COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

83-20-CA

B E T W E E N:

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

APPELLANT

- and -

POTASH CORPORATION OF SASKATCHEWAN INC. and WOOD CANADA 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 CANADA 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

Date of hearing:
August 18, 2021

Date of decision:
August 27, 2021

Motion entendue par téléconférence :
l'honorable juge Baird

Date de l'audience :
le 18 août 2021

Date de la décision :
le 27 août 2021

Counsel at hearing:

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

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

For Wood Canada Limited:
Lara J. Greenough and Conor O'Neil

Avocats à l'audience :

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

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

Pour Wood Canada Limited :
Lara J. Greenough et Conor O'Neil

DECISION

I. Introduction

[1] On November 20, 2020, the appellant by cross-appeal, Potash Corporation of Saskatchewan Inc. (PCS), filed a motion seeking an order for security for costs against respondent HB Construction (HB), formerly Comstock Canada Ltd. The motion was adjourned *sine die*, and later, at the request of HB a date was set for the hearing. Although Wood Canada Limited (Wood), formerly AMEC Americas Limited, appeared, it made no submissions, and it took no position with respect to the motion.

[2] Rule 58.10 of the *Rules of Court* apply. The Rule states:

58.10 Security for Costs on Appeal	**58.10 Imposition en appel**
(1) A judge of the Court of Queen's Bench or of the Court of Appeal may order security for costs (Form 58B) to be given by an appellant if	(1) Un juge de la Cour du Banc de la Reine ou de la Cour d'appel peut ordonner à un appelant de donner une sûreté en garantie des dépens (formule 58B)
(a) a motion for such security is made within 15 days from the service on the respondent of the notice of appeal, and	a) si une motion à cet effet est présentée dans les 15 jours de la signification de l'avis d'appel à l'intimé et
(b) the judge is satisfied that such security ought to be provided.	b) si le juge constate l'opportunité d'une telle mesure.
(2) Unless the Court of Appeal orders otherwise, an appellant who fails to comply with an order for security for costs shall be deemed to have abandoned his appeal with costs to the respondent.	(2) Sauf ordonnance contraire de la Cour d'appel, l'appelant qui n'obéit pas à une ordonnance imposant une sûreté en garantie des dépens sera réputé avoir abandonné son appel avec dépens à sa charge.

[3] PCS argues that HB does not own real property in the Province of New Brunswick, and that security for costs were ordered previously, prior to the trial. The litigation in this case has been complex with legal fees in the millions of dollars. The Notice

of Appeal is prolix, raising some thirty alleged errors in the trial judge's decision and the trial took place over 54 days with approximately 100,000 pages of documentary evidence.

[4] As a result of the trial decision, HB has a judgment of approximately $6.7 million registered against the land holdings of PCS in New Brunswick. A decision of the Superior Court of Ontario, on December 7, 2016, which followed the bankruptcy of Comstock Canada Ltd., requires the payment of legal fees associated with those proceedings, and an additional 5% is to be paid to the Bank of Montreal pursuant to the Twenty-First Report of the CCAA Monitor. Both are first charges against the judgment. No evidence was provided concerning what those amounts are.

[5] The following facts are relevant:

1. HB does not own assets in the Province of New Brunswick;

2. The cross-appeal is not frivolous;

3. HB has been previously ordered to furnish security for costs by the lower court;

4. The appeal has been scheduled for three days, and PCS has spent eight months preparing for the appeal;

5. The issues in dispute are complex;

6. The legal fees to date are in the "millions of dollars;" and

7. PCS runs the risk of being unable to recover their costs should they be successful.

[6] The amount HB claims on the appeal is $16,350,519.45. Using Scale 3 and applying the two thirds rule PCS calculates costs to be $151,471.29.

[7] PCS seeks $200,957.66 as security for their costs, to be paid by cash or secured by a bond. This amount was calculated using Tariff "A", Scale #5 under Rule 58 and applying the two-thirds rule set out in *Estabrooks Pontiac Buick Ltd. v. General Motors Acceptance Corp. of Canada Ltd.* (1992), 124 N.B.R. (2d) 174, [1992] N.B.J. No. 754 (QL).

