

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-015767-056
(500-17-013770-030)

DATE : 23 AOÛT 2007

**CORAM: LES HONORABLES JACQUES DELISLE J.C.A.
ANDRÉ FORGET J.C.A.
JULIE DUTIL J.C.A.**

DÉVELOPPEMENT TANAKA INC.,
APPELANTE - Demanderesse

c.

COMMISSION SCOLAIRE DE MONTRÉAL,
INTIMÉE - Défenderesse

et

**L'OFFICIER DE LA PUBLICITÉ DES DROITS DE LA CIRCONSCRIPTION
FONCIÈRE DE MONTRÉAL,**
Mis en cause

ARRÊT

[1] LA COUR; - Statuant sur l'appel d'un jugement rendu le 31 mai 2005 par la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Claude Auclair), qui a condamné l'intimée à payer à l'appelante 690 612,73 \$ avec intérêts, indemnité additionnelle et dépens, à titre de solde sur un contrat de construction et de dommages;

[2] L'appelante recherche une augmentation du montant de la condamnation;

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

[4] Pour les motifs du juge Forget, auxquels souscrivent les juges Delisle et Dutil;

[5] REJETTE le pourvoi sans frais.

JACQUES DELISLE J.C.A.

ANDRÉ FORGET J.C.A.

JULIE DUTIL J.C.A.

Me Michael Earl Heller
Heller & Associés
Pour l'appelante

Me Jean Renaud
Parent, Renaud
Pour l'intimée

Date d'audience : 29 mai 2007

MOTIFS DU JUGE FORGET

[6] Le litige oppose le maître de l'ouvrage, la Commission scolaire de Montréal (CSDM), et l'entrepreneur, Développement Tanaka Inc. (Tanaka).

[7] La CSDM et Tanaka sont insatisfaites en partie du jugement de première instance.

[8] Mes motifs vaudront également dans le dossier connexe (Commission scolaire de Montréal c. Développement Tanaka Inc. et L'officier de la publicité des droits de la circonscription foncière de Montréal, C.A. Montréal, n° 500-09-015782-055).

LE CONTEXTE

[9] En août 2001, la CSDM procède à un appel d'offres en vue de la construction d'une nouvelle école St-Kevin, située dans le quartier Côte-des-Neiges, et de la démolition de l'ancien bâtiment. Selon le document d'appel d'offres public, la date de début des travaux est fixée au 11 septembre 2001, alors que celle de fin des travaux est prévue pour le 2 août 2002.

[10] Le 13 septembre 2001, Tanaka dépose sa soumission. Le 26 septembre 2001, la CSDM lui octroie le contrat pour un prix de 4 845 999,80 \$.

[11] Le contrat exige que Tanaka fournisse un cautionnement d'exécution et un cautionnement des obligations de l'entrepreneur pour gages, matériaux et services; elle s'y conforme.

[12] L'échéancier initial fourni par Tanaka à la CSDM fixe le début des travaux au 9 octobre 2001; la fin des travaux est reportée au 9 août 2002.

[13] Le chantier n'est remis à Tanaka que le 29 octobre 2001, qui deviendra la date officielle du début des travaux. Tanaka demande alors à la CSDM la révision de l'échéancier initial et le report de la date de la fin des travaux; la CSDM n'acquiesce pas à cette demande.

[14] La prise de possession tardive du chantier de construction par Tanaka semble avoir été causée par le retard de Construction Alena, un autre entrepreneur dont les services avaient été retenus par la CSDM. En effet, la construction de l'école St-Kevin avait été scindée en deux phases par la CSDM. La première, l'érection des fondations – soit le « lot numéro 1 » – avait été confiée à Construction Alena, alors que la seconde,

la construction du bâtiment – soit le « lot numéro 2 » – devait être réalisée par Tanaka. L'étendue du retard de Construction Alena demeure contestée.

[15] Le chantier de construction est supervisé par le Bureau d'étude et de surveillance (BES) de la CSDM, qui bénéficie de l'expertise de professionnels dans plusieurs disciplines. Dans le dossier sous étude, France Brissette agit comme ingénieure en mécanique; elle est nouvellement promue au poste de directrice du BES. Laurent Lemaire est architecte; il est remplacé en cours de contrat par Alain Duval. Enfin, Robert Daoust est ingénieur en mécanique, alors que Simon Veilleux agit comme responsable de chantier à temps plein.

[16] Tanaka confie la gestion du projet à Gestoconcept, dont Marc Poirier, architecte, en est la personne désignée. Mohamed Tajdin est le président de Tanaka; il a une formation en génie civil obtenue en Belgique et détient une maîtrise en gestion de projets de l'Université Concordia.

[17] L'exécution du contrat donne lieu à de nombreux litiges entre les parties, notamment quant aux paiements dus à Tanaka et quant aux retenues effectuées par la CSDM. Les parties ne s'entendent pas davantage sur l'imputation des coûts relativement à de nombreux travaux additionnels requis par la CSDM ou à des demandes de changements émanant de Tanaka.

[18] Alors que les travaux ne sont pas achevés, la CSDM procède à une «prise de possession anticipée» (au sens de l'article 53 du contrat¹) de la nouvelle école St-Kevin en août 2002. Tanaka démobilise son chantier le 16 septembre 2002. La date de réception provisoire des travaux est également contestée; la CSDM a toutefois délivré un « certificat d'achèvement substantiel des travaux »², en date du 13 décembre 2002. À compter du mois d'août 2002, des hypothèques légales (pour un total de 527 000 \$) sont publiées par les fournisseurs et les sous-entrepreneurs.

[19] En janvier 2003, Tanaka intente une action à la CSDM. Dans sa procédure, intitulée « Requête réamendée introductive d'instance en délaissement forcé et vente sous contrôle de justice et en dommages et intérêts », elle réclame 1 764 388,14\$. Cette somme représente le solde impayé du contrat, les travaux additionnels requis par la CSDM, les demandes de changements impayées, les frais de retard, les frais de

¹ **53. PRISE DE POSSESSION ANTICIPÉE**

Lorsque le contrat de l'Entrepreneur est partiellement achevé, le Propriétaire peut décider de prendre possession d'une ou de plusieurs parties de travaux achevés. Ces parties de travaux sont alors soumises aux procédures de la réception provisoire et définitive des travaux.

À moins d'un motif raisonnable, l'Entrepreneur ne peut s'opposer à cette prise de possession et doit donner un libre accès sécuritaire aux parties de travaux mises en service.

² On doit comprendre que la CSDM ne voulait pas procéder à la «réception provisoire» selon la définition de l'article 2.15 du contrat et suivant la procédure prévue à l'article 50 du contrat.

préparation de la réclamation, les honoraires extrajudiciaires, les pertes monétaires reliées aux retenues prétendument illégales et abusives effectuées par la CSDM et les dommages découlant de la conduite abusive de la CSDM.

[20] En avril 2003, la CSDM dépose sa défense. Elle nie devoir quoi que ce soit à Tanaka, ajoutant que celle-ci a commis plusieurs manquements à ses obligations et que ses travaux sont affectés de malfaçons. Elle lui réclame 260 648,46 \$.

[21] Le procès en Cour supérieure se déroule sur 21 jours, entre les mois de novembre 2004 et mars 2005. À ce moment, la CSDM reconnaît qu'il existe un solde de 617 445,97 \$ au contrat en faveur de Tanaka, cette somme n'étant toutefois pas exigible selon son interprétation du contrat.

[22] Le 31 mai 2005, le premier juge rend sa décision. Il condamne la CSDM à payer à Tanaka 690 612,73 \$ avec les intérêts et l'indemnité additionnelle depuis le 15 janvier 2003. Il ordonne l'exécution du jugement nonobstant appel à hauteur de 507 216,19 \$.

[23] Par ailleurs, il condamne Tanaka à payer 31 028,32 \$ à la CSDM relativement à divers postes de réclamation.

[24] Les parties déposent l'une et l'autre des inscriptions en appel; celle de Tanaka dans le présent dossier est en date du 30 juin 2005; celle de la CSDM dans le dossier connexe est en date du 4 juillet 2005.

[25] La CSDM présente à un juge de cette Cour une requête pour suspension de l'exécution nonobstant appel ordonnée en première instance. Le 13 juillet 2005, le juge Jacques Chamberland accueille en partie sa requête, confirmant l'exécution nonobstant appel, sauf quant aux intérêts et à l'indemnité additionnelle.

JUGEMENT DE LA COUR SUPÉRIEURE

[26] Je résume succinctement le jugement dont appel étant donné que je reviendrai sur les motifs du premier juge lorsque je procéderai à l'analyse de chacune des questions en litige.

[27] D'entrée de jeu, le premier juge souligne que la CSDM reconnaît devoir 617 445,97 \$ à Tanaka, sans toutefois avoir fait ni offre ni consignation.

[28] Il se penche sur la demande principale au chapitre des travaux additionnels demandés par la CSDM et dont Tanaka requiert le paiement. Il conclut que la CSDM doit verser à Tanaka 22 286,99 \$ à ce titre, représentant quatre des cinq postes réclamés par cette dernière. Il étudie ensuite la question des demandes de changements non payées et effectuées à l'initiative de Tanaka. Il accueille partiellement la demande de Tanaka pour une somme de 18 540,88 \$.

[29] Le juge d'instance aborde ensuite la question des frais de retard. À de nombreuses reprises, il met sérieusement en doute la bonne foi de la CSDM, et se montre très sévère à son égard. Il passe en revue les causes du retard dans l'exécution du contrat de Tanaka. Il affirme que la CSDM est seule responsable des retards.

[30] Le juge condamne la CSDM à compenser Tanaka pour la période du 5 juillet 2002 au 16 septembre 2002, date de démobilisation du chantier. La condamnation totalisant 85 821,87 \$ (incluant les taxes) couvre 39 jours ouvrables, à raison de 1 905,25 \$ par jour, représentant les frais directs de chantier, les frais généraux et une perte de profit établie à 1%. Après le 16 septembre 2002, les deux parties doivent supporter leurs frais compte tenu des nombreux litiges qui les ont opposées.

[31] Le premier juge rejette la réclamation de Tanaka relativement aux sommes encourues pour la préparation de sa réclamation.

[32] Il accorde 50 000 \$ à titre d'honoraires extrajudiciaires compte tenu de « l'attitude constamment abusive, mesquine, vexatoire et malicieuse de la CSDM qui s'est servie de ses ressources pour écraser un entrepreneur revendicateur ».

[33] Quant aux retenues de 10% effectuées par la CSDM sur les paiements mensuels progressifs dus à Tanaka, il conclut que cette dernière avait renoncé à de telles retenues puisque Tanaka avait fourni des garanties suffisantes au sens du contrat. Il accorde 47 574,67 \$ à Tanaka pour les pertes financières résultant des retenues spéciales et des paiements en retard, au motif que Tanaka aurait obtenu un escompte de 2% dans une proportion de 75% de ses fournisseurs et sous-traitants si elle avait pu, comme prévu, les payer dans un certain délai. Toutefois, il conclut que la CSDM était justifiée d'exiger des quittances et des mainlevées sur les hypothèques légales publiées sur son immeuble et avait donc droit de retenir le solde de 507 216,19 \$ à cette fin.

[34] Le premier juge rejette la demande de Tanaka relativement aux dommages subis à la suite de prétendues pertes de contrats vu les défauts et agissements de la CSDM.

[35] Le juge du fond aborde ensuite poste par poste les nombreuses réclamations de la CSDM. Il accorde en partie les montants réclamés par celle-ci pour travaux non complétés, condamnant Tanaka à payer 7 350 \$ pour des travaux en électricité, architecture et structure. Il fait partiellement droit à la réclamation de la CSDM pour le coût de travaux réalisés par un autre entrepreneur, accordant 10 422,53 \$ sur les quelque 60 000 \$ demandés. Il rejette toutes les autres réclamations de la CSDM, sauf quant aux frais de laboratoires et honoraires professionnels additionnels.

[36] Enfin, il ordonne que 230 000 \$ soient versés dans un compte en fidéicommiss pour être remis à Tanaka sur réception des quittances et des radiations des

hypothèques légales. Il condamne la CSDM à payer sur le solde les intérêts et l'indemnité additionnelle à compter de la signification de l'action.

[37] En bref, la condamnation à l'égard de la CSDM totalise 690 612,73 \$ (la CSDM ayant payé 151 057,65 \$ durant l'instance), alors que celle à l'égard de Tanaka est de 31 028,32 \$.

QUESTIONS EN LITIGE

[38] Les parties se reprochent mutuellement, à juste titre, de tenter de refaire le procès de première instance; tel n'est pas le rôle d'une cour d'appel.

[39] Les parties, dans les deux pourvois, soulèvent 14 moyens d'appel. Certains d'entre eux se chevauchent alors que d'autres font double emploi. Il y a lieu de les regrouper sous 6 chapitres :

1. L'indemnité pour frais de retard dans l'exécution des travaux.
2. Les paiements en retard et les retenues par la CSDM.
3. La perte d'autres contrats.
4. Les frais de préparation de la réclamation.
5. Les honoraires extrajudiciaires.
6. Les diverses réclamations.

