 1 000 \$ à Claude Poirier comme à Gilles LeBlanc.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

I. Introduction

[1] This appeal deals with the financing of a condominium project (the Primrose Project) and more specifically with the priority of collateral mortgages registered as security on the property. J.A. MacFarlane Engineering Company Limited and Lomax Investments Inc. appeal the decision of a judge of the Court of Queen's Bench, reported at 2014 NBQB 151, [2014] N.B.J. No. 178 (QL), dismissing a preliminary motion that the application in this matter be converted to an action and proceed to trial (Rules 38.09(b) and 16.04 of the Rules of Court). They also appeal the judge's disposition of the application under Rule 16.04, reported at 2015 NBQB 113, [2015] N.B.J. No. 131 (QL). He found the appellants had been unjustly enriched because their priority status as collateral mortgagees had changed to first and second place (from fifth and sixth) on a promise to pay a sum of money, which was not advanced.

II. Background

[2] The Primrose Project commenced in the fall of 2011 and involved construction of three condominium buildings. Initially, the Primrose Project was financed by the issuance of four promissory notes, each of which was secured by a collateral mortgage: (1) Darcon Holdings Ltd., \$700,000; (2) Claude Poirier and Gilles LeBlanc, \$4,500,000; (3) Darcon Holdings Ltd., \$200,000; and (4) Claude Poirier and Gilles LeBlanc, \$750,000. Following the registration of the collateral mortgages, the priority of the security interests as of the end of August 2012 was:

- (1) Poirier/LeBlanc (\$4,500,000);
- (2) Poirier/LeBlanc (\$750,000);
- (3) Darcon (\$700,000); and,

(4) Darcon (\$200,000).

[3] In September 2012 the appellant J.A. MacFarlane Engineering Company Limited invested \$950,000 in the Primrose Project and the investment was secured by a promissory note and a collateral mortgage. The other appellant Lomax Investments Inc., invested \$1,000,000 in December 2012 and received a promissory note and a collateral mortgage as well, placing their priorities in the fifth and sixth position, respectively.

[4] Despite the additional financing obtained from MacFarlane Engineering and Lomax Investments, the Primrose Project continued to experience financial difficulties. It was agreed that an additional \$1,500,000 was needed. On September 22, 2013, Sandfire Capital Limited Partnership, a partnership associated with MacFarlane Engineering (and not joined to the action), provided a Letter of Intent to contribute the needed financing in return for a priority of second mortgage on the Primrose Project. As a result of a Postponement of Debt Agreement dated October 8, 2013, Darcon Holdings postponed its two collateral mortgages, which were at that time in first and second priority status (because of other postponement agreements executed by Messrs. Poirier and LeBlanc), in favour of MacFarlane Engineering's and Lomax Investments' collateral mortgages.

[5] No advances were made by Sandfire Capital arising from its Letter of Intent.

[6] On March 17, 2014, Darcon Holdings filed a Notice of Application, seeking an order setting aside the Postponement of Debt Agreement of October 8, 2013, and declaring that its two collateral mortgages be restored to first and second priority status on 14 of the 63 condominiums, with MacFarlane Engineering's collateral mortgage reverting to third and Lomax Investments' to fourth priority status based on the allegation that MacFarlane Engineering and Lomax Investments were unjustly enriched.

[7] On May 15, 2015, MacFarlane Engineering filed a Notice of Motion submitting there was no jurisdiction to proceed by notice of application (Rule 16.04) and requesting: the application be converted to an action and proceed to trial (Rules 38.09 and 16.04); the Court issue directions with respect to the filing and delivery of a Statement of Claim and such corollary issues as may be deemed appropriate (Rule 38.09); and costs. On May 19, 2015, a judge of the Court of Queen's Bench heard the motion and dismissed it.

[8] The judge then heard the application and ruled in favour of Darcon Holdings, finding MacFarlane Engineering and Lomax Investments had been unjustly enriched because they now had first and second priority status and Sandfire Capital had not advanced the \$1,500,000 as provided in the Letter of Intent. As a result, he set aside the October 8, 2013 Postponement of Debt Agreement.

[9] The appellants argued six issues before us, submitting the judge of first instance erred in law: in proceeding to hear the motion and the application when all affected parties were not before the Court; in failing to convert the application to an action; in accepting and relying upon inadmissible evidence that had been removed from the record; in making findings of fact and inferences when no evidentiary basis existed for them; in making findings of credibility when no reasonable basis existed for them and without having heard the testimony of witnesses; and failing to consider all relevant defences. Finally, the appellants argued the application judge erred by finding an unjust enrichment when there was no basis at law to do so.

III. Standard of Review

[10] On a pure question of law, an appellate court is free to replace the opinion of the trial judge with its own. The standard of review is correctness: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, para. 8.

[11] In *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.* 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633 at para. 53, Rothstein J., writing for the Court, explains that contractual interpretation involves issues of mixed fact and law 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 of the contract. It is possible, although rare, to identify an extricable question of law from within what was initially characterized as a question of mixed fact and law. Since the goal of contractual interpretation is to ascertain the objective intention of the parties, which is inherently fact specific, Rothstein J. advises courts to be cautious in identifying extricable questions of law in disputes over contractual interpretation. He further explains legal errors made in the course of contractual interpretation include the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor.

[12] Where the impugned order is the product of an exercise of judicial discretion, it may be interfered with on appeal only if it is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence (see *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371, para. 43) or if it is unreasonable, in the sense that nothing in the record can justify it: *The Beaverbrook Canadian Foundation v. The Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161, Drapeau C.J.N.B, for the Court, at para. 4.

IV. The Merits

[13] The relevant provisions of the *Rules of Court* are attached as Appendix A.

