COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-016448-060
(505-17-001675-042)

DATE : 8 JANVIER 2008

CORAM : LES HONORABLES FRANÇOIS PELLETIER J.C.A.
MARIE-FRANCE BICH J.C.A.
LISE CÔTÉ J.C.A.

BANQUE NATIONALE DU CANADA
APPELANTE / Demanderesse
c.

MICHÈLE LEMAY
INTIMÉE / Défenderesse
et

JEAN-MARC GENDRON
Défendeur

ARRÊT

---

[1] LA COUR; - Statuant sur l'appel d'un jugement de la Cour supérieure, district de Longueuil (l'honorable Claudine Roy), qui, le 27 janvier 2006, a accueilli l'action de l'appelante Banque Nationale du Canada contre son débiteur principal, Jean-Marc Gendron, mais l'a rejetée quant à l'intimée Michèle Lemay, caution du débiteur;

[2] Après avoir étudié le dossier, entendu les parties et délibéré;

[3] Pour les motifs de la juge Bich, auxquels souscrivent les juges Pelletier et Côté :

[4] ACCUEILLE le pourvoi, avec dépens;

[5] INFIRME le jugement de première instance;

[6] ACCUEILLE l'action de la Banque Nationale du Canada contre l'intimée Michèle Lemay, avec dépens;

[7] CONDAMNE l'intimée Lemay à verser à la Banque Nationale du Canada la somme de 196 982,72 $, avec l'intérêt au taux légal et l'indemnité additionnelle à compter du 15 novembre 2005.

FRANÇOIS PELLETIER J.C.A.

MARIE-FRANCE BICH J.C.A.

LISE CÔTÉ J.C.A.

Me Louis-Denis Laberge
Bernard, Brassard
Avocat de l'APPELANTE

Me Sophie Perron
Irving Mitchell & Kalichman
Avocate de l'INTIMÉE

Date d'audience : le 17 octobre 2007

MOTIFS DE LA JUGE BICH

[8] La Cour est saisie de l'appel d'un jugement de la Cour supérieure, district de Longueuil (l'honorable Claudine Roy), qui, le 27 janvier 2006, a accueilli l'action de l'appelante Banque Nationale du Canada (« Banque ») contre son débiteur principal, Jean-Marc Gendron, mais l'a rejetée quant à l'intimée Lemay, caution du débiteur.

I. CADRE FACTUEL ET PROCÉDURAL

[9] En mai 2002, M. Gendron, agriculteur de son état, emprunte 200 000 $ à la Banque, prétendument en vue de l'achat d'une arroseuse sur laquelle il consent par ailleurs, en garantie, une hypothèque mobilière. Dans l'acte qui constate celle-ci, quoique le rang de la sûreté ne soit pas précisé, M. Gendron déclare que l'arroseuse est libre de tout autre « droit réel, hypothèque ou sûreté »[1]. La conjointe de M. Gendron, Mme Lemay, accepte par ailleurs de cautionner l'emprunt. Il s'avère ultérieurement que la déclaration de M. Gendron est fausse et que deux autres créanciers, la Caisse populaire Desjardins Ste-Martine (« Caisse populaire ») et la Coop des Frontières, coopérative agricole (« Coop »), ont déjà inscrit leurs propres hypothèques mobilières sur l'arroseuse, dont ils ont aussi financé l'achat, M. Gendron ayant apparemment emprunté plus d'une fois l'argent nécessaire à l'acquisition de cet engin.

[10] Ces faits sont détaillés ainsi par le jugement de première instance :

> [3] Monsieur Gendron et madame Lemay sont conjoints de fait de 1993 à février 2003.
>
> [4] À partir de juillet 1996, ils sont les sociétaires de Bogelem, société en nom collectif constituée pour l'exploitation d'une ferme agricole. Au début, l'entreprise s'occupe d'élevage de vaches laitières. Madame Lemay y participe pleinement; elle veille, notamment, aux achats et à l'administration.
>
> [5] En 2000, Bogelem cesse l'exploitation de vaches laitières et devient une entreprise de forfaits agricoles. Monsieur Gendron exécute des travaux pour d'autres agriculteurs. Madame Lemay ne s'implique plus dans les affaires de la ferme.
>
> [6] Au printemps 2002, monsieur Gendron désire acheter une arroseuse pour compléter la gamme des services qu'il offre aux agriculteurs. L'arroseuse vaut 270 000 $. Monsieur Gendron peut verser 70 000 $ en argent comptant et cherche un financement pour le solde.

---

[1] Pièce D-2, mémoire de l'appelante, p. 194.

[7] Il communique avec madame Montpetit, directrice de compte agricole auprès de la Banque et demande un prêt. Il n'est jamais question que la somme soit prêtée à Bogelem puisque monsieur Gendron indique que la société est en voie de dissolution. Il s'agit d'un prêt personnel à monsieur Gendron.

[8] Monsieur Gendron demande à madame Lemay si elle accepterait de signer avec lui pour le prêt. Madame Lemay a déjà acheté d'autres machines agricoles alors qu'elle était impliquée dans Bogelem. Selon son expérience, une hypothèque mobilière sur la machinerie devrait satisfaire le prêteur. Monsieur Gendron et madame Lemay sont membres de la Coop des frontières, coopérative agricole (la « Coopérative »). La Coopérative garantit suffisamment de contrats à monsieur Gendron pour qu'il puisse rencontrer ses échéances de remboursement. Madame Lemay ne voit pas pourquoi sa signature serait requise, mais indique qu'elle acceptera si la Banque l'exige.

[9] La Banque demande à monsieur Gendron de remplir un bilan et de fournir des informations financières. Monsieur Gendron offre de garantir le prêt avec une hypothèque mobilière sur l'arroseuse. La Banque estime que le crédit de monsieur Gendron n'est pas assez solide pour que le prêt ne soit garanti que par une hypothèque mobilière. Elle exige en plus de l'hypothèque mobilière, la souscription à une assurance sur l'arroseuse et un billet à être endossé par madame Lemay.

[10] La Banque vérifie le crédit de madame Lemay et prépare les contrats nécessaires. Madame Montpetit discute au téléphone avec madame Lemay concernant sa situation financière et lui explique les exigences de la Banque.

[11] Monsieur Gendron informe madame Montpetit que l'arroseuse doit lui être livrée le 11 mai 2002.

[12] Le 10 mai 2002, madame Montpetit rend visite à monsieur Gendron. Il signe un billet et une hypothèque mobilière. À l'article 3.1 du contrat d'hypothèque mobilière, monsieur Gendron déclare et garantit que les biens hypothéqués sont libres de tout droit réel, hypothèque ou sûreté.

[13] Madame Montpetit se rend ensuite à l'hôpital où travaille madame Lemay, comme médecin généraliste. La rencontre dure une quinzaine de minutes. Madame Lemay demande encore une fois pourquoi elle doit signer. Madame Montpetit répond à ses questions. Madame Lemay téléphone à son conjoint qui lui réitère que la Banque exige son engagement.

[14] Madame Lemay signe deux documents.

[15] Sur la demande de crédit, elle acquiesce à la clause 4 :

> Je consens librement à cautionner la dette de Jean-Marc Gendron au montant de 200 000 $, et je déclare connaître le demandeur [...] lequel est mon conjoint.
>
> 10-05-2002 (s) Michèle Lemay, pour Bogelem SENC

[16] Elle signe également l'endos du billet :

> Je garantis solidairement le paiement de ce billet et je renonce à la présentation au paiement, à l'avis de refus et au protêt.
>
> (s) Michèle Lemay pour Bogelem SENC

[17] La preuve n'indique pas si madame Lemay, lors de la signature de ces deux documents, a pris connaissance du contrat d'hypothèque mobilière signé par monsieur Gendron.

[18] La Banque remet un chèque de 200 000 $ à monsieur Gendron, le chèque est tiré à l'ordre de Gregson Technologies, le vendeur de l'arroseuse et est encaissé le même jour.

[19] Les documents d'hypothèque mobilière sont envoyés au notaire pour l'enregistrement au Registre des droits personnels et réels mobiliers (le « RDPRM »).

[20] Le 23 mai 2002, madame Montpetit reçoit l'état certifié de l'inscription au RDPRM et est surprise de voir que la Banque n'est pas créancière de premier rang. Dans sa tête, il a toujours été question d'une hypothèque de premier rang. Au moment où la Banque prête l'argent, l'arroseuse n'est pas encore achetée, elle ne soupçonne donc pas que d'autres créanciers pourraient avoir enregistré des garanties. Pourtant, le RDPRM indique que la Caisse populaire Desjardins et la Coopérative détiennent déjà des garanties sur l'arroseuse. Ces garanties ont été publiées le 30 avril et le 9 mai 2002 respectivement.

[21] Madame Montpetit prend contact avec monsieur Gendron qui prétend ne pas avoir donné de garantie autre que celle de la Banque sur l'arroseuse.

[22] Madame Montpetit communique alors avec la Coopérative. Elle apprend que :

- le directeur général de la Coopérative a approché monsieur Gendron pour faire de l'arrosage à forfait;
- monsieur Gendron était intéressé mais avait exigé que la Coopérative finance l'achat de l'arroseuse;
- la Coopérative a emprunté 240 000 $ à la Caisse populaire et a remis un chèque personnel à monsieur Gendron;
- la Caisse populaire et la Coopérative ont toutes deux enregistré une hypothèque mobilière sur l'arroseuse pour garantir ce prêt.

[23] Il semble donc que monsieur Gendron a emprunté deux fois l'argent nécessaire pour acheter une seule arroseuse. Ni la Banque, ni la Coopérative, ni la Caisse populaire ou madame Lemay n'étaient informés que monsieur Gendron avait emprunté l'argent deux fois.

[24] Madame Montpetit communique à nouveau avec monsieur Gendron et considère ses explications plutôt évasives.

[25] En juillet 2002, la Banque organise une rencontre avec monsieur Gendron. Elle aurait souhaité que madame Lemay y soit également présente, mais celle-ci n'y est pas. Monsieur Gendron fait des promesses, il prétend attendre d'importantes sommes d'argent et promet qu'il pourra rembourser une bonne partie du prêt. La Banque suggère alors de prendre une hypothèque sur sa résidence. Monsieur Gendron semble d'accord. La Banque mandate un notaire pour préparer la transaction. Plusieurs semaines s'écoulent car il faut préparer une évaluation et un certificat de localisation.

[26] Madame Montpetit envoie le dossier au service de recouvrement. Elle croit que monsieur Gendron est en défaut puisque que la Banque n'a pas obtenu d'hypothèque de premier rang. Le service de recouvrement examine le contrat d'hypothèque mobilière. Comme il n'y est pas indiqué que la garantie doit être de premier rang, le service de recouvrement considère qu'il n'y a pas de défaut et retourne le dossier à madame Montpetit.

[27] En octobre 2002, la Banque contacte madame Lemay pour lui demander de signer la garantie hypothécaire sur la résidence. Madame Lemay répond que monsieur Gendron est propriétaire de la maison, pas elle, elle ne se considère donc pas impliquée dans cette transaction.

[28] Le 29 octobre 2002, la Coopérative enregistre un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire et prise en paiement sur l'arroseuse en raison des défauts de paiement de monsieur Gendron. La Coopérative reprend l'arroseuse.

[29] Le 2 décembre 2002, la Banque envoie une lettre à madame Lemay l'informant qu'elle exige une garantie additionnelle sur la résidence et les bâtiments de ferme. La lettre informe madame Lemay de la situation, en tant qu'endosseur du prêt. Madame Lemay témoigne qu'elle n'a jamais vu la lettre, même si elle a été envoyée à la bonne adresse.

[30] Monsieur Gendron est souvent en retard dans ses versements mensuels. Madame Montpetit communique avec lui et, à maintes reprises, avec madame Lemay, pour obtenir paiement. Les paiements sont éventuellement déposés.

[31] En janvier 2003, monsieur Gendron est encore en retard dans ses paiements. Madame Montpetit communique avec madame Lemay qui fait un chèque à la Banque. Madame Lemay témoigne qu'à ce moment son conjoint attend des sommes importantes pour des contrats de déneigement et que, pour cette raison, elle accepte de le dépanner.

[32] En mai 2003, la grange est incendiée. Monsieur Gendron prétend que tout se réglera parce qu'il attend une indemnité d'assurance. Il ne semble pas que cette indemnité ait été reçue, du moins, la Banque n'en entend pas parler.

> [33] En juillet, septembre et octobre 2003, monsieur Gendron est à nouveau en retard pour effectuer son versement mensuel. Madame Lemay signe trois autres chèques à la Banque, et ce, même si madame Lemay et monsieur Gendron ont cessé de faire vie commune depuis février 2003. Elle sait que monsieur Gendron attend une indemnité de la compagnie d'assurance pour l'incendie de la grange qu'il entend utiliser pour rembourser la Banque.
>
> [34] À la date de l'audience, la dette envers la Banque s'élève à 196 982,72 $.
>
> [35] La Banque envoie une mise en demeure à monsieur Gendron et à madame Lemay le 26 février 2004 et intente ensuite le présent recours.

[11] En rapport avec le paragraphe 27 de ce récit, il importe de préciser que lorsqu'une représentante de la Banque, en octobre 2002, contacte Mme Lemay au sujet de la possibilité de consentir à une hypothèque sur la résidence familiale, la première informe la seconde du fait que l'hypothèque mobilière que lui a consentie M. Gendron sur l'arroseuse n'est pas une hypothèque de premier rang[2].

[12] On doit également signaler que la Coop, dès octobre 2002, a exercé ses droits hypothécaires et pris subséquemment l'arroseuse en paiement. Dans son témoignage, le représentant de la Coop, M. Alain Dubuc, précise que l'avis d'exercice du droit hypothécaire a été envoyé à M. Gendron le 29 octobre 2002. Il ne peut préciser cependant la date exacte de la reprise elle-même, sinon pour indiquer que celle-ci a eu lieu à l'hiver 2002-2003.

[13] En défense à l'action de la Banque, Mme Lemay fait valoir la nullité du cautionnement pour cause de vice de consentement. D'une part, elle prétend qu'elle n'a jamais accepté un tel cautionnement, étant persuadée plutôt d'avoir signé l'acte d'hypothèque mobilière. D'autre part, elle soutient que, de toute façon, si elle a cautionné l'obligation de son conjoint, sa décision fut déterminée par le fait que l'exécution de cette obligation devait être garantie par une hypothèque mobilière de premier rang : elle n'aurait pas consenti à cautionner M. Gendron si elle avait su que la Banque n'obtiendrait qu'une hypothèque de troisième rang. Il y aurait donc, dans les deux cas, erreur au sens des articles 1399 et 1400 *C.c.Q.*

[14] Par ailleurs, Mme Lemay invoque l'exception de subrogation prévue par l'article 2365 *C.c.Q.* : elle reproche à la Banque de l'avoir, par sa négligence, privée d'une subrogation dans une hypothèque de premier rang. Cette négligence consisterait dans le fait que la Banque, avant de décaisser le prêt (par le moyen d'un chèque adressé directement au vendeur de l'arroseuse), n'a pas fait les vérifications nécessaires au Registre des droits personnels et réels mobiliers (« RDPRM »), ce qui lui aurait permis de constater l'existence des deux hypothèques antérieures à la sienne et de débusquer ainsi la fraude de M. Gendron.

---

[2] Voir notamment le témoignage de Mme Lemay, mémoire de l'appelante, p. 495-497 et 513-515.

II. JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

[15] La juge de première instance donne tort à Mme Lemay quant à la nullité du cautionnement pour cause d'erreur, mais elle lui donne raison sur l'exception de subrogation.

[16] Pour l'essentiel, sur le premier moyen, la juge estime que, selon la preuve prépondérante, Mme Lemay, femme instruite et familière avec l'administration de la ferme du débiteur Gendron, dont elle s'est déjà elle-même occupée, ne s'est aucunement méprise sur les documents qu'elle a signés : c'est en toute connaissance de cause qu'elle a cautionné l'obligation de l'emprunteur et garanti, en l'endossant, le remboursement du billet à terme qu'il avait par ailleurs signé. La juge décide également que :

> [50] Madame Lemay n'a pas prouvé que l'obtention d'une hypothèque de premier rang était une considération essentielle pour elle, ni qu'elle n'aurait pas contracté si elle avait su que l'hypothèque mobilière obtenue par la Banque n'était pas une hypothèque de premier rang. Son témoignage est vague et n'est pas corroboré.

[17] Par contre, sur l'exception de subrogation, la juge de première instance conclut que la Banque a par son fait causé préjudice à Mme Lemay au sens de l'article 2365 *C.c.Q.*, et ce, en laissant disparaître ou, plus exactement, en ne faisant pas le nécessaire pour obtenir l'hypothèque de premier rang qu'elle souhaitait et dont elle avait fait miroiter l'existence à Mme Lemay. Ainsi :

> [56] Madame Montpetit reconnaît qu'elle a probablement mentionné à madame Lemay que l'hypothèque mobilière serait une hypothèque de premier rang puisqu'elle le croyait elle-même. D'ailleurs, le contrat d'hypothèque mobilière signé par monsieur Gendron garantit que le bien hypothéqué est libre de toute hypothèque. Malgré tout, la Banque ne s'est pas assurée d'obtenir la garantie projetée.
>
> [57] La Banque a été négligente en remettant l'argent à monsieur Gendron le 10 mai 2002, sans vérifier l'existence de garanties au RDPRM. L'hypothèque de la Caisse populaire est inscrite le 30 avril 2002 et celle de la Coopérative, le 9 mai 2002. Le 10 mai 2002, si la Banque avait fait une vérification du RDPRM avant de remettre le chèque à monsieur Gendron, elle aurait constaté la situation avant qu'il ne soit trop tard.
>
> [58] Par son comportement, la Banque s'est elle-même privée et a privé madame Lemay d'une garantie importante. La subrogation aux droits du créancier ne peut plus s'opérer utilement en faveur de la caution.
>
> [59] Madame Lemay est justifiée d'invoquer l'exception de subrogation. Elle doit être déchargée dans la mesure du préjudice qu'elle subit.

[18] La juge conclut enfin que Mme Lemay n'a jamais renoncé à invoquer l'article 2365 *C.c.Q.* Le fait qu'elle a payé quatre fois les mensualités dues par M. Gendron ne peut être interprété comme une renonciation tacite à l'exception de subrogation qu'énonce cette disposition. Selon la juge :

> [61] La Banque invoque que madame Lemay, par son comportement ultérieur, a renoncé à invoquer cette exception :
>
> . en octobre 2002, madame Lemay sait que la Banque n'a pu enregistrer une hypothèque de premier rang sur l'arroseuse et requiert une hypothèque sur la résidence; pourtant, elle n'indique aucunement à la Banque qu'elle ne se croit pas liée par le cautionnement;
>
> . lorsque l'arroseuse est reprise par la Coopérative, madame Lemay, encore une fois, n'indique pas à la Banque qu'elle ne se considère pas liée par les engagements qu'elle a signés;
>
> . en émettant quatre chèques à l'ordre de la Banque en remboursement de versements mensuels dus et non payés par monsieur Gendron.
>
> [62] Le Tribunal ne peut conclure à renonciation de madame Lemay de sa simple omission de réagir lorsque la Banque demande une garantie supplémentaire. À ce moment, monsieur Gendron n'est pas en défaut. Il fait ses remboursements mensuels.
>
> [63] Le Tribunal ne peut non plus conclure à renonciation à invoquer l'exception de subrogation de la simple omission de madame Lemay d'agir suite à la reprise de l'arroseuse par la Coopérative. Une renonciation doit être claire et non équivoque.
>
> [64] Quant aux quatre versements mensuels effectués par madame Lemay, ils constituent tout au plus une renonciation partielle à invoquer, pour ces quatre mois, l'exception de subrogation. Le Tribunal ne peut déduire des circonstances dans lesquelles ces paiements ont été faits que madame Lemay entendait renoncer à soulever l'exception de subrogation pour l'entièreté de sa dette.

[19] La Banque se pourvoit.

III. APPEL ET MOYENS D'APPEL

[20] On peut résumer comme suit les moyens d'appel de la Banque :

- L'omission d'obtenir une hypothèque mobilière de premier rang sur le bien donné en garantie ne peut, dans les circonstances de l'espèce, donner ouverture à l'exception de subrogation puisque cette hypothèque et son rang n'étaient pas une considération essentielle du consentement de Mme Lemay au cautionnement.

- L'impossibilité d'inscrire une hypothèque de premier rang sur le bien garanti résulte ici non pas du fait du créancier au sens de l'article 2365 *C.c.Q.*, mais bien du fait du débiteur Gendron.

- En versant elle-même à la Banque quatre des mensualités alors dues par Gendron, l'intimée Lemay, qui connaissait la situation au moment où elle a fait ces paiements, a renoncé de manière générale à faire valoir l'exception de subrogation.

[21] Pour sa part, l'intimée Lemay conteste toujours la validité du contrat de cautionnement, affirmant que la constitution d'une hypothèque de premier rang était une considération essentielle de son consentement. Elle soutient également que, de toute façon, la reconnaissance de la validité du cautionnement ne l'empêche nullement de réclamer l'application de l'article 2365 *C.c.Q.*, qui instaure au bénéfice de la caution un régime autonome, sans relation avec celui de la nullité contractuelle. Elle fait valoir qu'elle n'a jamais renoncé à l'exception de subrogation, sauf pour les quatre mois où elle a effectué les paiements dus par M. Gendron. Dans son mémoire, se fondant sur les arrêts *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*[3] et *Banque Nationale du Canada c. Couture*[4], elle affirme enfin que « l'ensemble des agissements de la Banque, et plus particulièrement sa négligence initiale avant de débourser les sommes, rendent irrecevable son action contre l'intimée »[5].

IV. ANALYSE

[22] Dans un premier temps, j'estime que rien ne permet d'infirmer le jugement de première instance au sujet de la validité du cautionnement et de l'absence de vice de consentement. La juge a soigneusement considéré et analysé la preuve pertinente et conclu que Mme Lemay avait en toute connaissance de cause consenti à cautionner le débiteur Gendron. Il n'y a dans cette conclusion aucune erreur manifeste et dominante, qui seule en aurait permis la révision, et, au contraire, le jugement sur ce point est sans faille.

[23] Avec beaucoup d'égards, cependant, je ne partage pas l'avis de la juge de première instance sur l'application de l'article 2365 *C.c.Q.*, disposition qui énonce que :

> **2365.** Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par le fait de ce dernier, s'opérer utilement en faveur de la caution, celle-ci est déchargée dans la mesure du préjudice qu'elle en subit.

[24] À supposer que cette disposition régisse la situation des parties (bien que celle-ci n'en soit certes pas un cas de figure typique et bien que le préjudice subi par la

---

3 [1981] 2 R.C.S. 339.
4 [1991] R.J.Q. 913 (C.A.).
5 Mémoire de l'intimée, p. 22, paragr. 63.

caution, s'il en est, ne soit pas attribuable exclusivement au fait de la Banque), la preuve démontre clairement que Mme Lemay a, dans les faits, renoncé à l'invoquer.

[25] En effet, quoique l'article 2355 *C.c.Q.* interdise à la caution de renoncer *à l'avance* au bénéfice de subrogation[6], et donc à l'exception de subrogation que consacre l'article 2365 *C.c.Q.* (puisque la renonciation anticipée au bénéfice de subrogation rendrait ce dernier article inutile), il reste que la caution peut, après que lui soient acquises toutes les conditions d'application de cette disposition, renoncer à invoquer celle-ci.

[26] Dans son ouvrage sur le droit des sûretés, le professeur Ciotola évoque la possibilité que la caution puisse renoncer, *a posteriori*, au bénéfice de l'article 2365 *C.c.Q.*[7].

[27] Le professeur Mouly, dans son ouvrage sur l'extinction des cautionnements, tient les propos suivants, qui paraissent intégralement transposables à l'espèce, le droit français s'accordant sur ce point avec le droit québécois :

> **463. Renonciation après l'impossibilité de subrogation.** La renonciation intervenant après que l'impossibilité de subrogation ait été réalisée est évidemment valable. La caution qui consent considère que l'attitude du créancier n'est pas empreinte de la mauvaise foi qui l'autoriserait à s'estimer libérée. Cette renonciation est le plus souvent implicite. Elle ne se traduit pas par la rédaction d'un texte mais par une attitude révélant sans ambiguïté la volonté de la caution de s'estimer encore engagée. Ainsi la caution qui commence à rembourser le créancier en connaissance de l'impossibilité de subrogation a renoncé implicitement à invoquer l'article 2037 C.civ.[8]
>
> [Je souligne.]

[28] Plus récemment, le professeur Simler, évoquant les effets de l'article 2037 du *Code civil* français (maintenant article 2314[9]), qui interdit la renonciation anticipée à l'exception de subrogation, précise que :

> [...]
>
> Cette hypothèse ne doit pas être confondue avec celle d'une **renonciation à une décharge déjà acquise**, la caution acceptant en pleine connaissance de cause

---

6 Voici le texte de l'article 2355 *C.c.Q.* :

> **2355.** La caution ne peut renoncer à l'avance au droit à l'information et au bénéfice de subrogation.

7 Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1999, p. 48.

8 Christian MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Paris, Librairies Techniques, 1979, p. 563, paragr. 463.

9 L'article 2314 du *Code civil* français énonce que :

> **2314.** La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite.

> d'exécuter son engagement, en dépit de la perte fautive par le créancier de droits ou sûretés dans lesquels elle aurait pu être subrogée. Conformément à l'idée que la renonciation à un droit acquis est licite alors même que la renonciation anticipée est prohibée, cette solution doit être considérée comme non affectée par le caractère impératif conféré à l'article 2037.[10]
>
> [Accentuation originale.]

[29] C'est ce qui s'est produit ici, la caution, pour paraphraser le passage ci-dessus, ayant accepté en pleine connaissance de cause d'exécuter son engagement en dépit de la perte fautive (ou, du moins, qu'elle estime fautive) par le créancier de droits ou de sûretés dans lesquels elle aurait pu être subrogée. Voyons ce qu'il en est.