I - INDEMNITÉ POUR FRAIS DE RETARD DANS L'EXÉCUTION DES TRAVAUX

Responsabilité

[40] Je l'ai déjà mentionné, le premier juge impute l'entière responsabilité des retards à la CSDM, notamment pour les raisons suivantes:

- 40.1. tardiveté dans la date de remise du chantier;
- 40.2. existence de vices de conception et de malfaçons dans le lot 1;
- 40.3. lenteur des professionnels de la CSDM à réagir pour régler les difficultés signalées par l'entrepreneur;
- 40.4. hésitations et contradictions dans la prise de décisions par les représentants de la CSDM.

[41] Sans vraiment contester ces reproches, la CSDM plaide que Tanaka était aussi responsable de certains retards et a fait défaut de respecter les échéanciers qu'elle avait elle-même établis.

[42] Le premier juge a apprécié une longue preuve et a nettement retenu l'unique responsabilité de la CSDM. Il s'en est expliqué longuement et de façon convaincante.

[43] La CSDM ne démontre pas d'erreur manifeste et dominante à ce sujet dans le jugement de première instance.

Début de la période d'indemnisation

[44] Le premier juge fixe le début de cette période au 5 juillet 2002.

[45] La CSDM y voit une erreur manifeste compte tenu que l'entrepreneur devait demeurer sur le chantier jusqu'au 9 août 2002 puisqu'il n'était évidemment pas question de démolir l'ancien bâtiment avant la fin de l'année scolaire. La CSDM prétend donc que la période d'indemnisation devrait en conséquence être réduite de 39 à 24 jours.

[46] L'avocat de Tanaka réplique que la phase de démolition n'exige pas le même déploiement de main-d'œuvre, de surveillance et de gestion du chantier.

[47] Le dossier tel que constitué devant notre Cour ne fait pas voir cette distinction.

[48] Néanmoins, il semble bien que le premier juge ait retenu la date du 5 juillet 2002 puisqu'il s'agissait de celle fixée pour la «réception provisoire» au sens des articles 2.15 et 50 du contrat. On peut présumer qu'à ce moment l'ensemble des travaux auraient dû être terminés et que l'entrepreneur aurait pu réduire son équipe et diminuer ses coûts.

[49] Le choix effectué par le premier juge ne me paraît pas être nécessairement erroné.

Fin de la période d'indemnisation

[50] La période d'indemnisation déterminée par le premier juge se termine le 16 septembre 2002.

[51] Tanaka prétend qu'elle a dû effectuer des travaux jusqu'au 29 septembre 2003 et, en conséquence, elle aurait dû être indemnisée durant 197 jours. Elle plaide que le retrait de son bureau de chantier et de ses équipements ne constituent pas des facteurs déterminants puisque ses bureaux étaient situés à proximité de l'école St-Kevin.

[52] La conclusion du premier juge à ce sujet prend appui dans la preuve et paraît raisonnable. L'exécution de travaux subséquents de façon sporadique – dont certains pour corriger des malfaçons – ne justifiait pas une indemnité quotidienne.

[53] La prétention de Tanaka n'est donc pas retenue.

Évaluation de l'indemnité quotidienne

[54] Tanaka prétend que le montant de l'indemnité de 1 905,25 \$ par jour est inadéquat. En premier lieu, elle plaide que ce montant aurait dû être établi en tenant compte en sus d'une indemnisation de 16%, tel qu'il est prévu à l'article 46.2 des conditions générales du contrat :

46. AVIS DE MODIFICATION

46.1 [...]

46.2 Pour chaque avis de modification, l'Entrepreneur fournit, à ses frais, une estimation détaillée et établie de la façon suivante :

[...]

Une surcharge de 16% est admissible pour tous frais d'administration, frais connexes et profits de l'Entrepreneur pour les travaux exécutés par celui-ci. Outre les taxes, aucun autre frais additionnel n'est recevable.

[55] Tanaka a tort d'exiger l'application de l'article 46.2, qui vise des modifications au contrat et non des retards dans son exécution.

[56] En second lieu, Tanaka plaide que le premier juge a commis une erreur lorsqu'il a établi sa perte de profits à 1%.

[57] Cette perte de profits a été fixée par le premier juge conformément aux états financiers pour l'année courante. Tanaka prétend que n'eût été de la perte subie lors de l'exécution du présent contrat, son profit aurait été de 3% plutôt que de 1%.

[58] La prétention de Tanaka est hautement spéculative et n'est d'ailleurs pas appuyée par la preuve vu son défaut de déposer ses états financiers pour les années antérieures.

[59] La réclamation de Tanaka à ce sujet ne peut donc être retenue.

Conclusion sur l'indemnité pour retard

[60] En conclusion sur cette question, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu pour cette Cour d'intervenir pour modifier les sommes accordées par le premier juge.

Pénalité réclamée pour la CSDM

[61] En parallèle, la CSDM réclamait à Tanaka une pénalité de 73 000 \$ pour un retard de 73 jours dans l'exécution du contrat, à raison de 1 000 \$ par jour. En appel, la

CSDM a réduit sa réclamation à 65 000 \$ pour une compensation de 65 jours conformément à l'article 8 du contrat :

8. PÉNALITÉS

Les travaux devront être terminés le 2 août 2002. Cette date deviendra la date de réception provisoire des travaux.

[...]

L'indemnité de retard est de 1 000 \$ par jour.

[...]

[62] À juste titre, le juge de première instance a rejeté cette réclamation : la CSDM étant seule responsable de tous les retards, il est inadmissible qu'elle puisse réclamer cette pénalité.

II - PAIEMENTS EN RETARD ET RETENUES PAR LA CSDM

[63] Cette question amène plusieurs sous-questions :

- 63.1. la CSDM a-t-elle fait ses paiements en retard et, si oui, de combien de jours?
- 63.2. Tanaka a-t-elle fait la preuve de la perte d'un escompte de 2% auprès de 75% de ses fournisseurs?
- 63.3. si oui, Tanaka était-elle en droit réclamer un tel dommage?
- 63.4. si non, est-elle en droit de réclamer les intérêts?
- 63.5. par ailleurs, les deux cautionnements fournis par Tanaka constituent-ils une sûreté suffisante au sens du contrat, notamment pour protéger la CSDM dans le cas de publication d'hypothèques légales de construction?
- 63.6. si non, la CSDM était-elle justifiée d'effectuer des retenues de 10% lors des paiements progressifs?
- 63.7. si la CSDM était en droit d'effectuer de telles retenues, Tanaka a-t-elle droit aux intérêts et à l'indemnité additionnelle depuis la signification de l'action?

[64] Il importe de reproduire ici les dispositions contractuelles pertinentes :

Conditions particulières de l'appel d'offres

- 5.2 Le soumissionnaire doit fournir, avant la signature de l'octroi du contrat, une garantie d'exécution du contrat et une garantie des obligations de l'entrepreneur pour gages, matériaux et services.

Lorsque ces garanties sont sous forme de cautionnement, le montant de chacune d'elles correspond à 50% de la valeur du contrat et elles sont données par une institution financière légalement habilitée à se porter caution. Les cautionnements sont alors donnés suivant la formule dont le modèle est prévu à l'annexe 5 ou 6 selon le cas.

[...]

- 5.9 Si, à la date de la fin des travaux, il existe des vices ou malfaçons apparents sur l'immeuble, la commission scolaire reçoit l'ouvrage avec réserve. Lors du paiement, elle peut retenir sur le prix, jusqu'à ce que les réparations ou les corrections soient faites à l'ouvrage, une somme suffisante pour satisfaire aux réserves faites quant à ces vices ou malfaçons, à moins que l'entrepreneur ne lui fournisse une sûreté suffisante garantissant l'exécution de ses obligations.
- 5.10 La commission scolaire peut également, au moment du paiement, retenir sur le prix une somme suffisante pour acquitter les créances des ouvriers, de même que celles des autres personnes qui peuvent faire valoir une hypothèque légale sur l'ouvrage, à moins que l'entrepreneur ne lui fournisse une sûreté suffisante garantissant ces créances. Cette retenue est maintenue tant que l'entrepreneur n'a pas remis à la commission scolaire une quittance de ces créances.

Conditions générales du contrat

54. DEMANDES DE PAIEMENT

[...]

Les demandes de paiement sont présentées mensuellement au responsable des travaux au fur et à mesure de l'avancement des travaux.

[...]

Les demandes devront inclure les items suivants :

1. Déclaration assermentée de l'entrepreneur général que les salaires ou gages des ouvriers ont été payés, en tous les cas en stricte conformité avec l'échelle des salaires minima de la Convention collective de travail relatif [sic] à l'industrie de la construction.
2. Déclaration assermentée de l'Entrepreneur que les matériaux incorporés à l'édifice ont été payés.

3. Déclaration assermentée à l'effet que tous les sous-traitants ont été entièrement payés jusqu'à concurrence de la retenue de 10% du montant de leur contrat et cela pour la demande de paiement précédente.
4. Quittance des sous-traitants ayant dénoncé leur contrat et des principaux sous-traitants, prouvant qu'ils ont été payés jusqu'à concurrence du certificat précédent à l'exclusion de la retenue prévue.

Lors de la réception provisoire, le Propriétaire retient un montant suffisant pour satisfaire aux réserves faites quant aux vices et malfaçons apparents ainsi qu'aux hypothèques légales publiées ou prévisibles.

Cette retenue ne peut être appliquée si l'Entrepreneur fournit au Propriétaire une sûreté suffisante garantissant l'exécution de ses obligations.

56. PAIEMENTS

[...]

Dans les 30 jours suivant la réception par le responsable des travaux d'une demande de paiement de l'Entrepreneur, le Propriétaire doit y donner suite, compte tenu du certificat de paiement délivré par le responsable des travaux.

Le Propriétaire retient un montant correspondant à 10% du coût des travaux exécutés. Ces retenues cumulatives de 10% demeurent la propriété du Propriétaire jusqu'à ce que l'Entrepreneur établisse qu'il a rempli toutes ses obligations relatives au paiement des gages, matériaux et services; l'Entrepreneur accepte en conséquence que le Propriétaire puisse, après avis préalable, utiliser ces montants, en tout ou en partie, pour le remboursement des créanciers au sens du texte de la formule de cautionnement des obligations de l'Entrepreneur pour gages, matériaux et services fournis dans les documents d'appel d'offres; l'Entrepreneur accepte également que les paiements effectués directement à ces créanciers soient considérés comme ayant été effectués à lui-même et qu'ils soient déduits des montants qui lui seraient dus en vertu du contrat.

Cette retenue ne peut être appliquée si l'Entrepreneur fournit au Propriétaire une sûreté suffisante garantissant l'exécution de ses obligations.

[...]

Si, à cause des conditions climatiques ou autres qui sont raisonnablement au-delà de la maîtrise de l'Entrepreneur, il reste des travaux qui ne peuvent pas facilement être parachevés, le paiement au complet des travaux qui ont été parachevés ne doit pas être retardé pour cela, mais le Propriétaire peut retenir une somme suffisante et raisonnable jusqu'au parachèvement des travaux inachevés et cette somme protégera suffisamment le Propriétaire contre l'enregistrement des hypothèques légales.

[Je souligne.]

Cautionnements

CAUTIONNEMENT D'EXÉCUTION

1. LA COMPAGNIE D'INDEMNITÉ DU NORD INC. [...] s'oblige conjointement et solidairement avec l'Entrepreneur envers le Bénéficiaire à exécuter l'ouvrage ci-haut décrit conformément au contrat, la Caution ne pouvant en aucun cas être appelée à payer plus que DEUX MILLIONS QUATRE CENT VINGT-TROIS MILLE dollars (2 423 000,00 \$).
2. Le présent cautionnement est consenti pour une période qui se termine un an après la date de la fin des travaux en exécution dudit contrat.
3. [...]
4. [...]
5. Au cas d'inexécution de l'ouvrage par l'entrepreneur, y compris les travaux relevant des garanties, la Caution entreprendra et poursuivra les travaux requis dans les quinze jours de l'avis à cet effet qui lui sera donné, par le Bénéficiaire ou son représentant, à défaut de quoi le Bénéficiaire pourra faire compléter ces travaux et la Caution devra lui payer tout excédent de prix arrêté avec l'entrepreneur pour l'exécution du contrat.

CAUTIONNEMENT DES OBLIGATIONS DE L'ENTREPRENEUR

POUR GAGES, MATÉRIAUX ET SERVICES

1. [...]
2. [...]

3. Le présent cautionnement est consenti pour une période qui se termine un an après la date de la fin des travaux en exécution dudit contrat.
4. [...]
5. 1° Sous réserve du paragraphe 3, ci-dessous, aucun créancier n'a de recours direct contre la Caution que s'il lui a adressé, ainsi qu'à l'entrepreneur, une demande de paiement dans les cent vingt jours suivant la date à laquelle il a terminé ses travaux ou fourni les derniers services, matériaux ou matériel.