[8] HB received judgment for $6,731,289 at trial. Applying the 40% rule under Tariff "A", Scale 3, the costs would be assessed at $54,466.81. HB argues there is no reason to apply Scale 5, and to do so would be punitive and not appropriate. It agrees that Scale 3 would be the appropriate scale, should security for costs be ordered. They also request 60 days in which to post a bond. I note that sixty days would take the parties to the doorstep of the appeal hearing.

II. Analysis

[9] I am mindful of the words of Drapeau C.J.N.B. (as he then was) in *Dugas Estate (Bankrupt), Re* (2003), 261 N.B.R. (2d) 99, [2003] N.B.J. No. 230 (QL) (CA), where he concluded:

> Rule 58.10 deals with security for costs on appeal. Clause (b) of Rule 58.10 (1) invests the Motions judge with a very wide discretion. Indeed, under that clause, the judge may make an order requiring the appellant to post security for costs whenever the judge is satisfied that "such security ought to be provided." Rule 58.10(2) provides that unless the Court of Appeal orders otherwise, an appellant who fails to comply with an order for security for costs is deemed to have abandoned his or her appeal with costs to the respondent.
>
> In my view, an order for security for costs should only be issued when it is required in the interests of justice. It goes without saying that a key consideration in the exercise of the judicial discretion recognized by Rule 58.10(1)(b) is the

> apparent strength of the grounds of appeal. An appellant's financial means or lack thereof may also come into play. On that score, I note that judges have shown a great deal of reticence in granting orders for security for costs where the impecuniosity of the appellant is such that the likely consequence of the order will be a deemed abandonment of an apparently meritorious appeal. That said, an appellant's impecuniosity would not necessarily preclude an order under Rule 58.10(1)(b) if the appeal appears to have a very poor chance of success or is vexatious. [paras. 8-9]

This guidance was referred to by Richard J.A. (as he then was) in *HSBC Bank Canada v. Elm City Chrysler Ltd.* (2007), 323 N.B.R. (2d) 137, [2007] N.B.J. No. 346 (QL).

[10] At this juncture, the Court does not adjudicate the grounds. Based on my review, however, I conclude they are not frivolous. In addition, an order for security for costs does not offer an indemnity to a party for their legal fees. PCS has offered no evidence to support their fees to date with respect to the cross-appeal.

[11] HB calculates PCS costs to be $54,466.81, applying the two thirds rule. If that rule is not applied, the fees on appeal, using 40% of the Scale 3 amount, would be $82,525.47. HB says that if security for costs is ordered, the amount should be $54,466.81.

[12] Given the fluid nature of the fees, and the fact that PCS has brought itself within the scope of Rule 58.10, and bearing in mind the discretionary nature of this type of order, I have no difficulty concluding that an order for security for costs should issue under Rule 58.10. I am not inclined, however, to apply Scale 5.

[13] It is my view that HB should furnish security for costs to PCS in the amount of $54,466.81, by way of a bond, to issue within 45 days of this decision.

III. Order

[14] HB is ordered to furnish security for costs to PCS in the amount of $54,466.81, to be paid within 45 days of this decision by way of a surety bond. PCS is entitled to its costs on the motion which I fix at $2,000.

DÉCISION

[Version française]

I. Introduction

[1] Le 20 novembre 2020, l'appelante dans l'appel incident, Potash Corporation of Saskatchewan Inc. (PCS), a déposé une motion en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à l'intimée HB Construction (HB), auparavant Comstock Canada Ltd., de donner une sûreté en garantie des dépens. La motion a été ajournée *sine die* et, plus tard, à la demande de HB, une date a été fixée pour l'audience. Bien que Wood Canada Limited (Wood), auparavant AMEC Amériques Limitée, ait comparu, elle n'a présenté aucune observation et elle ne s'est pas prononcée sur la motion.