[30] En octobre 2002, après avoir enquêté et découvert la vérité, la Banque informe Mme Lemay de la situation et l'avise du fait qu'elle ne détient qu'une hypothèque de troisième rang; la Banque lui explique également qu'elle réclame une garantie supplémentaire à M. Gendron *i.e.* une hypothèque sur la résidence familiale (sur ces deux aspects, voir *supra*, paragr. [11])[11]. Mme Lemay demande alors des explications à son conjoint, explications qui lui sont données et qu'elle affirme avoir jugées satisfaisantes. Pourtant, voici ce qu'elle dit aussi lors de son témoignage :

> Q. [354] Quand elle nous dit que le vingt et un (21) octobre deux mille deux (2002) elle communique avec vous.
>
> R. Oui.
>
> Q. [355] Et elle vous dit que le dossier ou la situation va faire en sorte que ça nécessite une garantie supplémentaire; est-ce que vous êtes d'accord avec cet énoncé-là? Est-ce qu'on vous a dit ça à cette date-là?
>
> R. Oui.
>
> Q. [356] On vous a dit ça à cette date-là. Et vous, quand on vous dit « Ça prend une garantie supplémentaire », est-ce que vous vous... là ça vous dit quoi, ça, vous? Est-ce que vous allez voir monsieur Gendron, vous dites « Là je ne comprends pas, je viens d'avoir un appel de la dame de la banque, ils ont besoin d'une garantie supplémentaire », qu'est-ce qui se passe?

---

10 Philippe SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3e éd., Paris, Éditions Litec, 2000, paragr. 821, p. 732. Dans le même sens, voir : Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, *Droit civil - Les sûretés - La publicité foncière*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 229, paragr. 262 *in fine*.

11 Et cela sans parler du fait que, le 2 décembre 2002, la Banque écrit à Mme Lemay pour confirmer très explicitement l'état de la situation (pièce P-13, mémoire de l'appelante, p. 178). Mme Lemay, qui reconnaît que la lettre lui a été envoyée à la bonne adresse, prétend toutefois n'en avoir pas pris connaissance (mémoire de l'appelante, p. 507). Elle explique notamment que :

> R Oui, j'habite toujours à cette adresse-là, mais je ne suis pas nécessairement là quand les gens viennent porter le courrier. Puis je peux vous dire que ce n'est pas la seule lettre que je n'ai pas eue.

R. Bien, effectivement, on en a parlé.

Q. [357] Et il vous dit quoi, monsieur Gendron?

R. Bien, qu'il est prêt à faire ce qu'il faut pour satisfaire aux exigences de la banque, là.

Q. [358] Mais vous ne lui demandez pas « Pourquoi on a besoin d'une garantie supplémentaire, quand on a signé le prêt ça semblait suffisant, qu'est-ce qui justifie aujourd'hui la nécessité d'une garantie supplémentaire »?

R. Oui, j'ai posé ces questions-là et suite à ça je me suis séparée de ce monsieur-là.

Q [359] Oui, je comprends, ça c'est en deux mille trois (2003). Mais on revient en octobre, on va y venir en janvier.

R. On est en octobre deux mille deux (2002), à partir du moment où est-ce que je sais qu'il y a eu ça, ça devient des choses qui sont, pour moi, inadmissibles et puis... De toute évidence, il semble avoir un problème, là, toute la vérité n'est pas faite là-dessus. Et je sens qu'il veut me tromper sur des choses que je ne comprends pas. Donc, effectivement, j'entreprends des procédures de séparation, je me cherche une place pour rester, que je trouverai d'ailleurs.

Q. [360] Donc, c'est en deux mille deux (2002) que vous apprenez qu'il y a un problème avec la situation.

R. Oui.[12]

[Je souligne.]

[31] Mme Lemay affirme par la suite qu'elle ne connaissait pas encore, en octobre 2002, l'histoire du double prêt. Cela est peut-être vrai, mais il n'en reste pas moins qu'elle savait manifestement, à cette date, qu'il y avait un problème au regard de l'hypothèque, ce dont la Banque l'avait informée, et qu'elle savait aussi que M. Gendron cherchait à la tromper : elle en fait d'ailleurs un des motifs de la séparation en vue de laquelle elle entreprend dès lors des démarches.

[32] Pourtant, en janvier 2003 (à la veille de la séparation, qui aura lieu en février), Mme Lemay paie l'une des mensualités que M. Gendron doit à la Banque (3 333,34 $). Plus encore, après la séparation, elle paie de même les mensualités des mois de juillet, de septembre et d'octobre 2003 (mensualités de 2 900 $ chacune).

[33] Comment ne pas voir dans les quatre paiements qu'effectue ainsi Mme Lemay, et surtout dans les trois derniers, la réaffirmation ou la confirmation de son obligation de

[12] Témoignage de Mme Lemay, mémoire de l'appelante, p. 513 et s.

caution et donc, nécessairement, sa renonciation au droit que lui aurait autrement conféré l'article 2365 *C.c.Q.*?

[34] La jurisprudence indique clairement que la renonciation implicite à un droit doit être claire et non équivoque et qu'elle ne peut résulter d'actes donnant prise à des interprétations contraires. Or, on atteint ici le degré de clarté requis aux fins de pareille renonciation.

[35] Mme Lemay sait que l'hypothèque de la Banque n'est que de troisième rang; elle est convaincue que son conjoint la trompe et pose des gestes inadmissibles à l'égard du prêt et des affaires financières du couple et, malgré cela, elle paie à sa place quatre des versements qu'il doit à la Banque, dont trois *après* la séparation et *après* la prise en paiement de l'arroseuse par la Coop. Dans ce contexte, les explications qu'elle donne pour justifier ces paiements sont difficiles, voire impossibles à croire :

> R. O.K. quatre (4) chèques. O.K. C'est parce que celui du quatorze (14) janvier, j'ai accepté de lui avancer l'argent parce qu'il faisait de l'entreprise... il faisait du forfait de déneigement, puis dans les forfaits de déneigement, c'est des gens qui reçoivent des gros montants mais à certaines périodes. Ils commencent à être payés au mois de janvier, ils ne sont pas payés au mois de décembre alors qu'ils font du déneigement. Ils sont payés par blocs jusqu'au mois de mai, où est-ce qu'ils reçoivent leur dernier chèque. Donc, j'ai accepté de le dépanner cette fois-là. Et puis pour les autres fois, du mois de juillet... de juillet, septembre et octobre, à ce moment-là il y a eu un incendie, l'étable est passée au feu au mois de mai, et, bien, il attendait un règlement de la compagnie d'assurance. Puis ce règlement-là étant... comme on attendait ça pour régler la Banque Nationale, il attendait ça pour payer la Banque Nationale de la dette qu'il avait envers la Banque Nationale. Donc, en attendant le paiement de l'assurance, qui devait tout le temps sans cesse arriver, là, bien, j'ai accepté de lui avancer l'argent.[13]

[36] Mme Lemay a donc payé quatre des mensualités de M. Gendron, puisque, prétend-elle, elle croit en ses excuses (*i.e.* les paiements pour le déneigement arriveront bientôt, l'indemnité d'assurance versée à la suite de l'incendie de la grange servira à payer la Banque) et qu'elle veut le dépanner alors même qu'elle le quitte parce qu'il lui cache la vérité : il y a dans ce comportement une contradiction qui mine la crédibilité que l'on peut accorder aux explications de Mme Lemay.

[37] En l'espèce, Mme Lemay ne pouvait raisonnablement espérer être subrogée dans quelque hypothèque utile que ce soit et en payant la dette à la place du débiteur, comme elle l'a fait en janvier et, surtout, en juillet, en septembre et en octobre 2003, elle a, par sa conduite, indiqué sans équivoque sa « volonté de s'estimer encore engagée », pour emprunter aux propos de Mouly (*supra*, paragr. [27]).

---

[13] Témoignage de Mme Lemay, mémoire de l'appelante, p. 499-500.

[38] Contrairement à ce qu'écrit la juge de première instance, Mme Lemay n'a donc pas simplement « omis de réagir lorsque la Banque demande une garantie supplémentaire »[14] : elle a surtout omis de réagir, à ce moment, au fait que la Banque lui annonce aussi ne détenir qu'une hypothèque de troisième rang, ce qui signifie de toute évidence qu'elle ne pourra jamais être subrogée dans une hypothèque de premier rang, comme on le lui aurait affirmé et comme elle l'aurait cru, l'hypothèque de troisième rang étant par ailleurs inutile vu la valeur du bien hypothéqué et le montant des créances. La juge de première instance ne paraît pas avoir considéré cet élément de fait.

[39] De même, je ne peux, avec égards, être d'accord avec la juge lorsqu'elle écrit que :

> [63] Le Tribunal ne peut non plus conclure à renonciation à invoquer l'exception de subrogation de la simple omission de madame Lemay d'agir suite à la reprise de l'arroseuse par la Coopérative. Une renonciation doit être claire et non équivoque.

[40] L'on n'aurait peut-être pas pu inférer renonciation du seul fait d'avoir omis d'agir à la suite de la prise en paiement de l'arroseuse, mais ce fait ne peut être ici considéré isolément.

[41] D'ailleurs, si le bât blesse quelque part, c'est dans le fait que la juge de première instance, soit dit respectueusement, paraît avoir considéré distinctement les faits reprochés à Mme Lemay, pour conclure que chacun d'eux ne pouvait être tenu pour manifester implicitement une renonciation à l'article 2365 *C.c.Q.* Il faut plutôt considérer ces faits dans leur ensemble. Car c'est bien la conjugaison de tous les faits signalés plus haut et des circonstances des quatre paiements qui permet de conclure à une renonciation tacite au bénéfice de l'article 2365 *C.c.Q.* La caution qui, à l'instar de Mme Lemay, sait que la sûreté dont la dette est assortie n'est pas celle qu'on lui a fait valoir, qui sait que le débiteur ment ou a menti, qui sait aussi que le bien hypothéqué a été pris en paiement par un créancier hypothécaire de rang supérieur, ne peut pas ne pas réaliser que la subrogation est impossible : si elle paie, malgré tout, en lieu et place du débiteur, et ce, *sans réserve aucune*, elle se trouve à renoncer à l'exception de subrogation. Mme Lemay espérait peut-être, comme elle l'affirme, que le débiteur Gendron soit en mesure de rembourser pleinement sa créancière, mais cet espoir ne saurait affecter l'existence de la renonciation (même si elle pouvait en fournir le motif subjectif).

[42] Peut-on cependant, comme l'a fait la juge de première instance, considérer que Mme Lemay n'a renoncé à l'exception de subrogation qu'au regard des quatre mensualités payées en lieu et place du débiteur et donc limiter l'effet de la renonciation?

---

[14] Paragr. 62 du jugement de première instance.

[43] La doctrine, quoiqu'elle soit là-dessus peu abondante, exprime parfois l'avis qu'une renonciation partielle à l'exception de subrogation est possible. Le professeur Ciotola écrit ainsi que :

> Ce droit à l'exception de subrogation est toutefois différent du droit à la subrogation prévue aux articles 1651 et suivants. La caution a droit à la subrogation légale prévue à l'article 1656. La caution peut conserver ses droits à la subrogation légale contre certaines personnes ou contre certains biens mais aussi renoncer en totalité ou en partie à invoquer l'exception de subrogation lorsqu'elle effectue le paiement.[15]
>
> [Je souligne.]

[44] À mon avis, il faut comprendre l'idée de renonciation partielle qu'exprime la fin de la troisième phrase de ce passage à la lumière de la première partie de la même phrase : lorsqu'il y a pluralité de débiteurs, pluralité de biens ou pluralité de sûretés, la caution peut renoncer à invoquer l'exception de subrogation à l'égard de certains des débiteurs, de certains des biens ou de certaines des sûretés. Mais lorsqu'il n'y a qu'un seul débiteur, un seul bien et une seule sûreté sur ce bien, comme en l'espèce, je ne vois pas comment une caution, en exécutant sans réserve une partie de l'obligation du débiteur, pourrait être considérée comme renonçant à l'exception de subrogation à l'égard de cette seule partie de l'obligation mais non quant au reste.

[45] De toute façon, même si une telle renonciation partielle était envisageable, on ne peut pas conclure que les gestes de Mme Lemay, et particulièrement les paiements des mois de juillet, septembre et octobre 2003, ont pu, dans le contexte, signifier autre chose qu'une renonciation *totale* à l'exception de subrogation. Mme Lemay a payé alors qu'elle avait en main tous les éléments lui indiquant ou lui permettant de savoir qu'elle ne serait subrogée ni dans les droits du créancier à une hypothèque de premier rang (inexistante) ni dans les droits du créancier à une hypothèque de troisième rang, effacée du reste par la prise en paiement de la Coop au moment des trois paiements de juillet, septembre et octobre 2003 : cela emporte une renonciation claire et non équivoque (quoique tacite) à invoquer l'article 2365 *C.c.Q.* et la confirmation de son engagement de caution, au regard de la dette tout entière.

[46] Dans un autre ordre d'idées, au-delà du débat relatif à l'article 2365 *C.c.Q.*, Mme Lemay peut-elle opposer une fin de non-recevoir générale à l'action de la Banque, au motif que celle-ci aurait abusé de ses droits, au sens de l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*[16] ou au sens de l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Couture*[17], en cachant des renseignements cruciaux à la caution, en ne lui transmettant pas l'information requise ou en agissant de manière déraisonnable au point d'enfreindre les articles 6 et 7 *C.c.Q.* (notamment en lui faisant valoir que l'hypothèque consentie par Gendron serait une hypothèque de premier rang et en négligeant de prendre les

---

15 Pierre CIOTOLA, *op. cit.* note 7, p. 48, paragr. 1.59 *in fine*.
16 Précité, note 3.
17 Précité, note 4.

précautions qui auraient permis une telle sûreté ou empêché le décaissement du prêt). À mon avis, une réponse négative s'impose : la Banque et la caution ont été ici les victimes de la fraude commise par le débiteur Gendron. La Banque ignorait évidemment la fraude au moment où elle a obtenu le cautionnement de Mme Lemay et elle l'a par la suite tenue informée de la situation. Il est vrai que si la Banque avait vérifié le RDPRM avant de décaisser le prêt, elle aurait sans doute constaté la fraude, mais cette omission se rattache au débat sur l'article 2365 *C.c.Q.* et ne peut constituer une fin de non-recevoir dans les circonstances.

[47] Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire de se pencher sur les autres moyens d'appel de la Banque.

[48] Pour ces motifs, je propose d'accueillir le pourvoi, avec dépens, d'infirmer le jugement de première instance, d'accueillir l'action de la Banque contre Mme Lemay, avec dépens, et de condamner cette dernière à verser 196 982,72 $ à la première. Le montant de la condamnation incluant le capital et les intérêts contractuels sur la dette à la date du procès de première instance, il y aura lieu d'accorder l'intérêt au taux légal à compter de cette date, c'est-à-dire du 15 novembre 2005, le taux d'intérêt réclamé en appel par la Banque n'étant pas susceptible d'être fixé pour la période postérieure à cette date. Par ailleurs, l'indemnité additionnelle sera accordée à compter de la même date.

MARIE-FRANCE BICH J.C.A.

Société de cogénération de St-Félicien, société en commandite/St-Felicien Cogeneration Limited Partnership c. Industries Falmec inc.

2005 QCCA 441

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE QUÉBEC

N° : 200-09-004488-034
(155-05-000082-017)

DATE : 25 AVRIL 2005

CORAM: LES HONORABLES JEAN-LOUIS BAUDOUIN J.C.A.
FRANCE THIBAULT J.C.A.
LOUISE LEMELIN J.C.A. (AD HOC)

SOCIÉTÉ DE COGÉNÉRATION DE ST-FÉLICIEN, SOCIÉTÉ EN COMMANDITE / ST-FELICIEN COGENERATION LIMITED PARTNERSHIP
APPELANTE- Intimée- Requérante en garantie
c.

LES INDUSTRIES FALMEC INC.
INTIMEE- Requérante-Défenderesse reconventionnelle
et
CERREY S.A. DE C.V.
INTIMÉE- Mise en cause- Intimée en garantie- Demanderesse reconventionnelle
et
ALSTOM CANADA INC.
ROCHE CONSTRUCTION INC.
CHUBB INSURANCE COMPANY OF CANADA
FEDERATION INSURANCE COMPANY OF CANADA
NORTHERN INDEMNITY INC.
INTIMÉES-Intimées en garantie

ARRÊT

---

[1] La Cour; -Statuant sur l'appel d'un jugement rendu le 29 avril 2003 par la Cour supérieure, district de Roberval (l'honorable Gratien Duchesne), qui a accueilli la requête en délaissement forcé et vente en justice de l'intimée Falmec, conclu à l'existence de la créance de cette intimée, accueilli la demande reconventionnelle de l'intimée Cerrey, déclaré l'immeuble de l'appelante affecté d'une hypothèque de 917 659,93 $ et accueilli la requête en irrecevabilité des intimées en garantie, le tout avec dépens.

[2] Après avoir étudié le dossier, entendu les parties et délibéré;

[3] Pour les motifs de la juge Lemelin, auxquels souscrivent les juges Baudouin et Thibault;

[4] **ACCUEILLE** partiellement l'appel avec dépens aux seules fins de modifier les paragraphes suivants du dispositif du jugement de la Cour supérieure :

- au paragraphe 246, substituer au montant de 950 580,59 $ le montant de 703 159,88 $;

- remplacer le paragraphe 249 qui devrait se lire ainsi : Déclare que la requérante a une créance de 670 239,22 $ plus les intérêts au taux légal depuis le 20 août 2001 et les frais à parfaire;

- remplacer le paragraphe 250 par le suivant : Constate que les travaux, matériaux ou services fournis et préparés pour la construction de l'immeuble par la requérante ont donné une plus-value au dit immeuble;

- ajouter au paragraphe 259 *in fine* : et réserve également à la requérante son recours pour le paiement de la retenue contractuelle.

JEAN-LOUIS BAUDOUIN J.C.A.

FRANCE THIBAULT J.C.A.

LOUISE LEMELIN J.C.A. (AD HOC)

Me Marc-André Boutin
DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG
Pour l'Appelante

Me Jean Hudon et Rodrigue Larouche
LAROUCHE, LALANCETTE, PILOTTE & BOUCHARD
Pour l'Intimée Les Industries Falmec inc.

Me Christian Brossard et Alexandre Boileau
FRASER MILNER
Pour les Intimées

Date d'audience : 15 mars 2004

MOTIFS DE LA JUGE LEMELIN

[5] Le jugement dont appel accueille une requête en délaissement forcé et vente sous contrôle de justice d'un immeuble, propriété de l'appelante, Société de Cogénération St-Félicien, Société en commandite/St-Félicien Cogeneration Limited Partnership (SCSF).

[6] Le juge conclut à l'existence d'une créance de 950 580,59 $ de Les Industries Falmec inc. (Falmec) contre Cerrey, S.A. DE C.V. (Cerrey) et accueille partiellement la demande reconventionnelle de Cerrey pour un montant de 32 920,66 $. Opérant compensation entre ces deux montants, le juge déclare l'immeuble de SCSF affecté d'une hypothèque légale de 917 659,93 $, plus-value apportée par les matériaux, services et travaux fournis par Falmec.

[7] La requête en irrecevabilité, présentée par des intimées à l'encontre d'une requête en appel en garantie de SCSF, est aussi accueillie et cet appel en garantie est rejeté. La SCSF et Cerrey se pourvoient en appel.

[8] Ces appels procèdent dans une audition commune avec deux pourvois dans des dossiers connexes où, dans le cadre de requêtes en délaissement de deux sous-traitants, Sturo Métal inc. et Cap Isolation Ltée, des requêtes semblables en irrecevabilité ont été accueillies, faisant échec à l'appel en garantie de SCSF[1].

[9] Le juge de première instance résume minutieusement dans un jugement de 261 paragraphes les faits mis en preuve lors de l'audition de neuf jours. Sans reprendre tous les éléments rapportés, un survol de la chronologie des évènements est nécessaire pour décrire le contexte décisionnel et présenter les parties.

I LES FAITS

[10] La SCSF confie la conception, la construction et la mise en marché de son usine de cogénération d'électricité à un consortium formé de Alstom Canada inc., Cerrey et

---

1 *Société de Cogénération de St-Félicien, Société en Commandite/St-Félicien Cogeneration Limited Partnership,* c. *Alstom Canada inc., Roche Construction inc, Cerrey S.A.DE C.V, Chubb Insurance Company of Canada, Federation Insurance Company of Canada, Northern Indemnity Inc,* 200-09-00 4548-035, jugement de l'honorable Gratien Duchesne, le 13 juin 2002; *Société de Cogénération de St-Félicien, Société en Commandite/St-Félicien Cogeneration Limited Partnership* c. *Alstom Canada inc., Roche Construction inc., Chubb Insurance Company of Canada, Cerrey S.A. DE C.V., Federation Insurance Company of Canada, Northern Indemnity Inc.*, 200-09-004314-032, jugement de l'honorable Jean-Claude Larouche, le 3 décembre 2002.

Roche Construction inc., le tout selon les termes d'un contrat de construction clé en main, Turnkey Construction Contract (TCC).

[11] Cerrey, dans l'exécution des travaux prévus par TCC, conclut avec Falmec, en mai 2000, un contrat de sous-traitance pour l'érection et l'installation d'une bouilloire et de ses accessoires à l'intérieur de l'usine, pour le prix forfaitaire de 2 318 923,55 $, incluant les taxes.

[12] Falmec dépose une première soumission pour ce montant qu'elle modifie le 26 avril 2000 pour inclure de nouvelles composantes discutées avec Cerrey, à son bureau au Mexique, sans pour autant changer le prix forfaitaire et l'échéancier.

[13] Cet échéancier prévoit initialement que les travaux d'installation débutent le 8 mai pour une durée d'exécution de 22 semaines (excluant la mobilisation, la démobilisation et les vacances de la construction). Ces travaux doivent être complétés la fin de la semaine du 16 octobre 2000 et un test hydrostatique de la bouilloire est prévu pour la semaine du 18 septembre 2000[2].

[14] Le 5 mai 2000, Cerrey octroie le contrat à Falmec et lui donne instructions de commencer immédiatement l'installation, en attendant l'émission du bon de commande formel. Falmec procède alors au transport des composantes de la bouilloire de la gare de St-Félicien au site et se plaint d'être empêchée de commencer l'installation avant le 5 juin, vu l'état d'avancement des autres travaux[3].

[15] Les parties s'entendent sur un nouvel échéancier : la durée d'exécution demeure de 22 semaines, mais la fin des travaux est fixée dans la semaine du 17 novembre, quant au test hydrostatique, il est reporté dans la semaine du 16 octobre.

[16] Le 28 juin 2000, Falmec dénonce son contrat avec Cerrey à la propriétaire de l'usine, SCSF, précisant la nature des travaux et le prix « 2 016 017 $ (TPS et TVQ en supplément), plus les coûts reliés aux extras et aux changements»[4].

[17] Dès l'été 2000, Falmec doit exécuter des travaux supplémentaires et éprouve de la difficulté à se faire payer. Lors d'une réunion de chantier du 20 septembre, Cerrey accepte de payer un montant additionnel de 32 000 $ pour permettre l'exécution des travaux nécessaires à l'administration du test selon l'échéancier. Les parties conviennent aussi de la procédure qui sera désormais suivie pour l'approbation des travaux non prévus au contrat. On peut lire ceci au procès-verbal de cette réunion[5] :

---

2 Pièce D-6, Échéancier annexé à la soumission du 7 avril 2000, Mémoire Appelante Cerrey Vol. 5, p. 1621 et ss.

3 Pièce R-42, Lettre de M. André Graham du 8 mai 2000 à Cerrey et Pièce R-43, Lettre de M. André Graham du 26 mai 2000 à Cerrey, M.A.Cerrey. Vol. 4, p. 1453, 1454 et ss.

4 Pièce R-2, Lettre de dénonciation de contrat datée du 28 juin 2000 et rapport de signification, M.A. Cerrey Vol. 2, p. 656.

5 Pièce D-16, Procès-verbal d'une réunion du 20 septembre 2000, M.A.Cerrey Vol. 5, p. 1703.

> Cerrey recognises that they have some extra works that Roberto Gonzales will approve those extra that have already been done but Thermal Energy will fill-up the form entitled Field Work Orders. Thermal Energy understands and agrees that from now, they will have Cerrey sign those fieldwork orders before the work is done.

[18] La preuve démontre que cette procédure n'a pas toujours été suivie; des autorisations de travaux ont été signées subséquemment à la réalisation de l'ouvrage[6]. Les parties continuent d'appliquer cette même procédure d'approbation adoptée dans le cadre de travaux réalisés ensemble pour l'installation de bouilloires dans des projets semblables, au Témiscaminque et à Chapais. Elles avaient développé, à cet égard, une relation de confiance mutuelle et des méthodes de travail.

[19] Le test hydrostatique est fait le 19 octobre, dans le délai prévu à l'échéancier révisé, mais les travaux de Falmec ne prennent fin que le 25 mai 2001, soit six mois plus tard que convenu. Falmec attribue ce délai à des problèmes dont Cerrey et le Consortium seraient responsables[7] et plus particulièrement aux nombreuses demandes de Cerrey pour l'exécution de travaux additionnels.

[20] Le 25 mai 2001, Falmec fait publier un avis d'hypothèque légale de construction contre l'immeuble de SCSF, alléguant que les travaux effectués lui ont donné une plus-value de 4 679 388 $ et qu'un solde de 1 489 478,32 $ est dû[8].

[21] Elle publie ensuite un préavis d'exercice de recours hypothécaire, le 27 juin 2001[9]. Cerrey a déjà payé 3 018 115,71 $. La SCSF et Cerrey n'ayant pas remédié au défaut, Falmec signifie une requête en délaissement forcé et demande, entre autres, de constater sa créance de 1 065 949,95 $, constituée du paiement de la retenue contractuelle de 247 420,71 $, et d'un montant de 21 247,12 $ et près de 800 000 $ pour des travaux supplémentaires et des extras.

[22] Après la publication de l'avis d'hypothèque, Falmec transmet en juillet ses dernières factures à Cerrey pour des travaux faits antérieurement à l'envoi de cet avis.

[23] La SCSF met le Consortium en demeure de remédier à plusieurs défauts dont le paiement des sommes réclamées par Falmec qui ont donné lieu à la publication de l'hypothèque[10]. Il n'est pas contesté que l'obligation solidaire des membres du Consortium de payer leur sous-entrepreneur est stipulée au TCC[11] et que les membres

---

6 Le juge mentionne à titre d'exemple une dizaine de formulaires produits dans la pièce R-38 et datés de février 2001 à mai 2001 qui ne font pas partie de la réclamation. M.A. Cerrey, Vol.3 et 4.