2° Tout créancier qui n'a pas un contrat directement avec l'Entrepreneur n'a pas de recours direct contre la Caution que s'il a donné avis par écrit de son contrat à l'Entrepreneur, dans un délai de soixante jours du commencement de la location ou de la livraison de services, des matériaux ou du matériel, cet avis devant indiquer l'ouvrage concerné, la nature du contrat et le nom du sous-traitant.

3° Aucun sous-traitant n'a de recours direct contre la Caution pour les retenues qui lui sont imposées par l'Entrepreneur, que s'il a adressé une demande de paiement à la Caution et à l'Entrepreneur dans les cent vingt jour suivant la date à laquelle lesdites retenues étaient exigibles.

[65] Cette question est à l'origine du principal litige qui oppose les parties.

[66] Les prétentions de Tanaka peuvent se résumer de la façon suivante :

- 66.1. dans un contrat d'adhésion, la CSDM a choisi d'exiger les garanties qui lui paraissaient appropriées, soit un cautionnement d'exécution et un cautionnement des obligations de l'entrepreneur pour gages, matériaux et services;
- 66.2. dans de telles circonstances, la CSDM ne pouvait pas retenir 10% sur chaque paiement progressif;
- 66.3. elle a déjà fait valoir ces prétentions à l'égard d'une autre commission scolaire qui lui a donné raison après avoir consulté les personnes responsables au ministère de l'Éducation;
- 66.4. au surplus, la CSDM effectuait toujours ses paiements en retard;
- 66.5. ces retards dans les paiements et ces retenues l'ont privée d'un escompte de 2% auprès de ses fournisseurs et de ses sous-traitants, applicable lorsque leurs factures sont acquittées dans un délai de 30 jours;
- 66.6. les retenues abusives de la CSDM l'ont empêchée d'acquitter intégralement les sommes dues à ses sous-traitants, qui ont alors publié des hypothèques légales.

[67] La CSDM réplique ainsi :

- 67.1. le cautionnement d'exécution et celui des obligations de l'entrepreneur pour gages, matériaux et services ne constituent pas une sûreté suffisante conformément aux dispositions du contrat;
- 67.2. le premier juge se trompe lorsqu'il prétend que la CSDM était protégée par le cautionnement d'exécution puisqu'il aurait dû référer au cautionnement des obligations de l'entrepreneur pour gages, matériaux et services;
- 67.3. or, ce cautionnement des obligations de l'entrepreneur pour gages, matériaux et services ne protège pas adéquatement le maître de l'ouvrage puisqu'il impose aux sous-traitants diverses conditions, notamment celle de présenter une demande de paiement dans les 120 jours de la date où il a terminé ses travaux ou fourni les derniers services, matériaux ou matériel et, le cas échéant, celle de dénoncer au préalable son contrat;
- 67.4. de toute façon, Tanaka n'a jamais prouvé qu'il existait une pratique de ses fournisseurs et de ses sous-traitants de lui accorder un escompte de 2% puisqu'elle a fait défaut de déposer, comme elle s'était engagée à le faire, les contrats à cette fin;
- 67.5. de plus, le retard de quelques jours dans les paiements n'aurait pas empêché Tanaka de profiter de cet escompte, le cas échéant;
- 67.6. le jugement de première instance est contradictoire puisqu'il conclut que la CSDM n'était pas justifiée d'effectuer des retenues lors des paiements progressifs, mais qu'elle était justifiée de retenir le solde de 507 216,19 \$, et ce, en vertu des mêmes actes de cautionnement;
- 67.7. le jugement de première instance est également contradictoire puisqu'il déclare que la CSDM n'était pas tenue de payer le solde de 507 216,19 \$, mais il la condamne par contre à payer des intérêts et l'indemnité additionnelle depuis l'institution de l'action.

[68] Sur cette question, le jugement de première instance peut être résumé ainsi :

- 68.1. il est vrai que le contrat de cautionnement des obligations de l'entrepreneur pour gages, matériaux et services comporte des conditions;
- 68.2. toutefois, le cautionnement d'exécution n'en comporte pas;
- 68.3. le cautionnement d'exécution se termine un an après la fin des travaux;
- 68.4. les hypothèques légales doivent être publiées dans les 30 jours de la fin des travaux;
- 68.5. le contrat d'adhésion a été rédigé par la CSDM;

- 68.6. il y a un conflit entre les dispositions de l'article 5.2 et celles des articles 5.9, 54 et 56 quant à la retenue pour protéger le maître de l'ouvrage contre les hypothèques légales;
- 68.7. les stipulations doivent être interprétées contre la CSDM;
- 68.8. la CSDM a donc reconnu que les cautionnements constituaient une sûreté suffisante;
- 68.9. la CSDM a abusé de ses droits; les retenues pour malfaçons ont parfois fait double emploi avec celles de 10% sur chaque paiement progressif.

[69] À partir des énoncés précédents, le premier juge conclut ainsi au paragraphe 167 :

- i. Le contrat de cautionnement fourni n'est pas une garantie suffisante au sens de la jurisprudence et de la doctrine compte tenu de la condition contenue dans ledit contrat de cautionnement pour protéger adéquatement la défenderesse à l'égard des hypothèques légales;
- ii. La CSDM, par ses représentations contractuelles, était irrecevable à invoquer que le contrat de cautionnement n'est pas une garantie suffisante et elle n'était pas justifiée d'effectuer les retenues de 10 % sur les paiements progressifs, ni les retenues pour les malfaçons et que les retenues ainsi faites ont été abusives;
- iii. Par contre, la CSDM était justifiée à exiger des quittances et mainlevées des hypothèques légales avant d'émettre un paiement final afin de s'assurer que ses titres soient clairs et elle était justifiée de retenir la somme de 527 000 \$ à ce sujet, le tout conformément à l'article 1568 C.c.Q. : «Le débiteur qui paie a droit à une quittance et à la remise du titre original de l'obligation.».

[70] Par la suite, le premier juge évalue les dommages réclamés par Tanaka et conclut qu'elle a droit d'être indemnisée pour la perte d'escompte, mais n'a pas droit en sus aux intérêts :

[171] Le Tribunal ne s'attardera pas aux retards de quelques jours seulement et au calcul d'intérêts pour ceux-ci. *De minimis lex non curate lex*. Tanaka réclame des intérêts de 24% l'an sur les paiements en retard. Il n'y a aucune clause prévoyant des intérêts différents que le taux légal.

[172] Le Tribunal, en attribuant les dommages pour les escomptes dont Tanaka a été privée, ne peut accorder des intérêts puisqu'il y aurait double indemnité pour le même retard. Ou bien Tanaka a droit à l'escompte ou bien elle a droit aux intérêts, mais pas les deux, puisque le premier cas entraîne décaissement.

[173] Il est en preuve que Tanaka prenait avantage d'un escompte de paiement de 2 % dans une proportion de 75 % des fournisseurs ou sous-traitants lorsqu'elle recevait paiement dans les délais prescrits. La CSDM n'a offert aucune preuve ou contre-évaluation.

[174] En conséquence, le Tribunal accordera donc l'escompte dont Tanaka a été privée.

[175] La CSDM a payé en retard les paiements progressifs # 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12 et 13 tel qu'établis au tableau 5.5.2 révision 3, totalisant une somme de 3 081 200 \$ privant ainsi la demanderesse de profiter des escomptes auxquels elle avait droit auprès de ses créanciers. La CSDM a retenu également la somme de 617 445 \$ alors qu'elle était justifiée de retenir 527 000 \$, soit 90 445 \$ retenu en trop sur laquelle somme Tanaka aurait pu prendre ses escomptes. Elle a donc droit à 2 % x 75 % x (3 081 200 \$ + 90 445 \$), soit 47 574,67 \$.

[71] De cela, il faut conclure que, selon le premier juge, les cautionnements ne sont pas suffisants pour protéger le maître de l'ouvrage contre la publication d'hypothèques légales. Toutefois, en l'espèce, la CSDM aurait renoncé à exiger une sûreté suffisante. Cependant, au moment du paiement final, le premier juge aurait constaté la publication d'hypothèques légales et l'expiration du contrat de cautionnement d'exécution, d'où le droit de la CSDM de retenir les sommes requises pour acquitter les créances ayant fait l'objet d'hypothèques légales.

Paiements en retard et dommages de 47 574,67 \$

[72] Il a été établi en première instance que la CSDM a effectué les paiements progressifs 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12 et 13 en retard.

[73] Or, il n'est pas nécessaire de déterminer si Tanaka a prouvé un dommage résultant de la perte d'escompte puisque, de toute façon, cette réclamation n'est pas recevable.

[74] Le dommage résultant du retard à payer une somme d'argent ne peut être compensé que par le versement d'intérêts suivant l'article 1617 C.c.Q. :

Art. 1617. Les dommages résultant du retard dans l'exécution d'une obligation de payer une somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux convenu ou, à défaut de toute convention, au taux légal.

Le créancier y a droit à compter de la demeure sans être tenu de prouver qu'il a subi un préjudice.

Le créancier peut, cependant, stipuler qu'il aura droit à des dommages-intérêts additionnels, à condition de les justifier.

[75] Quelle que soit la cause du retard – simple négligence d'effectuer à temps les paiements 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12 et 13 pour un total de 3 081 200 \$ ou retenue injustifiée de 90 445 \$ – il n'en reste pas moins qu'on est toujours en présence d'un retard à verser une somme d'argent. Le créancier n'a alors droit qu'aux dommages connus sous le nom de «dommages moratoires»³.

[76] Tanaka ne peut davantage se prévaloir du troisième alinéa de l'article 1617 C.c.Q. puisque le droit à ces dommages-intérêts additionnels n'a pas été stipulé au contrat.

[77] Si Tanaka n'a pas droit aux dommages résultant d'une perte d'escompte, a-t-elle droit aux intérêts?

[78] Le premier juge écrit que Tanaka a réclamé, en plus de la perte d'escompte, des intérêts au taux annuel de 24%. Il rejette cette demande puisque le contrat ne prévoit pas d'intérêt et que, de toute façon, cette demande fait double emploi avec celle relative à la perte d'un escompte de 2% auprès de ses fournisseurs et de ses sous-traitants.

[79] Dans le dossier tel que constitué devant notre Cour, on ne retrace pas de demande relative aux intérêts sur les paiements effectués en retard. Tanaka n'en fait pas mention dans sa requête introductive d'instance, ni dans sa plaidoirie écrite remise au premier juge, ni dans son inscription en appel, ni dans son mémoire d'appel. Son avocat n'a pas fait valoir une telle demande au cours de sa plaidoirie orale lors de l'audition. On comprend facilement qu'il a préféré défendre le jugement de première instance qui lui accordait un montant substantiel à titre de dommages pour perte d'escompte plutôt que de demander des intérêts au taux légal pour quelques jours de retard.

[80] En l'absence d'une demande formelle pour le paiement des intérêts, il n'est pas nécessaire de déterminer si, de toute façon, Tanaka avait fait parvenir à la CSDM une mise en demeure lui donnant droit à de tels intérêts conformément au deuxième paragraphe de l'article 1617 C.c.Q.

[81] En bref, la réclamation de Tanaka pour retard dans les paiements périodiques ne peut être retenue.

³ Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd., Éditions Yvon Blais, 2006, n^o 872, p. 877; Jean PINEAU et Serge GAUDET, *Théorie des Obligations*, Éditions Thémis, 4^e éd., 2001, p. 775.

Droit de la CSDM d'effectuer des retenues et droit de Tanaka aux intérêts et à l'indemnité additionnelle

[82] Si la CSDM avait le droit d'effectuer des retenues, le solde de 507 216,19 \$ n'était pas exigible. Si le solde n'était pas exigible, en principe, Tanaka n'a pas droit aux intérêts et à l'indemnité additionnelle depuis la signification de l'action.

[83] Pour trancher cet aspect du dossier, il faut répondre aux cinq questions suivantes :

- 83.1. quelle est la portée des cautionnements?
- 83.2. qu'est-ce qu'une sûreté suffisante?
- 83.3. les cautionnements en cause constituent-ils une sûreté suffisante?
- 83.4. si non, la CSDM a-t-elle néanmoins renoncé à exiger une sûreté suffisante?
- 83.5. si elle n'a pas renoncé, a-t-elle commis un abus de droit?

Portée des cautionnements

[84] En règle générale, le cautionnement des obligations de l'entrepreneur pour gages, matériaux et services vise à assurer le paiement des fournisseurs et des sous-traitants pour éviter que ces derniers ne publient des hypothèques légales pour protéger leurs créances. Le cautionnement d'exécution comporte plutôt l'obligation de compléter les travaux si l'entrepreneur est en défaut, notamment à la suite d'une faillite.

