

## COUR D'APPEL

CANADA  
PROVINCE DE QUÉBEC  
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-021292-107  
500-09-021306-113  
(500-17-023688-040 et 500-17-023371-043)

DATE : Le 24 avril 2014

---

**CORAM : LES HONORABLES JACQUES R. FOURNIER, J.C.A.  
JACQUES J. LEVESQUE, J.C.A.  
MANON SAVARD, J.C.A.**

---

No : 500-09-021292-107

**SAMEN INVESTMENTS INC.  
SCHALMARIEF INC.**

APPELANTES / Demandereses – Défenderesses reconventionnelles

c.

**MONIT MANAGEMENT LIMITED**

INTIMÉE / Défenderesse – Demanderesse reconventionnelle

et

**MONIT DEVELOPMENT INC.**

INTIMÉE / Défenderesse

---

No : 500-09-021306-113

**MONIT MANAGEMENT LIMITED**

APPELANTE / Défenderesse – Demanderesse reconventionnelle

c.

**SAMEN INVESTMENTS INC.**

**SCHALMARIEF INC.**

INTIMÉES / Demandereses – Défenderesses reconventionnelles

et

**MONIT DEVELOPMENT INC.**

MISE EN CAUSE / Défenderesse

---

---

ARRÊT

---

[1] Les appelantes, Samen Investments Inc. et Schalmarief Inc., se pourvoient contre un jugement rendu le 29 novembre 2010 par la Cour supérieure, district de Montréal, (l'honorable Joël A. Silcoff), qui prononce les conclusions suivantes :

**A. Samen Action**

**(1) Principal Action**

[272] **MAINTAINS** in part Plaintiff Samen Investments Inc.'s action;

[273] **CONDEMNNS** Defendant Monit Management Limited to pay to Plaintiff Samen Investments Inc., an amount of \$923,878.28 representing the total unauthorized charges relating to the security guards, management personnel and the consulting services of Harry Gaumer;

[274] **CONDEMNNS** Defendant Monit Management Limited to pay to Plaintiff Samen Investments Inc., an amount of \$149,395.57 representing the unauthorized charges relating to the Monit Tenant Centre;

[275] **CONDEMNNS** Defendant Monit Management Limited to pay to Plaintiff Samen Investments Inc., interest and the additional indemnity contemplated under article 1619 C.C.Q. on each of the abovementioned condemnations calculated on the amounts charged in each year in question, as detailed in Exhibit D-79 (as amended June 3, 2010), as and from the last day of the year in which each of the unauthorized charges were incurred;

[276] **THE WHOLE** with costs on an action of \$1,073,273.85, including the costs of expert witnesses;

[277] **DISMISSES** with costs on an action of \$1,429,777, including the costs of expert witnesses, Plaintiff Samen Investments Inc.'s action insofar as it seeks a condemnation against Monit Management Limited and Monit Development Inc. in the amount of \$1,429,777 representing the total amounts charged to for administration fees calculated at 15 %;

**(2) Cross-demand (Samen)**

[278] **MAINTAINS** in part Defendant Monit Management Limited's Cross-demand;

[279] **CONDEMNNS** Plaintiff Samen Investments Inc. to pay to Defendant Monit Management Limited an amount of \$43,562.39 with interest and the additional indemnity contemplated under article 1619 C.C.Q. calculated as and from July 5, 2005, being the date of the original *Plea and Cross-demand*;

[280] **THE WHOLE** with costs on an action of \$43,562.39;

[281] **ORDERS** that compensation operate between the amounts ordered by this judgment to be paid by each of Plaintiff Samen Investments Inc. and Defendant Monit Management Limited respectively;

**B. Schalmarief Action**

**(1) Principal Action**

[282] **MAINTAINS** in part Plaintiff Schalmarief Inc.'s action;

[283] **CONDEMNS** Defendant Monit Management Limited to pay to Plaintiff Schalmarief Inc. an amount of \$72,556.87 representing the total unauthorized charges relating to the security guards and management personnel;

[284] **CONDEMNS** Defendant Monit Management Limited to pay to Plaintiff Schalmarief Inc. an amount of \$275,000 representing the total unauthorized charges relating to the administration fees for the Laval Land;

[285] **CONDEMNS** Defendants Monit Management Limited to pay to Plaintiff Schalmarief Inc., an amount of \$81,623.17 representing the unauthorized charges relating to the Monit Tenant Centre;

[286] **CONDEMNS** Defendant Monit Management Limited to pay to Plaintiff Schalmarief Inc., interest and the additional indemnity contemplated under article 1619 C.C.Q. on each of the abovementioned condemnations calculated on the amounts charged each year in question, as detailed in Exhibit D-79 (as amended June 3, 2010), as and from the last day of the year in which each of the unauthorized charges were incurred;

[287] **THE WHOLE** with costs on an action of \$429,180.04, including the costs of expert witnesses;

[288] **DISMISSES** with costs on an action of \$99,337, including the costs of expert witnesses, Plaintiff Schalmarief Inc.'s action insofar as it seeks a condemnation against Monit Management Limited and Monit Development Inc. in the amount of \$99,337 representing the total amounts charged for administration fees calculated at 15%;

**(2) Cross-demand (Schalmarief)**

[289] **MAINTAINS** in part Defendant Monit Management Limited's Cross-demand;

[290] **CONDEMNS** Plaintiff Schalmarief Inc. to pay to Defendant Monit Management Limited an amount of \$14,879.26 with interest and the additional indemnity contemplated under article 1619 C.C.Q. calculated as and from May 27, 2005, being the date of the original *Plea and Cross-demand*;

[291] **THE WHOLE** with costs on an action of \$14,879.26;

[292] **ORDERS** that compensation operate between the amounts ordered by this judgment to be paid by each of Plaintiff Schalmarief Inc. and Defendant Monit Management Limited respectively.

[Transcrit tel quel]

[2] Pour les motifs du juge Fournier, auxquels souscrivent les juges Levesque et Savard, **LA COUR** :

**Sur le pourvoi de Samen et Schalmarief (500-09-021292-107) :**

[3] **ACCUEILLE** en partie l'appel, mais avec dépens contre les appelantes;

[4] **MODIFIE** la date de départ du calcul des intérêts pour les réclamations des demandes reconventionnelles, de sorte que, les conclusions aux paragraphes 279 et 290 soient désormais rédigées ainsi :

[279] **CONDEMNS** Plaintiff Samen Investments Inc. to pay to Defendant Monit Management Limited an amount of \$43,562.39 with interest and the additional indemnity contemplated under article 1619 C.C.Q. calculated as and from May 10, 2010, being the date of the *Re-Re-Amended Plea and Cross-Demand*;

[290] **CONDEMNS** Plaintiff Schalmarief Inc. to pay to Defendant Monit Management Limited an amount of \$14,879.26 with interest and the additional indemnity contemplated under article 1619 C.C.Q. calculated as and from May 10, 2010, being the date of the *Re-Amended Plea and Cross-Demand*;

**Sur le pourvoi de Monit (500-09-021306-113) :**

[5] **REJETTE** l'appel, avec dépens contre l'appelante.