7 On peut lire le témoignage de André Graham de Falmec qui en énumère plusieurs, M.A. Cerrey Vol. 8, pp. 2459 à 2482.

8 Pièce R-5, Avis d'hypothèque légale, M.A. Cerrey, Vol. 2, p. 664.

9 Pièce R-6, Avis de préavis d'exercice, M.A. Cerrey, Vol. 2, p. 670.

10 Pièce AG-3, Mise en demeure du 1er juin 2001, M.SCSF, Vol. 2, p. 360.

11 Pièce D-1, Art. 1.18 et 2.1, M.SCSF, Vol. 1, pp.172-181.

sont tenus d'indemniser la SCSF de toute poursuite judiciaire intentée par un tiers à la suite d'un défaut ou d'une omission du Consortium[12].

[24] Le 13 juillet 2001, la SCSF résilie pour cause le contrat avec le Consortium.

[25] Le Consortium et la SCSF soumettent leurs différends à l'arbitrage, conformément à la clause compromissoire du TCC. Ces différends portent sur la résiliation du contrat, les défauts dénoncés dans les avis de la SCSF dont le prétendu défaut du Consortium de payer ses sous-traitants (incluant Falmec), l'indemnisation en rapport avec les hypothèques publiées et les demandes de paiement formulées par le Consortium[13].

[26] Cet arbitrage se poursuivait toujours, malgré l'exercice des recours en garantie de la SCFC contre le Consortium dans les dossiers objets de l'audience commune. Les obligations contractuelles du Consortium ayant fait l'objet d'un cautionnement d'exécution donné par Chubb Insurance Company of Canada, Federation Insurance Company of Canada et Northern Indemnity Inc. (la Caution), la SCSF les appelle aussi en garantie. Lors de l'enquête en première instance, le recours en garantie a, quant à la caution, été reporté *sine die*[14], la Cour supérieure était saisie de la requête en irrecevabilité du Consortium et de la Caution.

[27] Cerrey réclame de Falmec, en demande reconventionnelle, 155 088,76 $; soit 98 750,01 $, coût des travaux d'installation de l'instrumentation confiés à un tiers entrepreneur après le départ de Falmec, des frais de 32 920,66 $ encourus pour corriger les défectuosités du réfractaire. Cerrey tient aussi Falmec responsable de la perte de deux colonnes d'eau d'une valeur de 27 437,20 $ qui lui ont été expédiées à St-Félicien et de frais supplémentaires de stationnement du train de 4 025,88 $.

II LE JUGEMENT ENTREPRIS

[28] Dans un premier temps, le juge de la Cour supérieure qualifie le contrat liant Cerrey à Falmec de contrat d'entreprise comportant une obligation de résultat pour Falmec. Cette dernière a le fardeau de démontrer que les travaux pour lesquels elle réclame des sommes supplémentaires ne font pas partie du contrat.

[29] Il rappelle aussi l'obligation de Falmec de prouver que les travaux ont été réalisés suivant le consentement du cocontractant, tant au niveau du contenu que du prix à forfait ou sous régie contrôlée. Si une procédure d'approbation des travaux supplémentaires a été convenue, Falmec doit établir «qu'elle l'a respectée à moins

---

12 *Ibid.* art. 15.1, pp. 215-216.
13 Pièce IG1 et IG2, Avis d'arbitrage, M.A. SCSF, Vol. 2, pp. 500 à 506.
14 M.A. Cerrey, Vol. 12, pp. 4173 à 4176.

qu'elle ne puisse prouver que Cerrey ne la respectait pas non plus et que ces travaux étaient requis de Cerrey, utiles et nécessaires[15].»

[30] Le premier juge conclut à la suffisance de la dénonciation du contrat de SCSF. L'article 2728 C.c.Q. impose cette obligation au sous-entrepreneur de faire une dénonciation écrite du contrat à la propriétaire, pour pouvoir bénéficier de l'hypothèque légale, mais n'exige pas d'en indiquer le prix. Une jurisprudence majoritaire oblige le sous-traitant à le faire, ce qui ne signifie pas que Falmec devait dénoncer les travaux supplémentaires à chacune des exécutions.

[31] Falmec se serait conformée aux articles 2726 et 2727 C.c.Q. L'avis d'hypothèque couvrant les travaux réalisés après l'avis de dénonciation a été donné au départ de Falmec du chantier alors que tous les travaux de l'usine n'étaient pas terminés. L'hypothèque légale en faveur de Falmec subsistait dès la réalisation des travaux, en l'espèce les factures totalisant 754 334,54 $ transmises après l'avis d'hypothèque doivent être prises en compte. Les travaux doivent toutefois avoir contribué à la plus-value.

[32] Dans une requête en délaissement la quotité de cette plus-value n'a pas à être déterminée; le juge conclut que son rôle est de constater l'existence de l'hypothèque garantissant la créance, c'est-à-dire que l'ensemble des travaux a donné une plus-value, élément que doit prouver Falmec.

[33] Le juge de première instance explique l'ampleur des difficultés survenues lors de l'exécution du contrat. Il retient que malgré l'entente du 20 septembre sur une méthode d'approbation des travaux supplémentaires, cette autorisation préalable n'était pas nécessaire vu la pratique des parties sur leurs chantiers antérieurs et son appréciation de la preuve documentaire et testimoniale.

[34] Procédant ensuite à l'analyse de la réclamation de Falmec, le juge note les factures admises par Cerrey et analyse de façon détaillée les FWO (Field Work Order) ainsi que les factures contestés de près de 900 000 $. Dans chaque cas, il précise la nature et les circonstances des travaux, et accepte un montant total de 950 580,59 $. «Toutes les factures reliées aux travaux supplémentaires, à la retenue initiale et aux coûts additionnels ont donné à l'immeuble de la Société une plus-value équivalente aux sommes allouées par le Tribunal, exception faite de la facture R-20 au montant de 5 255,10 $ pour frais téléphoniques». Son tableau récapitulatif énumère les réclamations protégées par l'hypothèque légale[16].

[35] La demande reconventionnelle de Cerrey est accueillie pour la seule réclamation de 32 920,66 $, coût de la correction des travaux de réfractaire que devait exécuter Falmec en vertu du contrat de sous-traitance.

---

[15] Jugement paragr. 14, M.A. Cerrey Vol. 1, p. 80.
[16] *Ibid.* Jugement paragr. 242, 243, pp. 132,133.

[36] Les réclamations pour la perte de colonnes d'eau et les frais de stationnement sont rejetées pour insuffisance de preuve. Quant à l'obligation de Falmec d'installer l'instrumentation, la preuve est contradictoire. Le juge ne se prononce pas sur cette question. Même si une telle obligation existait, l'entrepreneur devait, de toute façon, mettre en demeure son cocontractant de respecter l'engagement, comme l'exige l'article 1590 C.c.Q. Or, il estime que la preuve n'établit pas qu'un tel avis ait été donné ou que Falmec ait signifié à Cerrey son refus d'exécuter le travail. Cette absence d'avis est fatale.

[37] Sur l'action principale, le premier juge opère compensation entre les montants dus par chaque partie et conclut qu'il n'existe plus aucune réclamation pendante justifiant la retenue contractuelle, d'où l'inclusion de ce montant dans la créance. Après avoir ordonné, entre autres, le délaissement de l'immeuble, constaté l'existence de la créance et le défaut de Cerrey et de la SCSF, le juge déclare que les travaux, matériaux et services ont donné une plus-value de 917 659,53 $ à l'immeuble en cause.

[38] Tel que déjà mentionné, l'action en garantie intentée par la SCSF a été rejetée. Elle fondait son recours sur la subrogation légale et le contrat général signé le 15 février 1999 avec le Consortium.

[39] Le juge reconnaît, en principe, le droit de la SCSF de procéder par voie de recours récursoire anticipé, mais rejette sa prétention qu'elle peut invoquer l'application de la subrogation légale en vertu des articles 1656 alinéa 3 et 2761 C.c.Q. Il écrit la subrogation légale ne «bénéficie [pas] au propriétaire, non tenu à la dette qu'il paye à un sous-entrepreneur suite à l'exercice par ce dernier de son recours hypothécaire découlant de l'hypothèque légale, car la somme de la dette de Cerrey est différente de celle de la Société. La Société n'a pas contracté avec Falmec contrairement à Cerrey. Le recours de la Société contre Cerrey prend source dans le contrat général»[17].

[40] La SCSF peut toutefois exercer un recours contre Cerrey, si elle n'a pas respecté les engagements pris dans le contrat général mais devant quel forum? Devant la Cour supérieure où l'action principale est pendante, comme le prévoit l'article 71 C.p.c. ou dans le cadre de l'arbitrage où le Consortium et la SCSF ont déjà soumis leurs différends, se prévalant de la clause compromissoire? Le juge de la Cour supérieure après analyse de la jurisprudence conclut que «l'art. 71 constitue une règle de procédure qui n'a pas pour finalité d'écarter une clause compromissoire parfaite car, comme l'a écrit la Cour d'appel dans Guns N'Roses : "Much will depend on the nature of the claims and the circumstances of each case(76)."»[18]

---

17 *Ibid.* Jugement paragr. 218, p. 125.

18 *Ibid.* Paragr. 232, p.130, Citation intégrée (76) : *Guns N'Roses Missouri Storm inc.* c. *Productions musicales Donald K. Donald inc.*, [1994] R.J.Q. 1183 (C.A.).

[41] Le risque de jugements contradictoires paraissant évident au premier juge, comme il l'illustre par divers exemples, il accueille la requête en irrecevabilité et rejette l'appel en garantie de SCSF.

III LES PRÉTENTIONS DES PARTIES

[42] Les appelantes SCSF et Cerrey produisent des mémoires distincts soulevant de nombreux moyens communs d'appel dont je résume les plus importants. Elles attaquent les conclusions en déclaration d'hypothèque du jugement entrepris et soutiennent que l'immeuble ne pouvait faire l'objet d'un avis d'hypothèque légale pour un montant excédant 269 171,83 $.

[43] Elles plaident que le juge a erré en concluant à la suffisance de la dénonciation des travaux de Falmec à la propriétaire de l'usine; les dépassements auraient dû être dénoncés lors de l'exécution des travaux. Le juge devait donc exclure les factures émises après la publication de l'avis d'hypothèque, ce dernier ne couvre pas les créances ultérieures. D'autres factures[19] prises en compte dans le jugement visent des travaux correctifs ou des coûts d'impact, frais généraux et d'administration qui ne peuvent contribuer à la plus-value de l'immeuble.

[44] Les appelantes argumentent qu'à compter du 20 septembre, Falmec devait nécessairement respecter la procédure d'approbation préalable des travaux supplémentaires pour en exiger le paiement. Le juge ne pouvait donc écarter cette entente à moins que Falmec ne prouve une renonciation non équivoque de Cerrey à cette condition et que les travaux avaient été requis par elle, ce qui n'a pas été le cas. Les factures devaient être rejetées.

[45] En sus des moyens déjà énoncés, le juge aurait admis erronément certaines factures. La somme de 322 089 $ (R-36.1), qualifiée par les appelantes de réclamation en dommages pour retards et prolongation d'échéancier, doit être soustraite, la transaction des parties sur les retards faisait échec à toute réclamation à cet égard. Contrairement à la conclusion du juge de la Cour supérieure, les appelantes arguent que Falmec ne s'est pas acquittée de son fardeau de prouver la cause des retards qui ne lui sont pas imputables, le lien de connexité entre ces retards causés par les «extras» et le préjudice allégué. Enfin, la méthode de calcul des dommages serait insatisfaisante.

[46] D'autre part le juge ne pouvait déclarer exigible la retenue contractuelle puisqu'il existe toujours des questions litigieuses pendantes en arbitrage relativement à ce contrat de sous-traitance. Les appelantes passent ensuite en revue toutes les factures qu'elles contestent pour différents motifs dont le défaut d'avis à Cerrey, les travaux inclus au contrat initial et les prix différents de ceux convenus.

---

[19] *Ibid.* Jugement paragr. 58, 62, 70, 112 à 179 (FWO 129, 145, 159 et Pièce R-36.1) .

[47] L'appelante SCSF soutient que malgré la clause compromissoire, l'article 71 C.p.c. et l'interprétation donnée par la Cour dans l'arrêt Guns N'Roses l'autorisent à intenter son recours en garantie devant la Cour supérieure et à procéder à l'audition en même temps que la requête principale en délaissement forcé. Le juge aurait donc fait erreur en accueillant la requête en irrecevabilité des intimées.

[48] Même si cet argument n'est pas retenu, le juge devait distinguer la situation du Consortium de celle de Cerrey; SCSF peut exercer contre cette dernière un recours récursoire anticipé. L'appelante SCSF prétend que dans la mesure où elle est appelée à payer à Falmec une éventuelle créance, reconnue par le premier jugement pour éviter le délaissement de l'usine, elle se trouve alors subrogée, sans autre formalité, à Falmec et détient un droit direct contre Cerrey en raison du sous-contrat et non du TCC.

[49] SCSF estime que le juge ne pouvait rejeter son recours en garantie contre la Caution qui n'a jamais été partie au TCC, dans lequel est inscrite la clause compromissoire.

[50] Les prétentions de Falmec, présentées dans un même mémoire, sont plus faciles à résumer. En fait, elles reprennent les motifs et conclusions du juge de la Cour supérieure. Plusieurs moyens d'appel reposent sur l'appréciation du premier juge de la preuve et, à son avis, aucune erreur déterminante n'est démontrée par les appelantes sur la détermination de la pratique d'approbation des factures, l'admissibilité des factures et la quotité de la demande reconventionnelle.

[51] De façon globale, elle suggère que tous les travaux supplémentaires ont donné une plus-value à l'immeuble et que la totalité de la créance peut bénéficier de l'hypothèque légale. La dénonciation est suffisante vu la terminologie employée et l'avis d'hypothèque couvre tous les travaux alors exécutés, la transmission subséquente des factures étant sans conséquence.

[52] Le Consortium et la Caution font valoir pour leur part, quant au recours en garantie de SCSF que l'article 71 C.p.c. ne doit pas être interprété de façon restrictive, puisque la compétence du forum est tributaire des réclamations et des circonstances de chaque litige.

[53] En l'espèce, la Cour doit prendre en compte le risque de décisions contradictoires et le fait qu'il serait inapproprié de procéder dans une même instance à l'action de nature réelle (requête en délaissement) et au recours personnel qu'est l'appel en garantie.

[54] Les intimées contestent l'existence de la subrogation légale sur laquelle SCSF justifie son récursoire anticipé et arguent l'absence du lien de connexité entre les deux recours. À titre subsidiaire, elles suggèrent que, même si ce recours était possible, il poserait toujours des questions identiques soumises à l'arbitrage.

[55] Je propose de discuter des nombreux moyens d'appel soulevés dans les pourvois de la façon suivante :

A) Requête en délaissement forcé :

1. Le droit à l'hypothèque et les formalités pour sa conservation.

2. La créance de Falmec :

a) procédure d'approbation des travaux supplémentaires;
b) transaction pour frais engendrés par les retards et réclamation R-36.1;
c) retenue contractuelle
e) quantum.

3. Le montant de la créance pouvant bénéficier de l'hypothèque légale.

B) Demande reconventionnelle de Cerrey

C) Appel en garantie de la SCSF et requête en irrecevabilité

1. La Cour supérieure est-elle compétente pour entendre ce litige, nonobstant la clause compromissoire?

2. Le droit au recours récursoire anticipé contre Cerey.

3. Le droit au recours en garantie contre la Caution.

IV LA DISCUSSION

[56] Le juge de première instance, à mon sens, a correctement qualifié la nature du contrat à l'origine du litige et le fardeau de preuve imposé pour la détermination des questions principales.

[57] Cerrey a signé un contrat d'entreprise avec Falmec pour les travaux d'installation de la bouilloire de Cerrey à l'usine en construction de la SCSF, le tout pour un prix forfaitaire et dans un délai convenu. Ce contrat en sous-traitance impose à Falmec une obligation de résultat[20]. Elle doit donc prouver que les travaux pour lesquels elle réclame un paiement additionnel ne font pas partie du contrat initial ou ne sont pas implicitement inclus et qu'ils sont réalisés avec le consentement de Cerrey.

---

[20] *Construction Cogerex Ltée* c. *Banque Royale du Canada*, AZ-96011349 (C.A.).

[58] Lorsque des parties contractantes conviennent d'une procédure d'avis ou d'approbation de travaux supplémentaires, la réclamation de l'entrepreneur ne sera admissible que sur sa preuve du respect de cette formalité[21]. Cette condition importante peut être écartée si Falmec prouve, selon la balance des probabilités, la renonciation de Cerrey à l'application de cette procédure. Les faits et gestes subséquents des parties peuvent ensuite être pris en compte pour inférer l'acquiescement ou la renonciation des parties[22]. La renonciation peut être implicite mais elle «doit être non équivoque, c'est-à-dire, l'intention d'acquiescer ou de renoncer doit être démontrée»[23].

A) LA REQUÊTE EN DÉLAISSEMENT FORCÉ

2. Le droit à l'hypothèque et les formalités pour sa conservation

[59] Falmec pour faire reconnaître son droit à l'hypothèque doit démontrer qu'elle a respecté les conditions impératives des articles 2726, 2727 et 2728 du C.c.Q. qui se lisent ainsi :

> **2726.** L'hypothèque légale en faveur des personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble ne peut grever que cet immeuble. Elle n'est acquise qu'en faveur des architecte, ingénieur, fournisseur de matériaux, ouvrier, entrepreneur ou sous-entrepreneur, à raison des travaux demandés par le propriétaire de l'immeuble, ou à raison des matériaux ou services qu'ils ont fournis ou préparés pour ces travaux. Elle existe sans qu'il soit nécessaire de la publier.
>
> **2727.** L'hypothèque légale en faveur des personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble subsiste, quoiqu'elle n'ait pas été publiée, pendant les 30 jours qui suivent la fin des travaux.
>
> Elle est conservée si, avant l'expiration de ce délai, il y a eu inscription d'un avis désignant l'immeuble grevé et indiquant le montant de la créance. Cet avis doit être signifié au propriétaire de l'immeuble.
>
> Elle s'éteint six mois après la fin des travaux à moins que, pour conserver l'hypothèque, le créancier ne publie une action contre le propriétaire de l'immeuble ou qu'il n'inscrive un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire.
>
> **2728.** L'hypothèque garantit la plus-value donnée à l'immeuble par les travaux, matériaux ou services fournis ou préparés pour ces travaux; mais, lorsque ceux

---

21 *Corpex (1977) inc.* c. *Sa Majesté la Reine du Chef du Canada* [1982] 2 R.C.S. p. 643. *Construction Paval inc.* c. *Camille Dionne inc.*, C.A. Montréal 500-09-001317-890, 1996-08-13, AZ-96011785.

22 *E.B. Eddy Forest Products Ltd* c. *Beamer Lathrop (Québec) Ltd*, J.E. 84-417 (C.A.).

23 *The Mile End Milling Company* c. *Peterborough Cereal Company*, [1924] R.C.S. 120, p. 131.

> en faveur de qui elle existe n'ont pas eux-mêmes contracté avec le propriétaire, elle est limitée aux travaux, matériaux ou services qui suivent la dénonciation écrite du contrat au propriétaire. L'ouvrier n'est pas tenu de dénoncer son contrat.

[60] Falmec, n'ayant pas contracté avec la propriétaire SCSF, devait lui dénoncer par écrit son contrat avec Cerrey, ce qu'elle fait le 28 juin 2000[24]. Elle a avisé de son intention de conserver le droit à l'hypothèque et précisé les travaux et le prix en ces termes : «2 016 017 $ (T.P.S. et T.V.Q. en supplément) plus les coûts reliés aux extras et aux changements». Les appelantes plaident l'insuffisance de cette dénonciation qui aurait dû être complétée périodiquement vu l'importance des travaux supplémentaires.

[61] La Cour a déjà précisé le double rôle de la dénonciation. Dans un premier temps, le propriétaire est avisé que l'entrepreneur général a donné un sous-contrat pour l'exécution de certains travaux. L'avis écrit est un geste positif, posé par le sous-traitant, pour informer le propriétaire de son intention d'invoquer son droit à l'hypothèque sur l'immeuble, si l'entrepreneur général ne paie pas le prix du sous-contrat[25]. Ainsi la connaissance présumée du propriétaire de l'existence des travaux n'exempte pas le sous-entrepreneur de transmettre cet avis[26].

[62] Bien que l'article 2728 C.c.Q. n'exige pas la mention du prix du contrat, pas plus que ne le faisait l'article 1213 f) C.c.B.-C., la jurisprudence majoritaire développée sur ces deux articles a reconnu la nécessité d'une telle mention[27]. Le juge Tyndale décrivait ainsi le but de la dénonciation dans l'arrêt *Triangle Motor Sales Ltd*[28] :

> Le but de l'avis est de (a) informer le propriétaire de l'intention du sous-entrepreneur d'invoquer son privilège, pour que (b) il puisse [le propriétaire] «retenir sur le prix du contrat un montant suffisant pour faire face au privilège».

[63] Le coût des travaux supplémentaires, un accessoire du contrat principal, n'a pas à être dénoncé au fur et à mesure de la réalisation. L'appelante SCSF plaidait en première instance[29] :

> La dénonciation (pièce R-2) était peut-être valide jusqu'à concurrence de 2 016 017 $ ou du montant raisonnablement plus élevé, mais ne peut en aucun

---

24 Pièce R-2, Dénonciation de contrat, 28 juin 2000 et rapport de signification 17 juillet 2000, M.A. Cerrey, Vol. 2, p. 656 à 659.

25 *Honco inc.* c. *Essor Hélicoptères inc.* [1995] R.D.I. C.A. 327.

26 *Développements York Hannover Ltée* c. *Jean Attore inc.* J.E. 91-139.

27 *J.M. Bastien Ltée* c. *Banque Royale du Canada*, [1981] C.A. 603;
*Roland Jacques inc.*c. *Laboratoire Dr Renaud inc.* [1980] C.A. 553;
Bonneville Portes et Fenêtres c. A. Denault Construction inc.,[1996] R.J.Q. 1642 (appel déserté, 1996-10-16, C.A.M. 500-09-002730-968. (décision sur nouvelle disposition).

28 *Triangle Motor Sales Ltd* c. *Arsenault*, J.E. 85-521, C.A., p. 5.

29 Argumentation écrite de Société de Cogénération de St-Félicien, M.A. Cerrey, Vol. 2, p. 600.

cas constituer une dénonciation valide des montants réclamés par Falmec dans la requête en délaissement.

[64] Avec égards, je ne peux endosser la prétention, qu'à un «certain» seuil de dépassement du coût original, naît l'obligation impérative de faire une nouvelle dénonciation. Contrairement à la jurisprudence à laquelle réfèrent les appelantes, la propriétaire a été dûment informée du prix réel du sous-contrat conclu entre Falmec et Cerrey. Les termes mêmes de la dénonciation avisent la propriétaire que ce prix peut être accru des coûts des extras et des changements. Dans les circonstances de l'espèce, le juge de première instance avait donc raison de conclure à la suffisance de la dénonciation.

[65] L'avis d'hypothèque légale donné le 25 mai 2001 respecte en outre les délais imposés par l'article 2727. La preuve démontre qu'à ce moment Falmec a quitté le chantier et que l'ensemble des travaux de l'usine n'ont pas été complétés. Tous les travaux que Falmec demandent de prendre en compte pour établir sa créance sont terminés. Il n'est pas contesté que trois factures[30] en litige ont été émises ultérieurement à l'avis d'hypothèque. Les appelantes arguent que ces factures n'étaient pas couvertes.

[66] L'hypothèque légale du sous-entrepreneur pour les travaux exécutés après la dénonciation existe sans qu'il soit nécessaire de la publier (art. 2726 C.c.Q.). L'avis d'inscription n'est qu'une mesure de conservation de cette garantie comme le préavis d'exercice du recours hypothécaire. Falmec a respecté les délais impératifs de l'article 2727 C.c.Q., puisqu'en juillet 2001, lors de l'expulsion du chantier du Consortium, les travaux n'étaient pas terminés.

[67] L'envoi ultérieur des factures n'est pas fatal. En effet, les travaux ont été réalisés après la dénonciation et la créance est devenue exigible lors de l'institution du recours judiciaire. La Cour a déjà reconnu que les montants exacts de la créance peuvent être rectifiés après l'inscription de l'avis, lequel doit être analysé «comme une simple mesure conservatoire temporaire»[31].

[68] Dans les circonstances les factures ne doivent pas être écartées pour ce seul motif. Les travaux doivent cependant avoir contribué à une plus-value de l'immeuble de la SCSF pour pouvoir bénéficier de l'hypothèque.

[69] L'article 2728 C.c.Q. maintient une distinction entre la créance du sous-entrepreneur qui a travaillé à la construction et à la rénovation de l'immeuble et la plus-value donnée à l'immeuble par ces travaux. Le montant de la plus-value n'est pas nécessairement égal au coût des travaux.

---

30 Factures (21302-566, 567, 568) : R-35, M.A.Cerrey Vol. 3, p. 1037 et suiv., R-36.1 Vol. 3, pl. 1042 et suiv., R-37, Vol. 3, p. 1059 et suiv.

31 *Vachon* c. *Compagnie Trust Central Guaranty*, [1988] R.R.A., 16, (C.A.) p. 20.

[70] Le Code civil ne définit pas la notion de plus-value, mais son unicité semble acquise. Le juge Dussault écrit dans l'arrêt Beylerian[32] :

> L'unicité de la plus-value ferait en sorte que celle-ci s'évalue après la réalisation complète du projet entrepris et qu'il n'existerait qu'une seule plus-value globale pour l'ensemble des travaux. Cet arrêt [[1974] C.A. 483, motifs du Juge Tremblay] demeure pertinent même sous le Code civil du Québec dont l'article 2952 prévoit que les hypothèques légales peuvent venir en concurrence et qu'alors, la partie des créances garantie par l'hypothèque est calculée proportionnellement à la valeur de chacune des créances. Il est donc implicite que chaque hypothèque légale ne fait pas l'objet d'une plus-value précisée et déjà déterminée; si tel était le cas, les hypothèques ne viendraient jamais en concurrence.