[85] Le premier juge constate avec raison que le cautionnement des obligations de l'entrepreneur pour gages, matériaux et services comporte des conditions. Ainsi, un fournisseur ou un sous-traitant pourrait omettre de faire valoir sa réclamation auprès de la caution dans les 120 jours de la fin de ses travaux, mais pourrait toujours être dans le délai pour publier une hypothèque légale dans les 30 jours de la fin des travaux.

[86] Par contre, le premier juge note que le cautionnement d'exécution ne comporte pas de conditions. Il faut toutefois déterminer quel est l'engagement contracté par la caution; je reproduis de nouveau la partie pertinente du texte de ce cautionnement :

1. LA COMPAGNIE D'INDEMNITÉ DU NORD INC. [...] s'oblige conjointement et solidairement avec l'Entrepreneur envers le Bénéficiaire à exécuter l'ouvrage ci-haut décrit conformément au contrat, la Caution ne pouvant en aucun cas être appelée à payer plus que DEUX MILLIONS QUATRE CENT VINGT-TROIS MILLE dollars (2 423 000,00 \$).

[...]

5. Au cas d'inexécution de l'ouvrage par l'entrepreneur, y compris les travaux relevant des garanties, la Caution entreprendra et poursuivra les travaux requis dans les quinze jours de l'avis à cet effet qui lui sera donné, par le Bénéficiaire ou son représentant, à défaut de quoi le Bénéficiaire pourra faire compléter ces travaux et la Caution devra lui payer tout excédent de prix arrêté avec l'entrepreneur pour l'exécution du contrat.

[87] La caution s'engage à compléter les travaux. On n'indique pas de façon précise qu'elle devra acquitter les créances des fournisseurs et des sous-traitants qui n'ont pas été payés par l'entrepreneur précédent et qui ont publié des hypothèques légales.

[88] Pour prétendre que la caution est tenue de faire radier les hypothèques légales déjà publiées, il faudrait conclure que cet engagement est inclus dans son obligation de payer «tout excédent du prix arrêté avec l'entrepreneur pour l'exécution du contrat».

[89] Dans l'affaire de *L'Union canadienne, compagnie d'assurances c. Assurance-vie Desjardins*⁴, la Cour a examiné un acte de cautionnement dans lequel la caution s'était engagée à exécuter le contrat. Le juge en chef Tremblay écrit :

Que signifient les mots : exécuter le contrat? L'Assurance-vie prétend qu'exécuter le contrat c'est exécuter toutes les obligations prévues à ce contrat. Au contraire, L'Union canadienne soutient que c'est exécuter l'ouvrage, les travaux prévus au contrat. À mon avis, c'est L'Assurance-vie qui a raison. L'ouvrage, les travaux sont l'une des obligations prévues au contrat, mais il y en a beaucoup d'autres. Si les parties au cautionnement avaient voulu restreindre la condition de l'obligation à l'accomplissement de cette obligation particulière du contrat, elles s'en seraient expliquées. Elles ne l'ont pas fait. Il faut donc prendre les termes employés dans leur sens ordinaire et tenir que l'exécution du contrat signifie l'exécution de toutes les obligations stipulées au contrat.

[90] Les tribunaux et la doctrine semblent faire une distinction entre le cautionnement d'exécution comportant l'obligation d'exécuter le contrat et celui comportant l'obligation d'exécuter l'ouvrage. En effet, selon l'ouvrage sous la direction de Kott et Roy, l'étendue de la garantie peut varier selon la rédaction des clauses y apparaissant⁵.

[91] Le contrat de cautionnement d'exécution prévoyant l'engagement de la caution « à exécuter le contrat » implique une forme de garantie plus étendue puisqu'il suppose l'engagement de la caution à exécuter toutes les obligations souscrites par l'entrepreneur aux termes de son contrat. La caution peut ainsi être tenue de fournir des quittances aux sous-traitants et de payer les créanciers de l'entrepreneur. Elle se

⁴ C.A. Québec, n° 8955, 29 janvier 1975, jj. Tremblay, Casey, Mayrand.

⁵ Michel SYLVESTRE, Gregory BORDAN et Jeffrey EDWARDS, « Le cautionnement », dans Olivier F. KOTT et Claudine ROY (dir.), *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 637, aux pages 649 et 650.

rend également responsable des dommages inhérents aux retards dans les travaux. La garantie comprend aussi celle contre les malfaçons, à laquelle l'entrepreneur est tenu⁶.

[92] Le contrat de cautionnement d'exécution peut également prévoir que la caution se porte garante pour « exécuter les travaux », auquel cas son obligation est plus étroite, se limitant au parachèvement des travaux et à la livraison de l'immeuble au prix convenu⁷.

[93] Par ailleurs, il semble y avoir une certaine controverse quant à la signification à donner au cautionnement d'exécution prévoyant l'engagement de la caution à exécuter l'ouvrage « conformément au contrat ». Suivant l'ouvrage sous la direction de Kott et Roy, la Cour supérieure, dans *Compagnie de cautionnement Alta c. Montréal (Ville de)*⁸, donne aux termes d'un tel contrat « une portée qui se rapproche davantage de l'exécution du contrat que de l'exécution des travaux.⁹ »

[94] La question de savoir si l'ajout des termes « conformément au contrat » à l'acte de cautionnement d'exécution rend la caution responsable d'obligations plus étendues que celle d'effectuer les travaux demeure donc ouverte.

[95] En effet, l'ajout de ces termes pourrait, selon une première interprétation, signifier l'engagement de la caution à exécuter toutes les obligations prévues au contrat entre le donneur d'ouvrage et l'entrepreneur. Une seconde interprétation, qui me paraît beaucoup plus logique, laisserait sous-entendre que la caution s'engage à effectuer les travaux conformément aux plans et devis qui sont à la base du contrat.

[96] En l'espèce, il est peut-être possible de prétendre que la caution, aux termes du cautionnement d'exécution, serait tenue d'acquitter les créances qui ont fait l'objet des hypothèques légales déjà publiées en raison de la présence des termes « conformément au contrat ».

[97] On ne peut toutefois trancher cette question de façon définitive puisque la caution n'est pas en cause. De toute façon, puisque le cautionnement d'exécution comporte certaines limites, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur cette question.

Nature de la sûreté suffisante

[98] L'avocat de la CSDM plaide que la clause contractuelle exigeant une sûreté suffisante de la part de l'entrepreneur constitue une application des dispositions législatives prévues par les articles 2123 C.c.Q. et 2731 C.c.Q. :

⁶ *Id.*, 640, 650-652.

⁷ *Id.*, 650-652.

⁸ J.E. 90-1293 (C.S.) (appel réglé hors Cour).

⁹ M. SYLVESTRE, G. BORDAN et J. EDWARDS, *loc. cit.*, note 5, 650.

Art. 2123. Au moment du paiement, le client peut retenir, sur le prix du contrat, une somme suffisante pour acquitter les créances des ouvriers, de même que celles des autres personnes qui peuvent faire valoir une hypothèque légale sur l'ouvrage immobilier et qui lui ont dénoncé leur contrat avec l'entrepreneur, pour les travaux faits ou les matériaux ou services fournis après cette dénonciation.

Cette retenue est valable tant que l'entrepreneur n'a pas remis au client une quittance de ces créances.

Il ne peut exercer ce droit si l'entrepreneur lui fournit une sûreté suffisante garantissant ces créances.

Art. 2731. À moins que l'hypothèque légale ne soit celle de l'État ou d'une personne morale de droit public, le tribunal peut, à la demande du propriétaire du bien grevé d'une hypothèque légale, déterminer le bien que l'hypothèque pourra grever, réduire le nombre de ces biens ou permettre au requérant de substituer à cette hypothèque une autre sûreté suffisante pour garantir le paiement; il peut alors ordonner la radiation de l'inscription de l'hypothèque légale.

[99] La jurisprudence a analysé la question de la suffisance des garanties sous l'article 2731 C.c.Q.; les tribunaux n'ont toutefois pas eu l'occasion de se pencher sur l'article 2123 C.c.Q. Compte tenu que le législateur a utilisé les mêmes termes à ces deux articles, il faut sans aucun doute leur donner une même signification.

[100] Cette Cour, dans l'arrêt *Entreprises Bogira inc. c. Parkland Valdec inc.*¹⁰, a statué que la garantie substituée doit être suffisante en termes pécuniaires et en termes de garantie de paiement. La suffisance de cette sûreté doit s'apprécier en tenant compte des circonstances propres à chaque affaire.

[101] Dans l'affaire *Construction Maurice Boivin inc. c. Construction Ellis Don Itée*¹¹, la juge Johanne Trudel a énoncé un certain nombre de critères dont on devrait tenir compte pour examiner la suffisance de la sûreté proposée par le débiteur :

- elle doit être irrévocable et fournie par une institution solvable et autorisée;
- elle doit spécifiquement nommer, à titre de bénéficiaire, le détenteur de l'hypothèque légale et être offerte par le propriétaire de l'immeuble grevé;

¹⁰ [1996] R.D.I. 35 (C.A.).

¹¹ B.E. 2000BE-1162 (C.S.).

- elle doit être d'un montant suffisant pour couvrir la créance en capital, ainsi que les intérêts, une indemnité additionnelle pour une période de temps adéquate, eu égard à la nature du dossier, et les frais;
- elle doit présenter, à défaut d'une valeur absolue qu'aucune sûreté n'offre, une garantie suffisante de recouvrement, c'est-à-dire qu'elle doit le plus possible être à l'abri d'une contestation afin qu'elle ne devienne pas un risque important.

[102] L'auteur Vincent Karim résume ainsi l'état de la jurisprudence :

À titre d'illustration, ont été jugées suffisantes pour garantir le paiement de la créance, les lettres de crédit irrévocable, les garanties bancaires, le dépôt de sommes auprès d'une société en fiducie et les cautionnements. Ce dernier type de sûreté doit nécessairement remplir certaines conditions. Ainsi, le cautionnement doit satisfaire non seulement aux exigences générales en matière de suffisance d'une garantie, mais il doit aussi être irrévocable pendant une période raisonnable de temps. Il doit, également, être fourni par une institution solvable et désigner expressément, comme bénéficiaire, le propriétaire de l'immeuble.¹²

[103] Si on examine maintenant les divers cas d'application, on constate que notre Cour, dans l'affaire *Laliberté c. Coolidge*¹³, a permis de substituer à une hypothèque légale un cautionnement.

[104] Il s'agissait d'une requête présentée dans le cadre d'un litige familial, visant à garantir l'exécution d'une pension alimentaire. L'intimé demandait à ce que soit substitué à l'hypothèque judiciaire enregistrée sur son immeuble un cautionnement d'un montant de 20 000 \$, en application de l'article 2036 *C.c.B.-C.* (maintenant 2731 *C.c.Q.*). Faisant droit à sa requête, mais considérant que le montant du cautionnement proposé était insuffisant, cette Cour ordonna la radiation de l'hypothèque judiciaire afin qu'elle soit remplacée par un cautionnement totalisant 35 000 \$.

[105] La juge Marie-Christine Laberge a fait de même dans l'affaire *Panzera c. Petrecca*¹⁴. Les demandeurs y présentaient une requête afin d'obtenir l'autorisation de substituer un cautionnement à une hypothèque immobilière. Le défendeur s'opposait à la substitution, faisant valoir que le cautionnement n'était ni irrévocable ni solidaire.

[106] Le cautionnement proposé totalisait 86 930 \$ et visait à garantir une créance de 68 271,99 \$. La juge Laberge, concluant que les demandeurs subissaient un préjudice du fait de ne pouvoir remplacer la sûreté, fit droit à leur requête. À son avis, le

¹² Vincent KARIM, *Les contrats d'entreprise, de prestation de services et l'hypothèque légale*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 328 et 329.

¹³ J.E. 81-545 (C.A.).

¹⁴ [1995] R.D.I. 178 (C.S.).

cautionnement proposé constituait une sûreté suffisante. La juge Laberge précise que le libellé de l'article 2731 C.c.Q. n'exige pas que les garanties de remplacement soient solidaires. Sur l'irrévocabilité, elle conclut que le cautionnement proposé n'est pas conditionnel, ne comporte pas de terme, et que rien ne soutient qu'il puisse être autrement révoqué.

[107] Dans l'affaire *Constructions Groupe Gazaille inc. c. Provencher, Roy & Associés – Saucier, Perrotte, architectes*¹⁵, la Cour supérieure a estimé qu'une lettre de garantie bancaire irrévocable constituait une sûreté suffisante alors que dans les affaires *Luongo c. Compagnie Trust National*¹⁶ et *Entreprises Bogira inc.*, on a estimé que le dépôt d'une somme d'argent entre les mains d'une société de fiducie constituait une sûreté suffisante.

Cautionnements et sûreté suffisante

[108] Les actes de cautionnement déposés en l'espèce constituent-ils une sûreté suffisante au sens des critères énoncés par la jurisprudence et la doctrine?