[14] The first issue is whether the motion judge erred in not adding Sandfire Capital as a party to the proceedings. The short answer is that Sandfire Capital had no interest to protect, and if it did have rights and remedies that would be affected, it would not have sat idly by, but would have insisted on becoming a party.

[15] The Letter of Intent with respect to the \$1,500,000 (September 22, 2013) issued by Sandfire Capital to 650668 NB Inc. (“the numbered company”) was executed by James Adam Gottdenker. He is the vice president of MacFarlane Engineering, which is one of the partners of Sandfire Capital. Mr. Gottdenker is also a director of Lomax Investments and he has been involved in all aspects of the financing involving the numbered company, MacFarlane Engineering, Sandfire Capital, and Lomax Investments. This close association would have provided Sandfire Capital with indirect knowledge of the proceedings and also allowed the appellants to prepare and execute an affidavit by Mr. Gottdenker in support of their motion. The motion judge made no error in not joining Sandfire Capital as a party, and one is left to ask the rhetorical question of why it would want to be a party.

[16] The motion judge refused to convert the application to an action. In refusing to do so he relied upon Rule 16.04, paragraphs (f) and (j) and Rule 38.09. The recent jurisprudence of our Court on the point of converting an application to an action is found in the following cases: *835637 Alberta Ltd. v. Moonraker Realty Inc.*, 2010 NBCA 72, 364 N.B.R. (2d) 148, per Robertson J.A.; *Debly v. Rothesay (Town)*, 2010 NBCA 80, 365 N.B.R. (2d) 50; *Kinsella v. New Brunswick Power Distribution and Customer Service Corporation et al.*, 2013 NBCA 25, 402 N.B.R. (2d) 323, per Green J.A.; *Province of New Brunswick, as represented by the Minister of Human Resources v. Quinton*, 2011 NBCA 35, 372 N.B.R. (2d) 285, per Robertson J.A.; *Metti v. Gaudet Estate*, 2014 NBCA 37, 421 N.B.R. (2d) 384, per Quigg J.A.; *Hovey v. Pond et al.*, 2015 NBCA 24, 435 N.B.R. (2d) 301. Specifically, in *Veno v. United General Insurance Corporation*, 2008 NBCA 39, 330 N.B.R. (2d) 237, Drapeau C.J.N.B., for the Court, summarizes:

Rule 16.04 provides, *inter alia*, that a proceeding may be commenced by a Notice of Application where the relief claimed is: a determination of rights that depend upon the interpretation of a contract, statute or regulation (sub-rule (e)); a declaration or other consequential relief ancillary to relief claimed in a proceeding properly commenced by a Notice of Application (sub-rule (i)); and in respect of any other matter where it is unlikely there will be a substantial

dispute of fact (sub-rule (j)). It is axiomatic that any application falling within Rule 16.04(i) stands to be converted into an ordinary action (see *Chiasson v. Region 6 Hospital Corp.* (2006), 297 N.B.R. (2d) 311, [2006] N.B.J. No. 120 (QL), 2006 NBCA 30). That is likewise the case for virtually all applications under the other sub-rules, where material facts are genuinely in dispute (see *Cornerstone Baptist Church Inc. v. Peters*, [2007] N.B.J. No. 504 (QL), 2008 NBQB 69, Glennie J.). [para. 74]

- [17] The motion judge concluded, after having read all the affidavits provided to the court, that, while there may be disputes of fact between some of the parties, there is no substantial dispute of fact between Darcon Holdings, on the one hand, and MacFarlane Engineering and Lomax Investments, on the other. He decided:

While there may be numerous issues or disputes between the parties, the issue before the Court in the Application is a determination of a beneficial interest in or charge upon land. Darcon argues that MacFarlane and Lomax have been unjustly enriched because they benefit from the Postponement Agreement without consideration, i.e., the new \$1,500,000.00 financing from MacFarlane and Lomax which was not advanced.

As I review the evidence before the Court with respect to the Postponement Agreement and the new \$1,500,000.00 financing, I am satisfied that the Postponement Agreement was executed and registered on the consideration of the financing of \$1,500,000.00 which would be advanced from time to time but, in fact, was never advanced. There is no dispute of fact on this issue from my reading of the evidence. Consequently, I do not believe the Application should be converted into a trial. [paras. 17-18]

- [18] In my view, the motion judge did not err in his interpretation of Rule 16. He found no substantial dispute over key facts between Darcon Holdings, on the one hand, and MacFarlane Engineering and Lomax Investments, on the other; he, therefore, exercised his discretion properly and, in light of the deferential standard set out in *Beaverbrook*, his ruling cannot be disturbed.

[19] Furthermore, I am of the view the grounds of appeal that deal with so-called inadmissible evidence, findings of credibility and failing to consider all defences are not convincing. While, superficially, the application judge's decision appears to have considered statements that were excluded, a closer analysis reveals that each of the judge's conclusions are supported by admissible evidence or reasonable inferences drawn therefrom. The issue before him was self-evident and not complicated: whether the appellants received an unjust benefit from the Postponement of Debt Agreement. The judge had to apply the analytical framework of an unjust enrichment claim to the facts he found based on an interpretation of the Postponement of Debt Agreement. Essentially there was an agreement, a resulting change of priorities and no payment made. Was there an unjust enrichment?

[20] The positions of the parties are straightforward. Darcon Holdings argues the issue of the postponement of debt only arose when the parties were considering the additional financing of \$1,500,000. MacFarlane Engineering and Lomax Investments submit it was a requirement of the initial infusion of financing by MacFarlane Engineering and Lomax Investments (the original \$950,000 and \$1,000,000). Darcon Holdings says that, as a consequence, MacFarlane Engineering and Lomax Investments were unjustly enriched while MacFarlane Engineering and Lomax Investments say the postponement was all part of their original financing, not the additional \$1,500,000, and thus there is no unjust enrichment.