---

JACQUES R. FOURNIER, J.C.A.

---

JACQUES J. LEVESQUE, J.C.A.

---

MANON SAVARD, J.C.A.

M<sup>e</sup> Céline Tessier  
M<sup>e</sup> Maya M'Seffar  
McMILLAN  
Pour Monit Management Ltd et Monit Development Inc.

M<sup>e</sup> Ronald Stein  
DE GRANDPRÉ CHAÏT  
Pour Samen Investments Inc. et Schalmarief Inc.

Date d'audience : 28 mai 2013

---

MOTIFS DU JUGE FOURNIER

---

[6] Il s'agit de l'appel d'un jugement rendu le 29 novembre 2010 par la Cour supérieure, district de Montréal, qui, à l'issue d'un procès de 23 jours, prononce les conclusions suivantes :

**A. Samen Action**

**(1) Principal Action**

[272] **MAINTAINS** in part Plaintiff Samen Investments Inc.'s action;

[273] **CONDEMNS** Defendant Monit Management Limited to pay to Plaintiff Samen Investments Inc., an amount of \$923,878.28 representing the total unauthorized charges relating to the security guards, management personnel and the consulting services of Harry Gaumer;

[274] **CONDEMNS** Defendant Monit Management Limited to pay to Plaintiff Samen Investments Inc., an amount of \$149,395.57 representing the unauthorized charges relating to the Monit Tenant Centre;

[275] **CONDEMNS** Defendant Monit Management Limited to pay to Plaintiff Samen Investments Inc., interest and the additional indemnity contemplated under article 1619 C.C.Q. on each of the abovementioned condemnations calculated on the amounts charged in each year in question, as detailed in Exhibit D-79 (as amended June 3, 2010), as and from the last day of the year in which each of the unauthorized charges were incurred;

[276] **THE WHOLE** with costs on an action of \$1,073,273.85, including the costs of expert witnesses;

[277] **DISMISSES** with costs on an action of \$1,429,777, including the costs of expert witnesses, Plaintiff Samen Investments Inc.'s action insofar as it seeks a condemnation against Monit Management Limited and Monit Development Inc. in the amount of \$1,429,777 representing the total amounts charged to for administration fees calculated at 15 %;

**(2) Cross-demand (Samen)**

[278] **MAINTAINS** in part Defendant Monit Management Limited's Cross-demand;

[279] **CONDEMNS** Plaintiff Samen Investments Inc. to pay to Defendant Monit Management Limited an amount of \$43,562.39 with interest and the additional indemnity contemplated under article 1619 C.C.Q. calculated as and from July 5, 2005, being the date of the original *Plea and Cross-demand*;

[280] **THE WHOLE** with costs on an action of \$43,562.39;

[281] **ORDERS** that compensation operate between the amounts ordered by this judgment to be paid by each of Plaintiff Samen Investments Inc. and Defendant Monit Management Limited respectively;

**B. Schalmarief Action**

**(1) Principal Action**

[282] **MAINTAINS** in part Plaintiff Schalmarief Inc.'s action;

[283] **CONDEMNS** Defendant Monit Management Limited to pay to Plaintiff Schalmarief Inc. an amount of \$72,556.87 representing the total unauthorized charges relating to the security guards and management personnel;

[284] **CONDEMNS** Defendant Monit Management Limited to pay to Plaintiff Schalmarief Inc. an amount of \$275,000 representing the total unauthorized charges relating to the administration fees for the Laval Land;

[285] **CONDEMNS** Defendants Monit Management Limited to pay to Plaintiff Schalmarief Inc., an amount of \$81,623.17 representing the unauthorized charges relating to the Monit Tenant Centre;

[286] **CONDEMNS** Defendant Monit Management Limited to pay to Plaintiff Schalmarief Inc., interest and the additional indemnity contemplated under article 1619 C.C.Q. on each of the abovementioned condemnations calculated on the amounts charged each year in question, as detailed in Exhibit D-79 (as amended June 3, 2010), as and from the last day of the year in which each of the unauthorized charges were incurred;

[287] **THE WHOLE** with costs on an action of \$429,180.04, including the costs of expert witnesses;

[288] **DISMISSES** with costs on an action of \$99,337, including the costs of expert witnesses, Plaintiff Schalmarief Inc.'s action insofar as it seeks a condemnation against Monit Management Limited and Monit Development Inc. in the amount of \$99,337 representing the total amounts charged for administration fees calculated at 15%;

**(2) Cross-demand (Schalmarief)**

[289] **MAINTAINS** in part Defendant Monit Management Limited's Cross-demand;

[290] **CONDEMNS** Plaintiff Schalmarief Inc. to pay to Defendant Monit Management Limited an amount of \$14,879.26 with interest and the additional indemnity contemplated under article 1619 C.C.Q. calculated as and from May 27, 2005, being the date of the original *Plea and Cross-demand*;

[291] **THE WHOLE** with costs on an action of \$14,879.26;

[292] **ORDERS** that compensation operate between the amounts ordered by this judgment to be paid by each of Plaintiff Schalmariief Inc. and Defendant Monit Management Limited respectively.

[Transcrit tel quel]

[7] Il s'agissait pour la Cour supérieure de déterminer si les défenderesses Monit Management et Monit Development, qui agissaient, dans le cadre d'un contrat de gestion d'immeubles commerciaux, avaient illégalement facturé aux demanderesses Samen Investments Inc. et Schalmariief, les propriétaires desdits immeubles des frais de gestion que les contrats qui unissaient les parties depuis de nombreuses années n'autorisaient pas.

[8] À moins que le contexte n'exige plus de précision, lorsque je référerai à Monit Management et Monit Development, j'utiliserai le terme Monit. De la même manière, lorsque je référerai à Samen Investments et Schalmariief, j'utiliserai le terme Samen.