[109] L'avocat de la CSDM plaide que les deux cautionnements ne constituent pas une sûreté suffisante. Il cite, à l'appui, l'ouvrage sous la direction de Kott et Roy, dont l'extrait suivant est d'ailleurs reproduit au jugement de première instance :

La situation est différente en ce qui concerne l'article 2123 C.c.Q. Dans ce cas, c'est le droit de propriété même qui est en cause puisque le défaut de satisfaire aux créances hypothécaires pourra conduire à la vente de immeuble, en vue d'acquitter celles-ci. Il faut donc que la sûreté de l'article 2123 C.c.Q. soit suffisante pour véritablement garantir le propriétaire de ce risque et l'assurer qu'il lui sera possible, en cas de refus du garant de payer, de forcer celui-ci à le faire dans le délai restreint qui lui sera accordé entre l'obtention du jugement contre son immeuble et sa vente éventuelle en justice.

Il est encore trop tôt pour décider ce qu'est une sûreté suffisante au sens de cet article. Certains propriétaires pourraient prétendre qu'un cautionnement fourni lors de la conclusion du contrat pour garantir le paiement des fournisseurs et des sous-traitants de l'entrepreneur n'assure pas le paiement du montant garanti au moment opportun. Il en est de même des cautionnements d'exécution prévoyant que l'obtention de la radiation des hypothèques légales fait partie des obligations de la caution de compléter le contrat de l'entrepreneur. En effet, même dans les cas où ces cautionnements sont clairement établis à l'avantage du propriétaire, ils ne constituent pas une obligation inconditionnelle de paiement de la part de la caution, puisqu'ils sont toujours assortis de nombreuses conditions d'application devant être scrupuleusement observées pour pouvoir bénéficier de la sûreté. En

¹⁵ [2003] R.D.I. 562 (C.S.).

¹⁶ [1995] R.D.I. 73 (C.S.).

somme, ces cautionnements peuvent s'éteindre sans que l'hypothèque légale ne soit affectée et sans possibilité d'intervention du propriétaire.

Les contrats de cautionnement dits «de libération de la retenue» fournis par une compagnie d'assurances, aussi solvable soit-elle, pourraient ne pas non plus offrir une sûreté suffisante au propriétaire au sens de l'article 2123 C.c.Q. puisqu'ils ne peuvent assurer que la créance hypothécaire sera payée avant que l'immeuble ne soit vendu en justice. En effet, l'assureur est, par exemple, toujours admis à soutenir que le cautionnement est nul parce qu'obtenu à la faveur de fausses déclarations de la part de l'entrepreneur, avec pour conséquence que le propriétaire se retrouverait alors devant la possibilité que le jugement rendu contre son immeuble soit exécutoire et qu'il ne puisse alors bénéficier de la sûreté.

En fait, eu égard aux traditions bancaires, une lettre de garantie irrévocable, inconditionnelle et assortie d'une obligation de renouvellement automatique à terme, pour un montant permettant d'assurer le paiement de toute la créance, de ses intérêts et des frais y afférents, paraît acceptable. En effet, dans le monde bancaire, il existe un principe reconnu de façon générale et scrupuleusement respecté par les banques, à savoir qu'une lettre de crédit répondant à ces caractéristiques est immédiatement payée sur simple présentation. La lettre de crédit est un effet de commerce reconnu et utilisé mondialement qui paraît assurer le propriétaire que les créances hypothécaires sont acquittées avant une éventuelle vente en justice.

À cet égard, on note d'ailleurs que les tribunaux ont exigé que la sûreté prévue à l'article 2731 C.c.Q., qui en permet la substitution à l'hypothèque légale du constructeur, soit inconditionnelle et irrévocable. À plus forte raison, il doit en être ainsi de la sûreté fournie sous l'article 2123 C.c.Q.¹⁷

[110] Je suis d'avis de répondre par la négative à cette question, notamment pour les motifs suivants :

- 110.1. sur le plan pécuniaire, chacun des cautionnements n'est pris que pour 2 423 000 \$ alors que le contrat a été conclu pour un prix de 4 845 999,80 \$;
- 110.2. les cautionnements ne sont pas irrévocables puisqu'ils prennent fin un an après la fin des travaux, alors que le litige pourrait toujours être en cours entre le donneur d'ouvrage et l'entrepreneur.
- 110.3. les cautionnements comportent les limites dont j'ai déjà fait état plus haut.

¹⁷ Ian GOSSELIN et Pierre CIMON, « La responsabilité du propriétaire », dans Olivier F. KOTT et Claudine ROY (dir.), *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 339, aux pages 347 et 348.

110.4. il n'est pas évident que le cautionnement d'exécution comporte des obligations plus étendues que celles concernant la stricte exécution de l'ouvrage.

[111] Le premier juge a reconnu que les cautionnements ne constituaient pas une sûreté suffisante, mais il a conclu que la CSDM avait renoncé à invoquer l'insuffisance des garanties par ses représentations contractuelles.

Renonciation par la CSDM

[112] Avec égards, je ne crois pas que les dispositions contractuelles comportent des ambiguïtés telles qu'on puisse conclure que la CSDM a renoncé à ses droits et a reconnu que les cautionnements tenaient lieu de sûretés suffisantes. De toute façon, la jurisprudence et la doctrine reconnaissent clairement le principe suivant lequel nul n'est présumé renoncer à ses droits¹⁸. Ce principe n'est pas écarté du fait que l'on soit en présence d'un contrat d'adhésion.

[113] Lorsqu'on lit toutes les dispositions contractuelles (j'ai reproduit les principales), on constate que la CSDM exige de l'entrepreneur deux cautionnements et une sûreté suffisante si ce dernier veut éviter que le maître de l'ouvrage retienne 10% du montant sur chaque montant progressif.

[114] Cela dit, je ne peux m'empêcher de trouver déplorable la façon dont la CSDM a rédigé son contrat d'adhésion. Elle a choisi d'exiger des garanties (les cautionnements) et a imposé une autre exigence (une sûreté suffisante), qui est en soi imprécise. Elle place Tanaka dans la situation où cette dernière doit proposer une sûreté à la CSDM, qui estimera si elle est suffisante. En cas de conflit, les parties devront s'adresser aux tribunaux; cela semble irréaliste dans le cadre d'un chantier de construction qui se déroule sur une période d'une année alors que le contrat prévoit des paiements mensuels.

[115] Si, à titre d'exemple, la CSDM désirait obtenir une lettre de garantie bancaire irrévocable avant de libérer les sommes retenues, il aurait été facile de le dire de façon précise¹⁹.

Abus de droit

[116] Le deuxième motif du premier juge repose sur la conduite fautive de la CSDM.

¹⁸ Voir : *Mile End Milling Co. c. Peterborough Cereal Co.*, [1924] R.C.S. 120, 131; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 5, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1901, p. 600.

¹⁹ Les documents d'appel d'offres comportent un formulaire de garantie irrévocable qui peut être utilisé pour remplacer le «cautionnement de soumission», un troisième type de cautionnement prévu aux documents contractuels.

[117] Bien que le premier juge n'ait pas explicitement formulé de motifs sur l'abus de droit, telle est en réalité sa conclusion. Je relève de nombreux passages dans le jugement de première instance démontrant les abus de la CSDM, dont les suivants :

[90] Les hésitations et le volte-face de la CSDM du 29 avril au 11 septembre, sur la façon d'ériger la clôture ont eu un effet certain sur le déroulement des travaux et démontrent une fois de plus l'inconsistance, l'incohérence et l'indécision de la CSDM.

[...]

[94] Pourtant, la CSDM reproche toujours à Tanaka de ne pas avoir complété les trottoirs extérieurs avant le début des classes. Comment l'aurait-elle fait, puisqu'elle attendait les instructions des professionnels de la CSDM? Ensuite, la CSDM poussera l'odieux jusqu'à reprocher à Tanaka le manque de communication.

[...]

[101] La CSDM est un chef de file dans le monde scolaire et un spécialiste qui prépare l'ensemble de sa documentation. Elle savait ou aurait dû savoir que son échéancier était trop serré. Le non-respect de son propre contrat, le retard dans la remise du chantier à Tanaka, le défaut de fournir les plans de localisation et d'élévation, le manque de collaboration des ingénieurs en structure, les nombreuses erreurs sur les plans, le flottement de la CSDM dans ses décisions, le manque d'empressement lors de l'émission des avenants et l'attitude et le comportement en général font en sorte que la CSDM est responsable des retards.

[...]

[141] En ne respectant pas le devis, entre autres sur les dates des paiements et en n'émettant pas de certificat de réception provisoire et de certificat de fin des travaux, la CSDM a continué d'agir abusivement. Elle a abusé par ses gestes et retenues quant aux pénalités de retard et frais de surveillance de l'architecte, privant ainsi la demanderesse de liquidités suffisantes pour régler ses sous-traitants. Elle a fait la sourde oreille lorsque Tanaka lui a soumis l'interprétation d'une autre commission scolaire quant à la retenue progressive de 10 %.

[...]

[143] Or, surprise! Les procureurs ad litem de la CSDM envoient la moitié seulement du règlement. Ils paient directement le sous-traitant sans envoyer la contrepartie convenue à Tanaka. Cette preuve non contredite démontre bien

l'attitude constamment abusive, mesquine, vexatoire et malicieuse de la CSDM qui s'est servie de ses ressources pour écraser un entrepreneur revendicateur.

[...]

[199] Une telle attitude transpirait la mesquinerie. La CSDM avait le fardeau de convaincre le Tribunal de sa réclamation. Aucune soumission n'a été fournie par Daoust et compte tenu de ses évaluations exagérées et erronées des lentilles et devant le peu de crédibilité que le Tribunal lui accorde, le Tribunal arbitrera les montants de sa sous-réclamation, compte tenu de la pièce R-35, d'autant plus que Daoust avait la supervision des travaux électriques.

[...]

[204] Nous sommes dans une situation assez étrange pour ne pas dire surprenante. En effet, la CSDM émet un certificat qu'elle appellera certificat d'achèvement substantiel des travaux, pièce D-4 le 17 décembre 2002. Pourtant, elle a pris possession anticipée de l'école les 16, 20 et 28 août. Depuis cette prise de possession anticipée, Tanaka ne cesse de réclamer une réception provisoire des travaux en vertu de l'article 50 du cahier des charges, mais la CSDM agit comme si elle se moquait royalement des conditions du devis et des demandes répétées de Tanaka. Elle cesse également de tenir des réunions de chantier dès la prise de possession anticipée.

[...]

[209] On est loin de la bonne foi qui doit gouverner l'exécution des contrats. La CSDM est un organisme public qui devrait, à une époque où la bonne gouvernance est de rigueur, donner l'exemple de transparence et de bonne foi, d'autant plus qu'elle est une institution qui doit véhiculer de telles valeurs.

[...]

[229] Un événement fort surprenant arrive dans cette réclamation. En effet, le 7 octobre, Tanaka avise la CSDM qu'elle effectuera certains correctifs le 19 octobre dont entre autres les gratte-pieds. Le 19 octobre, Tanaka s'est butée à une école fermée, car Veilleux avait, de son propre chef, émis une nouvelle directive voulant que deux préavis soient nécessaires avant d'autoriser Tanaka à se présenter sur les lieux pour effectuer quelques travaux que ce soit. Cette exigence de Veilleux est complètement arbitraire, excessive, contraire aux documents de prise de possession et au devis, totalement abusive et même dissimulée à Brissette.

[...]

[254] Encore une fois, la CSDM joue sur plusieurs tableaux à la fois. Elle n'a pas émis de certificat de réception provisoire des travaux et n'a d'ailleurs jamais émis le certificat de fin des travaux. Elle s'est piégée à son propre jeu. D'ailleurs, Duval était très mal à l'aise lorsqu'il a témoigné sur ses factures et a jeté des regards perplexes à l'endroit du procureur en faisant une moue qui en disait long. Cette réclamation est d'autant plus surprenante car elle n'apparaît pas dans le détail formulé par Brissette en D-64.

[255] Pourquoi la CSDM a-t-elle retenu la somme de 34 938,12 \$ sachant très bien qu'elle n'avait droit qu'à une infime portion de cette somme? Encore une fois, elle a agi abusivement et arbitrairement.

[Je souligne.]

[118] La conclusion du premier juge est fondée sur les éléments suivants : la CSDM n'a jamais reconnu les malfaçons et retard du premier entrepreneur, elle a négligé d'apporter sa collaboration à Tanaka pour solutionner les difficultés, elle a constamment tergiversé et négligé de prendre ses décisions en temps utile, elle a constamment fait ses paiements en retard.

[119] Ainsi, à titre d'exemples, le paiement #12 de 201 885,44 \$ (incluant les taxes) aurait été effectué avec au minimum 188 jours de retard. De même, le paiement #13 de 29 392,39 \$ (excluant les taxes) n'avait toujours pas été effectué au moment de l'introduction de l'action.