[71] Le juge Dussault conclut, toujours dans ce même arrêt, qu'au niveau de la requête en délaissement forcé, le requérant n'a pas le fardeau de quantifier exactement cette plus-value apportée par ses travaux mais de démontrer simplement son existence.

[72] En raison de ce principe d'unicité de la plus-value, il est impossible de quantifier la plus-value ajoutée par les travaux et services de chaque contractant. Celle-ci doit être déterminée lors de la vente en justice, si le produit de cette vente est insuffisant pour payer tous les créanciers hypothécaires.

[73] Le juge de première instance a rappelé la jurisprudence majoritaire, et convenu justement que son rôle se limitait à constater l'existence de cette plus-value. Avec égards, il ne pouvait donc pas quantifier la plus-value comme il le fait dans le dispositif du jugement en ces termes[33] :

> **DÉCLARE** que les travaux, matériaux ou services fournis et préparés pour la construction de l'immeuble par la requérante ont donné une plus-value audit immeuble de 917 659,93 $ plus les intérêts et les frais à parfaire et à défaut de payer ces montants à la requérante;

[74] Falmec devait toutefois établir l'existence de cette plus-value. En l'espèce, les matériaux et services ont été fournis pour la construction d'un nouvel édifice. Le sous-entrepreneur bénéficie donc d'une présomption que ces travaux ont contribué à la plus-value globale résultant de l'ensemble des travaux, en l'absence d'une preuve concluante à l'effet contraire[34].

---

32 *Beylerian* c. *Constructions et rénovations Willico inc.*, [1997] R.J.Q. 1246, p. 1252.

33 *Supra* note 15, paragr. 250, p. 134.

34 François BOUSQUET, *La plus-value et le nouveau Code civil* dans Congrès annuel du Barreau, Service de formation permanente, Barreau du Québec, 1996, p. 314-315.

[75] Les travaux supplémentaires peuvent aussi contribuer à une certaine plus-value, toutefois ils ne seront considérés dans la créance que si une preuve est faite de la nature des travaux effectués à la demande du propriétaire et, s'il y a lieu, selon la procédure convenue ou acceptée par les parties contractantes.

[76] Les appelantes invitent la Cour à soustraire des factures qui, selon elles, ne contribuent pas à la plus-value. Ce serait le cas pour «les travaux de correction» visés par les factures 549/129, 549/140 (R-23) et 552/159 (R-26) et la réclamation pour frais d'impact de retards ou prolongation d'échéancier, soumise dans la facture détaillée à R-36.1.

[77] Le Code civil ne précise pas la nature des travaux admissibles. La jurisprudence a déjà reconnu que l'hypothèque garantit aussi l'intérêt, l'indemnité additionnelle et les frais judiciaires[35]. Les taxes peuvent faire partie de la valeur des travaux[36].

[78] Falmec a certes démontré l'existence d'une plus-value accordée sur l'ensemble de ces travaux. Il faut déterminer le montant de la créance du sous-entrepreneur et si effectivement les travaux visés par ces factures contribuent à la plus-value de l'usine de SCSF. Je propose d'étudier la détermination de la créance de Falmec, avant d'accepter la prétention des appelantes et leur qualification des factures dont on demande l'exclusion.

2. La créance de Falmec

[79] Le juge de la Cour supérieure analyse de façon détaillée les factures et les FWO; il commente pour chacun la nature des travaux visés, il jauge la crédibilité des versions et conclut en conséquence à l'admissibilité ou non de celles-ci. Cet exercice est largement tributaire de l'appréciation d'une preuve contradictoire. La Cour ne devrait intervenir que si le juge a commis une erreur manifeste et déterminante. Dans l'arrêt *Housen* c. *Nikolaisen*[37] les juges Iacobucci et Major écrivent que :

> On reformule parfois cette proposition en disant qu'une cour d'appel ne peut réviser la décision du juge de première instance dans le cas où il existait des éléments de preuve qui pouvaient étayer cette décision.

[80] Le juge a distingué les travaux déjà inclus dans le contrat à forfait et a précisé les travaux supplémentaires, les appelantes ne me convainquent pas qu'il a commis une erreur déterminante en le faisant, mais Falmec a-t-elle démontré qu'elle a satisfait aux exigences d'approbation de ces travaux?

---

35 *Carreaux Fleuris inc.* c. *Développements Salette inc.*, 500-09-001567-932 (C.A.) 1998 A.Q. n° 640; *164618 Canada inc.* c. *Compagnie Montreal Trust* [1998] R.J.Q. 2926 (C.A.)

36 *Les Plâtriers Larrivée inc.* c. *Raymond Chabot inc*, [1996] R.J.Q. 981 (C.S.).

37 [2002] 2 R.C.S. 235, p. 245.

a) Procédure d'approbation

[81] Le contrat intervenu entre Cerrey et Falmec ne contient aucune procédure d'avis ou d'approbation des travaux additionnels. Toutefois, les parties se sont entendues sur une telle procédure à la suite des difficultés de paiement déplorées par Falmec. Gonzales, le représentant de Cerrey, devait approuver des travaux additionnels déjà exécutés et «that from now, they will have Cerrey sign those Field Work Orders before the work is done». Aucune autre entente formelle n'a révoqué cette procédure, mais la preuve démontre que la pratique sur le chantier était différente. À plusieurs reprises les FWO ont été signés après les travaux.

[82] La jurisprudence et la doctrine reconnaissent le caractère impératif de la procédure qui oblige l'entrepreneur à respecter à la lettre les formalités prévues à l'entente pour pouvoir soumettre une réclamation pour les extras[38].

[83] Une partie peut toutefois renoncer à l'application d'une clause contractuelle ou d'une entente de façon expresse ou tacite mais cette renonciation doit être sans équivoque. Dans le cas d'une renonciation tacite, le tribunal doit donc nécessairement apprécier la conduite des parties pour constater ce fait et en inférer une conclusion soutenue par la prépondérance de la preuve.

[84] Le juge retient que M. Gonzales n'était pas intéressé à voir les feuilles de temps et qu'il signait les formulaires d'autorisation des travaux après leur exécution. Il considère crédible le témoignage de M. Graham à cet égard. Il semble que Cerrey ne se plaignait pas de façon contemporaine de cette façon de procéder qui n'est pas exceptionnelle selon Gonzales «la presque totalité des travaux supplémentaires ont été autorisés après que les travaux eurent été exécutés par Falmec». Et d'ajouter M. Gonzales : «on a uniquement autorisé par mémo seulement ceux (travaux) qui comportent un prix ferme (à forfait)»[39].

[85] Il y a des indices supplémentaires qui confirment que les parties ont ignoré ou écarté la procédure dont elles avaient convenu. Le juge réfère en effet à la Pièce R-38 et note que les factures, FWO et les feuilles de temps sont signés après l'exécution des travaux et sont postérieurs à l'entente du 20 septembre. SCSF prétend que ces factures ont été approuvées en raison des menaces de la part de Falmec d'arrêter les travaux, prétention que n'a pas acceptée le juge de première instance. Rien dans la preuve ne permet de conclure au contraire.

[86] Les parties continuaient d'appliquer la pratique suivie dans leurs contrats antérieurs de Chapais et du Témiscamingue. Il est réducteur de conclure que le juge a

---

38 *Supra* noteS 21 et 22; François BEAUCHAMP, *Le contrat d'entreprise ou de service* contenu dans l'ouvrage *Droit spécialisé des contrats*, vol. 2- *Les contrats relatifs à l'entreprise*, Les Éditions Yvon Blais inc., Cowansville, 1999 publié sous la direction de Denys-Claude Lamontagne.

39 *Supra* note 15, paragr. 48, p. 87.

écarté la procédure d'approbation pour y substituer la pratique des chantiers précédents; il s'agit en l'espèce d'un autre élément factuel pertinent.

[87] Je note également que parmi les factures admises par Cerrey[40] (sous réserve de sa demande reconventionnelle), les FWO n'ont pas été faits ni signés avant l'exécution des travaux :

-Facture # 21302-540 (R-16) (m.a.p. 710)	42 239,19 $
-Facture # 21302-543 (R-17) (m.a.p. 730)	24 648,32 $
-Facture # 21302-548 (R-22) (m.a.p. 780)	15 534,86 $
-Facture # 21302-550 (FWO 141) (R-24) (m.a.p. 848)	998,42 $
-Facture # 21302-551 (FWO 153) (R-25) (m.a.p. 879)	12 088,41 $
-Facture # 21302-552 (FWO 160) (R-26) (m.a.p. 900)	5 368,51 $
-Facture # 21302-555 (FWO 167) (R-29) (m.a.p. 965)	15 473,51 $
-Facture # 21302-555 (FWO 169) (R-29) (m.a.p. 965)	1 608,34 $
-Facture # 21302-556 (FWO 170) (R-30) (m.a.p. 983)	2 083,39 $
-Facture # 21302-556 (FWO 171) (R-30) (m.a.p. 983)	606,18 $
-Facture # 21302-557(FWO 176) (R-31) (m.a.p. 994	1 210,64 $
-Facture # 21302-557 (FWO 177) (R-31) (m.a.p. 994)	9 180,84 $

[88] Cerrey admet ces factures sans opposer que la procédure d'approbation n'avait pas été respectée. Devant un tel faisceau d'éléments convergents, le juge de première instance a eu raison de rejeter la fin de non recevoir opposée par les appelantes pour le non-respect du mécanisme d'approbation. Il y a renonciation tacite de Cerrey.

b) Transaction pour frais engendrés par les retards et réclamation R-36.1

[89] Les appelantes plaident que la réclamation de Falmec de 362 722,13 $ (315 342 $ plus les taxes) pour retards et prolongation d'échéancier (R-36.1) doit être rejetée, entre autres motifs, parce que les parties ont transigé sur cette question et que Falmec a renoncé à toute réclamation à cet égard.

[90] L'échéancier initial a été modifié pour prendre en compte la non-disponibilité de la structure. Falmec ne pourrait plus, selon les appelantes, obtenir compensation car elle n'a pas réservé son droit à une réclamation future. Or, dans le présent dossier on ne pouvait parler d'une renonciation même tacite. En effet, dès le mois d'août 2000, Falmec est revenue à la charge et a réclamé du temps supplémentaire qu'elle devait payer pour remédier au temps perdu et pouvoir réaliser le test hydrostatique à la date convenue. Une entente est intervenue le 20 septembre pour le temps supplémentaire[41] :

---

40 *Supra* note 15, Énumérées au jugement paragr. 39, p. 85.
41 *Supra* note 5.

> So, all parties agree to clean this overtime dispute but it is clear to all parties that hydrotest must be done by next October 10 to 13th. So, Cerrey accepts to give an extra payment of $32,000 to perform the job to meet the hydrotest target. Thermal Energy agrees with that decision.

[91] En janvier 2001, Falmec récidive et demande le paiement de temps supplémentaire de 169 015 $ en sus du 32 000 $[42]. Dans une entente consignée au procès-verbal de la rencontre du 26 février 2001, Falmec retire l'ordre de travail relatif à cette réclamation[43], cette facture ne fait pas partie de la réclamation.

[92] Avec égards, je ne peux endosser la prétention des appelantes que la modification de l'échéancier initial et les ententes subséquentes sur le temps supplémentaire constituent une transaction opposable à la réclamation R-36.1. Il s'agit à mon avis de deux postes de réclamation distincts. Les parties ont réglé leur différend relatif aux *heures supplémentaires* requises pour arriver à faire le test hydrostatique, objet du FWO 20308-33. La réclamation de R-36.1 est d'une autre nature : elle découle des travaux exécutés en extra qui ont obligé Falmec à demeurer sur le chantier jusqu'au 25 mai 2001, soit six mois plus tard que convenu au contrat.

[93] Les appelantes ne me convainquent pas que le juge de la Cour supérieure a fait une erreur manifeste et déterminante en décidant que les coûts additionnels «ne comprennent pas les heures supplémentaires et Falmec n'en réclame d'ailleurs aucunes»[44]. Le tableau récapitulatif de la pièce R-36.1 confirme qu'aucune heure supplémentaire n'est comptabilisée et une référence précise est faite au FWO 20308-33[45].

[94] Le juge de première instance constate ensuite que Falmec, dans la réclamation résumée à R-36.1, demande compensation pour des coûts directs (frais relatifs à la main-d'œuvre et à l'équipement), des coûts indirects (frais généraux et d'administration de chantier) et des coûts d'impact (la perte de productivité)[46].

[95] Ces coûts découlent des retards qui ont contraint Falmec à demeurer sur le chantier pour une période supplémentaire à la durée des travaux originellement prévue. Falmec ayant une obligation de résultat, a le fardeau de prouver que ces retards ne lui sont pas imputables. Le juge de la Cour supérieure a conclu que ce délai était uniquement dû au «cortège de travaux supplémentaires qui a défilé sur le chantier pendant une période additionnelle de 6 mois à celle fixée pour réaliser l'entièreté du contrat soumissionné qui devait lui-même s'étaler sur 6 mois»[47].

---

42 Pièce D-27, FWO 20308-33, M.A. Cerrey Vol. 5, p. 1714.
43 Pièce D-29, Procès-verbal d'une rencontre du 26 février 2001, M.A. Cerrey, Vol. 5, p. 1717.
44 *Supra* note 15, paragr. 141, p. 109.
45 *Supra* note 30, R-36.1, p. 1049.
46 *Supra* note 15, paragr. 122, p. 104.
47 *Supra* note 15, paragr. 139, p. 108.

[96] Le juge impute donc le retard de Falmec de terminer les travaux dans le délai convenu à l'appelante Cerrey (ou ses garants ou ses partenaires) qu'il tient responsable en raison des travaux non prévus, non planifiés et des modifications apportées lors de l'exécution de l'ouvrage.

[97] Ce constat de fait repose sur une interprétation raisonnable de la preuve. Il est établi que Falmec a respecté le délai qui lui était imposé. En effet le test hydrostatique a été fait le 19 octobre. L'ampleur des travaux supplémentaires abondamment discutés et analysés par le premier juge, le nombre imposant de factures et l'importance du délai soutiennent son interprétation.

[98] Dans les circonstances de l'espèce, il serait exorbitant d'exiger du sous-traitant de démontrer la responsabilité de chacun pour des travaux supplémentaires réalisés et d'évaluer pour chacun le délai engendré.

[99] J'emprunterai, par analogie, les propos du juge Duranleau dans le jugement *Redbrooke* où il étudie l'étendue du fardeau de preuve «Il suffit à Cape d'établir et de prouver qu'ils ont été considérablement retardés par le propriétaire et que la balance des probabilités est à l'effet que s'ils n'ont pas terminé leurs travaux avant la date à laquelle ils les ont réellement terminés, c'est dû au propriétaire»[48]. Falmec devait prouver la cause des retards et le fait que ces retards ne lui étaient pas imputables. Le juge de première instance s'est déclaré satisfait de la preuve offerte et rien ne permet d'écarter cette conclusion.

[100] Le sous-traitant a droit à une compensation financière pour les coûts additionnels des travaux engendrés par la modification elle-même, mais aussi pour ceux résultant de la prolongation des délais.

[101] Les travaux supplémentaires ont tous été facturés à Cerrey au prix coûtant, sans aucun profit, ni frais «d'overhead». Or, la soumission initiale présentée par Falmec en avril 2000 prévoyait des coûts reliés à l'administration, au profit aux assurances, aux services techniques de la mobilisation et à la démobilisation, au financement, cautionnement, etc. Elle demande donc de prendre en compte aussi les coûts indirects au prorata du nombre de jours de retard, méthode de calcul acceptée dans l'arrêt *Shore* qui permet de conclure que le prix de soumission d'un entrepreneur ou sous-entrepreneur inclut toujours un montant pour assumer une partie des frais généraux[49].

[102] La Cour suprême dans *Corpex* enseigne que les coûts additionnels pour travaux supplémentaires sont remboursables. Le prix unitaire facturé pour les travaux par

---

48 *Redbrooke Estate Ltd* c. *E.G.M. Cape & Co. (1956) Ltd*, [1974] J.Q. 739-330, paragr. 179, C.S.
49 *Shore & Horwitz Construction Co. Limited* c. *Franki* [1974] R.C.S. 589.

l'entrepreneur ne représente pas le coût réel et l'entrepreneur peut exiger le paiement des frais généraux de chantier même à la fin du chantier[50].

[103] Le juge de la Cour supérieure était donc justifié d'inclure dans la créance de Falmec, les coûts réellement encourus à la suite des retards attribuables aux travaux supplémentaires. La réclamation pour perte de productivité a été refusée et cette question n'est pas en appel. Le juge après une analyse détaillée de la pièce R-36.1, des documents fournis à son soutien et le témoignage de M. Graham alloue une somme de 322 089 $ à Falmec qu'il détaille ainsi au paragraphe 179[51] :

640 heures à 78 $ l'heure pour le surintendant	49 920 $
640 heures à 72 $ pour la supervision	46 080 $
Frais d'administration – 9%	70 595 $
Roulotte de chantier	2 600 $
Cantine	2 100 $
Équipement – 5%	39 220 $
Chambre et pension	69 574 $
Total:	280 089 $
Plus les taxes	42 000 $
Total:	322 089 $

[104] Les appelantes plaident que Falmec a calculé ses dommages à partir d'une formule théorique, sur des données contestables comportant, entre autres, des duplications, bref que la preuve insuffisante ne permettait pas au juge d'accueillir cette demande.

[105] J'ai déjà souligné qu'on ne pouvait exiger une évaluation en heures et en minutes des retards subis par Falmec. L'exercice est complexe et le juge en a tenu compte en discutant de la fiabilité de la pièce R-36.1[52] :

> 173] Rappelons-le, Falmec n'a pas déposé tous les rapports de temps. Cependant, une compilation des informations contenues dans ses rapports est reproduite dans un document de 11 pages faisant partie de R-36.1. La fiabilité du résumé n'a pas été mise en doute autrement qu'en plaidoirie écrite de Cerrey. Par ailleurs, cette compilation paraît avoir été préparée avec soin par M. Graham qui a témoigné sur son contenu avec aplomb.

---

50 *Supra* 21, p. 671 et suivantes. Voir aussi *Isotanche Construction inc.* c. *Lavalin international inc.*, J.E. 89-1068 (C.A.).

51 *Supra* note 15, p. 118.

52 *Supra* note 15, paragr. 173 et 175, pp. 116 et 117.

> [175] Ici, Cerrey n'a pas même tenté de mettre en doute le document R-36.1 relatif aux rapports de temps. Le travail effectué par M. Graham l'aurait été par le Tribunal s'il s'était contenté de déposer tous les rapports de temps sans document récapitulatif qui offre, par ailleurs, toutes les garanties de fiabilité en l'absence de preuve contraire.

[106] Le juge de la Cour supérieure s'est prononcé de plus sur la qualité de la méthode de calcul de ces coûts et souligne qu'aucune preuve ne lui permet de s'écarter des calculs proposés par Falmec[53]. Il n'y a pas d'erreur dans la définition du fardeau de preuve. Quant aux autres moyens plaidés par les appelantes, ils reposent tous essentiellement sur l'appréciation de la preuve. En l'absence d'erreur manifeste et déterminante, je crois qu'il n'y a pas lieu d'intervenir.

c) Retenue contractuelle

[107] Le contrat entre Falmec et Cerrey prévoit que la retenue contractuelle au montant de 247 420,71 $ sera payable, selon les conditions du bon de commande, lorsque le «boiler is fixed up and no claims come forward»[54].

[108] Lors de l'audience en Cour supérieure, la bouilloire fonctionnait depuis plus d'un an. Pour répondre à la deuxième condition, le juge affirme que le sort réservé au paiement de la retenue contractuelle dépend de la décision sur la demande reconventionnelle, et en fin d'analyse l'accorde en opérant compensation entre les créances de Falmec et Cerrey. Je discuterai plus loin de la demande reconventionnelle.

[109] Avec égards, j'estime que la retenue contractuelle n'était pas une créance exigible vu les réclamations relatives aux travaux de Falmec. Il y avait certes une réclamation de Cerrey contre Falmec, pour des malfaçons des travaux de réfractaire, sur laquelle se prononce le juge dans l'étude de la demande reconventionnelle. Mais, il y a plus : la propriétaire SCSF avait rejeté certains travaux réalisés par Falmec qui faisaient l'objet de sa réclamation, dans le cadre de l'arbitrage, contre Cerrey et les deux autres membres du Consortium. M. Edwards Angulo, directeur du «Industrial Boiler Department» de Cerrey, précise en effet que la réclamation portait sur les travaux du réfractaire[55], une conduite du surchauffeur de la bouilloire ainsi que la conduite de la souffleuse de suie[56]. Ceci est d'ailleurs confirmé dans l'avis d'arbitrage[57], processus, comme je l'ai déjà dit, qui est toujours en cours.

---

53 *Supra* note 15, paragr. 177-178, p. 117.
54 Pièce D-70, Bon de commande, Vol. 6, p. 1870 et suivantes.
55 Au-delà de la demande reconventionnelle, selon l'appelante.
56 Témoignage Edwards Angulo, 22 novembre 2002, M.A. Cerrey, Vol. 11, p. 3759 à 3768.
57 Pièce 1G-2, Avis d'arbitrage, M.A. Cerrey, Vol. 6, p. 1952.

e) **LE QUANTUM**

[110] En première instance, la créance de Falmec contre Cerrey a été fixée à 950 580,59 $, incluant les factures énumérées dans le tableau récapitulatif au paragraphe 243 du jugement. Pour tous les motifs déjà discutés je conclus que le juge de la Cour supérieure n'a commis aucune erreur justifiant l'intervention de la Cour. Je propose de soustraire uniquement le montant de la retenue contractuelle de 247 420,71$, ce qui laisse un solde dû de 703 159,88 $ et de réserver les recours de l'intimée Falmec pour le paiement de cette retenue contractuelle.

3. Le montant de la créance pouvant bénéficier de l'hypothèque légale

[111] La créance de Falmec contre Cerrey n'équivaut pas nécessairement à l'assiette de la créance privilégiée bénéficiant de l'hypothèque légale. Cette dernière, selon l'article 2728 C.c.Q. «garantit la plus-value donnée à l'immeuble par les travaux ou services fournis ou préparés pour ces travaux». Cette disposition reprend en substance la notion de plus-value de l'ancien code[58]. L'article 2952 C.c.Q. précise le rang de cette hypothèque et «pour la plus-value apportée à l'immeuble; entre elles, ces hypothèques viennent en concurrence, proportionnellement à la valeur de chacune des hypothèques».

[112] Je comprends que même si dans le cadre d'une requête en délaissement, le juge n'a pas à conclure à la plus-value précise apportée par les travaux, il doit néanmoins déterminer le montant de la créance privilégiée. Les tribunaux ne reconnaissent pas d'hypothèque légale du créancier qui est incapable d'établir que sa créance concerne les travaux, matériaux ou services qui y ont contribué. L'auteure Pratte écrit pour sa part que cette créance sera «la limite supérieure que le créancier pourra demander lors de la vente en justice. Toutefois le paiement de ce montant sera conditionnel à ce que la plus-value globale relative établie par le protonotaire ou son expert soit suffisante»[59].

[113] Les autres moyens des appelantes à l'effet que cette créance ne satisfait pas aux exigences imposées par le *Code civil du Québec* pour bénéficier de la protection de l'hypothèque légale ont été précédemment écartés. Les appelantes plaident que des travaux correctifs, vu leur nature, ne sauraient contribuer à la plus-value de l'immeuble. Il en serait de même, selon elles, pour les coûts attribués aux retards consécutifs aux travaux additionnels.

[114] Dans ce dernier cas, le juge de première instance a rappelé que la soumission initiale de Falmec incluait les coûts directs et indirects, montants qui auraient bénéficié

---

58 Commentaires du ministre de la justice, Tome II, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 1708.

59 Denise PRATTE, Les privilèges de la construction : problèmes actuels touchant la plus-value, la fin des travaux et les bénéficiaires, (1991) 51. R. du B. p. 13.

de l'hypothèque légale s'ils n'avaient pas été payés par Cerrey. Il conclut qu'à la facture R-36.1 les coûts additionnels doivent emprunter la même voie. Je partage son opinion.

[115] Le Code civil ne précise pas quels coûts des travaux doivent être pris en compte pour l'établissement de la créance, il faut donc considérer celle-ci dans une perspective large. La Cour suprême dans les arrêts Corpex et Shore, déjà cités, a reconnu que le prix des travaux inclut une portion pour compenser les frais généraux de chantier. Or, on ne soustrait pas du coût des travaux fournis, les frais d'assurance, les intérêts et taxes, même si ces composantes ne se traduisent pas par des travaux intégrés à l'immeuble. Ces frais, comme ceux réclamés à R-36.1, sont des coûts accessoires sans lesquels le chantier n'aurait pas pu fonctionner et représentent donc des coûts réels de travaux réalisés. Avec égards, je ne peux accepter que le sous-entrepreneur perde la protection de l'hypothèque de construction au seul motif qu'il doit exécuter des travaux supplémentaires non initialement prévus.

[116] Quant aux autres factures relatives aux FWO 129, 159 et 140, les appelantes demandent de les soustraire de la créance protégée de Falmec au motif que ces travaux de correction n'apportent aucune plus-value à l'immeuble de SCSF. La description et la qualification de ces travaux demeurent une question de fait appréciée par le premier juge qui conclut à leur contribution respective à la plus-value de l'usine. Les extraits de la preuve soumis par Cerrey ne me convainquent pas, là encore, d'une assise factuelle suffisante pour conclure à une erreur manifeste et déterminante d'appréciation de l'ensemble des circonstances mises en preuve devant la Cour supérieure.

[117] Enfin, le juge analyse pour chacun de ces travaux les faits retenus et les prétentions des parties. Ainsi, il accorde 11 569,65 $ pour les travaux relatifs aux planchers et à la pose des anneaux autour de la tuyauterie (FWO 140). Considérant que les travaux ont été requis en extra, il préfère la «version cohérente et crédible» de Graham à celle de Gonzalez. Il reconnaît qu'un montant de 8 950,67 $ de la réclamation pour le FWO 129 (travaux à la grille vibrante) contribue à la plus-value. En effet Falmec a dû reprendre ses premiers travaux aux pièces de Cerrey. Les coûts pour chacune de ces deux étapes n'étant pas disponibles, il a arbitré les coûts admissibles en accordant la moitié de la réclamation. Ce calcul n'est pas déraisonnable. L'élément le plus important du FWO 159 est l'absence de chanfreins aux extrémités des poutres fabriquées par Cerrey qui n'est pas la responsabilité de Falmec et aussi certains travaux de soudure. Le juge conclut que des coûts de 49 775,52 $ sont donc recevables.