[21] The application judge, relying on *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629 and *Kerr v. Baranow*, 2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269, undertook the correct analysis to address the issue of whether the appellants had been unjustly enriched because their priority status as collateral mortgagees had changed to first and second place. He concluded:

I find that MacFarlane and Lomax have received a benefit from the Postponement Agreement, in that, they are now in a stronger position while at the same time there is a deprivation to Darcon because their position is behind MacFarlane and Lomax and is weaker. Thus the issue then

becomes, is there a juristic reason for the enrichment. If MacFarlane and Lomax or Sandfire Capital had advanced the \$1,500,000.00 as provided for in the Letter of Intent, then I believe there would be little issue in this matter. But I have found that was not the case. Consequently I do not believe there is reason in law or justice for MacFarlane and Lomax's retention of the benefit conferred by Darcon. [para. 32]

[22] It was clear to the application judge, on the evidence, that the original financing put forward by MacFarlane Engineering and Lomax Investments did not require a postponement agreement and it was only when the fourteen units were separated out from the rest of the encumbered units that the Postponement of Debt Agreement was required and executed.

[23] Several principles of contractual interpretation apply in this case. Ambiguities in a contract should be resolved against the drafter: *Algo Enterprises Ltd. v. Repap New Brunswick Inc.*, 2016 NBCA 35, [2016] N.B.J. No. 149 (QL), para. 42 per French J.A., writing for the Court. Rules of construction are applied to resolve ambiguity; they do not operate to create ambiguity where there is none in the first place. But the overall objective of contractual interpretation is to identify the true intent of the parties as expressed in the contract: *Robichaud et al. v. Pharmacie Acadienne de Beresford Ltée.*, 2008 NBCA 12, 328 N.B.R. (2d) 205, per Drapeau C.J.N.B. paras. 18-19. In *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, at paras. 57-58, the Supreme Court reiterated the interpretation of a written contractual provision must always be grounded in the text and read in light of the entire contract.

[24] In my view, the application judge did not make any error in his determination of the intention of the parties after considering the context of the entirety of the agreement, its purpose, the nature of the relationship of the parties created by the agreement, and the factual matrix of the financing of the Primrose Project.

[25] The contract central to the determination of this issue is the Postponement of Debt Agreement dated October 8, 2013:

POSTPONEMENT OF DEBT

THIS AGREEMENT made the 8 day of October, 2013

BETWEEN: DARCON HOLDINGS LTD.,
“the Creditor”,

AND: J.A. MacFARLANE
ENGINEERING COMPANY LTD.

AND: LOMAX INVESTMENTS INC.
“the Lender”,

AND: 650668 NB INC.
“the Borrower”,

WHEREAS the Borrower is indebted to the Creditor and the Lender;

AND WHEREAS in the negotiation of a Loan made between the Lender in favour of the Borrower, it has been set as a condition that the Lender would get First Security on the Properties referred to in Mortgage registered as Number 31996748.

AND WHEREAS it is and was a condition of the making of the loan that the Lender would get First Security but that however its Debt be postponed to the benefit of the Creditor.

NOW THIS AGREEMENT WITNESSETH that in consideration of the Lender making the loan or any part thereof to the Borrower, and in consideration of the secured properties held by the Creditor to be postponed to the benefit of the Lender, the Lender however agrees to postpone in favour of the Creditor the propriety in payment of its debts by the Borrower.

THIS AGREEMENT shall extend to and be binding upon the Parties hereto and their Heirs, Executors, Administrators, Successors and Assigns.

IN WITNESS WHEREOF the Parties have hereunto set their hand and seal or have affixed their corporate seal duly attested by the hands of their proper officers in that behalf on the day and year first above written.

- [26] Another document, pertinent to the interpretation of the Agreement is a letter from lawyer Thomas Maillet to Adam Gottdenker dated September 26, 2012:

Mr. Gottdenker, Joe and Adam,

Here are the revised terms of financing for your review and approval. I am currently revising the legal documents.

If you have any comments, please advise.

Thomas Maillet

This letter with attached financial documents confirmed MacFarlane Engineering agreed to invest \$950,000 in the Primrose Project, in exchange for which the numbered company executed a promissory note in favour of MacFarlane Engineering in that amount. The promissory note was dated September 26, 2012, and it was secured by a collateral mortgage. There was no requirement or mention of Darcon Holdings postponing its security on the Primrose Project in favour of MacFarlane Engineering. Mr. Adam Gottdenker agreed to the terms and conditions of the \$950,000 loan on behalf of MacFarlane Engineering.

- [27] The Postponement of Debt Agreement was prepared by MacFarlane Engineering and Lomax Investments, and it was a document intended to benefit them; therefore, any ambiguity should be resolved against them as the drafters.

- [28] The Postponement of Debt Agreement has nothing to do with prior loans which were contracted in September 2012; contemporaneous documents make it clear a postponement was not required by MacFarlane Engineering and Lomax Investments at that time.

- [29] The Postponement of Debt Agreement was signed a full year after the documents for prior loans had been signed and delivered in accordance with Mr. Gottdenker's instructions and without any follow up objection on his part. If one

examines the Postponement of Debt Agreement, the following is revealed. The second “whereas” clause is not problematic. Darcon Holdings understood that the \$1,500,000 would come from MacFarlane Engineering. The third “whereas” clause is supportive of a new loan. If it had covered previous loans, it would have referred to them and to specific amounts. We know based on the letter by Mr. Maillet that MacFarlane Engineering would not obtain first priority for its first loans. Thus, the Postponement of Debt Agreement had nothing to do with previous loans. The agreement was made in consideration of another loan of \$1,500,000. This document by its terms has no application to past loans. In addition, there is not a single document in the record which supports the submission that the Postponement of Debt Agreement relates to the previous loans of \$950,000 and \$1,000,000.