[120] Cette situation, on l'a vu au chapitre précédent, a causé à Tanaka des inconvénients importants et, surtout, l'a empêchée d'effectuer des paiements à ses fournisseurs et à ses sous-traitants en temps utile de sorte que ces derniers ont choisi de publier des hypothèques légales pour protéger leurs créances.

[121] Au surplus, la CSDM aurait fait des retenues abusives. À titre d'exemple, comme nous le verrons au chapitre des réclamations diverses, la CSDM a fait une retenue injustifiée de 87 000 \$ de septembre 2002 à décembre 2002 sous le prétexte que des lentilles avaient été contaminées par la poussière.

[122] Pour sa part, le premier juge fournit l'exemple suivant :

[154] Pour illustrer la situation vécue par Tanaka, à titre d'exemple, prenons le cas d'Air Technique. Le 9 octobre 2002, la CSDM n'a pas encore effectué son paiement progressif. Elle doit 19 973 \$ à Tanaka pour son sous-traitant Air Technique pour les travaux exécutés par lui. Depuis le 23 août, Air Technique a publié une hypothèque légale de construction au montant de 59 318 \$. Brissette retient à Tanaka les sommes suivantes pour ce contrat :

a) 59 318 \$ pour l'hypothèque légale en y ajoutant 9 000 \$, représentant 15 % de frais légaux, pour un total de 68 000 \$.

b) 33 288,90 \$ aux termes des retenues de 10 % sur des paiements progressifs du contrat;

c) 19 973,34 \$ pour les travaux effectués par Air Technique.

[155] Voici une application de la façon dont la CSDM se protège. Jamais la CSDM n'a fait l'effort de constater l'abus de retenue pour se protéger. Rappelons que le 24 septembre 2002, suivant la CSDM, les travaux de ce sous-traitant sont complétés à 100 % (D-2, page 191). Toutes ces retenues, en plus des contrats de cautionnement, protégeant la défenderesse.

[123] D'autre part, sur certains paiements progressifs, la CSDM a effectué des retenues pour malfaçons, de sorte que le paiement final a été acquitté plusieurs mois après sa date d'exigibilité. À titre d'exemples, le paiement progressif # 10 (comportant une retenue de 22 341,90 \$) a été effectué avec 257 jours de retard pour la partie relative à la retenue. De la même façon, le paiement progressif # 11 (comportant une retenue de 33 500 \$) a été effectué avec 227 jours de retard pour la partie relative à la retenue.

[124] En somme, la CSDM a commis plusieurs fautes qui ont nui à la progression normale des travaux. Le premier juge pouvait alors conclure à un abus de droit.

[125] En effet, dans l'arrêt de principe *Banque nationale du Canada c. Houle*, la Cour suprême du Canada reconnaît expressément l'application de la théorie de l'abus de droit contractuel en droit québécois. Au nom de la Cour, la juge L'Heureux-Dubé s'exprime ainsi :

En résumé, donc, il semble que la théorie de l'abus des droits contractuels fasse aujourd'hui incontestablement partie du droit québécois. Fondée au départ sur le critère rigoureux de la malice ou de la mauvaise foi, la norme servant à apprécier l'existence d'un tel abus s'est élargie pour inclure maintenant le critère de l'exercice raisonnable d'un droit, tel qu'il est incarné dans la conduite d'une personne prudente et diligente. Ce critère peut couvrir un grand nombre de situations, y compris l'utilisation d'un contrat à une fin autre que celle envisagée par les parties. On pourrait donc formuler ainsi le critère approprié: tels droits ont-ils été exercés dans un esprit de loyauté? Pour ce qui est du fondement de la théorie, suivant la solution à la fois doctrinale et jurisprudentielle au Québec, c'est bien le régime contractuel de responsabilité qui régit l'abus d'un droit contractuel puisque, implicitement en droit civil, les parties à tout contrat s'engagent à agir, dans l'exercice de leurs droits contractuels, à la manière prudente et diligente d'une personne raisonnable et dans les limites de la

loyauté. S'il y a violation de cette obligation implicite, la responsabilité contractuelle est alors engagée à l'égard du cocontractant.²⁰

[126] Depuis 1994, cette théorie est codifiée au *Code civil du Québec* par le biais des articles 7 et 1375, qui prescrivent l'exigence d'agir de bonne foi dans le cadre de toute relation contractuelle :

7. Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

1375. La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction.

[127] Les professeurs Baudouin et Jobin énoncent ainsi la théorie de l'abus de droit :

Être titulaire d'un droit ne permet donc pas d'en user de façon abusive : c'est là le principe à la base de la théorie de l'abus de droit. Notons immédiatement que la théorie de l'abus de droit n'entraîne nullement la négation du droit en soi, mais s'attaque plutôt à l'usage qu'en fait son titulaire.

[...]

La bonne foi que l'on exige des parties ne peut donc plus être entendue seulement dans son sens purement subjectif, c'est-à-dire le fait d'agir sans malice et en ayant une perception erronée de la réalité (ne pas savoir qu'on agit de façon illégitime ou illégale). C'est surtout la bonne foi dans son acception objective qui doit présider à la conduite des parties : chacune doit exercer ses droits en personne prudente et diligente. [...] Aucun droit, aucune liberté ne peut échapper au contrôle de l'abus de droit : il n'y a plus de droit absolu désormais.²¹

[128] En l'espèce, la CSDM a exercé ses droits de manière répréhensible et contraire aux exigences de la bonne foi. Elle a agi de façon déraisonnable – voire intransigeante et obstinée – avec Tanaka, s'écartant clairement de la norme de conduite d'une personne prudente et diligente.

[129] La sanction à l'abus de droit prend généralement la forme de l'octroi de dommages et intérêts. Ces dommages et intérêts pouvaient en l'espèce être compensés par l'octroi des intérêts dus au sens de l'article 1618 C.c.Q., accompagnés de l'indemnité additionnelle en vertu de l'article 1619 C.c.Q., selon la discrétion du tribunal d'instance.

²⁰ [1990] 3 R.C.S. 122, 164.

²¹ P.-G. JOBIN et J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 3, n° 123 et 124, p. 173, 175 et 176.

[130] Dans de telles circonstances, il n'était pas inapproprié pour le premier juge de condamner la CSDM à payer les intérêts et l'indemnité additionnelle sur le solde à compter de la signification de l'action, y compris sur les paiements faits en cours d'instance.

III - PERTE D'AUTRES CONTRATS

[131] À ce titre, Tanaka a réclamé en première instance – et réclame toujours en appel – une indemnité de 337 039,77 \$ au motif que les fautes de la CSDM l'auraient empêchée de déposer des soumissions sur d'autres projets.

[132] Le 25 août 2003, la Compagnie d'Assurance St-Paul Garantie (autrefois la compagnie d'indemnité du Nord Inc.) – qui avait fourni les cautionnements pour le contrat en cause – fait part à Tanaka de ses exigences avant de se porter caution pour un nouveau projet :

La présente est pour confirmer notre entretien téléphonique du 22 août 2003. Afin de considérer l'émission d'un cautionnement de soumission pour le projet de \$10.0 millions en faveur de la Commission Scolaire de Blainville, nous avons demandé à ce qu'une injection de fonds de \$600,000 soit effectuée si Tanaka devient l'adjudicataire de cette soumission.

La raison est basée sur la structure du dossier en date du 22 août 2003. Cette structure tient de divers facteurs tel [sic] que le fonds de roulement selon notre analyse avec les informations au dossier, l'équité tangible, le total des obligations contractuelles en cours et à venir, etc. Il ne s'agit pas simplement de faire une règle de trois pour évaluer les besoins que nous pouvons exiger dans un dossier comme le vôtre.

[133] Incapable de se conformer à cette demande, Tanaka prétend avoir ainsi perdu un contrat qui lui aurait procuré un profit de 8%.

[134] Le premier juge rejette cette demande, notamment pour les motifs suivants :

[179] La demanderesse prétend qu'à la suite des agissements de la défenderesse et de ses retenues abusives illégales, il en a résulté que sa compagnie de caution lui a imposé des conditions financières qu'elle ne pouvait rencontrer pour l'émission d'un nouveau contrat de cautionnement, ce qui l'aurait privée de déposer des soumissions sur deux projets, soit l'un pour l'Université de Sherbrooke et l'autre à la Commission scolaire de Blainville.

[180] Elle a déposé une série de lettres provenant de la CSDM adressées à la caution ou dont copie était adressée à la caution ainsi que diverses correspondances de la caution à elle-même. Tajdin a témoigné que la caution était inquiète et loin d'être enthousiaste à lui accorder des cautionnements à

cause du solde de la réclamation et en conséquence, sa compagnie de caution avait commencé à resserrer son crédit en août 2003.

[181] En contre-interrogatoire, il reconnaît toutefois que la demanderesse, à la même époque, était impliquée dans un autre litige avec le Cégep du Vieux-Montréal et la Maison du prêt d'honneur et dont la caution avait connaissance (pièce D-16). Il a été démontré également que pendant la période de janvier à août 2003, Tanaka n'a pas été privée de cautionnement et a pu soumissionner sur d'autres projets.

[182] Par une lettre du 25 août 2003, (pièce R-24), la compagnie de cautionnement Saint-Paul, après étude de l'ensemble du dossier de Tanaka, demande à cette dernière d'injecter 600 000 \$ afin qu'elle puisse lui émettre de nouveaux contrats.

[183] Dans cette lettre, il n'est pas précisé que la demande d'injection est liée au défaut de la CSDM, bien que le montant soit presque identique aux divers montants de retenue totalisant 617 000 \$.

[184] Tajdin a témoigné qu'il n'a pas pu soumissionner à deux appels de proposition n'ayant pas de contrat de cautionnement et que, suivant ses propres données, il aurait été le plus bas soumissionnaire. La pièce R-26 révèle que la demanderesse a cependant pu continuer à soumissionner le 19 août et le 2 septembre 2003. Sans une preuve de la compagnie de caution, le Tribunal ne peut relier la CSDM à de telles exigences de cette compagnie de caution.

[...]

[186] Le Tribunal conclut donc qu'il n'y a pas eu preuve de mauvaise foi de la CSDM sur ce point et il n'y a donc pas lieu de se pencher sur le montant des dommages réclamés sous ce chef. [...]

[135] Les motifs donnés par le premier juge sont bien fondés.

[136] Tanaka n'a pas jugé à propos de faire témoigner les représentants de la caution pour leur permettre d'expliquer les motifs à l'appui de ses exigences. De plus, rien ne permet de conclure que si Tanaka avait déposé une soumission, elle aurait obtenu le contrat et aurait réalisé le profit dont elle fait état.

[137] La prétention de Tanaka à ce sujet ne peut donc être retenue.

IV - LES FRAIS DE PRÉPARATION DE LA RÉCLAMATION

[138] À ce poste, Tanaka a réclamé en première instance 99 464,47 \$, montant qu'elle aurait payé à Gestoconcept pour la préparation de sa réclamation. Tanaka a déposé

deux factures de cette dernière, une première du 10 octobre 2003 de 75 095 \$ sous le titre «Facturation pour frais de consultation/Analyse des retards», et une deuxième du 6 décembre 2004 de 24 369,47 \$ sous le titre «Préparation pour audition et support durant les auditions».

[139] Tanaka prétend qu'en vertu de l'article 1613 C.c.Q., elle a droit de réclamer ces dommages même s'ils n'étaient pas prévisibles au moment où l'obligation a été contractée vu la faute intentionnelle ou la faute lourde de la CSDM.

[140] Le premier juge rejette cette réclamation pour le motif suivant :

[124] Il est vrai que la CSDM n'a pas questionné ces factures au procès. Cependant, comme le dit la Cour d'appel dans l'affaire *Aluminerie Alouette*, les coûts pour la préparation d'une réclamation sont exclus. Le Tribunal rejette donc cette réclamation, d'autant plus que ni Poirier, ni Gestoconcept n'ont été déclarés témoins experts.

[141] Il n'est même pas nécessaire de se pencher sur la prétention de Tanaka qu'elle a droit de faire valoir une telle réclamation; il suffit de constater que, de toute façon, elle n'en a pas fait la preuve.

[142] Le premier juge souligne, à juste titre, que le représentant de Gestoconcept, l'architecte Marc Poirier, n'a pas témoigné à titre d'expert.

[143] Il est vrai que la CSDM ne s'est pas formellement objectée au dépôt de ces deux factures, mais il n'en reste pas moins que Marc Poirier aurait dû témoigner pour expliquer le travail qu'il a fait et pour lequel il réclame des honoraires de 75 095 \$. De plus, le représentant de Tanaka, Mohamed Tajdin, n'a pas davantage témoigné à ce sujet.

[144] Quant à la réclamation de 24 369,47 \$ pour avoir été présent durant l'audition, Tanaka ne fait pas voir sur quelle base elle pourrait réclamer de la partie adverse de tels honoraires pour la présence durant l'audition d'un «témoin ordinaire».