[118] Pour toutes ces raisons, je suis d'avis de reconnaître que Falmec a une créance de 703 159,88 $ pour des travaux réalisés ou des services rendus qui ont contribué à la plus-value de l'immeuble de la SCSF.

B) DEMANDE RECONVENTIONNELLE DE CERREY

[119] La demande reconventionnelle de l'appelante Cerrey réduite à 155 088,76$ portait sur quatre postes de réclamation :

-	Les travaux du réfractaire	32 920,66 $
-	La perte des colonnes d'eau	27 437,20 $
-	Les frais de stationnement du train	4,025,88 $
-	L'installation de l'instrumentation	90 750,01 $

[120] Le premier juge a accueilli la demande reconventionnelle uniquement pour les coûts de correction des travaux de réfractaire en retenant l'opinion de l'expert Gueroult selon laquelle celui-ci était affecté de plusieurs malfaçons. Bien que requise de remédier à la situation, Falmec a refusé de faire les travaux qui ont dû être confiés à un tiers. Elle doit donc rembourser les coûts de réparation et de supervision de ces travaux. Cette question ne fait pas l'objet du présent appel.

[121] Les réclamations pour la perte des colonnes d'eau et les frais de stationnement du train ont été rejetées pour insuffisance de la preuve. Je suis d'accord avec l'analyse du premier juge. Il est établi que Cerrey a expédié ces colonnes qui devaient être prises en charge à St-Félicien par Falmec. Or, personne ni chez Cerrey ni chez Falmec n'a vu ces colonnes d'eau. On ne peut inférer des circonstances que Falmec ait commis une faute qui a obligé Cerrey à les remplacer. Cerrey ne s'est donc pas acquittée de son fardeau de preuve, et n'a pu démontrer que la semaine additionnelle de stationnement du train était une conséquence directe d'une faute de Falmec. Graham explique qu'à l'arrivée du matériel par le train, un équipement était endommagé et qu'il a alors demandé à Cerrey des instructions avant de décharger la marchandise. Les instructions ne sont jamais arrivées[60].

[122] Cerrey demande aussi le remboursement de 90 750,01 $, soit le prix payé à un tiers pour l'exécution des travaux «d'instrumentation». Falmec n'a pas exécuté ces travaux qui selon elle n'étaient pas inclus dans le contrat. Les parties conviennent que l'installation de l'«instrumentation» a été confiée à Industrotech et qu'aucune mise en demeure écrite n'a été envoyée avant que Cerrey ne mandate cette tierce compagnie. Deux représentants de Falmec nient même avoir eu une demande verbale pour les inviter à faire ces travaux.

[123] En conséquence le juge rejette cette réclamation et il écrit :

> La preuve tend à démontrer que Falmec n'a pas reçu d'avis écrit ou verbal et n'a pas informé Cerrey de son intention de ne pas exécuter les travaux. Elle est de

---

[60] Témoignage de M. André Graham, du 18 décembre 2002, M.A. Cerrey, Vol.12, p. 4052 à 4054.

nature à corroborer la version de cette dernière suivant laquelle le contrat ne comprenait pas l'installation de l'instrumentation, travail pour lequel, de toute façon, elle n'avait ni la compétence ni les permis. Ce défaut d'avis est, en l'espèce, fatal à Cerrey et cette demande est refusée.

[124] En appel, Cerrey et Falmec appuient leurs prétentions sur l'inclusion ou non de ces travaux, sur des dispositions différentes du contrat D-6 du 7 avril 2000 et des corrections de la soumission initiale (D-7A). Cette preuve documentaire peut prêter à confusion. Il est donc normal de rechercher l'intention des parties pour valider les versions contradictoires. Dans ces circonstances, sans suivre le même cheminement que le juge de première instance, je ne considère pas que le rejet de cette réclamation exige l'intervention de la Cour.

[125] Bref, je propose de retenir la conclusion du premier juge que la demande reconventionnelle doit être accueillie pour le montant de 32 920,66 $.

C) APPEL EN GARANTIE DE LA SCSF ET REQUÊTE EN IRRECEVABILITÉ

1. La Cour supérieure est-elle compétente pour entendre ce litige, nonobstant la clause compromissoire?

[126] L'appelante SCSF appelle en garantie les membres du Consortium et la Caution. Elle demande une condamnation solidaire de ces parties pour toute somme qu'elle devra payer en vertu du jugement pour éviter le délaissement de l'immeuble, incluant ses frais de défense sur la requête initiale et les honoraires et débours de ses avocats[61].

[127] Le Consortium et la Caution contestent la requête en garantie et présentent ensuite une requête en exception déclinatoire et en irrecevabilité en vertu des articles 164 et 165(4) du C.p.c. Ils contestent la compétence *ratione matériae* de la Cour supérieure, vu la clause compromissoire contenue au contrat TCC (entre SCSF et le Consortium). Ils plaident aussi l'absence totale de connexité des recours, l'un visant des conclusions réelles et l'autre, l'appel en garantie recherchant le paiement d'une somme d'argent, conclusion personnelle.

[128] Le juge, tel que déjà mentionné, accueille la requête des intimées en garantie et rejette l'appel en garantie de SCSF[62].

---

[61] Requête en garantie amendée, 23 août 2002, M.A. SCSF., Vol, 1, p. 154.

[62] L'appel en garantie dirigé contre les cautions aurait été remis sine die, paragr. 204 du jugement entrepris.

[129] Au terme du TCC, les membres du Consortium se sont engagés solidairement envers le SCSF (art. 2.1) à l'indemniser, entre autres, pour tous dommages, réclamations, pertes, procédures judiciaires, le tout étant détaillé à l'article 15.1.

[130] Les parties contractantes ont inclus une clause compromissoire à l'article 23 qui doit s'appliquer à «any difference or disagreement between the parties as to the interpretation application, execution or administration of the Contract.» Plusieurs étapes sont prévues pour la gestion des différends «dispute»; en cas d'échec, un recours à l'arbitrage peut être exercé :

> By giving a notice in writing to the other party, not later than (10) Days after the date of termination of the mediated negotiations either party may refer the dispute to be finally resolved by binding arbitration, to be held in the City of Montreal, in conformity and subject to articles 940 and seq. of the Code of Civil Procedure of Quebec, as amended from time to time, and any decision by arbitration shall be final, binding on the parties and without appeal, except that nothing herein shall prevent either party from pursuing equitable remedies, including interim relief in any court of competent jurisdiction. All costs incurred to facilitate the mediation or arbitration process including the cost of court reporters, conference rooms, and mediator or arbitrator fees, and expenses shall be divided equally by the parties. Each party shall pay its own legal fees, expert witness and other such costs. (Art. 23 alinéa 5)

[131] Le contrat entre Falmec et Cerrey prévoit les composantes et services fournis, le prix et les modalités d'exécution mais ne fait aucune référence à la clause compromissoire du TCC. Il en est de même pour les contrats entre Falmec et Cap Isolation et Sturo Métal et Roche, à l'origine des deux appels joints au présent dossier dans une audience commune[63].

[132] La validité de la clause compromissoire n'a jamais été contestée par le Consortium et la SCSF lesquels avaient déjà soumis leurs différends à l'arbitrage, processus en cours depuis plusieurs mois lors des plaidoiries devant notre Cour.

[133] Je souligne que les défauts reprochés au Consortium, par la SCSF, incluaient l'inscription de plusieurs hypothèques sur l'immeuble par des sous-traitants du Consortium ainsi que des déficiences de travaux réalisés par ceux-ci.

[134] La SCSF a droit d'être indemnisée pour les dommages causés par le non-respect ou l'inexécution du contrat. Elle plaide que sa demande incidente en garantie doit être portée devant la Cour supérieure où est pendante la requête en délaissement (Art. 71 C.p.c.).

---

[63] *Supra* note 1.

[135] La Cour supérieure n'aurait pas compétence pour disposer du litige opposant le Consortium et la SCSF. La Cour suprême dans l'arrêt Zodiak[64] a conclu que l'effet d'une clause compromissoire est de soustraire le litige à la compétence des tribunaux de droit de commun; «[P]uisqu'il s'agit d'incompétence *ratione materiae* la seule présence de la clause compromissoire suffisait à faire échec à l'action de l'appelante devant la Cour supérieure».

[136] Toutefois l'article 71 C.p.c. peut, lors de l'exercice d'un recours en garantie, donner compétence à la Cour supérieure, et ce, même en présence d'une clause compromissoire valide. Le juge Rothman dans Guns N'Roses[65] analyse la portée de cette règle procédurale. Il écrit ceci :

> 33. In the ASG Industries case (supra)[66], as here, the Superior Court of Quebec would not normally have had jurisdiction to hear any claim against the foreign corporation. It acquired jurisdiction solely by reason of the existence of a claim in warranty because Art. 71 C.C.P. requires that the incidental action in warranty must be taken before the Court in which the principal action is pending.
>
> 34. The purpose of Art. 71 C.C.P. is to enable the principal action and the warranty action to be tried together and to be decided in the same judgment (Art. 222 C.P.C.) so as to permit a complete solution to the problem.

[137] Avec égards, je crois que cette règle procédurale ne doit pas être interprétée de façon stricte et que les circonstances de chaque cas doivent être prises en compte[67].

[138] Il demeure, qu'en l'espèce, la requête en délaissement forcé était présentée par Falmec, un tiers, non partie au contrat contenant la clause compromissoire, ce seul fait exigeait-il d'écarter automatiquement, dans le cadre du recours en garantie, cette clause compromissoire? Je ne le crois pas.

[139] Là encore, l'arrêt Guns N'Roses apporte des nuances pertinentes pour répondre à cette question. Le juge Rothman précise ceci :

> 24. I do not believe that the presence of a third party in the dispute, <u>or even the fact that a third party has initiated proceedings</u>, should, in itself, render the arbitration clause inapplicable and <u>deprive the parties of a forum for the settlement of their disputes which they have chosen in their contract</u>. It is not difficult to imagine any number of commercial disputes where it would be entirely appropriate to proceed to arbitration under the

---

64 *Zodiak International Productions inc.* c. *Republic of Poland* [1983] 1 R.C.S. 529, p. 552.
65 *Supra* note 18.
66 Note intégrée : *ASG Industries Inc.* c. *Compagnie Superseal*, [1983] 1 R.C.S. 781.
67 *Di Genova* c. *Air Canada*, J.E. 98- 782 (C.A.) REJB 1998-04512 (C.A.).

> arbitration clause agreed upon between two parties notwithstanding a claim against one of the parties by a third party. (p.6-7; nos soulignements)
>
> ....
>
> 38. I do not wish to suggest that the mere initiation of a suit by a third party will permit a party to an arbitration clause to defeat the purpose and intention of the clause by exercising warranty proceedings. There will doubtless be cases where the parties should be referred to arbitration, notwithstanding the existence of a suit by a third party. Much will depend on the nature of the claims and the circumstances of each case. (p.8; nos soulignements)

[140] Je retiens qu'une clause compromissoire n'est pas nécessairement inapplicable du seul fait de la poursuite d'un tiers. Il convient de tenir compte des circonstances particulières de chaque dossier ce que confirment des décisions de notre Cour qui ont reconnu la compétence de la Cour supérieure[68] ou référé à l'arbitrage des réclamations impliquant des tiers non liés par la clause compromissoire[69].

[141] À mon avis le juge de la Cour supérieure a correctement appliqué ces principes en déclinant compétence. En effet, il a pris en compte la nature des recours, l'identité des questions posées par les avis d'arbitrage et l'appel en garantie ainsi que la participation des parties au processus d'arbitrage. Il cite avec approbation son collègue Larouche qui écrivait dans le jugement sur une requête en irrecevabilité semblable (dossier Sturo)[70] :

> 30. Il ne faut pas perdre de vue les sérieux problèmes que pourraient entraîner des décisions contradictoires du tribunal d'arbitrage et de notre Cour sur le même sujet.
>
> 31. Il ne fait pas de doute que le tribunal d'arbitrage est le mieux placé compte tenu des circonstances et de la nature de la réclamation pour décider des prétentions respectives des parties sur ce qui pourrait faire l'objet de l'instance en garantie.

---

68 *Dominion Bridge Corp.* c. *Knai* [1998] R.J.Q. 321 (C.A.).

69 *Condominiums Mont St-Sauveur inc.* c. *Les constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.).

70 *Supra* note 15, p.123.

3. Le droit au recours récursoire anticipé contre Cerrey

[142] Le droit de procéder par anticipation ou d'exercer un recours récursoire anticipé est reconnu par la jurisprudence[71]. Vu la conclusion précédente quant à la compétence *ratione materiae* de la Cour supérieure, il n'est plus nécessaire de commenter la possibilité pour la SCSF d'exercer un tel recours contre le Consortium.

[143] Toutefois, la SCSF plaide qu'elle peut prendre un recours récursoire anticipé contre Cerrey, la débitrice de Falmec, fondé sur la subrogation légale qui résulte des règles de droit commun et non du TCC.

[144] Le recours récursoire anticipé ou non est un appel en garantie (art. 216 C.p.c.) qui présuppose l'existence d'un lien de connexité avec l'action principale. On peut certes arguer que la requête en délaissement forcé est une action de nature réelle alors que le recours en garantie vise à faire reconnaître des droits personnels et une condamnation pécuniaire[72].

[145] En l'espèce il y a toujours deux éléments, déjà mentionnés, qui ne peuvent être ignorés : le danger de décisions contradictoires subsiste et l'opportunité de régler les différends dans le forum de l'arbitrage demeure. Je constate de plus que la requête en garantie demande une condamnation solidaire du Consortium et de la Caution, mais que la SCSF n'a formulé aucune conclusion subsidiaire ou alternative dirigée contre Cerrey. L'appelante prend la position que s'il y a subrogation légale, elle peut choisir d'exercer un recours récursoire anticipé contre un membre du Consortium et ignorer le contexte contractuel et la clause compromissoire qui la lie. Je ne suis pas d'accord avec sa prétention.

[146] L'appelante ne me convainc pas, dans le contexte de ce dossier, qu'elle peut bénéficier de la subrogation légale prévue à l'article 1653 al. 3 C.c.Q. «pour celui qui paie une dette à <u>laquelle il est tenu</u> avec d'autres ou pour d'autres <u>et</u> qu'il a intérêt à acquitter». (mon soulignement).

[147] Je reconnais que la SCSF a un intérêt à payer la dette de Cerrey pour éviter le délaissement forcé et la vente en justice de son immeuble. L'article 2761 C.c.Q. lui reconnaît ce droit de faire échec à l'exercice du droit hypothécaire, jusqu'à ce que le bien ait été pris en paiement ou vendu; le débiteur ou tout intéressé peut aussi se prévaloir de cette possibilité. Cependant, avec égards, avoir le droit de faire le paiement ne signifie pas pour autant avoir l'obligation de le faire. La SCSF n'est pas tenue à la dette de Cerrey, ni avec elle, ni pour elle.

---

[71] *Allard* c. *Mozart ltée*, [1981] C.A. 612; *Donnan Cartage inc.* c. *Contingency Insurance Co. Ltd*, [1988] R.D.J. 318 (C.A.).

[72] *Compagnie Loomex Électrique Ltée* c. *Marché Central Métropolitain Inc.*, AZ-97026287, B.E. 97BE-685 (C.S.).

3. Le recours en garantie contre la Caution

[148] L'appelante SCSF soutient que dans la mesure où la créance de Falmec est reconnue, par implication nécessaire, le Consortium est en défaut de payer ce sous-traitant. La Caution devient redevable à son endroit des obligations du Consortium et doit l'indemniser en vertu du Bond lequel ne contient aucune clause compromissoire.

[149] L'appelante plaide l'erreur en droit du juge de première instance qui a accueilli la requête en irrecevabilité des intimées, le Consortium et la Caution. Même en l'absence de compétence ratione materiae de la Cour supérieure, ce moyen ne peut être opposé à la Caution, ces compagnies ne sont pas des parties au TCC qui prévoit la clause compromissoire.

[150] L'appel en garantie concernant la Caution a été reporté *sine die* sujet au jugement à être rendu sur la requête en irrecevabilité[73]. Il n'y a pas eu de preuve sur le mérite de cet appel en garantie mais le jugement se prononce sur de la requête en irrecevabilité des deux groupes d'intimées, le Consortium et la Caution.

[151] La Caution, comme le prévoit l'article 2353 C.c.Q. «...peut opposer au créancier tous les moyens que pouvait opposer le débiteur principal, sauf ceux qui sont purement personnels à ce dernier ou qui sont exclus par les termes de son engagement».

[152] La Caution, étant tenue à une obligation distincte de l'obligation principale, ne pourrait être partie à cette clause contre son gré[74]. Elle peut toutefois s'en prévaloir[75] ce qu'elle a fait dans sa requête en irrecevabilité. Les questions que soulèverait l'appel en garantie contre la Caution seraient donc les mêmes que celles qui font déjà l'objet de l'arbitrage. Elle pourrait plaider les mêmes moyens de droit que ceux précédemment discutés.

[153] Là encore, l'appelante ne me convainc pas d'une erreur du premier juge qui justifierait d'intervenir sur sa décision d'accueillir la requête en irrecevabilité.

[154] Pour ces motifs, je propose d'accueillir partiellement l'appel de la SCSF avec dépens aux seules fins de modifier les paragraphes suivants du dispositif du jugement de la Cour supérieure :

- au paragraphe 246, substituer au montant de 950 580,59 $ le montant de 703 159,88 $;

---

73 *Supra* note 14.

74 J.E.C. BRIERLEY, La Convention d'arbitrage en droit québécois interne, (1987) C.P. du N. 521, p. 564.

75 *Guarantee Co. of North America* c. *Foundation Co. of Canada Ltd*, [1975] C,A, 63; *Gilbert Conseil Sélect inc.* c. *9034-8111 Québec inc.*, 200-05-009258-984, 28-05-1998, B.E. 98BE-746 (C.S.) (les intimés ayant cautionné les obligations peuvent prétendre au bénéfice de la clause compromissoire).

- remplacer le paragraphe 249 qui devrait se lire ainsi : Déclare que la requérante a une créance de 670 239,22 $ plus les intérêts au taux légal depuis le 20 août 2001 et les frais à parfaire;

- remplacer le paragraphe 250 par le suivant : Constate que les travaux, matériaux ou services fournis et préparés pour la construction de l'immeuble par la requérante ont donné une plus-value au dit immeuble;

- ajouter au paragraphe 259 *in fine* : et réserve également à la requérante son recours pour le paiement de la retenue contractuelle.

LOUISE LEMELIN J.C.A. (AD HOC)

10

COUR D'APPEL

PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE QUÉBEC

No: 200-09-000570-959
(200-05-001825-954)

Le 6 mai 1996

CORAM: LES HONORABLES ROTHMAN
BAUDOUIN, JJ.C.A.
PHILIPPON, J.C.A. (ad hoc)

CENTRE RÉGIONAL DE RÉCUPÉRATION C.S. INC.

-et-

RÉCUPÉRATION C.S. INC.,

APPELANTES - (demanderesses)

c.

SERVICE D'ENLÈVEMENT DE REBUTS LAIDLAW (CANADA) LTÉE,

INTIMÉE - (défenderesse)

-et-

SANI-GESTION INC.,

VILLE DE CHARLESBOURG

-et-

VILLE DE SAINTE-FOY,

MISES EN CAUSE - (mises en cause)

LA COUR, statuant sur l'appel d'un jugement de la Cour supérieure, district de Québec, prononcé le 6 octobre 1995 par l'honorable juge Jean Richard, rejetant l'action des appelantes en injonction permanente;

Après étude du dossier, audition et délibéré;

Pour les motifs énoncés dans les opinions de Messieurs les juges Rothman, Baudouin et Philippon, déposées avec le présent jugement:

REJETTE l'appel avec dépens.

MELVIN L. ROTHMAN, J.C.A.

JEAN-LOUIS BAUDOUIN, J.C.A.

JACQUES PHILIPPON, J.C.A. (ad hoc)

Me Louis Asselin, Avocat
Huot Laflamme
Procureur des appelantes

Me Luc Gratton, Avocat
Pouliot Mercure
Procureur de l'intimée

AUDITION: 8 février 1996

+)))))))))))))))))))))))))))))))))),
* CODE VALIDEUR = A2LXJ5LV7W-1 *
.))))))))))))))))))))))))))))))))-

COURT OF APPEAL

PROVINCE OF QUÉBEC
QUÉBEC REGISTRY

No: 200-09-000570-959
(200-05-001825-954)

CORAM: THE HONOURABLE ROTHMAN
BAUDOUIN, JJ.A.
PHILIPPON, J.A. (ad hoc)

CENTRE RÉGIONAL DE RÉCUPÉRATION C.S. INC.

-and-

RÉCUPÉRATION C.S. INC.,

APPELLANTS - (plaintiffs)

v.

SERVICE D'ENLÈVEMENT DE REBUTS LAIDLAW (CANADA) LTÉE,

RESPONDENT - (defendant)

-and-

SANI-GESTION INC.,

VILLE DE CHARLESBOURG

-and-

VILLE DE SAINTE-FOY,

MISES EN CAUSE - (mises en cause)

OPINION OF ROTHMAN, J.A.

Appellants Centre Régional de Récupération C.S. Inc. ("C.R.R.C.S.") and Récupération C.S. Inc. ("R.C.S.") appeal a decision of the Superior Court dismissing their application for a permanent injunction to enforce specific performance of a contract dated March 11, 1994 executed between

appellants and respondent Service d'Enlèvement de Rebuts Laidlaw (Canada) Ltée ("Laidlaw").

Although appellants raise a number of subsidiary questions, the critical question to be decided on this appeal is the nature of the contract between the parties. Was it a contract for services (Art. 2098 C.C.Q.) which Laidlaw had the right to resiliate unilaterally (Art. 2125 C.C.Q.), subject to payment of costs, expenses and other amounts owing prior to the notice of resiliation (Art. 2129 C.C.Q.)? Or was the contract an ordinary contract, the specific performance of which could be enforced by injunction?

The trial judge concluded that the contract between C.R.R.C.S. and Laidlaw was a contract for services within the meaning of Art. 2098 C.C.Q. and, accordingly, Laidlaw had the right, under Art. 2125 C.C.Q., to terminate the contract unilaterally. It was on this basis that the application for an injunction to enforce the contract was refused and appellants' action was dismissed.

THE BACKGROUND FACTS

Appellant C.R.R.C.S. operated a business in the City of Quebec for the triage and treatment of recyclable materials collected in the Quebec region. Appellant R.C.S. operated a business collecting and transporting recyclable materials in the Quebec region. Both corporations were controlled by Denis Gamache.

Laidlaw operated a business, throughout Canada, for the collection, transport and disposal of solid waste, as well as the transport of recyclable materials.

In 1992, one of Laidlaw's affiliates, "Laidlaw Quebec", granted a contract to C.S. Domestik Inc., a corporation controlled by Denis Gamache's wife, for the sale and leasing of containers for domestic collection of recyclable materials. The containers were sold to Domestik by Laidlaw (Quebec). By 1994, Domestik was indebted to Laidlaw (Quebec) in amounts exceeding 1 000 000 $, which Domestik itself was not in a position to repay.

In February of 1994, representatives of Laidlaw and Laidlaw (Quebec) communicated with Denis gamache with a view to discussing ways and means of generating sufficient revenue to permit Domestik to discharge its debt to Laidlaw (Quebec).

At this time, Laidlaw was contemplating submitting tenders to several municipalities in the Quebec City region, Beauport, Charlesbourg, Ste. Foy, Vanier and Val-Belair, for the collection of garbage and the triage and treatment of recyclable materials. Laidlaw did not, itself, have a triage or treatment facility at Quebec.

Both Laidlaw and the companies controlled by Denis Gamache and his wife therefore had an interest in entering into arrangements that would permit the Gamache companies to provide the triage services and would permit Domestik, specifically, to discharge its outstanding indebtness. It was in this context that a series of contracts between the parties were signed.

Laidlaw then submitted its tenders to the various municipalities. It was successful in obtaining contracts for garbage collection, triage and treatment of recyclable material from the Ville de Ste. Foy and the Ville de Charlesbourg.

Laidlaw commenced its collection operations under its contract with the two municipalities. C.R.R.C.S. and R.C.S. commenced their operations under their contract with Laidlaw.

On June 27, 1995, Laidlaw advised C.R.R.C.S. and R.C.S. that it was terminating the contract.

THE ISSUES IN APPEAL

The parties, in their factums, agree that the present appeal raises the following issues:

1. The nature of the contract.

2. Was the contract resiliated in part by Laidlaw?

3. Did Laidlaw renounce its right of resiliation under Art. 2125 C.C.Q.?

Several subsidiarily issues are raised, as well:

4. Is the contract (R-1) severable from the other contracts between the parties and their affiliates?

5. Was there any default by appellants under the contract?

6. Can specific performance be ordered?

THE NATURE OF THE CONTRACT BETWEEN THE PARTIES

Although the background and the business and contractual relationships between the parties and their affiliates was somewhat complex, the trial judge concluded, rightly in my view, that only the contract dated March 11, 1994, R-1, was at issue. Indeed, appellants, in paragraph 38 of their application for injunction had acknowledged this:

> 38. Le présent litige concerne uniquement la convention R-1.