[30] The application judge, having correctly found the three elements of the unjust enrichment analysis had been satisfied, went on to consider an appropriate remedy. He set aside the October 8, 2013 Postponement of Debt Agreement and returned the parties to their positions immediately prior to the registration of that document. I would confirm that disposition.

[31] For their part, the respondents Claude Poirier and Gilles LeBlanc submit there are no allegations or claims against them in these proceedings and in the present appeal. They are not mentioned in the affidavits which would link them directly or indirectly to the matters at issue between Darcon Holdings and MacFarlane Engineering and Lomax Investments and the postponement of their mortgage interests. Although there was no reason to include them as parties to the proceedings, they have had to hire counsel to represent them and as a result seek costs on the appeal.

[32] I would dismiss the appeal. I would award costs on appeal to Darcon Holdings Ltd., in the amount of \$5,000, and costs to each of Claude Poirier and Gilles LeBlanc in the amount of \$1,000.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LA JUGE LARLEE

I. Introduction

[1] Le présent appel porte sur le financement d'un projet condominial (le projet Primrose), et plus précisément sur l'ordre de priorité d'hypothèques accessoires enregistrées contre la propriété. J.A. MacFarlane Engineering Company Limited et Lomax Investments Inc. appellent du rejet par un juge de la Cour du Banc de la Reine (2014 NBBR 151, [2014] A.N.-B. n° 178 (QL)), d'une motion préliminaire sollicitant la transformation de la requête initiale en action et son instruction (règles 38.09b) et 16.04 des *Règles de procédure*). Elles appellent également de la décision que le juge a rendue sur la requête, fondée sur la règle 16.04 (2015 NBBR 113, [2015] A.N.-B. n° 131 (QL)). Il a conclu à l'enrichissement injustifié des appelantes du fait que, sur la promesse d'une somme qui n'avait jamais été déboursée, leurs hypothèques accessoires étaient passées des cinquième et sixième rangs aux premier et deuxième rangs.

II. Contexte

[2] Le projet Primrose, lancé à l'automne 2011, prévoyait la construction de trois immeubles condominiaux. Il a été financé au départ par l'émission de quatre billets, dont chacun était garanti par une hypothèque accessoire : (1) Darcon Holdings Ltd., 700 000 \$; (2) Claude Poirier et Gilles LeBlanc, 4 500 000 \$; (3) Darcon Holdings Ltd., 200 000 \$; (4) Claude Poirier et Gilles LeBlanc, 750 000 \$. À la fin d'août 2012, après enregistrement des hypothèques accessoires, l'ordre de priorité des sûretés était le suivant :

- 1) Poirier/LeBlanc (4 500 000 \$),
- 2) Poirier/LeBlanc (750 000 \$),
- 3) Darcon (700 000 \$),
- 4) Darcon (200 000 \$).

- [3] En septembre 2012, l'appelante J.A. MacFarlane Engineering Company Limited a investi 950 000 \$ dans le projet Primrose, investissement garanti par un billet et par une hypothèque accessoire. L'autre appelante, Lomax Investments Inc., a investi 1 000 000 \$ en décembre 2012 et reçu, elle aussi, un billet et une hypothèque accessoire. Elles devenaient respectivement créancières de cinquième et de sixième rangs.
- [4] Malgré le nouveau financement obtenu de MacFarlane Engineering et de Lomax Investments, les difficultés financières du projet Primrose persistaient. On s'est accordé à reconnaître qu'il fallait encore au projet 1 500 000 \$. Le 22 septembre 2013, Sandfire Capital Limited Partnership, société ayant un lien avec MacFarlane Engineering (mais non jointe à l'action), a indiqué, dans une lettre d'intention, qu'elle octroierait le financement nécessaire en retour d'une hypothèque de deuxième rang sur le projet Primrose. Par une convention de cession de priorité de créances datée du 8 octobre 2013, Darcon Holdings a subordonné ses deux hypothèques accessoires, qui occupaient alors les premier et deuxième rangs (par suite de conventions de cession de priorité passées par MM. Poirier et LeBlanc), aux hypothèques accessoires de MacFarlane Engineering et de Lomax Investments.
- [5] Sandfire Capital n'a donné suite à sa lettre d'intention par aucune avance.
- [6] Le 17 mars 2014, Darcon Holdings a déposé un avis de requête. Elle priait la Cour d'annuler la convention de cession de priorité de créances du 8 octobre 2013. Elle lui demandait en outre de déclarer que ses deux hypothèques accessoires étaient ramenées aux premier et deuxième rangs, pour 14 des 63 condominiums, et que les hypothèques accessoires de MacFarlane Engineering et de Lomax Investments, à qui elle imputait un enrichissement injustifié, retournaient respectivement aux troisième et quatrième rangs.
- [7] Le 15 mai 2015, MacFarlane Engineering a déposé un avis de motion. Elle soutenait que la compétence n'était pas conférée à la Cour de recevoir un avis de requête (règle 16.04) et demandait ce qui suit : la transformation de la requête en action et son instruction (règles 38.09 et 16.04), des directives portant sur le dépôt et la délivrance d'un

exposé de la demande et sur les questions accessoires jugées pertinentes (règle 38.09), des dépens. Le 19 mai 2015, un juge de la Cour du Banc de la Reine a entendu la motion et l'a rejetée.