## LE CONTEXTE

[9] Samen et Scharlmarief sont des compagnies qui appartiennent à Achille Costamagna. Elles sont propriétaires de neuf immeubles commerciaux au Québec, d'un terrain à Laval et d'un autre à Mirabel.

[10] Samen est liée à Monit Management à qui elle a confié la gestion de ses immeubles au Québec. La compagnie appartient à un certain Alex Kotler et à son fils Barry.

[11] Costamagna et Alex Kotler sont en relations d'affaires depuis de nombreuses années. Ce sont aussi des amis. Ils ont entrepris ensemble de nombreux projets d'affaires.

[12] Monit Development est une autre compagnie contrôlée et propriété des Kotler. Elle s'occupe de projets de construction et d'entretien d'immeubles.

[13] Leonardo Bernasconi est, quant à lui, l'homme de confiance de Costamagna au Canada. Il est le président et principal administrateur de Schalmariief chargé de veiller aux intérêts de Costamagna en Amérique du Nord. Il visite les bureaux de Monit deux fois par année.

[14] Au cœur du litige se trouvent trois contrats de gestion dont les clauses sont pratiquement les mêmes.

[15] Je reproduis dès maintenant les clauses<sup>1</sup> qui m'apparaissent pertinentes à la solution du litige :

---

<sup>1</sup> Jugement dont appel, paragr. 48.



2. The Proprietor hereby engages the Manager as his sole and exclusive Mandatary for the purposes of renting, leasing, operating, and managing the Property. The Manager shall operate and manage the Property as a prudent administrator and, in particular, without restricting the generality of the foregoing, and under strict reserve thereof, the Manager shall perform the following functions with due diligence:

(a) collect rents and any other income as same shall become due in respect of the Property and deposit all such receipts collected for the owner in a special account in a chartered bank of Canada, which account shall be separated from any other accounts in the name of the Manager;

(b) cause to be made all Landlord's repairs which the Manager in its sole discretion shall deem necessary for the maintenance and preservation of the Property;

(c) perform all acts of administration which it may deem necessary for the proper management of the Property, including the entering into of contracts for electricity, gas, fuel, water, telephone, cleaning of all kinds, removal of garbage, maintenance of elevators, furnaces, air-conditioning, and any other equipment;

(d) hire, discharge, and supervise all labour and employees required for the operation and maintenance of the Property, it being agreed that all employees shall be deemed employees of the Proprietor and not the Manager, and that the Manager may perform any of its duties through the attorneys hired by the Manager for the Proprietor, the Proprietor's attorneys, agents or employees and shall not be responsible for their acts, defaults or negligence, provided however that the Manager has exercised reasonable care in the appointment of same;

(e) to purchase all supplies and services which it may in its sole discretion deem necessary for the proper management of the Property and pay all bills therefore;

(f) contract for, and / or undertake the making of alterations to the property required for the installation of Tenants and to pay all expenses incurred in respect of same;

[...]

(j) pay all salaries and all employers' contributions for Workmen's compensation Unemployment Insurance, Medicare, Quebec Pension Plan, Minimum Wage levy, now or hereafter imposed by or pursuant to Federal, Provincial or Municipal laws, which are measured by the wages, salaries, or other remuneration paid to persons employed by the Manager or Proprietor in connection with the performance of the present Agreement and all such payments shall be made for the account of the Proprietor.

[...]

5. The Manager shall be entitled to pay any expenses incurred for professional and consulting fees and without restricting the generality of the foregoing to include payments for accounting fees.

[...]

9. The Proprietor agrees and undertakes to hold the Manager safe and harmless and to indemnify it from all damage suits in connection with the management of the Property and from any and all liability from injury suffered by any employee or other person whatsoever. The Proprietor shall discharge the Manager from any and all claims of any kind or nature whatsoever, including but not limited to claims arising out of any error or judgement or a mistake of law or fact, or any act or omission of the Manager except that the Manager shall be liable for all damages occasioned by its willful misconduct or gross negligence.

10. As compensation for the management and operation of the Property, the Proprietor shall pay to the Manager for each year of this Agreement a sum in accordance with the Schedule of Fees annexed to this Agreement and identified as Appendix "A". The initial fee shall be \$276,000 per annum which shall be payable monthly in the amount of \$23,000 in Canadian lawful money on the first day of each month in advance. The monthly provisional fees shall be re adjusted annually on the basis of the financial statements of the Property following each fiscal year end.

The Proprietor further agrees to compensate the Manager for any and all reasonable expenses incurred by the Manager, or to pay to the Manager reasonable charges issued by the Manager to the Proprietor, all of which are made for / and on behalf of the Proprietor and without restricting the generality of the foregoing shall include:

- (a) costs of the Manager's telephone communication system;
- (b) computer facilities of the Manager, used for the recording, compiling and preparation of financial and other reports relating to the Proprietor's operations;
- (c) word processing equipment used for the preparation of the Proprietor's leases, sending of notices and other written communications.

11. The Manager shall with due diligence take such steps as it may deem necessary to rent all leasable, vacant space in and about the Property on behalf of the Proprietor. In fulfilling such obligation, the Manager shall be entitled to, at the expense of the Proprietor, advertise the Property or any portion thereof in the media, prepare and post signs on or about the Property or elsewhere, prepare plans and / or circular or other forms of advertising pertaining to or for the benefit of the rental of the Property.

12. Notwithstanding anything herein set forth, the Manager shall be entitled to enlist the services of a Real Estate Broker for the purpose of renting part or all of the Property, notwithstanding such right on the part of the Manager, the Manager shall be the sole and exclusive leading Agent of the Proprietor for the purposes of renting all or part of the Property.

[...]

14. As additional compensation for the leasing of space in the Property, or any subsequent expansion thereof, the Proprietor shall pay to the Manager and / or Real Estate Broker a total combined fee or commission on the gross value of any lease entered into between the Proprietor or Manager and the Tenant, which shall be calculated as follows: - 5 % of the first 3 year's gross rental and 2 ½% on the gross rental for the remaining years of the lease.

Such additional compensation as referred to above shall be payable by the Proprietor to the Manager and / or Real Estate Broker upon the execution of a Lease or the occupancy by the Tenant of the leased premises, whichever shall come first.