The contract provides:

> ATTENDU QUE LAIDLAW entend soumissionner auprès des villes de Beauport, Charlesbourg, Val-Bélair, Ville Vanier et Sainte-Foy pour obtenir des contrats de collecte, de transport, de tri et de conditionnement de matières recyclables;
>
> ATTENDU QUE C.R.R.C.S. INC. désire trier et conditionner les matières recyclables collectées par LAIDLAW dans le cadre de cesdits contrats;
>
> LES PARTIES CONVIENNENT DE CE QUI SUIT:
>
> 1. La présente convention est conditionnelle à ce que LAIDLAW obtienne un contrat d'une des Villes mentionnées ci-dessus pour la collecte, le transport, le tri et le conditionnement de leurs matières recyclables.
>
> 2. C.R.R.C.S. INC. s'engage à procurer à LAIDLAW des services de tri et de conditionnement de contenants de verre, métal et plastique, ainsi que des fibres de pâte de bois provenant de programmes municipaux de récupération par apport volontaire, et de programmes de collecte sélective de porte en porte. Les fibres de pâte de bois récupérées par LAIDLAW dans les commerces, industries et institutions dans le cadre du ou des contrat(s) desdites ou de la dite Ville(s) sont aussi comprises dans les matières recyclables que triera et conditionnera C.R.R.C.S. INC. pour LAIDLAW dans cette entente.
>
> 3. LAIDLAW cède à C.R.R.C.S. INC. la propriété des matières recyclables provenant des villes mentionnées au premier attendu des présentes.
>
> 4. LAIDLAW fera tout ce qui est raisonnablement en son pouvoir pour réduire les matières non recyclables

> ou contaminées qu'elle apportera au centre de tri de C.R.R.C.S. INC. Les matières recyclables devront être livrées par LAIDLAW au dit centre de tri en deux catégories soit, d'une part, les contenants de verre, métal et plastique et, d'autre part, les fibres de pâte de bois.
>
> 5. C.R.R.C.S. INC. reconnaît avoir pris connaissance des termes et conditions contenus dans les cahiers des charges des Villes mentionnées ci-haut et qui régissent le tri et le conditionnement des matières recyclables faisant l'objet des contrats susdits mentionnés et s'engage à les respecter.
>
> 6. LAIDLAW paiera à C.R.R.C.S. INC. net 30 jours suivant sa facturation, un prix de 47,93 $/T.M. de matières recyclables qu'elle apportera au centre de tri que cette dernière opère rue Provinciale à Québec. Ce prix sera indexé de la même façon que celui fait à la Ville de Québec et exclut les taxes applicables.
>
> 7. Cette entente est d'une durée égale à celle des engagements qu'aura pris LAIDLAW au cours de l'année 1994 envers les Villes ci-haut mentionnées dans le cadre de demandes de soumissions pour le tri et le conditionnement de leurs matières recyclables.
>
> 8. Au surplus, RÉCUPÉRATION C.S. INC. s'engage à fournir à LAIDLAW, qui s'engage à donner en sous-traitance à RÉCUPÉRATION C.S. pour un taux de 27,50 $/T.M., indexé de la même façon que les contrats de villes dans lesquels cet engagement s'insère, un camion avec chauffeur pour la collecte et le transport des matières recyclables provenant de contenants à chargement avant et ce, conformément au devis des contrats municipaux de récupération que LAIDLAW obtiendra dans le cadre de cette entente.

The trial judge was of the view that the contract between the parties was a contract for services:

> Ce contrat en est un de sous-traitance, le contrat principal étant celui ou ceux intervenus entre Laidlaw et les diverses villes énumérées en son premier attendu. La teneur de l'article deux du contrat est tout à fait conforme à la teneur des devis et cahiers des charges auxquels réfère l'article 5. Il est difficile et même impossible de suivre les demanderesses lorsqu'elles allèguent et plaident que le contrat en cause en est un de "cession" et non pas de services.
>
> Tant les contrats intervenus entre Laidlaw et les villes que celui en cause énoncent clairement qu'ils

portent sur des services de collecte, de transport, de tri et de conditionnement de matières recyclables.

L'article 2098 du Code civil énonce:

> Le contrat d'entreprise ou de service est celui par lequel une personne, selon le cas l'entrepreneur ou le prestataire de services, s'engage envers une autre personne, le client, à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel ou à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer.

De plus, la clause six énonce la considération, soit 47,93 $ la tonne métrique que Laidlaw s'engage à verser à la requérante C.R.R.C.S. Inc. pour les matières recyclables "qu'elle apportera au centre de tri".

Comment concilier une telle considération avec un contrat de vente ou de cession dans lequel le vendeur paierait le prix de ce qu'il vend ou cède.

Il faut plutôt lire la clause 3 avec la clause 6 et conclure à une considération double pour les services que s'engageaient à rendre les requérantes, soit un prix en argent en plus de la valeur desdites matières recyclables, valeur sujette aux fluctuations du marché, selon la preuve entendue. La cession pourrait aussi être considérée comme un accessoire au contrat de services. Dans l'un ou l'autre cas, la nature même du contrat demeure inchangée.

Le soussigné conclut donc que le contrat en cause est un contrat de services.

I agree. C.R.R.C.S. undertook to perform for Laidlaw the services of triage and treatment of recyclable materials that Laidlaw had undertaken to perform under its contract with the municipalities. Both the principal contract with Laidlaw and the subcontract with C.R.R.C.S. clearly had as their object the performance of services. The fact that one of the considerations for the performance of these services by C.R.R.C.S. was the cession to it of the recyclable materials collected did not, in my view, change the nature of the contract.

Art. 2098 C.C.Q. provides:

> Art. 2098. A contract of enterprise or for services is a contract by which a person, the contractor or the provider of services, as the case may be, undertakes to carry out physical or intellectual work for another person, the client or to provide a service, for a price which the client binds himself to pay.

I further agree with the trial judge that if R-1 was a contract for services, it could be terminated unilaterally. Art. 2125 C.C.Q. provides:

> Art. 2125. The client may unilaterally resiliate the contract even though the work or provision of service is already in progress.

It is perhaps worth mentioning that Art. 2125 C.C.Q. represents relatively new law. Under Art. 1691 C.C.L.C., the predecessor provision contained in the Civil Code of Lower Canada, the right to terminate a contract unilaterally was far more limited, extending only to contracts for the construction of a building or other works at a fixed price. Under Art. 2098 and Art. 2125 C.C.Q. the right of unilateral termination applies to a contract for services as well as a "contrat d'entreprise".

This does not mean, of course, that a party whose contract for services has been unilaterally terminated is without recourse. He is entitled to claim his expenses and damages.

Article 2129 C.C.Q. provides:

> Art. 2129. Upon resiliation of the contract, the client is bound to pay to the contractor or the provider of services, in proportion to the agreed price, the actual costs and expenses, the value of the work performed before the end of the contract or before the notice of resiliation and, as the case may be, the value of the

> property furnished, where it can be returned to him and used by him.
>
> For his part, the contractor or the provider of services is bound to repay any advances he has received in excess of what he has earned.
>
> In either case, each party is liable for any other injury that the other party may have suffered.

Appellants contend that clause 3 of the contract, which provides for a cession of the recyclable materials in favour of C.R.R.C.S., took the contract out of the category of contracts for services. The contract thereupon became an innominate contract with several facets and objects.

I do not see that this was the case. The contract was a contract under which C.R.R.C.S. was to perform services. I have difficulty imagining how its nature and its object could have changed merely because C.R.R.C.S. was permitted under clause 3 to take the benefit of the recyclable materials it received.

PARTIAL RESILIATION

In my view, there was no question of a partial resiliation of the contract. The notice of resiliation of June 27, 1995 (R-18) covered the contract in its entirety. To the extent that Laidlaw was obliged, after sending the notice of resiliation, to continue to permit appellants to continue to perform services with respect to the Ste. Foy contract, this was the result of appellants' intervention with the Municipality and the Municipality's advice to Laidlaw that the sub-contractor could not be changed without the approval of the municipal council.

Any ongoing services performed by appellants were entirely the result of their own acts to prevent the resiliation from being implemented.

I see no merit to this ground.

RENUNCIATION

Nor do I see any merit to appellants' argument that Laidlaw waived its rights under Art. 2125 C.C.Q. to terminate the contract, having agreed to a term equivalent to the term of the contract with the municipality in each case. Art. 2125 makes no distinction between contracts with a term and those without one. If a contract for services has no fixed term, there is no real need for the unilateral right of resiliation provided under Art. 2125. It is when the contract does have a fixed term or contemplates the completion of a building or other construction that the right of resiliation becomes important.

Having come to these conclusions, I do not think it is necessary to decide the remaining issues raised by appellant.

In the result, I conclude that the contract between the parties was a contract for services and that Laidlaw had the right, under Art. 2125 C.C.Q., to terminate it. If appellants suffered any losses or damages by reason of the unilateral resiliation, its remedy, in my view, is limited to a claim, under Art. 2129 C.C.Q., for the recovery of any costs or expenses it incurred and any damages it may have suffered.

I would dismiss the appeal with costs.

MELVIN L. ROTHMAN, J.A.

COUR D'APPEL

PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE QUÉBEC

No: 200-09-000570-959
(200-05-001825-954)

CORAM: LES HONORABLES ROTHMAN
BAUDOUIN, JJ.C.A.
PHILIPPON, J.C.A. (ad hoc)

CENTRE RÉGIONAL DE RÉCUPÉRATION C.S. INC.
et
RÉCUPÉRATION C.S. INC.,

APPELANTES - (demanderesses)

c.

SERVICE D'ENLÈVEMENT DE REBUTS LAIDLAW (CANADA) LTÉE,

INTIMÉE - (défenderesse)

et

SANI-GESTION INC.,
VILLE DE CHARLESBOURG
et
VILLE DE SAINTE-FOY,

MISES EN CAUSE - (mises en cause)

OPINION DU JUGE BAUDOUIN

Je partage l'opinion de mes deux collègues. Il me paraît, en effet, tout bien considéré, que nous soyons en présence d'un contrat de service ou d'entreprise au sens de l'article 2098 C.c.Q.. Si l'on considère, en effet, tant les termes de l'engagement eux-mêmes que la volonté des parties au moment de la conclusion de leur entente, ce sont bien les opérations de tri et de conditionnement qui constituent, au sens de l'article 1412 C.c.Q., l'objet même du contrat, soit «....l'opération juridique envisagée par les parties au moment de sa conclusion....». Ces deux prestations représentent les services fournis

par l'une des parties à l'autre. Le prix fixé compense pour l'exécution de ceux-ci et n'est donc pas un prix de vente ou d'achat des matières recyclables. On constate, en effet, qu'au moment de la conclusion du contrat, jamais la valeur de ces matières n'a même fait l'objet de discussion entre les parties.

En outre, je suis d'accord avec mes collègues que la renonciation au droit de résiliation unilatérale donnée par le législateur à l'article 2125 C.c.Q. doit être non équivoque. Il s'agit, en effet, d'une importante dérogation à la règle du droit commun voulant, qu'en général, une fois le contrat conclu, l'une des parties ne puisse y mettre fin avant son échéance. Il ne faut pas confondre renonciation tacite et renonciation non équivoque. En effet, on peut fort bien imaginer des situations où il y a renonciation tacite, mais où celle-ci reste cependant non équivoque, ce qui n'est pas le cas ici.

Je partage donc l'opinion de mes collègues et suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

JEAN-LOUIS BAUDOUIN, J.C.A.

+))))))))))))))))))))))))))))))))),
* CODE VALIDEUR = A2LXJ5LV7W-1 *
.))))))))))))))))))))))))))))))))-

COUR D'APPEL

PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE QUÉBEC

No: 200-09-000570-959
(200-05-001825-954)

CORAM: LES HONORABLES ROTHMAN
BAUDOUIN, JJ.C.A.
PHILIPPON, J.C.A. (ad hoc)

CENTRE RÉGIONAL DE RÉCUPÉRATION C.S. INC.

-et-

RÉCUPÉRATION C.S. INC.,

APPELANTES - (demanderesses)

c.

SERVICE D'ENLÈVEMENT DE REBUTS LAIDLAW (CANADA) LTÉE,

INTIMÉE - (défenderesse)

-et-

SANI-GESTION INC.,

VILLE DE CHARLESBOURG

et

VILLE DE SAINTE-FOY,

MISES EN CAUSE - (mises en cause)

OPINION DU JUGE PHILIPPON

Je partage l'opinion du juge Rothman, ajoutant les commentaires suivants.

Les appelantes soutiennent qu'il ne s'agit pas d'un contrat de service en s'appuyant sur l'élément déterminant que représentait pour elles la cession des matières recyclables à recevoir.

Or, l'importante augmentation de la valeur des matières recyclables sur le marché des rebuts n'a eu lieu qu'après la signature du contrat. Pour établir l'intention des parties, la situation à considérer est celle qui prévalait au moment où les décisions ont été prises et où l'entente a finalement été conclue. A cette époque-là, les profits que pouvaient prévoir les appelantes sur les matières cédées était bien inférieurs au prix la tonne métrique payable par l'intimée pour les services obtenus.

De plus, comme le souligne l'intimée, la cession de ces matières à C.R.R.C.S. Inc. était un moyen adéquat pour l'intimée de satisfaire à son obligation, en vertu de ses contrats avec les Villes, d'assurer le recyclage et la valorisation des matières recyclables. D'ailleurs, en vertu de la clause 5 du contrat, C.R.R.C.S. s'était engagée à respecter les conditions des cahiers de charge des Villes.

La cession des matières recyclables permettait donc à chacune des parties d'exécuter leurs obligations respectives.

À un autre chapitre du débat les appelantes ont soutenu que, contrairement à ce qu'a fait le premier juge, il faudrait à l'évidence conclure que l'intimée a renoncé à son droit de résilier le contrat de service principalement en fixant sa durée. Comme le souligne le juge Rothman dans son opinion, il faut éviter de prendre la renonciation à la résiliation pour acquise dès qu'une durée est fixée.

Ici les parties ont voulu faire coïncider la durée de leurs engagements avec la durée des engagements de l'intimée avec les Villes, soit et alors les conditions fixées prévalent tant que la durée du contrat n'est pas interrompue par la résiliation qui est un droit de l'intimée tant qu'elle n'y a pas renoncé.

Certes une renonciation peut être tacite mais elle doit être non équivoque et démontrable, selon l'affirmation de la Cour suprême[1] que les parties avaient à l'esprit au procès, comme le juge de la Cour supérieure dans son jugement:

> **"La véritable règle de droit, c'est qu'on n'est jamais censé renoncer à un droit, et alors que l'acquiescement peut être tacite, il doit être non-équivoque, c'est-à-dire l'intention d'acquiescer ou de renoncer doit être démontrée.**

Je ne peux accepter la proposition de l'appelante que le juge aurait dû voir dans la preuve des évidences de cette renonciation. Les appelantes n'ont donc pas démontré qu'il y aurait lieu d'intervenir dans l'appréciation qu'a fait le premier juge de la preuve en concluant qu'il n'y avait pas eu de renonciation par l'intimée au droit de résiliation qui lui appartenait.

Je disposerais donc de l'appel comme le propose le juge Rothman.

JACQUES PHILIPPON, J.C.A. (ad hoc)

---

[1] The Mile End Milling Company and Peterborough Cereal Company, [1923] R.C.S. 120, à la page 131.

11

1 CA. p.30 o 1981 CA 651. 1982 CS 756, 762.

1923
*Oct. 25, 26.
*Dec. 21.

THE MILE END MILLING COMPANY (DEFENDANT) ..... APPELLANT;

44 R du B 58 AND 1973 CA 144,

PETERBOROUGH CEREAL COMPANY (PLAINTIFF) ..... RESPONDENT.

ON APPEAL FROM THE COURT OF KING'S BENCH, APPEAL SIDE, PROVINCE OF QUEBEC

984 RDJ 288, 294.

Sale—Breach of contract—Damages—Market price—Re-sale—Refusal by buyer—Acquiescence to late delivery—Arts. 1065, 1069, 1073, 1074, 1075, 1235 (4), 1544. C.C.

The appellant contracted to purchase from the respondent five car-loads of flour to be shipped in the month of November, 1920. On the 29th of November, the appellant notified the respondent that delivery of the goods would not be accepted, unless, in accordance with an alleged custom of trade, the contract price should be reduced to the market price at the time of delivery. The respondent refused to accede to the demand and had one car shipped on the 29th of November, two on the 30th of November and two on the 3rd of December. The appellant having definitely refused to take the flour on the 1st of December, the respondent held it in warehouse for a long time and re-sold it only on the 12th of January, 1921, on a falling market and at a price substantially lower than had been obtainable in the beginning of December. The respondent then brought an action against the appellant for breach of contract, claiming as damages the difference between the contract price and the price received on the re-sale.

Held that, in a contract of sale, if the buyer illegally refuses to accept the goods, the proper measure of damages arising from the breach of contract is the difference between the contract price and the market price on the date of the breach, and not the loss to the vendor on subsequent re-sale by him of the goods.

Held, also, that the refusal of the goods by the buyer for an unfounded reason did not, under the circumstances, prevent him from complaining, as to the goods shipped in December, that the shipment was too late.

APPEAL from a decision of the Court of King's Bench, appeal side, province of Quebec, varying the judgment of the Superior Court and maintaining in full the respondent's action.

The material facts of the case and the questions in issue are fully stated in the above head-note and in the judgments now reported.

C. Rodier K.C. for the appellant.

Jos. Archambault K.C. and *Marcotte* for the respondent.

THE CHIEF JUSTICE.—I think this appeal should be allowed and the judgment of the trial judge restored.

*PRESENT:—Sir Louis Davies C.J. and Idington, Duff, Anglin and Mignault JJ.

I concur with the reasons stated by my brothers Anglin and Mignault for allowing this appeal, but I cannot accept the suggestion of my brother Anglin that by way of indulgence a reference back to the Court of King's Bench might be granted conditionally for a new assessment of damages in respect of the three cars shipped in November.

IDINGTON J.—The appellant in Montreal bought through a broker there, from respondent, then carrying on business in Peterborough, in Ontario, five cars of flour on the terms set forth in its letter of the 3rd November, which reads as follows:—

Montreal, Nov. 3rd, 1920

CONTRACT No. 5100.

M. Peterborough Cereal Co., Ltd.,
Peterborough, Ont.

We confirm purchase from you to-day by J. L. Freeman & Co., of five cars each 600 bags Saskatoon Flour, $11.60.

Please make separate draft and invoice for each car.

Terms 10 days S.D

Our brand.

Basis ..... Montreal..... Freight
Shipment ..... November.....
Destination.....
Via.....
Remarks 2831: (Sellers' bags; Buyers' Brand.)

Yours truly,
MILE END MILLING COMPANY, LIMITED,
Per J. S. DUMONT.

In the course of a week or so later the parties concerned agreed to substitute two cars of Reindeer flour for two cars of said Saskatoon flour, at a price agreed upon.

The respondent failed to ship, without any excuse I can find in the evidence, two of said cars, one of Reindeer flour and the other of the Saskatoon brand, within the month of November. I think, therefore, the appellant is not responsible for anything in way of damages for or in respect of said two cars which I eliminate from further consideration herein.

The appellant, on the 25th of November aforesaid, wrote a letter clearly indicating it did not wish to carry out the contract, and asserting a local custom of agreeing to reduce the price in certain cases and asking respondent to do likewise.

1923
THE MILE END MILLING CO. v. PETERBOROUGH CEREAL CO.
Idington J.

I do not see proof of any general custom of the trade binding respondent to assent thereto and would therefore eliminate that from the consideration of this case further than to say that respondent should have inferred therefrom that it was quite unlikely to expect that appellant would accept any goods so bought and certainly was not justified in expecting it to extend the time for delivery.

The question is thus reduced to a question of damages for breach of contract in so far as regards the shipment made of three cars of flour in November.

So far I am quite in accord with the findings of the learned trial judge and inclined to hold that his judgment allowing $720, being the difference between the price agreed upon and the market price in Montreal on the 25th of November, 1920, must be the measure of damages.

I cannot understand on what basis the freight and damage and commission are allowed by the Court of King's Bench.

As I read the contract the flour was to be delivered in Montreal, and if the word "freight" was not intended to include that it was such an ambiguous term in above contract as to call for explanation from the respondent, claiming same as part of its damages.

I am more puzzled as to the question of whether interest on the damages from the date of the breach of the contract should not have been added by the learned trial judge to said sum allowed by him.

Subject thereto I would allow this appeal with costs and restore the judgment of the learned trial judge with whose reasoning I agree.

DUFF J.—I have come to the conclusion that this appeal should be allowed and the judgment of the trial judge restored. The point of substance appears to be whether the Court of King's Bench was right in holding that, the appellant having refused to accept the cars delivered on the 3rd December for the reasons given in its letter of the 25th November and repeated in its letter of the 1st December, in which the delay is not relied upon as respects the cars in question, it can now set up and rely on that delay in answer to the respondent's action.

I think there is nothing in the action of the respondent precluding the appellant from setting up in answer to the respondent's action non-performance of the contract on the respondent's part; consequently, for the purpose of determining the amount to which the respondent was entitled in the action, we may leave out of account the two cars sent on the 3rd December.

The case of *Braithwaite* v. *Foreign Hardwood Co.* (1) relied upon by Mr. Archambault cannot, in view of the comments upon it in the speeches of the Law Lords in *British and Bennington Ltd.* v. *N.W. Cachar Tea Co.* (2), be given effect to in the sense contended for.

As to the amount the respondent is entitled to recover, I concur in the reasons given by my brother Mignault for thinking that the view of the learned trial judge ought to prevail.

ANGLIN J.—The plaintiffs sue for damages for non-acceptance by the defendant of five car-loads of flour which it had contracted to purchase. The contract provided that the flour should be delivered at Montreal in November. One car was shipped from Peterborough on the 29th of November, two on the 30th of November and two on the 3rd of December. A change in the quality of two of the car-loads and a reduction in price of 30 cents a barrel on the entire contract by mutual consent arranged during November did not, in my opinion, postpone the date of delivery fixed by the contract. In a mercantile contract such a term is always of the essence of the vendor's obligation and upon the expiry of the time fixed the obligor is in default. Article 1069 C.C.

On the other hand I fully agree with the view of the learned trial judge that the buyer's attempt to establish a right of rejection because the vendors had refused to accede to its demand, based on an alleged custom of trade, that the price named in the contract should be further reduced to the market price at the time of delivery, involved a variation of the terms of a written contract which the law does not permit. Art. 1235 (4) C.C. The evidence of such a custom, even if admissible, was quite inadequate. More-

(1) [1905] 2 K.B. 543. (2) [1923] A.C. 48.

1923
THE MILE END MILLING CO. v. PETERBOROUGH CEREAL CO.
Anglin J.

over, the defence based on that contention is not now open, the defendant having accepted the judgment of the Superior Court condemning it to pay $720 damages in respect of the three cars shipped on the 29th and 30th of November, while holding it not liable in respect of the two cars shipped on the 3rd of December on the ground that delivery of them was too late to meet the requirement of the contract. The defendant by its acquiescence is also precluded from relying on this latter defence in respect to the three cars first shipped. Its appeal from the judgment of the Court of King's Bench, which awarded the respondents damages in respect to the whole five cars and for the full amount claimed, $4,495 ($3,450 loss on re-sale, plus $1,045 demurrage and expenses), is therefore restricted to two points, viz: that recovery should be had only in respect of the three cars shipped in November and that the measure of damages applied on appeal was erroneous. In fact the appellant asks that the judgment of the learned trial judge be restored.

Having elected not to treat the contract as terminated by the buyer's intimation of the 25th November that it should be cancelled if its demand for reduction in prices were refused, the vendors, insisting on the contract being carried out, were bound to observe its terms. *The Braithwaite case* (1), was relied on by Mr. Archambault in support of his contention to the contrary. As I read that case the Court of Appeal inferred an election by the buyers not to make the defence they sought to set up (p. 552). In so far as it may involve the proposition for which respondents' counsel cited it, I would, with respect, decline to follow it. Lord Sumner, who had been counsel in it, says in *British and Benington, Ltd.* v. *N.W. Cachar Tea Co.* (2), in my opinion the case as reported either does not lay down this proposition, or, if it does so, is wrong.

There can be no doubt that the two cars shipped on the 3rd of December were not delivered as contracted for. The Court of King's Bench does not suggest that the term of the contract requiring November delivery was ever varied. Its judgment is rested on "waiver" of the breach in this respect by the buyer said to arise from the facts that it

(1) [1905] 2 K.B. 543. (2) [1923] A.C. 48, at p. 70.

based its rejection of the flour on the vendors' refusal to accept for it the market price at the time of delivery and that its manager, in his testimony, stated that the only reason for rejection was that the market price had gone down when the flour reached Montreal.

With great respect, I cannot accede to that view. The ground of rejection assigned by the buyer may have been quite untenable. Yet if it had another good ground for refusing to accept, though it was not communicated at the time of rejection, it is not thereby debarred from setting it up as a ground of defence in answer to a claim for damages. The evidence of the buyer's manager amounts to no more than this, that the only ground of rejection present to the mind of the buyer when refusing to accept the flour was the vendors' refusal to take for it the then current market price—or perhaps merely that it had not stated any other ground in its letter of rejection. As to the two barrels shipped in December, the judgment of the learned trial judge, in my opinion, was right and should not have been disturbed. I find that the reasoning on which I have reached this conclusion has been fully stated by my brother Mignault. There is no object in my repeating it. There is no evidence, on which a finding of renunciation or acquiescence, such as would operate as a *fin de non recevoir* excluding the defence based on dilatoriness in delivery, can be supported.

CA 1973, 148)

The vendors' recovery must therefore be restricted to damages in respect to the three car-loads shipped in November. What should be the measure of such damages? The Court of King's Bench has said the loss on re-sale plus demurrage and expenses; the learned trial judge, the difference between the contract price and the market price at the date of breach.

Articles 1073 and 1074 C.C. declare that the debtor is liable for the amount of the loss sustained by the creditor and of the profit of which he has been deprived, so far as they have been, or might have been foreseen. Ordinarily the difference between the contract price and the market price (*Chouillou* v. *Johnson Co.* (1): *Genest* v. *Léger* (2)), plus

(1) [1920] Q.R. 60 S.C. 256. (2) [1921] 28 Rev. Leg. N.S. 155.

1923
THE MILE END MILLING CO. v. PETERBOROUGH CEREAL CO.
Anglin J.

any out-of-pocket expenses necessarily incurred is what is recoverable. *Chapman* v. *Larin* (1). Only in exceptional cases, as where there is no market for the goods, should any other basis of damages be considered. In such a case for the market price should be substituted the actual value of the goods at the date of the breach to be ascertained by the best means available. *Samuel* v. *Black Lake Asbestos and Chrome Co.* (2).

The vendor is not entitled to re-sell the goods on account of the purchaser and to charge him with the deficiency. His right is to recover damages. Article 1065 C.C. The price realized on a re-sale is at the most some proof of the market price or value of the goods at the time of the breach, provided it is shown that the price realized was the best obtainable, the sale being properly conducted and taking place as soon as reasonably possible after the breach. *Chapman* v. *Larin* (1), at p. 359.