[8] Le juge a ensuite entendu la requête et il a tranché en faveur de Darcon Holdings. Il a conclu que MacFarlane Engineering et Lomax Investments jouissaient d'un enrichissement injustifié, parce qu'elles étaient devenues créancières de premier et deuxième rangs alors que Sandfire Capital n'avait pas avancé la somme de 1 500 000 \$ (ou une partie de la somme) qu'annonçait la lettre d'intention. Il a donc annulé la convention de cession de priorité de créances du 8 octobre 2013.

[9] La partie appelante a avancé six moyens devant notre Cour. Elle soutient que le juge de première instance a commis les erreurs de droit suivantes : il a entendu la motion et la requête alors que les parties intéressées ne comparaissaient pas toutes; il n'a pas transformé la requête en action; il a accueilli une preuve inadmissible qui avait été retirée du dossier et s'est fondé sur cette preuve; il a tiré des conclusions de fait et des inférences ne trouvant aucun fondement dans la preuve; il a tiré des conclusions, quant à la crédibilité, pour lesquelles il n'existant aucun fondement raisonnable et les a tirées sans avoir entendu de témoins; il n'a pas pris en compte tous les moyens de défense pertinents. Les appelantes soutiennent enfin que le juge saisi de la requête a fait erreur lorsqu'il a conclu à un enrichissement injustifié alors que rien, en droit, ne fondait à tirer cette conclusion.

III. Norme de contrôle

[10] Dans le cas des pures questions de droit, les cours d'appel ont toute latitude pour substituer leur opinion à celle des juges de première instance. La norme de contrôle est celle de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8).

[11] Dans *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, au par. 53, le juge Rothstein, auteur des motifs de la Cour, explique que

l’interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s’agit d’en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel du contrat. Il est possible, mais rare, qu’une pure question de droit soit dégagée de ce qui paraît au départ constituer une question mixte de fait et de droit. Le but de l’interprétation contractuelle étant de déterminer l’intention objective des parties, but qui, par sa nature même, est axé sur les faits, le juge Rothstein conseille aux tribunaux de faire preuve de prudence avant d’isoler une question de droit dans un litige portant sur l’interprétation contractuelle. Il explique également que l’interprétation contractuelle peut occasionner des erreurs de droit, notamment appliquer le mauvais principe ou négliger un élément essentiel d’un critère juridique ou un facteur pertinent.

- [12] Lorsque l’ordonnance contestée découle de l’exercice d’un pouvoir judiciaire discrétionnaire, elle ne peut être modifiée en appel que si elle est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l’application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l’appréciation de la preuve (*Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371, par. 43), ou encore, que si elle est déraisonnable, c’est-à-dire s’il n’y a rien dans le dossier qui la justifie (*La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d’art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2^e) 161, le juge Drapeau, J.C.N.-B., au nom de la Cour, par. 4).

IV. Examen au fond

- [13] Les dispositions pertinentes des *Règles de procédure* sont reproduites à l’annexe A.

- [14] La première question qui se pose est celle de savoir si le juge saisi de la motion a commis une erreur en n’ajoutant pas Sandfire Capital comme partie à l’instance. Il est permis de répondre tout simplement que Sandfire Capital n’avait pas d’intérêts à protéger et que, si ses droits et recours avaient été susceptibles d’atteinte, elle ne serait pas restée sans rien faire et aurait insisté pour devenir partie à l’instance.

[15] La lettre d'intention que Sandfire Capital a remise à 650668 NB Inc. (la « société à dénomination numérique »), lettre du 22 septembre 2013 portant sur la somme de 1 500 000 \$, était signée par James Adam Gottdenker. Il est le vice-président de MacFarlane Engineering, l'une des associées de Sandfire Capital. M. Gottdenker est aussi l'un des administrateurs de Lomax Investments et il a eu part, sous tous leurs aspects, aux opérations de financement intervenues entre la société à dénomination numérique, MacFarlane Engineering, Sandfire Capital et Lomax Investments. Du fait de ce lien étroit, Sandfire Capital devait avoir indirectement connaissance des procédures et les appelantes ont pu produire un affidavit, dont M. Gottdenker était l'auteur, à l'appui de la motion; elle aurait pu, également, obtenir l'interrogatoire d'un autre représentant de Sandfire Capital avant l'audience (règle 39.02(1)). Le juge saisi de la motion n'a pas commis d'erreur en ne joignant pas Sandfire Capital comme partie à l'instance; il est d'ailleurs permis de se demander pourquoi elle aurait voulu s'y joindre.

[16] Le juge saisi de la motion a refusé de transformer la requête en action. Ce refus s'appuyait sur les al. f) et j) de la règle 16.04 et sur la règle 38.09. La jurisprudence récente de notre Cour, en matière de transformation d'une requête en action, est issue des décisions suivantes : *835637 Alberta Ltd. c. Moonraker Realty Inc.*, 2010 NBCA 72, 364 R.N.-B. (2^e) 148, le juge d'appel Robertson; *Debly c. Rothesay (Ville de)*, 2010 NBCA 80, 365 R.N.-B. (2^e) 50; *Kinsella c. Corporation de distribution et service à la clientèle Énergie Nouveau-Brunswick et autre*, 2013 NBCA 25, 402 R.N.-B. (2^e) 323, le juge d'appel Green; *Province du Nouveau-Brunswick, représentée par le Ministre des Ressources humaines c. Quinton*, 2011 NBCA 35, 372 R.N.-B. (2^e) 285, le juge d'appel Robertson; *Metti c. Gaudet*, 2014 NBCA 37, 421 R.N.-B. (2^e) 384, la juge d'appel Quigg; *Hovey c. Pond et autres*, 2015 NBCA 24, 435 R.N.-B. (2^e) 301. Plus particulièrement, le juge Drapeau, J.C.N.-B., précise ce qui suit, au nom de la Cour, dans *Veno c. La United, Corporation d'assurances générales*, 2008 NBCA 39, 330 R.N.-B. (2^e) 237 :