15. The Manager shall also be entitled to additional compensation by the Proprietor should the initial term of any lease be further extended or renewed, as follows: (i) if only the Manager has negotiated the extension or renewal, a fee equal to one half of the rates stipulated in article 14 and (ii) if a Real Estate Broker has been involved, a total combined commission or fee equal to the rates stipulated in article 14, provided further that the Manager will in no event be paid a fee greater than one half of the rates stipulated in article 14. Said commission or fee shall be payable by the Proprietor to the Manager and / or Real Estate Broker on the date of exercise by tenant of its option to renew or the date of signature of the lease renewal or extension.

[...]

19. The proprietor hereby acknowledges that the Manager may during the term of this present agreement or any renewal thereof cause to be set up or become associated with Maintenance and/or Construction and / or Service companies. In such event the Manager shall only engage such Maintenance and / or Construction and / or Service Companies to perform services or do work for or in the Property, provided that the services and/or work are at least equivalent in standard to those otherwise available at the time, and provided, the compensation paid by the Proprietor to such Maintenance and / or Construction and / or Service companies for the services and / or work are not in excess of those which would be (sic) charged for equivalent services and / or work by other companies at the time.

[Transcrit tel quel]

[16] Ces clauses sont tirées du contrat P-9 qui régit la relation entre Samen Investments et Monit.

[17] Ces clauses se retrouvent aussi dans les contrats P-30 et P-31 qui régissent les relations entre Schalmarief et Monit.

[18] Ces contrats sont en vigueur depuis les années 1990 et le sont notamment pour les années 1999 à 2004 visées par les recours.

[19] À compter de 2002, la relation d'affaire et d'amitié entre Costamagna et Alex Kotler se détériore.

[20] En 2004, Samen retire à Monit la gestion des immeubles qu'elle confie à une autre compagnie, Sidev. À la même époque, elle fait entreprendre une enquête sur les comptes qu'elle a payés à Monit depuis 1999.

[21] Elle découvre, en 2004, que Samen lui facturait, à son insu, divers frais qu'elle considère non autorisés par les contrats de gestion, dont un pourcentage de 15 % sur les frais reliés à la sécurité des immeubles, les salaires de certains employés affectés au service de Samen, les frais d'utilisation d'un centre d'affaires, le Centre Monit et les frais de gestion perçus par Monit Development pour l'entretien ou la construction de locaux, dont Monit avait elle-même la gestion.

[22] Il est utile de souligner que Monit, qui percevait les loyers, avait aussi pour mandat d'acquitter, à même les montants perçus, les divers frais reliés à l'opération des immeubles. C'est donc ainsi que Monit facturait ses propres services et se payait à même les revenus qu'elle percevait.

## **LES PROCÉDURES**

[23] Schalmarief et Samen Investments déposent respectivement les 30 novembre et 21 décembre 2004 des requêtes introductives d'instance. Elles réclament le remboursement des sommes qu'elles y allèguent avoir été perçues illégalement de 1999 à 2004. Les réclamations totalisent plus de 3 000 000 \$.

[24] Monit produit des défenses et ultimement pendant le procès, le 10 mai 2010, elle amende pour réclamer les frais engagés pour le transfert du dossier au nouveau gestionnaire.

[25] Le juge de première instance accueille les requêtes introductives d'instance et condamne Monit à rembourser à Samen la plupart des frais réclamés, à l'exception de ceux perçus par Monit Development pour la gestion des contrats de construction.

[26] Il accueille aussi en partie la demande reconventionnelle et condamne Samen et Schalmarief à payer les frais encourus à la fin du mandat.

[27] Samen en appelle du jugement alors qu'elle estime que le juge aurait dû accorder toute sa réclamation et rejeter la demande reconventionnelle.

[28] Monit en appelle également par voie d'appel direct. Elle plaide que le juge aurait dû rejeter toute la réclamation de Samen.

[29] Le juge de première instance a ainsi cerné les questions en litige au paragraphe 33 de son jugement :

[33] The issues raised for determination in the Samen Action and the Schalmarief Action are:

- (1) Was Monit Management justified in charging and having paid itself the amounts now sought to be recovered by Samen and Schalmarief? In particular, those charges relating to the:
  - (i) Furnishing of security guards;
  - (ii) Salaries and consulting fees of Monit Management personnel allocated to Samen and/or Schalmarief;
  - (iii) Monit Tennant Centre;
  - (iv) 15% administration fees charged in connection with construction projects involving one or more of the Samen Buildings and/or the Schalmarief Buildings; and
  - (v) Supervision fees charged by Monit Management to Schalmarief in connection with the Laval Land;
- (2) ***In the event that Monit Management was NOT justified in charging and paying itself, the amounts in respect of any one or more of the above-mentioned categories of expenses, what are the monetary damages actually suffered by Samen and/or Schalmarief for which Monit Management and/or Monit Development may be held accountable?***
- (3) Were Messrs Costamagna and Bernasconi delinquent or negligent in the performance of their responsibilities to inform themselves with respect to the administration of the Three (3) Samen Buildings and/or the Six (6) Schalmarief Buildings and the amounts charged by Monit Management in connection therewith? To the extent that they failed to act appropriately and in a diligent fashion, are Samen and Schalmarief now foreclosed from claiming reimbursement of the amounts claimed?
- (4) The Schalmarief Action having been commenced on November 30, 2004 and the Samen Action on December 21, 2004, are the claims for the years 1999, 2000 and 2001 (up until November 30 for Schalmarief and December 21 for Samen) extinguished by operation of prescription?

- (5) Subject to an affirmative award in connection of any of the claims advanced by either Samen or Schalmariief, from what date does legal interest commence to run on each of the amounts awarded?
- (6) Are Monit Management's Cross-demands against Samen in the amount of \$70,183.85 and against Schalmariief in the amount of \$28,154.90 well founded?

[Transcrit tel quel]

[30] Pour l'essentiel, après s'être livré à un exercice d'interprétation des contrats, le juge estime, je l'ai dit précédemment, que Monit a perçu illégalement les frais qu'il identifie à la question 1(i), 1(ii), 1(iii), 1(v), mais qu'elle avait droit de se payer ceux identifiés à la question 1(iv).

[31] Il en conclut donc que Samen a droit à un remboursement partiel.

[32] Il rejette l'argument de Monit selon lequel la conduite négligente des vérifications effectuées par Bernasconi constitue une fin de non-recevoir à sa réclamation.

[33] Pour essentiellement les mêmes raisons, il rejette l'argument de prescription pour les années antérieures à 2001.

[34] Enfin, il accueille pour partie seulement la demande reconventionnelle.

[35] Je souligne que la quotité des montants réclamés ayant été établis au moyen d'admissions n'est pas remise en cause.