The buyer definitely refused to take the flour on the 1st of December, 1920. Dissolution of the contract of sale in favour of the sellers immediately ensued. Article 1544 C.C. Yet they held the flour until January, 1921, without making any attempt to dispose of it and re-sold it only on the 12th of that month. Notwithstanding what is now urged as to the difficulty created by the special branding of the bags, there is not evidence that that fact affected the saleability of the flour (though it may perhaps be inferred that to some extent it did), and certainly none that it entailed the delay of six weeks in effecting the re-sale. The evidence rather indicates that the re-sale of January was made on a falling market and that the current prices of flour were then substantially lower than they had been in the beginning of December. The re-sale price on the 12th January therefore does not afford satisfactory evidence of the value of the flour in question at the date of the breach.

On the other hand, I am not satisfied that the full market prices of Reindeer Flour and Saskatoon Flour at that date could have been obtained for this shipment because of the special branding of the bags; and the learned trial judge should, I think, also have made some allowance to

(1) [1879] 4 Can. S.C.R. 349, at p. 359.

(2) [1921] 62 Can. S.C.R. 472.

cover such expenses as the respondents would necessarily have incurred in handling and effecting a re-sale of the flour with reasonable promptitude. The evidence does not enable me to determine what was the market value of the flour, branded as it was, on the 1st of December, or what price could with due diligence then have been obtained for it. If it could be sold to better advantage re-bagged, we are not informed as to the cost of re-bagging; neither does the record furnish the material requisite to fix a proper allowance for necessary expenses. The plaintiffs should have put in evidence all these matters, the burden being on them to prove their damages. Having failed to do so they cannot complain if this appeal be simply allowed with costs here and in the Court of King's Bench and the judgment of the trial judge restored.

While not dissenting from that disposition of the case, as an indulgence I would have been disposed, if the respondents should elect to take such an order within ten days, to direct that the action be remitted to the Superior Court for a new assessment, on the basis above indicated, of their damages in respect of the three cars shipped in November, the respondents to pay the costs of the appeal to this court to be set off *pro tanto* against the amount ultimately allowed for damages and their costs in the Superior Court and neither party to have costs in the Court of King's Bench; the costs of the new assessment of damages to be disposed of by the trial judge.

MIGNAULT J.—Il n'est question dans cet appel que du montant des dommages que l'appelante doit payer à l'intimée pour l'inexécution d'un contrat

Le 3 novembre, 1920, l'appelante a acheté de l'intimée cinq "chars" de farine Saskatoon en sacs, à $11.60 le baril, chaque baril contenant deux sacs, les sacs devant porter l'étiquette ou marque de l'appelante conformément à une esquisse à être fournie par elle, et la farine devant être expédiée en novembre. Cette commande fut subséquemment changée de manière à comprendre deux "chars" de farine Reindeer coûtant cinquante cents de plus par baril et trois "chars" de farine Saskatoon, et le prix fut réduit à $11.80 pour la farine Reindeer et à $11.30 pour la farine Saskatoon. Le 25 novembre l'appelante écrivit à l'intimée

1923
THE MILE END MILLING CO. v. PETERBOROUGH CEREAL CO.
Mignault J.

lui demandant, en raison d'une baisse considérable du marché, de réduire le prix en conséquence, ou si elle ne voulait pas faire cette réduction, d'annuler la vente. L'intimée ne voulut pas consentir à cette réduction, et le 29 novembre envoya un "char" de farine Saskatoon et, le 30 novembre, deux "chars," l'un de farine Saskatoon et l'autre de farine Reindeer, à l'appelante qui refusa, par lettre du 1er décembre, de les accepter pour les raisons données en sa lettre du 25 novembre. Le 3 décembre, l'intimée expédia deux "chars," l'un de farine Saskatoon et l'autre de farine Reindeer, à l'appelante qui ne voulut pas les accepter.

L'intimée, prétendant avoir revendu les cinq "chars," le 12 janvier, 1921, au nommé Strachan, au prix de $9 le baril pour la farine Saskatoon et $9.50 pour la farine Reindeer, réclame de l'appelante à titre de dommages-intérêts la différence de prix, soit $3,450, et, pour le charroyage, les frais de surestarie payés au chemin de fer du Pacifique Canadien, les frais d'entrepôt et la commission sur la revente, la somme de $1,045, faisant en tout $4,494.

La cour supérieure accorda à l'intimée $720 de dommages-intérêts pour la différence entre le prix de vente et le prix du marché, à la date du refus de l'appelante, sur les trois "chars" expédiés en novembre. Quant aux deux "chars" envoyés le 3 décembre, elle décida que cet envoi était tardif et non conforme au contrat et que l'appelante n'était pas obligée de les accepter. Elle refusa de condamner l'appelante à payer les frais d'entrepôt et de surestarie jusqu'au 12 janvier, 1921, comme ayant été encourus sans nécessité.

La cour du Banc du Roi accorda à l'intimée le plein montant de sa réclamation, jugeant que le refus des deux "chars" expédiés en décembre avait eu pour motif non pas l'envoi tardif, mais la baisse dans le prix du marché, et qu'il y avait eu renonciation ou *waiver* à se plaindre du retard. Elle décida en outre que la seule base des dommages était la différence entre le prix du contrat et le prix obtenu sur la revente de la marchandise et que l'intimée avait usé de toute diligence voulue pour opérer cette revente. Elle accorda tous les frais accessoires réclamés.

De là l'appel. Il n'y a qu'à déterminer quelle est la base des dommages qui doivent être accordés à l'intimée et aussi à décider si cette dernière peut réclamer des dommages-intérêts sur les "chars" qu'elle a expédiés en dehors du délai du contrat.

Pour juger le différend, nous devons appliquer, quant au droit du créancier de réclamer des dommages lorsque le débiteur refuse d'exécuter son obligation et aussi quant à l'évaluation de ces dommages, les règles contenues dans le code civil de la province de Québec. Cependant, je regrette d'avoir à le dire, les avocats de l'intimée, lors de l'audition de la cause, ont persisté à ne citer, outre les articles du code, que des autorités tirées du *common law*. Ce n'est pas ainsi que l'on conservera dans toute son intégrité le droit civil dans la province de Québec. Et j'ajoute qu'il est grandement temps que l'on se convainque que ce droit est assez riche en doctrine et en jurisprudence pour fournir une solution conforme à son génie à toutes les difficultés qui se rencontrent dans la pratique.

Il n'est pas douteux que lorsque l'appelante écrivit à l'intimée, le 25 novembre, lui demandant de réduire le prix stipulé au contrat pour le faire correspondre au prix du marché, ou si elle ne le voulait pas, d'annuler le contrat, il y a eu de sa part contravention à l'obligation résultant du contrat. C'était une déclaration de l'appelante qu'elle ne remplirait pas son obligation contractuelle, et elle a donné effet à cette déclaration lorsqu'elle a refusé d'accepter la farine. Or l'article 1065 C.C. explique en ces termes les conséquences de cette contravention:

1065. Toute obligation rend le débiteur passible de dommages en cas de contravention de sa part; dans les cas qui le permettent, le créancier peut aussi demander l'exécution de l'obligation même, et l'autorisation de la faire exécuter aux dépens du débiteur, ou la résolution du contrat d'où naît l'obligation; sauf les exceptions contenues dans ce code et sans préjudice à son recours pour les dommages-intérêts dans tous les cas.

Cela veut dire que lorsqu'il y a eu contravention à l'obligation, le créancier a en principe, et sauf les exceptions qui ne nous intéressent pas ici, le choix ou bien de réclamer des dommages-intérêts au débiteur, en concluant à la résolution du contrat, ou bien de demander l'exécution de l'obligation même, sans préjudice à son droit de réclamer

1923
THE MILE END MILLING CO. v. PETERBOROUGH CEREAL CO.
Mignault J.

des dommages-intérêts à raison de la contravention du débiteur.

Il n'y a aucun doute à cet égard dans la doctrine. Nous lisons en effet dans Aubry et Rau, 5e édition, t. 4, p. 128:—

La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été tenu peut demander, à son choix, contre celle qui y a manqué, soit l'exécution, soit la résolution du contrat.

Dans l'espèce, sur réception de la lettre de l'appelante, qui était un refus d'exécuter le contrat, l'intimée décida d'exiger l'exécution du contrat et d'expédier la farine à l'appelante. Et sur le refus de l'appelante d'accepter cette farine et de la payer, l'intimée était en droit de traiter le contrat comme résolu de plein droit et de réclamer des dommages-intérêts. En effet, aux termes de l'article 1544 C.C.,

dans la vente de choses mobilières, l'acheteur est tenu de les enlever au temps et au lieu où elles sont livrables. Si le prix n'en a pas été payé, la résolution de la vente a lieu de plein droit en faveur du vendeur, sans qu'il soit besoin d'une poursuite, après l'expiration du terme convenu pour l'enlèvement, et s'il n'y a pas de stipulation à cet égard, après que l'acheteur a été mis en demeure, en la manière portée au titre *Des Obligations;* sans préjudice au droit du vendeur de réclamer les dommages-intérêts.

Cependant, si l'intimée décidait d'exécuter le contrat elle devait suivre la loi de ce contrat et en observer toutes les conditions. Dans l'espèce, toute la farine achetée devait être expédiée en novembre, et l'intimée, choisissant d'exécuter le contrat, devait l'envoyer en novembre. Il y avait toutes les raisons de le faire ici, car le marché était en baisse. Et il a été jugé, et je crois à bon droit, que dans les marchés à livrer portant sur des marchandises dont le prix est sujet à de fréquentes variations, le délai convenu pour la livraison forme une partie essentielle du contrat (Besançon, 24 juin, 1919. Dalloz, 1921.2.115).

Mais le jugement dont est appel décide que l'appelante ayant refusé d'accepter l'envoi tardif pour les raisons qu'elle avait données dans sa lettre du 25 novembre et répétées dans sa lettre du 1er décembre,

il y a eu renonciation ou *waiver* de la part de l'intimée (l'appelante devant cette cour) du retard dans l'expédition de ces deux chars, et qu'il était trop tard, partant, lors du procès, pour invoquer ce moyen.

Ecartons immédiatement la doctrine anglaise du *waiver*, qui est étrangère au droit civil, et demandons-nous si dans l'espèce il y a eu renonciation ou acquiescement, pour me servir du terme propre et bien français?

Si la cour d'appel, dans le passage de son jugement que j'ai cité, a entendu énoncer une règle de droit—ce que du reste elle n'appuie d'aucune autorité—je suis très respectueusement d'opinion qu'il n'y a pas de telle règle. Le fait qu'une partie à une action justifie son acte par un motif, et lorsqu'on démontre que ce motif manque de fondement, essaye de s'appuyer sur un autre motif qu'elle n'avait jamais invoqué, peut quelquefois faire douter de sa sincérité ou même de sa bonne foi. En certaines circonstances, on peut y voir une raison de fait pour repousser la prétention de la partie, mais encore une fois il n'y a pas là règle de droit. La véritable règle de droit, c'est qu'on n'est jamais censé renoncer à un droit, et alors que l'acquiescement peut être tacite, il doit être non-équivoque, c'est-à-dire l'intention d'acquiescer ou de renoncer doit être démontrée. Dans l'espèce, l'acheteur prétend à tort que le vendeur est obligé de réduire le prix stipulé au contrat, parce que le prix du marché a baissé, et il refuse d'accepter livraison. Est-ce que cela implique que l'acheteur consent à recevoir la marchandise en dehors des délais du contrat (car l'acquiescement est un consentement) même dans le cas où l'acheteur n'aurait donné aucune raison de son refus d'accepter livraison, sinon la raison mal fondée que le prix du contrat devrait être réduit? Il faudrait plus que cela pour dire qu'il y a eu acquiescement ou consentement à l'envoi tardif. Si l'acheteur avait accepté livraison de la marchandise en refusant de la payer plus que le prix du marché, je comprendrais qu'on pourrait dire qu'il avait acquiescé à l'envoi tardif. Mais lorsqu'il refuse absolument de la recevoir, en invoquant si on veut une mauvaise raison, cela implique-t-il qu'il consent quand même à la recevoir en dehors des délais du contrat? Je crois que non, car il n'y a aucun consentement, même tacite, à recevoir la marchandise, il n'y a qu'un refus de la recevoir.

D'ailleurs, je l'ai déjà dit, si l'intimée choisissait d'exiger l'exécution du contrat, elle devait, si elle voulait réclamer des dommages à raison de la contravention de l'appelante, suivre la loi de ce contrat et expédier la marchandise dans le délai convenu. Ce serait bien étrange qu'étant elle même en faute par son envoi tardif, elle pût encore s'autoriser de cette exécution fautive pour réclamer des dommages à

l'intimée. Voy. Baudry-Lacantinerie et Saignat, Vente et Echange, no. 602; Aubry et Rau, 5e éd. tome 5, p. 143, note 4.

Je crois donc qu'on ne doit pas tenir compte des deux "chars" envoyés le 3 décembre dans le calcul des dommages-intérêts que l'appelante doit à l'intimée. En cela je suis de l'avis du premier juge.

1923 CA
148

Mais comment doit-on évaluer ces dommages? Ici encore il n'y a qu'à appliquer les articles 1073, 1074 et 1075 du code civil. Les dommages-intérêts dus au créancier sont en général le montant de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé. Il importe peu que le débiteur ait agi ici par dol—mais il n'est pas nécessaire de décider si réellement il y a eu dol—car les dommages dont il s'agit ont pu être prévus et résultent directement de l'inexécution du contrat.

La cour supérieure dit que pour déterminer le montant des dommages il faut tenir compte de la différence entre le prix du marché au jour de la contravention et le prix du contrat.

Cette différence est sans aucun doute l'un des éléments que le juge doit envisager lorsqu'il fixe le montant des dommages qui proviennent de l'inexécution d'une vente, et surtout d'une vente commerciale. Les marchandises ou denrées ont ordinairement un cours ou une valeur qui varie suivant les circonstances, et surtout d'après les lois économiques de l'offre et de la demande. D'autre part, en vue du refus de l'acheteur d'accepter la marchandise vendue, le vendeur cherchera généralement un autre acheteur, et son gain ou sa perte se mesurera d'après le prix qu'il pourra en obtenir, c'est-à-dire par le prix courant au jour de la revente. De même l'acheteur, qui a acheté pour revendre et non pas pour garder la marchandise, se la procurera ordinairement ailleurs et son gain ou sa perte se mesurera également par le prix qu'il devra la payer, soit le prix du marché au jour de son nouvel achat. Dire donc que la différence entre le prix du marché et le prix du contrat en matière commerciale est la mesure de ces dommages, c'est énoncer une règle qui s'applique également au vendeur et à l'acheteur, et qui est conforme à l'intention de l'un et de l'autre puisque tous deux ils faisaient une opération com-

merciale. Sans doute, lorsqu'il n'y a pas de marché ou de cours pour la marchandise, le juge devra nécessairement chercher d'autres éléments de fixation des dommages, mais ordinairement la différence entre le prix du contrat et le prix du marché est le meilleur guide pour l'évaluation des dommages. Ceci me paraît si élémentaire que je me contente d'indiquer une solution tirée de la jurisprudence française et qui s'applique ici.

En matière de vente de denrées, les dommages-intérêts dus au vendeur, au cas de résolution pour défaut de retirement de la marchandise vendue, se règlent par la différence entre le prix de vente stipulé et celui du cours au jour fixé pour la livraison. Douai, 8 août, 1896. Dalloz, 1897, 2. 69.

On trouvera plusieurs décisions d'espèce dans le répertoire de Fuzier-Herman, vo. Dommages-intérêts, nos. 247 et suiv.

Je ne pense pas que la cour du Banc du Roi ait méconnu cette règle puisqu'elle a accordé à l'intimée la différence entre le prix de la revente et le prix du contrat. Je ne puis cependant m'empêcher de croire que l'application que le premier juge en a faite est plus conforme à la justice. Il appert en effet que l'intimée a attendu tout le mois de décembre et une partie de janvier avant de chercher à revendre la farine. Son agent, Freeman, dit qu'il a reçu ses premières instructions de vendre la farine à la fin de décembre ou au commencement de janvier. Et pendant tout ce temps le marché baissait.

Je ne crois pas que l'intimée ait démontré l'absence de marché ou de possibilité de revendre la farine. On a produit au dossier des listes de prix se rapportant à diverses dates en décembre et janvier, et le témoin Turgeon dit que la cote du marché de fleur paraissait journellement dans la "Gazette" de Montréal. L'agent de l'intimée, Freeman, ne nie pas l'existence d'un marché pour la fleur, mais il dit qu'en décembre et janvier ce marché était "brisky," mot d'argot américain que je crois signifier "incertain" ou "capricieux." S'il en était ainsi, c'était une raison de plus de presser la revente. L'intimée s'est adressée pour la revente à un courtier qui n'achetait pas pour le commerce, mais seulement pour Strachan, qui était boulanger. C'est elle qui avait la charge de la preuve, et elle ne me satisfait pas qu'elle était justifiable d'attendre un mois et demi avant

1923
THE MILE END MILLING CO. v. PETERBOROUGH OATMEAL CO.
Archambault J.

de revendre, et surtout de charger à l'appelante la somme considérable qu'elle lui réclame pour frais d'entrepôt et de surestarie pendant ce long délai.

A l'audition l'intimée a prétendu que cette farine étant en sacs portant la marque et le nom de l'appelante, n'était pas aussi facile à vendre que si ces sacs n'étaient pas ainsi marqués. La preuve est silencieuse sur cette circonstance qu'on dit maintenant avoir été une entrave à la revente. Tout ce que je trouve c'est une remarque de Freeman:

> we were stuck with that mark on it, it was somebody else's mark, so we had to dispose of it.

On ignore cependant si cette circonstance a influé sur le prix, et on ne sait pas non plus quel aurait été le coût du chargement de la farine dans d'autres sacs. L'intimée étant demanderesse avait la charge de cette preuve et elle ne l'a pas faite.

Sur le tout j'en suis arrivé à la conclusion de rétablir le premier jugement. Je puis ajouter que j'aurais beaucoup hésité à intervenir dans cette question de l'évaluation des dommages, si je n'étais convaincu que dans cette cause on n'a pas eu suffisamment égard au retard inexpliqué de l'intimée de faire la revente. Je ne vois du reste aucune justification au sujet de la condamnation de payer des frais d'entrepôt et de surestarie, encourus par suite de ce retard.

Mon opinion est donc d'accorder l'appel et de rétablir le jugement de la cour supérieure avec les frais de cette cour et de la cour d'appel.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: *C. Rodier.*

Solicitors for the respondent: *Archambault & Marcotte.*

COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : Glegg *c.* Smith & Nephew Inc., [2005] 1 R.C.S. 724, 2005 CSC 31

DATE : 20050520
DOSSIER : 30060

ENTRE :

Smith & Nephew Inc.
Appelante
c.
Louise Glegg
Intimée

ET ENTRE :

Christopher Carter et Gilles Dextradeur
Appelants
c.
Louise Glegg
Intimée

CORAM : Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron

MOTIFS DE JUGEMENT : (par. 1 à 32) Le juge LeBel (avec l'accord des juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron)

Glegg *c.* Smith & Nephew Inc., [2005] 1 R.C.S. 724, 2005 CSC 31

Smith & Nephew Inc. *Appelante*

c.

Louise Glegg *Intimée*

et entre

Christopher Carter et Gilles Dextradeur *Appelants*

c.

Louise Glegg *Intimée*

Répertorié : Glegg *c.* Smith & Nephew Inc.

Référence neutre : 2005 CSC 31.

N° du greffe : 30060.

2005 : 13 janvier; 2005 : 20 mai.

Présents : Les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

en appel de la cour d'appel du québec

Procédure civile — Production de documents — Dossiers médicaux — Interrogatoire préalable — Demanderesse poursuivant en responsabilité civile ses médecins traitants et le fabricant d'une prothèse — Partie importante des dommages-intérêts réclamés correspondant aux chefs de souffrance et douleur, choc et nervosité — Objection de la demanderesse à la divulgation de son dossier médical tenu par son psychiatre au cours de l'interrogatoire préalable — Cette objection doit-elle être rejetée? — La demanderesse a-t-elle renoncé implicitement à la confidentialité de son dossier médical? — Les défendeurs ont-ils démontré la pertinence de cette divulgation?

Médecins et chirurgiens — Secret professionnel — Dossier médical — Accès au contenu d'un dossier médical — Étendue de la divulgation — Principe de la pertinence.

Médecins et chirurgiens — Secret professionnel — Dossier médical — Renonciation — Renonciation du patient à la confidentialité de son dossier médical et au secret professionnel du médecin — Portée et limite de cette renonciation.

G poursuit en responsabilité civile ses médecins traitants et le fabriquant d'une prothèse métallique utilisée pour réduire une fracture de son fémur. Elle réclame des dommages-intérêts, entre autres, pour les souffrances et les douleurs, le choc et la nervosité. Elle allègue que des réactions allergiques à l'installation de l'implant et les douleurs causées par celui-ci l'ont rendue invalide et inapte au travail, et auraient provoqué une dépression situationnelle. Au cours de l'interrogatoire

préalable, avant la production de la défense, les appelants apprennent que G consulte un psychiatre et demandent la communication du dossier psychiatrique. G refuse et les parties se présentent devant la Cour supérieure. Lors d'une première audience, le juge ordonne à l'avocat de G d'apporter le dossier pour lui permettre de statuer sur l'objection. Lors de la seconde audience, le juge rejette l'objection faute d'avoir pu en vérifier les motifs puisque G ne s'est pas conformé à la première ordonnance. La Cour d'appel infirme cette décision et ordonne à la Cour supérieure de déterminer les parties pertinentes du dossier qui doivent être divulguées.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. La décision de la Cour supérieure est rétablie.

Malgré son importance et la protection que lui accordent notamment la *Charte des droits et libertés de la personne* et les lois d'organisation professionnelle, le secret professionnel du médecin connaît des limites. Le titulaire du droit au secret peut y renoncer et la divulgation d'informations confidentielles peut être imposée pour protéger des intérêts concurrents. La renonciation, même implicite, n'autorise pas un accès illimité et incontrôlé au dossier médical. Celui qui réclame l'accès doit établir la pertinence apparente de l'information recherchée, pour l'exploration des fondements de la demande et pour la conduite de la défense. À l'occasion de l'interrogatoire préalable, avant ou après la production de la défense, la pertinence s'apprécie largement, principalement par rapport aux allégations contenues dans les actes de procédure. De plus, à cette étape, une obligation implicite de confidentialité s'impose aux parties. Si la pertinence de la preuve demeure contestée, le juge tranche et contrôle les modalités de la prise de connaissance et de la diffusion de l'information. [17-26]

En l'espèce, les appelants ont démontré la pertinence de l'information recherchée et l'existence d'une renonciation implicite, notamment du fait de la nature des allégations de l'action prise et des réponses données par G au cours de l'interrogatoire préalable. À cette étape, le juge pouvait donc ordonner la communication du dossier aux avocats des appelants. Si G s'était conformé à l'ordonnance initiale et avait apporté le dossier, le juge aurait pu prendre les mesures nécessaires pour statuer sur les objections à la communication d'éléments particuliers du dossier. Devant une telle situation, la Cour d'appel ne pouvait pas, à cette étape de la procédure, imposer un fardeau plus lourd aux appelants qui avaient déjà démontré la pertinence apparente de l'information recherchée. [27] [31]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647; *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51; **arrêts mentionnés :** *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 R.C.S. 456, 2004 CSC 18; *Pilorgé c. Desgens*, [1987] R.D.J. 341; *Goulet c. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085; *Coffey c. Tran*, [1991] R.D.J. 107; *Kruger Inc. c. Kruger*, [1987] R.D.J. 11; *Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.*, [1993] R.J.Q. 2735; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Québec (Procureur général) c. Dorion*, [1993] R.D.J. 88; *Champagne c. Scotia McLeod Inc.*, [1992] R.D.J. 247.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 9.

Code de déontologie des médecins, R.R.Q. 1981, ch. M-9, r. 4.1, art. 20(3).

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 46, 395, 397, 402.

Code des professions, L.R.Q., ch. C-26, art. 60.4.

Loi médicale, L.R.Q., ch. M-9, art. 42.

Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-4.2, art. 19.

Règlement de procédure civile de la Cour supérieure, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8, règle 3.

Doctrine citée

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Baudouin, Forget et Biron (*ad hoc*)), [2003] J.Q. nº 13292 (QL), J.E. 2003-1912, infirmant une décision du juge Baker rendue le 27 février 2003. Pourvoi accueilli.

Gerald R. Tremblay, c.r., *Catherine Mandeville* et *Mélanie Dugré*, pour les appelants Christopher Carter et Gilles Dextradeur.

Odette Jobin-Laberge, pour l'appelante Smith & Nephew Inc.

Dominic Desjarlais, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

1 Le présent pourvoi soulève un problème d'application du secret professionnel médical. Le débat porte sur l'accès au dossier psychiatrique tenu par un médecin consulté par une patiente qui poursuit ses médecins traitants et le manufacturier d'une prothèse métallique utilisée par l'un de ceux-ci pour réduire une fracture de son fémur. À l'occasion d'objections à des questions et à des demandes de production de documents au cours d'interrogatoires préalables, la Cour d'appel du Québec a renversé un jugement interlocutoire de la Cour supérieure qui ordonnait la production d'un dossier de consultations psychiatriques. À mon avis, l'intimée avait renoncé au secret professionnel dans les circonstances de ce dossier et les appelants avaient établi de manière suffisante la pertinence de cette production pour la conduite de leur défense à l'étape des interrogatoires préalables, au cours de la mise en état du dossier. En conséquence, comme je l'expose dans les motifs qui suivent, j'accueillerais le pourvoi. Je rétablirais ainsi le jugement de la Cour supérieure qui rejetait les objections de l'intimée à la production du dossier médical pertinent.

II. Origine et déroulement du litige

2 Cette affaire débute avec un accident malheureux dont Mme Glegg est victime. Le 9 juillet 1996, elle fait une chute en bicyclette et se fracture le fémur droit et la hanche. Après son transport à l'hôpital, l'un des appelants, le Dr Carter,

chirurgien orthopédiste, procède à une réduction chirurgicale de la fracture. Au cours de cette intervention, il met en place un implant métallique fabriqué et vendu par l'appelante Smith & Nephew Inc. Le Dr Carter assure le suivi médical normal en pareil cas. Par ailleurs, l'intimée consulte un autre chirurgien orthopédiste, le Dr Dextradeur, également appelant dans ce dossier, le 26 mai 1997, au sujet de douleurs à un pied. Enfin, le 11 décembre 1997, après avoir constaté la consolidation de la fracture, le Dr Carter effectue une seconde opération pour retirer l'implant.