[2] La règle 58.10 des *Règles de procédures* s'applique. Elle est ainsi libellée :

58.10 Security for Costs on Appeal

(1) A judge of the Court of Queen's Bench or of the Court of Appeal may order security for costs (Form 58B) to be given by an appellant if

(a) a motion for such security is made within 15 days from the service on the respondent of the notice of appeal, and

(b) the judge is satisfied that such security ought to be provided.

(2) Unless the Court of Appeal orders otherwise, an appellant who fails to comply with an order for security for costs shall be deemed to have abandoned his appeal with costs to the respondent.

58.10 Imposition en appel

(1) Un juge de la Cour du Banc de la Reine ou de la Cour d'appel peut ordonner à un appelant de donner une sûreté en garantie des dépens (formule 58B)

a) si une motion à cet effet est présentée dans les 15 jours de la signification de l'avis d'appel à l'intimé et

b) si le juge constate l'opportunité d'une telle mesure.

(2) Sauf ordonnance contraire de la Cour d'appel, l'appelant qui n'obéit pas à une ordonnance imposant une sûreté en garantie des dépens sera réputé avoir abandonné son appel avec dépens à sa charge.

[3] PCS soutient que HB n'est pas propriétaire de biens réels dans la province du Nouveau-Brunswick et que l'imposition d'une sûreté en garantie des dépens avait été ordonnée par le passé, avant le procès. Le litige en l'espèce est complexe et les frais de justice se chiffrent en millions de dollars. L'avis d'appel est prolixe et soulève une trentaine d'erreurs présumées dans la décision de la juge de première instance. Le procès a duré plus de 54 jours et il y a environ 100 000 pages de preuve documentaire.

[4] Par suite de la décision de première instance, HB a fait enregistrer un jugement en sa faveur pour 6,7 millions de dollars contre les biens-fonds de PCS au Nouveau-Brunswick. Une décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario rendue le 7 décembre 2016, à la suite de la faillite de Comstock Canada Ltd., prescrit le paiement d'honoraires d'avocat liés à ces instances et le versement d'un montant supplémentaire équivalant à 5 % à la Banque de Montréal, conformément au vingt et unième rapport du contrôleur nommé en application de la *LACC*. Il s'agit dans les deux cas de charges de premier rang sur le jugement. Aucune preuve n'a été présentée en ce qui concerne les montants de ces charges.

[5] Les faits suivants sont pertinents :

1. HB ne détient pas d'actifs dans la province du Nouveau-Brunswick;

2. L'appel reconventionnel n'est pas frivole;

3. Le tribunal de première instance a par le passé ordonné à HB de déposer une sûreté en garantie des dépens;

4. Trois jours sont prévus pour l'appel, et PCS a passé huit mois à s'y préparer;

5. Les questions en litiges sont complexes;

6. Les honoraires d'avocat à date se chiffrent en [TRADUCTION] « millions de dollars »;

7. PCS risque de ne pas pouvoir recouvrer les dépens si elle a gain de cause.

[6] Le montant réclamé par HB en appel est de 16 350 519,45 $. En suivant l'échelle 3 et en appliquant la règle des deux tiers, PSC calcule que les dépens s'élèvent à 151 471,29 $.

[7] PCS sollicite 200 957,66 $ à titre de sûreté en garantie des dépens, somme payable en espèces ou garantie par un cautionnement. Ce montant a été fixé suivant l'échelle 5 du tarif « A » prévu à la règle 58 et en appliquant la règle des deux tiers établie dans *Estabrooks Pontiac Buick Ltd. c. General Motors Acceptance Corp. of Canada Ltd.* (1992), 124 R.N.-B. (2e) 174, [1992] A.N.-B. no 754 (QL).

[8] HB a obtenu un jugement de 6 731 289 $ au procès. En appliquant la règle des 40 % prévue à l'échelle 3 du tarif « A », les dépens seraient calculés à 54 466,81 $. HB soutient qu'il n'y a aucune raison d'appliquer l'échelle 5 et qu'il serait punitif et inapproprié de le faire. Elle soutient que l'échelle 3 serait l'échelle appropriée, advenant que l'imposition d'une sûreté en garantie des dépens soit ordonnée. Elle demande aussi qu'un délai de 60 jours lui soit accordé pour déposer un cautionnement. Je tiens à souligner que le délai de soixante jours demandé amènerait les parties très près de la date fixée pour l'audition de l'appel.