[36] Pour l'essentiel, les moyens soulevés par les deux appels reprennent les arguments soulevés en première instance.

### **QUESTIONS EN LITIGE**

[37] Samen, dans son appel, soit le dossier 500-09-021292-107, propose les moyens suivants :

1. Le juge de première instance a-t-il raison d'interpréter les contrats (paragr. 2 (b) et 2 (f)) comme excluant les frais de gestion de projet?
2. Le juge de première instance erre-t-il en ne retenant pas une fin de non-recevoir contre Monit concernant les frais de 15 % sur les projets non inclus au paragraphe 2 des contrats?
3. La demande reconventionnelle était-elle prescrite?
4. Le juge de première instance erre-t-il dans l'octroi de la réclamation relative à la fin du mandat de Monit (demande reconventionnelle)?

[38] Monit, dans son appel, soit au dossier 500-09-021306-113, propose les moyens suivants :

1. Le juge de première instance a-t-il erré en ne retenant pas que le manque de diligence de Samen et son défaut de s'informer constituaient une fin de non-recevoir à l'action de Samen?
2. Le juge de première instance commet-il une erreur en concluant que les recours ne sont pas prescrits concernant les années 1999, 2000 et 2001?
3. Le juge de première instance a-t-il erré en concluant que les contrats ne permettent pas à Monit de charger les frais relatifs aux :
  - a) Salaires des employés?
  - b) Frais du Centre Monit?
  - c) Gardiens de sécurité?
4. Le juge de première instance erre-t-il en n'appliquant pas la clause d'exonération de responsabilité?

[39] Je propose de les regrouper et d'en traiter de la façon suivante :

- a) **Le juge de première instance a-t-il commis une erreur dans l'interprétation des contrats de gestion?**
- b) **Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en rejetant la fin de non-recevoir de Samen à l'égard des frais facturés par Monit Development pour la gestion des travaux de construction?**
- c) **Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en ne retenant pas que la négligence de Samen à s'informer constituait une fin de non-recevoir à l'action de Samen?**
- d) **Le recours de Samen institué en 2004 était-il prescrit pour les années 1999, 2000 et 2001?**
- e) **Le juge de première instance aurait-il dû appliquer la clause d'exonération prévue à l'article 9 du contrat de gestion?**
- f) **La demande reconventionnelle était-elle non fondée ou prescrite?**

## DISCUSSION

- a) **Le juge de première instance a-t-il commis une erreur dans l'interprétation des contrats de gestion?**

[40] D'abord, je rappellerai la norme d'intervention en appel, en regard des questions de fait que soulèvent les deux appelantes.

[41] Une Cour d'appel ne doit intervenir qu'en cas d'erreur manifeste et dominante sur des questions factuelles<sup>2</sup>. L'appel n'est pas une occasion de refaire le procès<sup>3</sup>. La Cour ne doit ni réévaluer la preuve ni l'analyser en profondeur.

[42] Dans l'arrêt *Layne Christensen Company c. Forages LBM inc.*, le juge Morissette définit le fardeau d'un appelant sur une question de fait. Il écrit<sup>4</sup> :

[38] ... Établir en s'appuyant sur la preuve versée au dossier qu'il y a eu erreur d'appréciation par le premier juge requiert d'abord de la part de la partie appelante qu'elle démontre avec netteté (qu'elle montre du doigt) où se trouve l'erreur qui devient par le fait même manifeste. Il faut ensuite qu'elle démontre de manière explicite en quoi cette erreur est déterminante.

[43] En bref, la partie appelante doit établir une erreur de fait évidente ou flagrante dans l'analyse du juge. Ensuite, il lui faut expliquer en quoi cette erreur est déterminante sur les conclusions afin que la Cour d'appel réforme le jugement de première instance<sup>5</sup>.

[44] Par contre, la Cour est justifiée d'intervenir pour toute erreur de droit qui a une incidence sur les conclusions.

[45] Le litige soulève essentiellement des questions d'interprétation de contrat, un exercice qui comporte trois étapes.

[46] D'abord, le juge d'instance doit conclure à l'ambiguïté du contrat ou d'une de ses clauses, l'ambiguïté étant une pluralité de sens possibles, avant de se prêter à un exercice d'interprétation. Sans ambiguïté, il n'est ni nécessaire ni permis de chercher la commune intention des parties. Les auteurs Lluelles et Moore écrivent à ce sujet<sup>6</sup> :

**1570. S'il est vrai que le juge doit trancher en cas de difficulté de lecture, il ne pourrait cependant utiliser les règles d'interprétation qu'en cas de difficulté réelle. Le recours aux règles d'interprétation suppose, en effet, un doute, une ambiguïté. On ne saurait, sans le dénaturer, interpréter un texte clair. [...] L'ambiguïté comme exigence préalable du recours à l'arsenal des règles d'interprétation est constamment rappelée en jurisprudence.**

[Références omises, je souligne]

<sup>2</sup> *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25.

<sup>3</sup> *Regroupement des CHSLD Christ-Roi (Centre hospitalier, soins longue durée) c. Comité provincial des malades*, [2007] R.J.Q. 1753 (C.A.), 2007 QCCA 1068, paragr. 54.

<sup>4</sup> *Layne Christensen Company c. Forages LBM inc.*, J.E. 2009-1517, 2009 QCCA 1514, paragr. 38.

<sup>5</sup> *Regroupement des CHSLD Christ-Roi (Centre hospitalier, soins longue durée) c. Comité provincial des malades*, *supra*, note 3, paragr. 55.

<sup>6</sup> Didier Lluelles et Benoît Moore, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, n° 1570, p. 863 et 864.



[47] Cette exigence, préalable à la mise en œuvre des règles d'interprétation de contrat, vient d'être réaffirmée par la Cour dans deux arrêts<sup>7</sup> récents, soit *Pépin c. Pépin* et *Zurich, compagnie d'assurances c. Gestion Guy Lamarre inc.*

[48] Ce n'est pas parce que les plaideurs ne s'entendent pas sur l'application d'un contrat qu'il existe une difficulté réelle<sup>8</sup>. À ce sujet, Lluelles et Moore notent que la conclusion d'ambiguïté ou de clarté d'un texte appartient au juge<sup>9</sup>. La Cour d'appel ne peut intervenir qu'en cas d'erreur manifeste et déterminante<sup>10</sup> et le pouvoir du juge d'instance est parfois qualifié de « discrétionnaire »<sup>11</sup>.