3 L'intimée se plaint d'avoir subi de vives douleurs entre les deux opérations. Elle affirme que ces douleurs l'ont rendue incapable de travailler. En conséquence, le 31 mars 2000, elle intente une action en dommages-intérêts contre les Drs Carter et Dextradeur ainsi que contre Smith & Nephew Inc. Le recours contre les deux médecins invoque leur responsabilité professionnelle pour ne pas avoir prévu, diagnostiqué ou traité des phénomènes d'allergie causés par l'implant et pour ne pas avoir donné à l'intimée une information suffisante au sujet des caractéristiques de celui-ci. Au manufacturier, l'action fait grief des dangers de son produit et de défauts d'information quant à la nature des risques propres à sa mise en place.

4 L'intimée réclame solidairement aux appelants 4 655 000 $. La déclaration réclame notamment 2 000 000 $ pour les souffrances et douleurs de l'intimée, le choc, la nervosité, et la perte de jouissance de la vie. Les allégations mentionnent que des réactions allergiques à l'installation de l'implant et les douleurs causées par celui-ci ont rendu l'intimée invalide et inapte au travail. Elles auraient aussi provoqué une dépression situationnelle.

5 Après la signification de l'action, les avocats des appelants entreprennent les procédures habituelles de demande de production de documents et d'interrogatoire préalable. Ils assignent Mme Glegg pour un interrogatoire préalable, avant la production de la défense, en vertu de l'art. 397 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« *C.p.c.* »). À l'occasion de leur examen du dossier et d'un interrogatoire de l'intimée en 2000, les appelants apprennent qu'un dermatologue, le Dr Pratt, consulté par cette dernière au sujet de problèmes d'hypersensibilité survenus après la réduction de sa fracture, lui a conseillé de rencontrer un psychiatre, le Dr Gawlik. L'intimée confirme alors avoir subi une dépression après son accident et ses opérations. Elle reconnaît consulter régulièrement le Dr Gawlik, depuis novembre 1999, en raison des problèmes psychologiques que lui ont causés ces événements.

6 L'interrogatoire préalable reprend le 24 avril 2002. Les avocats des appelants posent de nouvelles questions à Mme Glegg sur ses consultations avec le Dr Gawlik. Elle affirme l'avoir consulté environ 40 fois, de novembre 1999 à novembre 2000. Les appelants demandent alors la transmission du dossier tenu par le Dr Gawlik. L'avocat de l'intimée fait noter à ce moment un engagement de produire les documents, mais sous réserve, avec indication que la question sera discutée plus tard. L'interrogatoire est ensuite suspendu. Le 10 juillet 2002, l'avocat de l'intimée informe les appelants que sa cliente ne consent pas à la production des notes d'entrevue du Dr Gawlik en raison du caractère confidentiel de ces documents.

7 Quelques semaines plus tard, le 1er août 2002, l'avocat de l'intimée envoie aux appelants un projet de lettre apparemment préparé par le Dr Gawlik et destiné à une fonctionnaire fédérale chargée de l'examen de demandes de prestations

d'invalidité en vertu du Régime de pension du Canada. Ce document confirme les consultations et donne quelques explications sur les circonstances qui ont amené Mme Glegg à son cabinet. La partie de la lettre portant sur le diagnostic a toutefois été effacée. Entre-temps, le 11 juillet 2002, l'expert psychiatre des appelants, le Dr Bourget, rencontre Mme Glegg et procède à son évaluation médicale. Le 25 septembre 2002, cet expert fait rapport à ses mandants. Il affirme alors que le dossier tenu par le Dr Gawlik lui paraît très pertinent et utile pour l'évaluation de l'état psychiatrique de l'intimée et pour donner son opinion à ce sujet. À la suite de ces informations, les appelants réitèrent leur demande de communication du dossier tenu par le Dr Gawlik. L'intimée refuse toujours son consentement à cette transmission. En conséquence, quelques mois plus tard, les parties se présentent devant la Cour supérieure pour obtenir une décision sur l'objection à la communication du dossier tenu par le Dr Gawlik. Entre-temps, les appelants ont déposé leurs défenses. Le juge Baker est saisi du dossier de l'objection. Un nouvel avocat représente alors Mme Glegg. L'étude qui agissait auparavant pour celle-ci lui a transmis le dossier récemment.

8 La reconstitution du cours et du contenu des débats devant le juge Baker soulève malheureusement quelques difficultés. Suivant une pratique courante, les avocats des parties se sont présentés au cabinet du juge pour la plaidoirie sur les objections soulevées au cours de l'interrogatoire préalable de Mme Glegg. Le juge a alors pris connaissance des actes de procédure et de la transcription sténographique de l'interrogatoire. Comme cette partie de l'affaire se passe au cabinet du juge et non en salle d'audience, le système d'enregistrement du palais de justice n'enregistre pas les observations des parties et les échanges entre elles et le juge. Par ailleurs, aucun sténographe n'accompagne les avocats chez le juge. En conséquence, la seule trace

écrite de ce débat judiciaire se retrouve dans les procès-verbaux des audiences du 25 et du 27 février 2003.

9 Le 25 février, une première audience a lieu au cabinet du juge Baker. Le procès-verbal d'audience ne contient que la transcription d'une décision de ce dernier. Elle ordonne à Me Desjarlais, l'avocat de Mme Glegg, d'apporter une partie des caisses de documents qu'il a reçues de son prédécesseur et de revenir le 27 février 2003 :

> Le Tribunal ordonne aux procureur[s] de comparaître jeudi, le 27 février 03, bureau 14.21, et ordonne à Me Desjarlais d'apporter avec lui les boîtes de documents de Me Samuel sur les rapports ou notes du Dr Gawlick [*sic*].
>
> Diane Bourbonnais
> Greffière

10 La deuxième audience se tient comme prévu le 27 février 2003. Le juge Baker rejette alors l'objection à la demande de transmission du dossier tenu par le Dr Gawlik, telle qu'elle avait été formulée lors de l'interrogatoire préalable. Cette décision est celle visée par le présent pourvoi. Le procès-verbal est muet quant au contenu de l'argumentation des avocats et aux motifs donnés par le juge Baker. Il ne contient que la mention de la présence des avocats et le dispositif du jugement :

> 14 h 35 Cause continuée du 25 février 2003.
> Représentations de Me Dugré.
> Représentations de Me Desjarlais.
>
> Décision :
> L'objection à la page 50 de l'interrogatoire de Mme Louise Glegg est rejetée.

11 Avant de passer à l'examen de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec, il importe de comprendre et de préciser ce qui s'est passé devant la Cour supérieure. Ce sujet a fait l'objet de plusieurs questions et d'échanges à l'audience devant notre Cour. Du contexte de l'interrogatoire, il me paraît sûr que les avocats des appelants voulaient obtenir les notes contenues au dossier tenu par le Dr Gawlik. À la première audience, le 25 février, l'avocat de l'intimée ne les avait pas en sa possession. Pour statuer sur l'objection, le juge Baker a demandé d'apporter le dossier qui les contenait. L'ordonnance aurait pu être plus précise. Toutefois, dans le contexte, la demande adressée à l'avocat restait claire : il devait apporter ce dossier médical. Le 27 février, l'avocat a apporté des dossiers transmis par le confrère qui avait agi pour Mme Glegg. Les notes du Dr Gawlik ne s'y trouvaient pas. On peut présumer que l'avocat exécutait alors les instructions données par sa cliente en ne les apportant pas à la Cour supérieure. Toutefois, l'avocat ne pouvait pas se retrancher derrière des imprécisions de l'ordonnance du juge Baker, dont le sens était suffisamment clair dans les circonstances où elle a été prononcée. L'ordonnance du juge ne pouvait avoir d'autre objet que les notes des entrevues avec l'intimée. Dans ce cadre, il faut conclure que l'intimée ne s'est pas conformée à l'ordre du juge. En conséquence, celui-ci a rejeté l'objection, puisque l'intimée ne lui a pas permis d'en vérifier les motifs. L'intimée a interjeté appel et la Cour d'appel lui a donné gain de cause : [2003] J.Q. n° 13292 (QL).

12 L'arrêt de la Cour d'appel accueille le pourvoi et ordonne le retour du dossier devant la Cour supérieure. Celle-ci devrait reprendre l'examen du dossier pour déterminer, contradictoirement et à huis clos s'il le faut, les parties pertinentes du dossier psychiatrique qui devraient être communiquées. L'arrêt insiste sur

l'importance du secret professionnel médical, particulièrement dans le domaine psychiatrique.

13 Si la Cour d'appel admet que l'institution de procédures en responsabilité médicale peut impliquer une renonciation implicite au secret, celle-ci demeure limitée par le principe de la pertinence. Si le droit à la défense doit être protégé, il importe aussi de sauvegarder le droit à la protection de la vie privée que soulève la relation psychiatrique. À ce propos, la Cour d'appel estime que l'arrêt prononcé par notre Cour dans l'affaire *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647, ne représente pas le dernier état de la jurisprudence sur l'accès au dossier médical et hospitalier et sur les renonciations à la confidentialité de ceux-ci, surtout dans le domaine psychiatrique. À son avis, l'arrêt *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, aurait donné plus de poids au droit au respect de la vie privée et alourdi le fardeau de preuve de celui qui entend obtenir l'accès au dossier psychiatrique d'un patient. La Cour d'appel critique aussi la procédure adoptée par les appelants pour régler cette question d'accès au dossier psychiatrique. Au lieu de présenter la demande au cours d'un interrogatoire préalable, les défendeurs auraient dû plutôt faire signifier une requête pour production du dossier médical en vertu de l'art. 402 *C.p.c.* Une telle voie procédurale aurait permis de mieux encadrer le débat et d'y intégrer toutes les questions de fait et de droit pertinentes. Ce jugement fait maintenant l'objet du pourvoi autorisé devant notre Cour.

III. Analyse

A. *Les questions en litige*

14 Pour décider si le premier juge a eu raison de rejeter l'objection de l'intimée, il faut se pencher à nouveau sur les problèmes liés à la nature du secret professionnel médical en droit québécois et aux renonciations à celui-ci. On doit d'abord déterminer à quelles conditions peut intervenir une telle renonciation. Ensuite, une fois les principes posés, il conviendra d'examiner comment peut être soulevée une telle renonciation, le fardeau de preuve de la partie qui veut obtenir l'accès au contenu d'un dossier médical et l'étendue de cette communication. Cette analyse s'effectuera dans le contexte particulier des procédures d'interrogatoire préalable et de communication de documents qui précèdent la mise en état d'un procès dans la procédure civile du Québec.

B. *Le cadre législatif du secret professionnel médical*

15 On doit se rappeler que l'affaire examinée dans le présent appel relève du droit de la responsabilité civile. Elle est donc régie par le droit civil et la procédure civile du Québec. Sans nier les influences de la common law et, notamment, la complexité des sources du droit de la preuve civile au Québec, il demeure que le droit en question est maintenant codifié. Un ensemble complexe de règles législatives l'encadre désormais. Certaines d'entre elles possèdent d'ailleurs une valeur quasi constitutionnelle, en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* ») (voir à ce propos : *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 R.C.S. 456, 2004 CSC 18, par. 18-27; J.-C. Royer, *La preuve civile* (3e éd. 2003), p. 903-911).

16 En utilisant des techniques juridiques diverses, fondées sur des règles de procédure qui établissaient des immunités de divulgation, le droit québécois a reconnu de longue date l'importance fondamentale du secret professionnel médical dans la relation thérapeutique (Royer, p. 904-906). Aujourd'hui, l'art. 9 de la *Charte québécoise* reconnaît le droit de chaque personne au secret professionnel. Ce droit existe à l'égard de toutes les personnes tenues à celui-ci. Le *Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26, impose cette obligation à tous les membres des ordres professionnels qu'il régit (art. 60.4). Les médecins appartiennent obligatoirement à un ordre connu comme le « Collège des médecins » auquel s'applique le *Code des professions* et la *Loi médicale*, L.R.Q., ch. M-9. L'article 42 de celle-ci établit une immunité de divulgation à l'égard des informations que le médecin a obtenues en raison de ses rapports professionnels avec le patient. Le *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q. 1981, ch. M-9, r. 4.1, reconnaît l'importance de la confidentialité de ces informations et impose aux médecins l'obligation stricte de la préserver (art. 20(3)). Ainsi, comme dans le cas des avocats, le secret professionnel du médecin comporte une obligation de confidentialité et une immunité de divulgation (*Foster Wheeler*, par. 28-29). Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'étudier davantage cet aspect de la question, on se rappellera que la législation québécoise comporte des mesures destinées à assurer le respect de la confidentialité des dossiers des hôpitaux et des institutions appartenant au réseau des services sociaux et de santé (*Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-4.2, art. 19). Notre Cour a d'ailleurs examiné cette législation dans l'arrêt *Frenette*. Le présent appel ne met toutefois en cause que la mise en œuvre du secret professionnel médical proprement dit, à l'égard du dossier tenu par le médecin sur sa patiente.

17 La Cour d'appel a souligné l'importance du secret professionnel médical. Elle a rappelé à bon droit l'importance du droit au respect de la vie privée qu'implique la relation psychiatrique. Cependant, si important qu'il soit, ce secret ne représente pas un absolu. Malgré la protection que lui accordent notamment la *Charte québécoise* et les lois d'organisation professionnelle, il connaît des limites. La divulgation d'informations confidentielles peut être imposée pour protéger des intérêts concurrents. Le titulaire du droit peut aussi y renoncer implicitement ou explicitement (Royer, p. 954-959).

C. *La renonciation au secret professionnel médical*

18 La reconnaissance des renonciations explicites ne pose pas de problèmes de principe. Les règles relatives au secret professionnel sont d'ordre public de protection. Le titulaire du droit est admis à y renoncer. Notre Cour a donné effet à ces renonciations à l'égard des dossiers hospitaliers dans l'arrêt *Frenette*. La règle vaut aussi à l'égard du secret professionnel médical, protecteur du même droit au respect de la vie privée. Il suffit que la renonciation soit volontaire, claire et émane d'une personne qui connaît l'existence de son droit (Royer, p. 954-955). Reste alors à étudier la portée et les limites de la renonciation, notamment quant à la pertinence de l'information recherchée, lors d'un interrogatoire préalable et de la production de documents, au cours de la mise en état du dossier, puis, le cas échéant, lors du procès.

19 Le présent pourvoi soulève toutefois un problème de renonciation implicite. Bien que la renonciation ne se présume pas, la jurisprudence et la doctrine admettent cette forme de renonciation et lui donnent effet. Elle s'infère des gestes posés par le titulaire du droit, qui se révèlent incompatibles avec la volonté de préserver le secret

professionnel ou plutôt d'éviter la divulgation de l'information confidentielle que protège celui-ci. En matière de responsabilité médicale, la règle est bien établie, comme le constate Royer :

> Dans le domaine de la santé, le plaideur qui fait de son dossier médical ou de son état médical un élément pertinent à un litige, renonce tacitement à la confidentialité de son dossier médical et au secret professionnel du médecin . . . [p. 960]

20 La jurisprudence québécoise est constante dans ce domaine, comme le démontre l'étude que notre Cour en a faite dans l'arrêt *Frenette* (voir aussi : *Pilorgé c. Desgens*, [1987] R.D.J. 341 (C.A.); *Goulet c. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085 (C.A.); *Coffey c. Tran*, [1991] R.D.J. 107 (C.A.)). Par sa poursuite contre ses médecins et contre le manufacturier de la prothèse, où presque la moitié de la somme réclamée correspond aux postes de souffrance et douleur, choc et nervosité, l'intimée soulevait le problème de son état de santé, de ses causes et de ses conséquences. Elle consentait alors à ce que des questions, touchant certes de très près à sa vie privée, soient débattues devant le tribunal ou examinées au cours de la phase préliminaire de la mise en état du dossier. D'ailleurs, de toute manière, ses adversaires auraient-ils renoncé à tout examen préalable qu'au fond lors du procès, il lui faudrait établir les bases de leur responsabilité civile. Elle devrait alors expliquer son état et les dommages subis et donc, renoncer pour autant au secret ou au droit qui protège la vie privée.

D. *L'exigence de la pertinence*

21 Il importe de souligner ici que la nature des intérêts en cause exige le rappel d'un principe modérateur de la conduite de la preuve civile, y compris au stade des interrogatoires préalables, soit celui de la pertinence de la preuve. Ce principe régit

les interrogatoires préalables, comme les communications de dossiers. Bien qu'il en ait peu discuté en raison des circonstances de l'affaire, l'arrêt *Frenette* n'a jamais posé le principe qu'une renonciation explicite ou implicite autorisait un accès illimité et incontrôlé au dossier médical d'un patient. Au contraire, les limites du secret se reflètent dans le principe de la pertinence appliqué dans le contexte des étapes successives du procès civil.

22 Ce principe s'applique lors de l'interrogatoire préalable, avant ou après la production de la défense. La pertinence s'apprécie alors principalement par rapport aux allégations contenues dans les actes de procédure (*Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51, par. 53; *Kruger Inc. c. Kruger*, [1987] R.D.J. 11 (C.A.)). La procédure d'interrogatoire préalable favorise la divulgation de la preuve dans l'intérêt de la conduite juste et efficace des procès. Son emploi permet ainsi à un plaideur de mieux connaître les fondements de la réclamation présentée contre lui, d'évaluer la qualité de la preuve et, à l'occasion, d'évaluer l'opportunité de maintenir la contestation ou, au moins, de mieux définir le cadre de celle-ci. Bien employée, cette procédure peut contribuer à accélérer la marche du procès et la résolution des débats judiciaires (voir Royer, p. 411; *Lac d'Amiante*, par. 59-60). Dans ce contexte, l'accès à la preuve pertinente demeure inévitablement lié au droit du défendeur de préparer et de présenter une défense pleine et entière. Si la pertinence de la preuve demeure contestée, le juge est appelé à trancher.

23 À l'occasion d'un interrogatoire préalable ou de la communication de la preuve au cours de la mise en état du dossier, ce concept de pertinence s'apprécie largement. Il correspond à une notion d'utilité pour la conduite de l'instance comme

le soulignait le juge Proulx à l'occasion d'un débat sur la communication d'un écrit :

> . . . le défendeur doit satisfaire le tribunal non pas de la pertinence de la preuve, au sens traditionnel du mot pris dans le contexte d'un procès, mais que la communication de l'écrit est utile, appropriée, susceptible de faire progresser le débat, reposant sur un objectif acceptable qu'il cherche à atteindre dans le dossier, que l'écrit dont il recherche la communication se rapporte au litige . . .
>
> (*Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.*, [1993] R.J.Q. 2735 (C.A.), p. 2741)

24 Ce cadre juridique demeure valable. Notre Cour n'a d'ailleurs jamais entendu le mettre de côté ou le modifier dans l'arrêt *M. (A.) c. Ryan*. Dans cette affaire, où elle examinait un problème de responsabilité civile survenu en Colombie-Britannique, notre Cour a établi une règle de protection de la confidentialité des renseignements psychiatriques et une méthode de présentation et d'examen des demandes de divulgation de ceux-ci. Ce jugement a ainsi fait évoluer la common law dans un domaine où celle-ci, contrairement au droit de la preuve du Québec, ne reconnaît que peu de privilèges génériques, embrassant toute une catégorie de situations (*R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, p. 286; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14, par. 27-30, le juge Major). Elle utilise davantage les privilèges fondés sur les circonstances particulières de chaque cas, selon le critère dit de Wigmore. En droit québécois, le législateur s'est prononcé, comme on l'a vu. Le secret professionnel du médecin et la confidentialité du dossier médical sont reconnus. Il s'agit de déterminer dans quels cas et de quelle manière la divulgation des informations protégées sera autorisée.

25 Le critère de la pertinence, en raison du sens que lui donne la jurisprudence, joue un rôle central dans ce domaine. Il doit ici prendre en compte l'importance du

droit au respect de la vie privée, déjà protégé par la *Charte québécoise*, qu'implique la reconnaissance législative du secret professionnel médical. Il oblige celui qui réclame l'accès à l'information à établir la pertinence apparente de l'information recherchée, pour l'exploration des fondements de la demande et pour la conduite de la défense. L'appréciation de l'impact de la divulgation doit se faire en retenant qu'elle se situe dans le cadre des interrogatoires préalables, où une obligation implicite de confidentialité s'impose aux parties (*Lac d'Amiante*). De plus, le *Règlement de procédure civile de la Cour supérieure*, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8, se préoccupe de limiter la diffusion de ce type d'information. Selon la règle 3, l'information doit être conservée sous enveloppe scellée. Seules les parties et leurs avocats peuvent en prendre connaissance.

26 Le juge saisi par les parties devra se soucier de ne pas permettre que la divulgation de documents ou les questions posées lors des interrogatoires préalables dépassent les bornes de ce qui est pertinent, c'est-à-dire utile pour l'affaire. Cette fonction de contrôle est particulièrement importante et doit être remplie avec grand soin lorsque des objections mettent en cause le droit au respect de la vie privée. Dans les cas qui le demandent, le juge établit alors les modalités de la prise de connaissance et de la diffusion de l'information, lorsqu'il lui faut se prononcer sur la confidentialité de l'information et sur sa divulgation (*Québec (Procureur général) c. Dorion*, [1993] R.D.J. 88 (C.A.); *Champagne c. Scotia McLeod Inc.*, [1992] R.D.J. 247 (C.A.); D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4e éd. 2003), t. 1, p. 570-572).

E. *La mise en œuvre du contrôle de la divulgation*

27 En l'espèce, le secret professionnel médical s'appliquait. Le dossier établi par le Dr Gawlik demeurait confidentiel. Cependant, les appelants avaient démontré la pertinence des informations recherchées et l'existence d'une renonciation implicite à la confidentialité du dossier. Celle-ci résultait notamment de la nature des allégations de l'action prise contre les appelants et des réponses données par l'intimée au cours des interrogatoires préalables. L'information recherchée était apparemment utile, c'est-à-dire pertinente, pour apprécier la responsabilité civile qu'invoquait l'intimée et les dommages-intérêts qu'elle réclamait. On se rappellera d'ailleurs que la demande de communication portait sur des consultations postérieures à l'accident et aux traitements subis par Mme Glegg, à l'égard des problèmes qui apparemment faisaient l'objet de la réclamation. Elle ne constituait pas une demande d'investigation incontrôlée et illimitée dans l'ensemble de l'histoire médicale de Mme Glegg. À cette étape, le juge pouvait donc ordonner la communication du dossier aux avocats des appelants. La communication de ce dossier lui aurait permis aussi de statuer ultérieurement sur les objections spécifiques à la communication ou à l'utilisation d'éléments particuliers de ce dossier.

28 En pratique, comme l'utilité apparente de la preuve était démontrée, il appartenait alors à l'intimée d'expliciter son objection et de démontrer pourquoi les documents réclamés ne devraient pas être produits. Il lui fallait ainsi placer le juge en situation de connaître la portée de l'objection, de déterminer la manière dont elle serait débattue devant lui et de se prononcer en connaissance de cause à son sujet.

29 Le *Code de procédure civile* ne détermine pas complètement toutes les modalités de la procédure qui s'appliquerait dans toute situation. Le Code reconnaît d'ailleurs lui-même l'impossibilité de tout prévoir. L'article 46 *C.p.c.* précise

d'ailleurs que « [l]es tribunaux et les juges ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence. » L'article 395 *C.p.c.* ajoute, au sujet des interrogatoires préalables, que le juge possède le pouvoir de trancher les difficultés que posent ceux-ci. Ces dispositions permettent au juge de remédier aux silences inévitables du Code ou des règles de pratique du tribunal.

30 Dans ce contexte, le juge conserve le pouvoir de prendre toutes les mesures qui éviteraient une divulgation prématurée ou superflue de l'information confidentielle, mais permettraient aussi de s'informer adéquatement sur la nature du conflit et d'encadrer le débat judiciaire engagé à son sujet. Bien des possibilités s'offrent au juge dans ces situations (voir *Foster Wheeler*, par. 44-47, et *Lac d'Amiante*, par. 35-39). Il pourrait exiger de la partie qui présente une objection une déclaration assermentée précisant la base de celle-ci et énumérant et décrivant les documents en litige. Il aurait ensuite la possibilité d'examiner en privé les éléments de preuve, hors de la présence des parties. Il lui serait loisible aussi d'ordonner la transmission des documents, sous réserve des obligations de confidentialité qui s'appliqueraient à cette phase du débat judiciaire, comme nous l'avons vu plus haut. Le juge pourrait aussi interdire aux avocats de communiquer les documents à des tiers ou aux parties elles-mêmes. Rien de ceci n'a été fait ici, en raison de la manière dont l'intimée a conduit le débat sur son objection.

31 Devant une telle situation, la Cour d'appel ne pouvait pas, à cette étape de la procédure, imposer un fardeau plus lourd aux appelants qui avaient déjà démontré la pertinence apparente de l'information recherchée. L'arrêt d'appel n'explique nullement la nature des preuves ou des démonstrations qu'auraient dû et pu faire les appelants pour obtenir la divulgation du dossier tenu par le Dr Gawlik. Cette décision

oubliait aussi que l'intimée avait refusé d'exécuter l'ordre du juge Baker d'apporter les notes du Dr Gawlik, comme on l'a vu plus haut. Dans l'état des procédures, la décision du juge Baker aurait dû être maintenue et l'objection de l'intimée rejetée. Je n'ai pas à prévoir la manière dont se déroulera à l'avenir l'interrogatoire et la divulgation de la preuve ni à disserter sur des objections particulières dont je ne connais pas la nature. Si elles surviennent, ces objections futures devront être examinées par les juges de la Cour supérieure dans le cadre des pouvoirs que leur attribue explicitement ou implicitement le droit judiciaire québécois.

IV. Conclusion

32 Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli et l'arrêt de la Cour d'appel du Québec est infirmé. Le jugement de la Cour supérieure du Québec rejetant l'objection de l'intimée est rétabli. Les dépens sont accordés aux appelants.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants Christopher Carter et Gilles Dextradeur : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'appelante Smith & Nephew Inc. : Lavery, de Billy, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Lamarre Linteau & Montcalm, Montréal.