[145] La réclamation de Tanaka à ce poste a été rejetée à juste titre.

V - LES HONORAIRES EXTRAJUDICIAIRES

[146] Tanaka a réclamé en première instance 93 269,03 \$ à titre d'honoraires extrajudiciaires. Elle a déposé à ce sujet les factures de ses procureurs dans le présent dossier ainsi que dans d'autres dossiers où elle a dû contester les procédures de ses fournisseurs et de ses sous-traitants.

[147] Le premier juge a accordé 50 000 \$ à ce poste. Tanaka ne se pourvoit pas pour la partie non accordée, mais la CSDM conteste l'octroi de tout montant à titre d'honoraires extrajudiciaires.

[148] Le premier juge n'a pas ignoré l'arrêt *Viel c. Entreprises Immobilières du Terroir Ltée*²², mais il a vu dans la présente affaire des «circonstances exceptionnelles» permettant de déroger au principe qui y est établi. Il note que l'arrêt *Hrtschan c. Montréal (Ville de)*²³, qui a repris les principes de l'arrêt *Viel*, a précédé la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*²⁴. Il cite également l'arrêt de cette cour dans l'affaire *Héту c. Notre-Dame-de-Lourdes (Municipalité de)*²⁵.

[149] Avec égards, je suis en désaccord avec ses motifs.

[150] À mon avis, l'arrêt *Héту* n'a aucune application en l'espèce puisqu'il s'agit d'un cas exceptionnel où une «provision pour frais» a été accordée pour permettre à Héту de faire valoir ses droits. Cette provision pour frais était d'ailleurs remboursable si Héту devait échouer dans son recours (par. 71 de l'arrêt).

[151] Tanaka n'a pas été empêchée de faire valoir ses droits et le litige n'était pas au stade préliminaire.

[152] L'arrêt *Okanagan* porte également sur une demande de provision pour frais. De plus, il faut apporter une mise en garde : cette décision a été rendue en application des règles de la Common Law, qui sont fort différentes de celles en vigueur au Québec à ce sujet.

[153] La Cour suprême l'a rappelé tout récemment dans un arrêt prononcé après le jugement de première instance, soit l'affaire *Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable Inc.*²⁶. La juge Deschamps écrit :

[39] Invoquant de façon générale les faits du dossier, le juge Gervais a considéré « normal » que les frais judiciaires et honoraires extra-judiciaires à la charge des parties soient payés à même les biens du Regroupement. Accueillant en partie l'appel incident de la Fédération, la Cour d'appel a souligné que cette ordonnance était injustifiable. Elle a modifié le dispositif du jugement de la Cour supérieure et accueilli la requête de la Fédération, sans frais, tout en ordonnant au liquidateur de rembourser aux acheteurs-transformateurs les honoraires et

²² [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.).

²³ [2004] R.J.Q. 1073 (C.A.).

²⁴ [2003] 3 R.C.S. 371.

²⁵ [2005] R.J.Q. 443 (C.A.).

²⁶ [2006] 2 R.C.S. 591.

débours raisonnable de leurs avocats. La Cour d'appel a cependant accordé à la Fédération les dépens de l'appel.

[...]

[42] Dans *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, par. 76-80, la Cour a rappelé que, au Québec l'attribution des dépens est régie de façon exhaustive par le *Code de procédure civile* et les divers tarifs. L'ordonnance intimant le paiement des honoraires extra-judiciaires des avocats des acheteurs-transformateurs ne saurait être fondée sur le pouvoir discrétionnaire accordé par l'art. 477 *C.p.c.* et aucun tarif ne l'autorise. Il y a donc lieu, en vertu de l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, de retrancher la partie de l'ordonnance de la Cour d'appel qui concerne le paiement des honoraires des avocats des acheteurs-transformateurs.

[154] Le principe énoncé dans l'arrêt *Viel* a été repris par notre Cour à de multiples reprises; il suffit ici de citer les récents arrêts dans les affaires *Fillion c. Chiasson*²⁷, *Ville de Ste-Anne-de-Bellevue c. Papachronis*²⁸ et *Royal Lepage Commercial Inc. c. 109650 Canada Ltd.*²⁹.

[155] En l'espèce, la CSDM était poursuivie pour environ 1,7 million; elle a été condamnée à environ 700 000 \$. On ne peut certes lui reprocher d'avoir contesté l'action.

[156] Aucun élément de preuve ne fait voir qu'elle a adopté une conduite abusive dans le cadre de sa défense à l'action. L'objection que son avocat a formulée à l'encontre du dépôt d'un document prétendument protégé par le secret professionnel et le défaut de régler un litige avec un sous-traitant ne permettent pas de conclure à un abus de procédures.

[157] Je propose de casser le jugement de première instance à ce sujet et de retrancher cette condamnation de 50 000 \$.

VI - RÉCLAMATIONS DIVERSES

[158] Les parties s'affrontent sur un grand nombre de réclamations pour des montants plutôt minimes compte tenu des enjeux dans ce dossier.

[159] J'ai déjà mentionné qu'elles tentent indirectement, l'une et l'autre et à tour de rôle, de refaire le procès sur des questions purement factuelles sans faire clairement voir une erreur manifeste et dominante de la part du premier juge.

²⁷ 2007 QCCA 570.

²⁸ C.A. Montréal, n° 500-09-014335-046, 6 juin 2007, jj. Dalphond, Hilton, Giroux.

²⁹ C.A. Montréal, n° 500-09-014721-047, 22 juin 2007, jj. Dalphond, Hilton, Giroux.

[160] Je me limiterai donc à une revue sommaire de ces diverses réclamations.

[161] La CSDM reproche au premier juge d'avoir accordé à Tanaka une compensation totale ou partielle pour les travaux additionnels suivants :

- a. des malfaçons du lot numéro 1 (3 917,14 \$)³⁰,
- b. des modifications à l'entrée d'eau (8 344,74 \$),
- c. du ventre de bœuf (6 062,76 \$),
- d. du garde-corps (3 440,63\$).

[162] La CSDM reproche également au juge d'avoir accordé des indemnités à Tanaka pour des demandes de changements à la suite de travaux effectués à son initiative :

- a. protection des panneaux de béton (3 354,13 \$),
- b. correction aux «L» de retenue (1 024,87 \$),
- c. marquises (7 453,62 \$) et entreposage des marquises (6 708,26 \$).

[163] Enfin, Tanaka reproche au premier juge d'avoir fait droit à certaines réclamations de la CSDM et cette dernière se pourvoit au motif que le juge n'aurait pas fait droit intégralement à certaines de ses réclamations et en aurait rejeté d'autres :

- a. travaux non complétés en électricité (2 200,00 \$),
- b. travaux réalisés par un autre entrepreneur, et plus spécifiquement :
 - b.1. travaux de nettoyage (nil),
 - b.2. travaux sur trottoirs (4 248,00 \$),
 - b.3. grille gratte-pieds (nil),
 - b.4. aménagement extérieur (nil),
 - b.5. remplacement de deux portes extérieures (nil),
- c. frais de laboratoire (9 402,73 \$),
- d. honoraires additionnels des architectes (3 853,06 \$).

Malfaçons du lot numéro 1 (3 917,14 \$)

[164] Le premier juge a fait droit à la réclamation de 3 917,14 \$ de Tanaka en raison de travaux additionnels consécutifs au désalignement des colonnes installées par le premier entrepreneur.

[165] La CSDM a accepté de payer 1 099,14 \$ sur la réclamation originelle de 5 016,29 \$ présentée par Tanaka. Elle prétend que le solde de 3 917,14 \$ n'aurait pas dû être accordé par le premier juge, et, alternativement, que la réclamation ne devrait pas de toute façon excéder 1 757,93 \$.

[166] La CSDM s'appuie essentiellement sur le témoignage de l'ingénieur Claude Leclair, qui a proposé de rejeter la partie de la réclamation qui vise le nettoyage de la pierre concassée ainsi que celle relative à la localisation des colonnes.

³⁰ Les montants entre parenthèses correspondent à ceux accordés par le premier juge.

[167] Ce témoignage a été contredit par Pierre Guay, représentant du sous-entrepreneur, Construction Mysille.

[168] Le premier juge pouvait certes préférer le témoignage de Pierre Guay à celui de Claude Leclair.

[169] De plus, le premier juge a reproché à la CSDM sa négligence à intervenir pour trouver une solution alors que le problème avait été porté à l'attention de l'ingénieur Leclair dès le 8 novembre 2001. Il attendra jusqu'au 22 novembre 2001 avant de préparer un nouveau plan de structure pour corriger les vices découlant des travaux exécutés par l'entrepreneur précédent.

[170] Le premier juge a été d'avis qu'il serait inacceptable d'imputer à Tanaka le coût des travaux pour réparer les malfaçons de l'entrepreneur précédent.

[171] La CSDM prétend que les pièces justificatives déposées au dossier ne permettent pas d'établir la totalité de la réclamation de Tanaka. À ce sujet également, il appartenait à la CSDM de démontrer de façon précise l'erreur manifeste du premier juge, ce qu'elle n'a pas réussi à faire.

Modifications à l'entrée d'eau (8 344,74 \$)

[172] La CSDM reconnaît que Tanaka est en droit de présenter une réclamation pour le déplacement de l'entrée d'eau consécutivement au désalignement des colonnes à la suite des malfaçons imputables à l'entrepreneur responsable du lot numéro 1. Elle prétend toutefois que l'indemnité ne devrait pas excéder 1 109,93 \$, somme qu'elle n'a toutefois ni payée ni même offerte.

[173] Pour établir le coût de ces travaux, la CSDM s'appuie principalement sur le témoignage de Simon Veilleux. Or, le juge de première instance a nettement mis de côté le témoignage de ce dernier, qui est sans expérience et n'avait même pas pris connaissance des devis et du cahier de charges. Le premier juge a nettement préféré le témoignage de l'architecte Marc Poirier.

[174] De plus, encore une fois, le premier juge constate que la CSDM a tergiversé du 4 au 19 avril 2002 avant d'apporter une réponse au problème soulevé par Tanaka et a attendu jusqu'au 27 mai 2002 avant de proposer un paiement de 1 109,93 \$ pour le coût de ces travaux.

[175] La CSDM ne démontre d'aucune façon l'erreur manifeste et dominante qu'aurait commise le premier juge en préférant le témoignage de l'architecte Poirier. Quant au quantum, les factures déposées à l'appui de cette réclamation constituent une preuve qui pouvait être jugée suffisante par le premier juge.

[176] La prétention de la CSDM à ce sujet n'est donc pas retenue.

Ventre de bœuf (6 062,76 \$)

[177] La réclamation de Tanaka concerne des travaux additionnels en raison d'une faiblesse dans le remblai (appelée ventre de bœuf), imputable à l'entrepreneur précédent.

[178] L'ingénieur Leclair, mandaté par la CSDM, prétend que cette réclamation vise plutôt le remboursement de frais professionnels reliés à un problème de gel du sol.

[179] Dès la première semaine de chantier, Tanaka a avisé la CSDM que le remblai n'avait pas été compacté adéquatement par le premier entrepreneur. Selon le premier juge, l'ingénieur Leclair n'a même pas daigné se rendre sur le chantier pour vérifier les prétentions de Tanaka, et ce, malgré des demandes répétées de la part des représentants de l'entrepreneur.

[180] Toujours selon le premier juge, Leclair a laissé la situation se dégrader et tente maintenant de camoufler son incurie. La CSDM, qui a omis de vérifier les faits à l'époque pertinente, est malvenue de les contester après que les travaux de correction ont été exécutés.

[181] Le premier juge préfère nettement le témoignage de Mohamed Tajdin à celui de l'ingénieur Leclair.

[182] La CSDM reprend les mêmes arguments qu'elle a tenté sans succès de faire valoir en première instance. Elle ne démontre pas une erreur manifeste et dominante de la part du premier juge.

Garde-corps (3 440,63 \$)

[183] L'architecte Laurent Lemaire, responsable du chantier avant l'arrivée de l'architecte Alain Duval, avait demandé à Tanaka d'apporter des modifications à un garde-corps.

[184] Au départ, le responsable du chantier, Simon Veilleux, a prétendu que ces travaux devaient être à la charge de l'entrepreneur. Par la suite, trois mois plus tard, un avenant de modification a été délivré par l'architecte Laurent Lemaire et, par voie de conséquence, Tanaka a été autorisée à présenter une réclamation à cette fin. Les parties n'ont toutefois pas réussi à s'entendre sur les coûts reliés à cette modification.

[185] La preuve à ce sujet n'est pas limpide. L'architecte Duval a proposé d'allouer à l'entrepreneur 183,84 \$ plus taxes. Par contre, en contre-interrogatoire, Simon Veilleux a reconnu que le montant réclamé «est exact», sujet à une vérification avec l'architecte Duval. De toute façon, la CSDM s'était engagée à payer à temps et à matériel les travaux dans une lettre écrite par Alain Duval, datée du 27 août 2002.