La règle 16.04 prévoit, entre autres, qu'une instance peut être introduite au moyen d'un avis de requête quand il s'agit de demander : la précision des droits qui dépendent de l'interprétation d'un contrat, d'une loi ou d'un règlement (alinéa e)); une déclaration ou toute autre mesure accessoire

aux mesures de redressement revendiquées dans une instance introduite régulièrement par avis de requête (alinéa i)); et quelque autre mesure non susceptible de donner lieu à une contestation importante des faits (alinéa j)). A valeur d'axiome le fait que toute requête relevant de la règle 16.04i) soit transformée en action ordinaire (voir *Chiasson c. Region 6 Hospital Corp.* (2006), 297 R.N.-B. (2^e) 311, [2006] A.N.-B. n° 120 (QL), 2006 NBCA 30). C'est également le cas de presque toutes les requêtes présentées en vertu des autres alinéas dans les cas où des faits déterminants sont véritablement en litige (voir *Cornerstone Baptist Church Inc. c. Peters*, [2007] A.N.-B. n° 504 (QL), 2008 NBBR 69, le juge Glennie). [par. 74]

[17] Après avoir lu tous les affidavits présentés, le juge saisi de la motion a conclu que, s'il se pouvait qu'il y eût contestation des faits entre certaines des parties, aucune contestation importante des faits n'opposait Darcon Holdings, d'une part, et MacFarlane Engineering et Lomax Investments, d'autre part. Il a statué ainsi :

[TRADUCTION]

Bien que les questions en litige ou les contestations entre les parties puissent être nombreuses, la question dont la Cour est saisie dans la requête est la détermination d'un intérêt bénéficiaire sur un bien-fonds ou d'une charge grevant un bien-fonds. Darcon soutient que Macfarlane et Lomax ont obtenu un enrichissement injustifié parce qu'[elles] bénéficient de la convention de cession de priorité sans la contrepartie, c'est-à-dire le nouveau financement de 1 500 000 \$ qui n'a pas été versé par Macfarlane et Lomax.

Par suite de mon examen de la preuve présentée à la Cour concernant la convention de cession de priorité et le nouveau financement de 1 500 000 \$, je suis convaincu que la convention de cession de priorité a été signée et enregistrée en contrepartie du financement de 1 500 000 \$ qui serait versé progressivement, mais qui, en fait, n'a jamais été versé. Il n'y a aucune contestation de fait sur cette question, d'après mon interprétation de la preuve. En conséquence, je ne crois pas que la requête devrait être convertie en action faisant l'objet d'un procès. [par. 17 et 18 (QL)]

[18] À mon sens, le juge saisi de la motion n'a pas commis d'erreur dans son interprétation de la règle 16. Il lui est apparu qu'aucune contestation importante de faits essentiels n'opposait Darcon Holdings, d'une part, et MacFarlane Engineering et Lomax Investments, d'autre part; il a donc exercé de façon appropriée son pouvoir discrétionnaire et, vu la norme de contrôle énoncée dans *Beaverbrook*, qui appelle à la déférence, sa décision ne peut être modifiée.

[19] Par ailleurs, j'estime que ne sont pas convaincants les moyens d'appel qui invoquent ce qui suit : prétendus éléments de preuve inadmissibles, conclusions quant à la crédibilité, défaut de prendre en compte tous les moyens de défense. Encore que la décision du juge saisi de la requête semble, à l'examiner superficiellement, s'être arrêtée à des déclarations qui avaient été exclues, il apparaît, à l'examiner de plus près, que chacune de ses conclusions est étayée par une preuve admissible ou par des inférences raisonnables tirées de cette preuve. La question que le juge avait à trancher était évidente et n'avait rien de compliqué : la convention de cession de priorité de créances avait-elle procuré aux appelantes un avantage injustifié? Le juge devait appliquer le cadre d'analyse d'une imputation d'enrichissement injustifié aux faits auxquels il avait conclu en s'appuyant sur une interprétation de la convention de cession de priorité de créances. Essentiellement, il y avait eu convention, changement de l'ordre de priorité des sûretés et non-paiement. S'ensuivait-il un enrichissement injustifié?

[20] Les prétentions des parties sont simples. Darcon Holdings soutient que la question de la cession de priorité de créances ne s'est posée que lorsque les parties ont envisagé le financement complémentaire de 1 500 000 \$. MacFarlane Engineering et Lomax Investments rétorquent que la cession de priorité était une exigence de l'injection de capitaux qu'elles ont consentie initialement (les montants originaux de 950 000 \$ et de 1 000 000 \$). Darcon Holdings affirme qu'il en est résulté l'enrichissement injustifié de MacFarlane Engineering et de Lomax Investments, tandis que MacFarlane Engineering et Lomax Investments affirment que la cession de priorité relevait du financement qu'elles ont apporté à l'origine, non du financement complémentaire de 1 500 000 \$, et qu'il n'y a donc pas eu enrichissement injustifié.