II. Analyse

[9] Je garde à l'esprit les propos tenus par le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Dugas Estate (Bankrupt), Re* (2003), 261 R.N.-B. (2e) 99, [2003] A.N.-B. no 230 (QL) (C.A.), où il a conclu :

> La règle 58.10 porte sur l'imposition en appel d'une sûreté en garantie des dépens. L'alinéa b) de la règle 58.10(1)

> confère un très vaste pouvoir discrétionnaire au juge qui entend la motion. Aux termes de cet alinéa, en effet, le juge peut rendre une ordonnance enjoignant à l'appelant de fournir une sûreté en garantie des dépens si le juge constate « l'opportunité d'une telle mesure ». La règle 58.10(2) dispose que sauf ordonnance contraire de la Cour d'appel, l'appelant qui n'obéit pas à une ordonnance imposant une sûreté en garantie des dépens est réputé avoir abandonné son appel avec dépens à sa charge.
>
> J'estime que l'on ne devrait rendre une ordonnance prescrivant une sûreté en garantie des dépens que lorsque cela est nécessaire dans l'intérêt de la justice. Il va sans dire, une des considérations essentielles dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à la Cour par la règle 58.10(1)b) est le bien-fondé apparent des moyens d'appel. Les ressources financières ou l'absence de ressources financières de l'appelant peuvent également jouer un rôle. À cet égard, je souligne que les juges se sont montrés très réticents à accorder des ordonnances imposant une sûreté en garantie des dépens lorsque l'indigence de l'appelant est telle que la conséquence probable de l'ordonnance sera l'abandon présumé d'un appel apparemment bien fondé. Cela dit, l'indigence de l'appelant n'interdit pas nécessairement une ordonnance sous le régime de la règle 58.10(1)b) s'il y a très peu de chances que l'appel soit accueilli ou si l'appel est vexatoire. [par. 8 et 9]

Cette directive a été mentionnée par le juge Richard (tel était alors son titre) dans l'arrêt *HSBC Bank Canada c. Elm City Chrysler Ltd. et al.* (2007), 323 R.N.-B. (2e) 137, [2007] A.N.-B. nº 346 (QL).

[10] À ce stade-ci, la Cour ne se prononce pas sur les moyens d'appel. Toutefois, à la lumière de mon examen, je conclus qu'ils ne sont pas frivoles. De plus, une ordonnance imposant une sûreté en garantie des dépens n'offre pas une indemnité à une partie relativement aux honoraires d'avocat qu'elle a engagés. PCS n'a fourni aucune preuve à l'appui des honoraires engagés à date en ce qui concerne l'appel reconventionnel.

[11] HB calcule que les dépens auxquels PCS pourrait avoir droit s'établiraient à 54 466,81 $, si on appliquait la règle des deux tiers. Si cette règle n'est pas appliquée, les

dépens en appel, si on utilisait 40 % du montant déterminé suivant l'échelle 3, seraient de 82 525,47 $. HB soutient que, si l'imposition d'une sûreté en garantie des dépens est ordonnée, le montant devrait être de 54 466,81 $.

[12] Compte tenu de la nature fluide des honoraires et du fait que la demande de PCS est régie par la règle 58.10, et gardant à l'esprit la nature discrétionnaire de ce type d'ordonnance, je n'ai aucun mal à conclure qu'une ordonnance imposant une sûreté en garantie des dépens devrait être rendue en vertu de la règle 58.10. Toutefois, je ne suis pas encline à appliquer l'échelle 5.

[13] J'estime que HB devrait donner à PCS une sûreté en garantie des dépens de 54 466,81 $, sous forme de cautionnement, dans les 45 jours suivant la présente décision.

III. Ordonnance

[14] Il est ordonné à HB de donner à PCS une sûreté en garantie des dépens de 54 466,81 $, sous forme d'un cautionnement, dans les 45 jours suivant la présente décision. PCS a droit aux dépens afférents à la motion, dépens que je fixe à 2 000 $.