[186] En présence de cet imbroglio, le premier juge a tranché; il n'y a pas lieu de revenir pour modifier son appréciation de la preuve.

Protection des panneaux de béton (3 354,13 \$)

[187] Tanaka a réclamé le coût de panneaux de contreplaqué qu'elle a fait installer afin de protéger les panneaux de finition en béton déjà installés sur l'immeuble. La CSDM ne conteste pas le coût de ces travaux, mais prétend qu'il incombait à l'entrepreneur.

[188] Selon Tanaka, l'installation de ces panneaux de contreplaqué a été rendue nécessaire à la suite d'une erreur dans la conception des plans et compte tenu des travaux importants qui ont dû être faits pour enlever tout le remblai qui avait été mis en place par le premier entrepreneur.

[189] De plus, selon Mohamed Tajdin, ces panneaux ont été installés à la suite d'une demande précise de la part des représentants de la CSDM. Cette dernière nie cette prétention. Le premier juge a préféré les témoignages des représentants de Tanaka.

[190] Selon le premier juge, il incombait à la CSDM, qui a préparé les plans, les devis et tous les autres documents contractuels, de préciser quelle disposition de ces documents imposait cette obligation à l'entrepreneur. Elle n'a pas été en mesure de le faire.

[191] La CSDM ne démontre pas d'erreur manifeste et dominante dans les conclusions du juge de première instance à ce sujet.

Correction aux «L» de retenue (1 024,87 \$)

[192] Tanaka a réclamé 1 024,87 \$ pour correction aux «L» de retenue compte tenu du défaut d'alignement des murs et des cornières du lot numéro 1.

[193] La CSDM reconnaît le défaut d'alignement, mais prétend que les frais réclamés résultent d'une mauvaise coordination des travaux entre Tanaka et son sous-entrepreneur.

[194] Le premier juge impute plutôt l'entière responsabilité à l'ingénieur Leclair, mandaté par la CSDM, qui a ordonné à Tanaka de continuer les travaux en novembre 2001 sans faire corriger l'ensemble des colonnes désaxées du lot numéro 1.

[195] Le premier juge retient donc de préférence la version des représentants de Tanaka.

[196] La prétention de la CSDM doit être rejetée. Le premier juge ne commet aucune erreur.

Marquises (7 453,62 \$) et entreposage des marquises (6 708,26 \$)

[197] Le premier juge expose ainsi le litige à ce sujet :

[68] Ces deux réclamations seront traitées ensemble. La CSDM prétend qu'il y a absence de preuve sur ce sujet. Pourtant, Poirier a témoigné longuement sur ce sujet. Il s'agit de réclamations suite à de nombreuses discussions quant aux marquises. Cette saga commence le 7 mai 2002 par une lettre de Structure Mitco qui attend les instructions de l'ingénieur quant aux plans et dessins d'atelier desdites marquises.

[69] Le 25 juin, Mitco réécrit à la demanderesse et les parties attendent toujours des instructions précises. Le 29 juillet 2002, Mitco produit une réclamation pour le retard sur le chantier, réclamation s'élevant à 7 816 \$. Il prétend que ces travaux devaient être faits en janvier 2002 et qu'à la suite des instructions reçues sur le chantier, ils ont été reportés après l'installation de la maçonnerie, ce qui a entraîné des frais additionnels et réclame des frais d'entreposage.

[198] Le premier juge fait par la suite état d'un litige entre le représentant du sous-traitant Structure Mitco et les représentants de la CSDM. Le 31 octobre 2002, la CSDM s'est ravisée et l'architecte Duval a accepté la solution proposée par Structure Mitco «c'est-à-dire peindre les marquises au lieu de les galvaniser».

[199] Selon le premier juge, tous ces coûts ont été causés par le retard des responsables de la CSDM à solutionner cette question avant d'accepter finalement celle qui était proposée par le sous-traitant. La recevabilité de la réclamation est clairement établie en première instance.

[200] La CSDM ne démontre aucune erreur manifeste et dominante de la part du premier juge.

Travaux non complétés en électricité (2 200,00 \$)

[201] La CSDM a réclamé 35 657,75 \$ pour travaux d'électricité qu'elle prétend ne pas avoir été complétés par Tanaka. Elle se fonde sur le témoignage de l'ingénieur Robert Daoust. En appel, la CSDM a réduit sa réclamation à 31 631,83 \$.

[202] Au départ, en septembre 2002, l'ingénieur Daoust a effectué une retenue de 87 000 \$ sur des lentilles au motif qu'elles étaient contaminées par la poussière. Cette prétention s'est avérée fautive, l'ingénieur Daoust a dû finalement libérer la retenue en décembre 2002.

[203] Le premier juge considère que le témoin Daoust est peu crédible; il refuse de répondre franchement aux questions.

[204] La CSDM a fait défaut d'obtenir une soumission à l'appui des frais qu'elle réclame et se fonde uniquement sur le témoignage de l'ingénieur Daoust lequel, selon le premier juge, a fait des évaluations exagérées.

[205] Le premier juge a procédé à un arbitrage et a accueilli partiellement la réclamation pour 2 200,00 \$.

[206] Tanaka ne conteste pas la décision du premier juge à ce sujet.

[207] La décision du premier juge se fonde sur l'appréciation de la crédibilité du témoin Daoust; il n'est pas approprié pour cette Cour d'intervenir afin de modifier le jugement de première instance à ce sujet.

Travaux de nettoyage (nil)

[208] La CSDM a réclamé 4 089,45 \$ pour travaux de nettoyage compte tenu de l'état insalubre de certains locaux. Le nettoyage était nécessaire pour permettre la réalisation du revêtement d'époxy.

[209] Le premier juge a rejeté cette réclamation en totalité compte tenu qu'elle découle de la prise de possession anticipée et que la CSDM est responsable des retards.

[210] Au surplus, la preuve semble révéler que Tanaka a fait effectuer tout le nettoyage de construction par une compagnie spécialisée.

[211] La conclusion du premier juge prend appui dans la preuve et n'est certes pas déraisonnable.

Travaux sur trottoirs (4 248,00 \$)

[212] La CSDM a réclamé 8 496,05 \$ en première instance vu la démolition et la reconstruction d'une partie du trottoir par un autre entrepreneur consécutivement à une erreur dans la pente du trottoir. Le premier juge a accordé 4 248,00 \$ à ce poste.

[213] La CSDM ne conteste pas le montant alloué, mais Tanaka se pourvoit et demande le rejet entier de la réclamation.

[214] Le premier juge a partagé la responsabilité sur une base égale vu l'erreur de Tanaka dans l'exécution des travaux et vu que la CSDM a tardé à apporter les modifications requises à ses plans.

[215] Pour démontrer l'erreur du premier juge, Tanaka nous renvoie aux témoignages sans plus de précisions. La lecture de la preuve ne permet pas de déceler quelle partie précise d'un témoignage pourrait démontrer l'erreur manifeste du premier juge.

[216] Il y a donc lieu de rejeter la prétention de Tanaka.

Grille gratte-pieds (nil)

[217] La CSDM réclame 1 867,00 \$ pour une malfaçon sur les gratte-pieds due à une installation déficiente.

[218] Le premier juge a rejeté cette réclamation. Tanaka avait avisé la CSDM qu'elle procéderait aux réparations, mais s'est butée à une école fermée le jour prévu étant donné une nouvelle directive émise par Simon Veilleux.

[219] La réclamation de la CSDM ne peut en conséquence être acceptée.

[220] Il est surprenant de constater que dans de telles circonstances, la CSDM persiste à vouloir faire valoir cette réclamation.

Aménagement extérieur (nil)

[221] La CSDM a réclamé 7 836,00 \$ pour des travaux afin de rehausser les murs talus.

[222] Le premier juge a rejeté la réclamation au motif que la CSDM avait tergiversé pendant plusieurs mois avant de prendre une décision relative à l'installation des clôtures. Dans un premier temps, elle a délivré un avis de modification, puis s'est ravisée le lendemain en délivrant un nouvel avis de modification.

[223] La premier juge conclut que la CSDM doit supporter les délais et les coûts dus à ses erreurs de conception et à son indécision.

[224] De nouveau, la CSDM ne démontre pas d'erreur manifeste et dominante de la part du premier juge.

Remplacement des deux portes extérieures (nil)

[225] La CSDM réclame 13 057,24 \$ pour le remplacement de deux portes extérieures et 628,33 \$ pour le remplacement de quatre vitres thermos en raison d'un endommagement consécutif à la coulée du béton sur les trottoirs.

[226] La réclamation est entièrement rejetée par le premier juge; il conclut que l'architecte Duval a agi de façon précipitée en faisant remplacer les portes avant même que Tanaka ne complète sa réclamation auprès de ses assureurs. Le comportement de la CSDM rend donc irrecevable sa réclamation.

[227] De nouveau, le dossier ne permet pas de déceler une erreur manifeste et dominante de la part du premier juge.

Frais de laboratoire (9 402,73 \$)

[228] La CSDM a réclamé 9 402,73 \$ pour avoir dû recourir aux services d'un laboratoire spécialisé afin de contrôler l'état du sol vu le prétendu manquement de Tanaka à protéger adéquatement les fondations contre le gel lors de la construction.

[229] Tanaka se pourvoit et prétend que le premier juge n'aurait pas dû accorder ce montant. Selon elle, si le chantier n'avait pas été remis en retard, les tests de laboratoire n'auraient pas été requis.

[230] Les frais de laboratoire ne sont pas consécutifs aux conditions d'hiver en elles-mêmes et donc à la remise tardive du chantier provoquée par la CSDM; ils seraient plutôt le résultat d'une prétendue omission de Tanaka de protéger adéquatement les structures contre le gel. Tanaka n'appuie pas son argumentation sur des passages précis de témoignages; elle ne démontre donc pas d'erreur manifeste et dominante.

[231] Il n'est donc pas certain que le premier juge a erré en concluant que Tanaka avait omis de protéger adéquatement les fondations contre le gel.

[232] De nouveau, il est difficile d'apprécier le montant exact des coûts encourus par la CSDM, mais, à ce sujet également, Tanaka ne démontre pas d'erreur manifeste dans l'établissement du quantum.

[233] La prétention de Tanaka est donc rejetée.

Honoraires additionnels des architectes (3 853,06 \$)

[234] Voici la façon dont le premier juge règle cette réclamation de la CSDM :

[252] La CSDM réclame 34 938,12 \$ pour les honoraires de Duval. Elle prétend qu'en vertu des articles 3 et 9 des conditions particulières du contrat, elle a droit d'exiger ce montant de l'entrepreneur. N'oublions pas que Duval remplace Lemaire, architecte salarié de la CSDM, qui a quitté son emploi au début du mois de mai 2002.

[253] Les conditions particulières stipulées à l'article 8 précisent que :

Pas plus de deux autres visites des professionnels ainsi que du chargé de projet de la CSDM ne devront être requises après la date de fin des travaux pour procéder à l'émission du certificat de fin des travaux. Les visites ultérieures à ces deux visites seront aux frais de l'entrepreneur.

[254] Encore une fois, la CSDM joue sur plusieurs tableaux à la fois. Elle n'a pas émis de certificat de réception provisoire des travaux et n'a d'ailleurs jamais émis le certificat de fin des travaux. Elle s'est piégée à son propre jeu. D'ailleurs,

Duval était très mal à l'aise lorsqu'il a témoigné sur ses factures et a jeté des regards perplexes à l'endroit du procureur en faisant une moue qui en disait long. Cette réclamation est d'autant plus surprenante car elle n'apparaît pas dans le détail formulé par Brissette en D-64.

[255] Pourquoi la CSDM a-t-elle retenu la somme de 34 938,12 \$ sachant très bien qu'elle n'avait droit qu'à une infime portion de cette somme? Encore une fois, elle a agi abusivement et arbitrairement.

[256] Les seules visites qu'elle peut réclamer sont celles à compter du 2 avril 2003. Les factures de février et mars ne faisant pas état de dates de visite de l'architecte, la CSDM avait le fardeau de l'établir. Le Tribunal accueillera donc la facture # 3395 au montant de 260,09 \$; la facture # 3408 au montant de 220,27 \$; la facture # 3443 au montant de 521,75 \$; et la facture # 3457 au montant de 2 850,95 \$, pour un total de 3 853,06 \$.

[235] La CSDM ne fait pas voir dans ces conclusions factuelles du premier juge une erreur qui justifierait l'intervention de cette Cour.

CONCLUSIONS

[236] Je propose de rejeter le pourvoi de Développement Tanaka Inc.

[237] Je propose d'accueillir le pourvoi de la Commission scolaire de Montréal à la seule fin de retrancher des conclusions la condamnation de 50 000 \$ pour honoraires professionnels et la condamnation de 47 574,67 \$ pour perte financière reliée aux paiements en retard.

[238] Compte tenu des circonstances, chaque partie devra assumer ses frais dans l'un et l'autre pourvoi.

ANDRÉ FORGET J.C.A.