[49] Ensuite, en cas d'ambiguïté, le juge doit, selon l'article 1425 C.c.Q., rechercher la commune intention des parties<sup>12</sup> :

**1425.** Dans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés.

**1425.** The common intention of the parties rather than adherence to the literal meaning of the words shall be sought in interpreting a contract.

[50] À ces fins, il utilise les articles 1426 à 1432 du *Code civil du Québec* comme guide d'interprétation<sup>13</sup>. Notamment, il peut tenir compte de la nature du contrat, des circonstances de sa conclusion, de l'interprétation donnée par les parties et des usages (art. 1426 C.c.Q.). Les clauses s'interprètent les unes par rapport aux autres (art. 1427 C.c.Q.). L'interprétation doit donner un sens à une clause (art. 1427 C.c.Q.).

[51] Enfin, ce n'est qu'en cas d'impasse que le juge peut recourir à la règle *contra preferentem* prévue à l'article 1432 C.c.Q.<sup>14</sup> :

**1432.** Dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur.

**1432.** In case of doubt, a contract is interpreted in favour of the person who contracted the obligation and against the person who stipulated it. In all cases, it is interpreted in favour of the adhering party or the consumer.

<sup>7</sup> *Pépin c. Pépin*, 2012 QCCA 1661; *Zurich, compagnie d'assurances c. Gestion Guy Lamarre inc.*, 2013 QCCA 367.

<sup>8</sup> *Messageries de presse Benjamin inc. c. Publications TVA inc.*, 2007 QCCA 75, paragr. 22.

<sup>9</sup> D. Lluelles et B. Moore, *supra*, note 6, n° 1579, p. 870.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Banque de Montréal c. Cinémas Guzzo inc.*, J.E. 2005-1 (C.A.), paragr. 2.

<sup>12</sup> Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 411, p. 489.

<sup>13</sup> D. Lluelles et B. Moore, *supra*, note 6, n° 1568, p. 862 et n° 1587, p. 875; J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra*, note 12, n° 411, p. 489.

<sup>14</sup> D. Lluelles et B. Moore, *supra*, note 6, n° 1624, p. 901.

[52] Le juge, dans la recherche de l'intention des parties, passe en revue le texte des contrats et souvent les témoignages des parties et autres preuves. La conclusion d'un juge de première instance sur l'interprétation d'un contrat est une question de fait soumise à la norme d'intervention de l'erreur manifeste et déterminante<sup>15</sup>.

[53] Samen plaide que Monit ne pouvait pas lui facturer ni des frais de gestion des travaux de construction ni recourir aux services de Monit Development, car le travail de gestion de projets de construction serait couvert par le contrat et la rémunération qui y est prévue.

[54] Je reprends les alinéas (b) et (f) du paragraphe 2 des contrats en litige :

2. The Proprietor hereby engages the Manager as his sole and exclusive Mandatary for the purposes of renting, leasing, operating, and managing the Property. The Manager shall operate and manage the Property as a prudent administrator and, in particular, without restricting the generality of the foregoing, and under strict reserve thereof, the Manager shall perform the following functions with due diligence:

[...]

(b) cause to be made all Landlord's repairs which the Manager in its sole discretion shall deem necessary for the maintenance and preservation of the Property;

[...]

(f) contract for, and / or undertake the making of alterations to the property required for the installation of Tenants and to pay all expenses incurred in respect of same;

[Je souligne]

[55] Samen soutient que les fonctions prévues à cette clause comprennent à la fois la réalisation « physique » des travaux et le travail « intellectuel » qui y est associé; exécuter des réparations, comprendrait la gestion de la réparation.

[56] Il apparaît de la décision du juge de première instance qu'il conclut à l'ambiguïté de la clause, car il cherche l'intention des parties et se penche sur le contexte et l'usage.

[57] Son analyse s'effectue en trois temps. Premièrement, il se penche sur la preuve d'expert de Samen. Il décide, et je ne vois aucun motif permettant à la Cour d'intervenir, de ne pas retenir l'opinion de Charles Rubin<sup>16</sup> (expert de Samen), qui est d'avis que la fonction de gestionnaire de projet est couverte par le paragraphe 10 du contrat.

<sup>15</sup> *Compagnie de chemin de fer du littoral nord de Québec et du Labrador inc. c. Sodexho Québec Itée* 2010 QCCA 2408, paragr. 211.

<sup>16</sup> Jugement dont appel, paragr. 163.

Notamment, le juge explique que l'expert usurpe le rôle du tribunal en exprimant un tel avis<sup>17</sup>, qu'il n'a pas corrigé son rapport après avoir pris connaissance de toute la preuve<sup>18</sup> et qu'il a peut-être été influencé par des tiers<sup>19</sup>.

[58] Ensuite, le juge se penche sur la preuve d'expert présentée par Monit. Il estime que Charles Aboukhaled (Magocep) est crédible et retient les conclusions de son expertise. Précisément, il retient ce passage du rapport<sup>20</sup> :

Nous sommes d'avis que les montants facturés par Monit pour la fourniture des services de développeur immobilier, de gestionnaire de projet et de représentant du client sont raisonnables et compétitifs en tenant compte des particularités et complexités des projets de construction reliés aux bâtiments situés au 400, De Maisonneuve et 2055, Peel.

[59] Il retient aussi le témoignage de Gilles Messier sur l'usage dans l'industrie<sup>21</sup>. Il conclut de ces témoignages que des frais d'administration de 15 % pour la gestion de projet sont conformes aux usages commerciaux normaux.

[60] Ensuite, le juge se penche sur la preuve relative aux projets de construction propres aux immeubles de Samen et de Schalmariéf. Il conclut que la preuve démontre que Monit Development a agi à titre de gestionnaire de projet et a fourni les services habituels pour cette fonction<sup>22</sup>. Précisément, il fait la distinction entre les expressions « property management services » et « project management services »<sup>23</sup>. Or, les contrats ne visent à rémunérer Monit que pour les « property management services ». Dès lors, Monit était justifiée de facturer Samen pour le « project management services » effectué par Monit Development.

[61] En somme, il est d'avis que l'interprétation proposée par Monit reflète l'intention des parties et les usages de l'industrie<sup>24</sup> :

[206] The Court retains Monit Management's interpretation of the Management Agreements on this subject as being more reflective of the intention of the parties and more appropriate and consistent with commercial practice in the industry.

[62] Je ne vois aucun motif d'intervention. Le juge pouvait très bien, explications à l'appui, rejeter le rapport de l'expert de Samen et retenir celui des experts de Monit.