[21] Le juge saisi de la requête, se fondant sur les arrêts *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629, et *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269, a mené l'analyse appropriée pour déterminer si les appelantes avaient obtenu un enrichissement injustifié du fait que leurs hypothèques accessoires étaient passées aux premier et deuxième rangs. Il est arrivé à la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

Je conclus que la convention de cession de priorité a procuré un avantage à MacFarlane et à Lomax, en ce sens qu'elles occupent aujourd'hui un rang supérieur, et que Darcon a subi un appauvrissement du fait qu'elle est passée à un rang inférieur, derrière MacFarlane et Lomax. La question devient donc celle de savoir s'il existe un motif juridique justifiant l'enrichissement. Je crois que, si la somme de 1 500 000 \$ avait été avancée par MacFarlane et Lomax, ou par Sandfire Capital, comme le prévoyait la lettre d'intention, il n'y aurait guère matière à débat. J'ai conclu cependant que ce n'avait pas été le cas. Je ne crois pas, en conséquence, que le droit ou les exigences de la justice permettent à MacFarlane et Lomax de conserver l'avantage conféré par Darcon. [par. 32]

[22] Il paraissait clair au juge, vu la preuve, que le financement original apporté par MacFarlane Engineering et Lomax Investments n'avait pas exigé de convention de cession de priorité : la convention de cession de priorité de créances n'avait été exigée, et signée, qu'une fois les quatorze unités séparées du reste des unités gérées.

[23] Plusieurs principes d'interprétation contractuelle s'appliquent en l'espèce. Il y a lieu de résoudre les ambiguïtés d'un contrat au détriment de son rédacteur (*Algo Enterprises Ltd. c. Repap New Brunswick Inc.*, 2016 NBCA 35, [2016] A.N.-B n° 149 (QL), par. 42, le juge d'appel French, auteur des motifs de la Cour). Les règles d'interprétation visent à lever toute ambiguïté. Elles n'ont pas pour objet de créer d'ambiguïté lorsqu'il n'y en a pas au départ. L'interprétation d'un contrat a toutefois pour but, dans l'ensemble, de déterminer quelle était l'intention véritable des parties, telle qu'elle est exprimée dans le contrat (*Robichaud et al. c. Pharmacie Acadienne de*

Beresford Ltée et autre, 2008 NBCA 12, 328 R.N.-B. (2^e) 205, le juge Drapeau, J.C.N.-B., par. 18 et 19). Dans *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, aux par. 57 et 58, la Cour suprême a réaffirmé qu'une disposition contractuelle doit toujours être interprétée sur le fondement de son libellé et de l'ensemble du contrat.

[24] À mon sens, le juge saisi de la requête n'a commis aucune erreur lorsqu'il a déterminé l'intention des parties en tenant compte du contexte de la convention dans son entièreté, de son objet, de la nature des rapports des parties créés par celle-ci et du fondement factuel associé au financement du projet Primrose.

[25] Le contrat au cœur de l'analyse est la convention de cession de priorité de créances du 8 octobre 2013 :

[TRADUCTION]

CESSION DE PRIORITÉ DE CRÉANCES

CONVENTION passée le 8 octobre 2013

ENTRE : DARCON HOLDINGS LTD.,
« Créditrice »,

ET J.A. MacFARLANE
ENGINEERING COMPANY LTD.

ET LOMAX INVESTMENTS INC.,
« Prêteuse »,

ET 650668 NB INC.,
« Emprunteuse ».

ATTENDU QUE l'Emprunteuse a des dettes envers la Créditrice et la Prêteuse;

ET ATTENDU QUE, pendant la négociation d'un prêt consenti par la Prêteuse en faveur de l'Emprunteuse, il a été établi comme condition que la Prêteuse obtiendrait la première sûreté sur les biens désignés dans l'hypothèque enregistrée sous le numéro 31996748;

ET ATTENDU QU'une condition passée et présente de l'octroi du prêt est que la Prêteuse obtienne la première sûreté, mais que toutefois la priorité de sa créance soit cédée à l'avantage de la Créancière;

À CES CAUSES, en contrepartie de l'octroi total ou partiel du prêt par la Prêteuse à l'Emprunteuse, et en contrepartie de la cession de priorité, faite à l'avantage de la Prêteuse, des biens garantis détenus par la Créancière, la Prêteuse consent toutefois à céder en faveur de la Créancière la priorité du paiement de ses créances par l'Emprunteuse.

LA PRÉSENTE CONVENTION lie les parties aux présentes ainsi que leurs héritiers, exécuteurs, administrateurs, successeurs et cessionnaires.

EN FOI DE QUOI, les parties ont apposé leurs signatures et leurs sceaux ou les sceaux de leurs corporations, certifiés par la signature de leurs dirigeants dûment autorisés à cette fin, au jour et en l'année indiqués ci-dessus.

[26] Un autre document, lettre de M^e Thomas Maillet à Adam Gottdenker datée du 26 septembre 2012, est pertinent dans l'interprétation de la convention :

[TRADUCTION]

Messieurs Joe et Adam Gottdenker,

Je soumets les conditions de financement révisées à votre examen et à votre approbation. J'ai entrepris la révision des documents juridiques.

Veuillez ne pas hésiter à me faire part de vos commentaires, s'il en est.

Maître Thomas Maillet

Cette lettre, qui était accompagnée de documents financiers, confirmait que MacFarlane Engineering convenait d'investir 950 000 \$ dans le projet Primrose, en échange duquel la société à dénomination numérique passait, en faveur de MacFarlane Engineering, un billet l'engageant pour cette somme. Le billet était daté du 26 septembre 2012 et il était

garanti par une hypothèque accessoire. Rien n'exigeait que Darcon Holdings cède à MacFarlane Engineering la priorité de la sûreté qu'elle détenait sur le projet Primrose, et il n'en était même pas fait mention. Adam Gottdenker a accepté les conditions du prêt de 950 000 \$ au nom de MacFarlane Engineering.

[27] MacFarlane Engineering et Lomax Investments avaient dressé la convention de cession de priorité de créances et ce document devait les avantager; il y a donc lieu d'en résoudre les ambiguïtés à leur détriment, parce que rédactrices de la convention.