[63] L'article 1427 C.c.Q. prévoit que les clauses du contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres et qu'il faut conférer un sens à la clause. Le fait d'avoir traité, spécifiquement au paragraphe 19, du droit pour Monit de créer ou de s'associer à des

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, paragr. 154.

<sup>18</sup> *Ibid.*, paragr. 158.

<sup>19</sup> *Ibid.*, paragr. 160 et 161.

<sup>20</sup> *Ibid.*, paragr. 174.

<sup>21</sup> *Ibid.*, paragr. 192.

<sup>22</sup> *Ibid.*, paragr. 194.

<sup>23</sup> *Ibid.*, paragr. 197-199.

<sup>24</sup> *Ibid.*, paragr. 206.

entreprises d'entretien, de maintenance et de service et de contracter, à ces fins, avec Samen à prix concurrentiels n'a de sens que si Monit est autorisée à donner des travaux en impartition à des entreprises dans lesquelles elle a un intérêt. Au sujet des travaux de construction, le paragraphe 2 (b) prévoit l'impartition lorsqu'elle autorise Monit à faire exécuter des travaux de construction « cause to be made », de la même façon que 2 (f) prévoit « contract for, and / or undertake » pour les changements en vue de l'établissement d'un nouveau locataire.

[64] Il est utile de rappeler que le contrat liant Monit et Samen en est un de gestion, qui relève des règles régissant l'administration du bien d'autrui et le mandat. Le paragraphe 19 du contrat constitue, à mon avis, l'autorisation prévue aux articles 1312 et 2147 C.c.Q. Sans cette clause, Monit ne pouvait, sans une autorisation ponctuelle, effectuer des travaux autrement que par des tiers.

**1312.** L'administrateur ne peut, pendant son administration, se porter partie à un contrat qui touche les biens administrés, ni acquérir autrement que par succession des droits sur ces biens ou contre le bénéficiaire.

**1312.** No administrator may, in the course of his administration, become a party to a contract affecting the administered property or acquire otherwise than by succession any right in the property or against the beneficiary.

Il peut, néanmoins, y être expressément autorisé par le bénéficiaire ou, en cas d'empêchement ou à défaut d'un bénéficiaire déterminé, par le tribunal.

He may, nevertheless, be expressly authorized to do so by the beneficiary or, in case of impediment or if there is no determinate beneficiary, by the court.

**2147.** Le mandataire ne peut se porter partie, même par personne interposée, à un acte qu'il a accepté de conclure pour son mandant, à moins que celui-ci ne l'autorise, ou ne connaisse sa qualité de cocontractant.

**2147.** The mandatary may not, even through an intermediary, become a party to an act which he has agreed to perform for his mandator, unless the mandator authorizes it or is aware of his quality as a contracting party.

Seul le mandant peut se prévaloir de la nullité résultant de la violation de cette règle.

Only the mandator may avail himself of the nullity resulting from the violation of this rule.

[65] La clause autorise Monit Development à contracter à prix concurrentiel.

**b) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en rejetant la fin de non-recevoir de Samen à l'égard des frais facturés par Monit Development pour la gestion des travaux de construction?**

[66] Samen prétend en définitive que même si les frais de gestion des projets de construction pouvaient légalement être exigés d'elle, le comportement frauduleux ou abusif de Monit constituerait une fin de non-recevoir à cette partie de la réclamation.

[67] La fin de non-recevoir est généralement un moyen de défense à l'encontre d'une demande autrement bien fondée. Ici, le moyen est invoqué en demande. Les circonstances sont particulières parce que le créancier de l'obligation, qu'on voudrait faire annuler, s'est lui-même payé à la faveur de son rôle de mandataire. De confiner la fin de recevoir à un moyen de défense équivaut à refuser la protection à celui qui, même involontairement parce que tenu dans l'ignorance, l'a acquitté.

[68] Je suis d'avis que ce n'est pas le rôle procédural, que jouent l'une ou l'autre des parties, qui donne ouverture à la mise en œuvre de cette création jurisprudentielle.

[69] Par contre, il faut que les conditions d'application développées par la jurisprudence soient remplies.

[70] Lorsqu'il y a eu lieu de réclamer le trop-perçu à titre de frais de gestion pour les postes couverts par le paragraphe 2 du contrat, soit la gestion des immeubles, le juge a fait droit à la réclamation de Samen. Même si l'ensemble de la réclamation a été traité comme une action en dommages, je vois facilement qu'elle aurait pu être analysée sous l'angle de la répétition de l'indu, puisque Samen a effectué des paiements sur la base d'une obligation inexistante.

[71] Par contre, pour la gestion des projets de construction, le juge en est venu à la conclusion que le contrat autorisait Monit à facturer de tels montants. L'obligation tient donc sa source du contrat et est étrangère au comportement répréhensible de Monit.

[72] Au surplus, c'est avec hésitation que je parle d'un comportement répréhensible de Monit, alors que le dossier se décide sur l'interprétation donnée à un contrat, ce qui suppose, au préalable, que la position de Monit sur l'interprétation à donner au contrat est soutenable.

[73] Les auteurs Lluelles et Moore<sup>25</sup> définissent ainsi la fin de non-recevoir :

2030. Institution essentiellement jurisprudentielle, la fin de non-recevoir n'a, depuis, cessé de connaître un succès plus que certain en jurisprudence, et l'on peut affirmer que « l'existence des fins de non-recevoir en droit civil québécois ne fait aujourd'hui plus de doute ».

2031. La fin de non-recevoir permet donc au magistrat de rejeter une demande, par ailleurs bien fondée en droit, dans la mesure où c'est précisément le comportement hautement répréhensible du demandeur qui est à l'origine du litige. Ainsi, dans le grand arrêt *Soucisse*, la Cour suprême a débouté une banque de sa réclamation à l'encontre des héritiers d'une caution, réclamation, parfaitement justifiée selon le droit alors en vigueur. Mais cette réclamation n'aurait jamais eu lieu si le créancier s'était acquitté de son obligation de renseignement et n'avait pas créé une fausse sécurité chez les ayants droit de la caution. Or, il avait violé ce devoir en fournissant aux héritiers des informations tronquées, lesquelles les avaient empêchés d'apprendre l'existence d'autres

<sup>25</sup> D. Lluelles et B. Moore, *supra*, note 6, p. 1158 et 1159.

lettres de crédit, postérieures au décès, couvertes par le cautionnement, et donc de se prévaloir de leur droit de révoquer ces dernières. Pour le juge Beetz, rendant une décision unanime, l'action de la banque contre les ayants cause de la caution décédée était « irrecevable [...] car nul ne doit tirer avantage de sa propre faute ni surtout demander le secours des tribunaux pour y arriver ».