[28] La convention de cession de priorité de créances n'a rien à voir avec les prêts antérieurs contractés en septembre 2012; des documents de cette époque montrent que MacFarlane Engineering et Lomax Investments n'exigeaient nullement de cession de priorité à ce moment-là.

[29] La convention de cession de priorité de créances a été signée une année entière après que les documents des prêts antérieurs ont été signés et délivrés suivant les instructions de M. Gottdenker. L'examen de cette convention conduit aux constatations suivantes. Le deuxième attendu ne pose aucune difficulté. Darcon Holdings comprenait que la somme de 1 500 000 \$ proviendrait de MacFarlane Engineering. Le troisième attendu est indicatif d'un nouveau prêt. S'il avait porté sur des prêts antérieurs, il s'y serait référé et aurait donné des montants précis. Nous savons, compte tenu de la lettre de M^e Maillet, que MacFarlane Engineering ne devait pas obtenir le premier rang pour ses prêts initiaux, parce que la convention de cession de priorité de créances n'avait rien à voir avec les prêts antérieurs. Cette convention a été conclue en contrepartie d'un autre prêt (1 500 000 \$), de la nature d'une ligne de crédit. Ce document, par son libellé, ne s'applique pas aux prêts passés. De plus, il ne se trouve pas un seul document, au dossier, qui permet d'affirmer que la convention de cession de priorité de créances visait les prêts antérieurs de 950 000 \$ et de 1 000 000 \$.

[30] Le juge saisi de la requête, après avoir conclu correctement que les trois éléments de l'analyse applicable en matière d'enrichissement injustifié étaient établis, s'est penché sur les mesures réparatoires à accorder. Il a annulé la convention de cession de priorité de créances du 8 octobre 2013 et ramené les parties aux rangs qu'elles occupaient immédiatement avant l'enregistrement de ce document. Je suis d'avis de confirmer cette décision.

[31] Pour leur part, les intimés, Claude Poirier et Gilles LeBlanc, font valoir que ni allégations ni demandes ne sont formulées contre eux, en l'instance comme en appel. Ils ne font l'objet d'aucune mention, dans les affidavits, qui les lierait directement ou indirectement aux questions opposant Darcon Holdings, MacFarlane Engineering et Lomax Investments, et à la cession de priorité des intérêts hypothécaires en cause. Rien n'exigeait qu'ils soient constitués parties à l'instance, mais ils ont dû charger un avocat de leur représentation et, de ce fait, réclament des dépens en appel.

[32] Je suis d'avis de débouter les appelantes. Je suis aussi d'avis d'accorder, en appel, des dépens de 5 000 \$ à Darcon Holdings Ltd. et de 1 000 \$ à Claude Poirier comme à Gilles LeBlanc.

APPENDIX A / ANNEXE A

16.04 By Notice of Application

Where an Act or rule authorizes an application or motion to the court without requiring the institution of an action, a Notice of Application (Form 16D) may be used and, in addition thereto, a proceeding may be so commenced where the relief claimed is

[...]

(f) for the declaration of a beneficial interest in or charge upon land including the nature and extent thereof, or for settling the priority of interests or charges,

[...]

(j) in respect of any other matter where it is unlikely that there will be a substantial dispute of fact.

[...]

38.09 Disposition of Application

On the hearing of an application, the court may

(a) allow or dismiss the application or adjourn the hearing, with or without terms, or

(b) where it is satisfied that there is a substantial dispute of fact, direct that the application proceed to trial or direct the trial of a particular issue or issues and, in either case, give such directions and impose such terms as may be just, subject to which the proceeding shall thereafter be

16.04 Par avis de requête

Lorsqu'une loi ou qu'une règle autorise la présentation d'une requête ou d'une motion à la cour sans nécessité d'intenter une action, un avis de requête (formule 16D) peut être utilisé. L'instance peut également être introduite de cette manière quand il s'agit de demander

[...]

f) la déclaration d'un droit à titre bénéficiaire sur un bien-fonds ou d'une charge grevant un bien-fonds, y compris la nature et l'étendue de ce droit ou de cette charge ou la collocation des titulaires des droits ou des charges;

[...]

j) quelque autre mesure non susceptible de donner lieu à une contestation importante des faits.

[...]

38.09 Décision

À l'audition d'une requête, la cour peut

a) accorder celle-ci, la rejeter ou ajourner l'audience avec ou sans conditions ou,

b) si elle constate qu'il y a une contestation importante des faits, prescrire l'instruction de la requête ou l'instruction d'une ou de plusieurs questions soulevées et, dans l'un ou l'autre cas, donner les directives et imposer les conditions qu'elle estime justes, après quoi l'instance sera conduite

treated as an action.

[...]

39.02 By Examination of a Witness

Prior to the Hearing

(1) Prior to the hearing of a motion or application, a person who is not a party to the proceeding may be examined, cross-examined and re-examined, for the purpose of having a transcript of his evidence available for use upon the hearing thereof, and the procedure set out in Rule 33 applies.

On the Hearing

(2) With leave of the presiding judge, a person may be orally examined or cross-examined on the hearing of a motion or application.

comme une action.

[...]

39.02 Par audition de témoins

Avant l'audience

(1) L'interrogatoire, le contre-interrogatoire et le réinterrogatoire d'une personne non partie à l'instance peuvent se faire avant l'audition de la motion ou de la requête afin qu'une transcription de sa déposition soit disponible à l'audience. Dans ce cas, la procédure établie à la règle 33 s'applique.

À l'audience

(2) Avec la permission du juge présidant l'audience, toute personne peut être interrogée ou contre-interrogée lors de l'audition d'une motion ou d'une requête.