[Références omises]

[74] On ne rencontre donc pas, en l'instance, les conditions qui donnent ouverture à ce moyen de repousser l'exécution d'une obligation qui tient son origine du contrat et non de la conduite des parties.

[75] Je suis d'avis que le moyen d'appel est mal fondé et qu'il doit être rejeté.

[76] Certes, le juge écrit à plusieurs reprises dans sa décision que les Kotler sont peu crédibles et que leurs explications ne sont pas logiques. Cependant, je ne crois pas qu'il conclut à la mauvaise foi des Kotler concernant les éléments non inclus à la clause de rémunération prévue aux contrats. Ses conclusions négatives sur les Kotler portent essentiellement sur les éléments inclus au paragraphe 2 des contrats. En effet, la preuve démontre que Monit était en droit de se payer ces frais supplémentaires pour les projets de construction.

[77] En bref, le juge ne conclut pas à une conduite « hautement répréhensible » de la part de Monit ou de ses représentants.

**c) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en ne retenant pas que la négligence de Samen à s'informer constituait une fin de non-recevoir à l'action de Samen?**

[78] Pour l'essentiel, l'argument de Monit porte sur deux questions.

[79] Tout d'abord, elle reproche au juge de première instance d'avoir retenu la version de Samen selon laquelle il y avait entre Alex Kotler et Costamagna une relation d'amitié de longue date qui justifierait la confiance de Samen et le peu de questions qui étaient posées.

[80] Le juge de première instance y a cru et sa conclusion sur cette question trouve ses assises dans la preuve.

[81] En l'absence d'erreur déterminante, il n'y a pas lieu d'intervenir.

[82] Évidemment, cette conclusion sur la qualité de la relation entre Kotler et Costamagna vient moduler l'intensité de l'obligation de se renseigner de Costamagna et par voie de conséquence, de ses sociétés.

[83] Une fois cette question de fait réglée, Monit prétend que l'amitié ne libère pas un créancier de son obligation de se renseigner et de faire diligence.

[84] Le juge répond à cet argument de Monit de la façon suivante<sup>26</sup> :

[245] Were Messrs Costamagna and Bernasconi negligent in the performance of their duties? Did they fail to satisfy their obligation to inform themselves in a reasonable manner regarding the activities of Monit Management in the performance of their obligations under the Management Agreements? Accordingly, is Monit Management justified in opposing with a *fin de non recevoir*, Samen and Schalmarief's respective claims?

[246] For the reasons hereinafter expressed, the Court thinks not.

[247] In her text, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Brigitte Lefebvre writes:

L'obligation de renseignement vise à pallier le déséquilibre informationnel qui existe entre deux contractants. Comme on a pu le constater, il importe normalement au créancier potentiel de l'obligation de renseignement de s'informer lorsque cette information est disponible. **Toutefois dans certains cas, les agissements de l'autre partie peuvent légitimement justifier qu'on n'ait pas cru nécessaire de se renseigner. L'on reconnaît depuis fort longtemps que c'est le cas lorsqu'une confiance légitime s'est instaurée.** L'apport de la bonne foi dans ce domaine consiste notamment à alléger le devoir de se renseigner.

[248] Monit argues that notwithstanding the personal relationship based on friendship which existed between the parties for many years, theirs was, first and foremost, a business relationship and that Mr. Costamagna was negligent and, in particular, that Mr. Bernasconi was delinquent in performing his obligations as officer and director of Samen and Schalmarief. In her *Argumentation des défenderesses*, counsel argues at page 29:

De plus, une personne raisonnable, en particulier un homme d'affaires averti tel que Costamagna, devrait savoir que malgré le fait que son cocontractant soit un ami, **cela ne signifie pas qu'il doit être d'accord avec toutes les décisions prises par cet ami même lorsque ces décisions sont prises de bonne foi. Une relation d'amitié ne peut justifier de négliger son devoir de veiller à ses affaires prudemment en transférant l'entière responsabilité au cocontractant pour ensuite poursuivre celui-ci si les décisions ne le satisfait pas!**

[249] With due respect to counsel's views, it is not with the *...décisions ... prises de bonne foi* by Messrs Kotler that Mr. Costamagna takes issue. Rather it is the unauthorized and undisclosed charges made by them which are at the heart of the present dispute.

[250] It is trite law that as an officer and director of Samen and Schalmarief, Mr. Bernasconi had a statutory duty to exercise prudence and diligence in the performance of his obligations of supervision and control over the affairs of the corporations.

<sup>26</sup> Jugement dont appel, paragr. 245-254.

[251] However, in the particular circumstances of this case, that duty did not require him to perform, during his brief generally semi-annual visits to Montreal, an in depth audit as to the legitimacy of the expenses incurred and, more broadly, of the overall financial affairs of the corporations.

[252] Although the evidence and supporting documentation relating to these contested charges might have been readily available to Mr. Bernasconi had he so asked, he had no reasonable cause to suspect any irregularities. Moreover, to do so would have necessitated his spending considerably more time in Montreal than was the accepted practice in order to audit and verify the legitimacy of each of the charges in question.

[253] Mr. Bernasconi's role was not one of an auditor but rather one of a business advisor to Mr. Costamagna. He was justified in applying the minimal degree of surveillance of these charges in light of the particular and long standing personal relationship existing between Messrs Kotler and Costamagna. Although it can be said that Mr. Bernasconi was the eyes and ears of Mr. Costamagna, in the broad sense, to keep him informed as to the status of his various financial affairs and world wide investments, it was in Alex Kotler and not in Mr. Bernasconi, that Mr. Costamagna placed his trust for the day to day administration of his investments, through Samen and Schalmariéf. His trust was, unfortunately for him, misplaced.

[254] For these reasons, the Court finds that Monit's contentions that Messrs Costamagna and Bernasconi were delinquent or negligent in the performance of their responsibilities to inform themselves are unjustified and accordingly, this ground of defence will be dismissed.

[Je souligne, références omises]

[85] Je suis d'accord. Le degré de confiance dans une relation qui relève des règles de l'administration du bien d'autrui et du mandat est au cœur même des obligations de ce type de contrat. Il est de l'essence même de ce type de contrat que la confiance soit à la base du choix de l'administrateur ou du mandataire. On conçoit mal que l'on confie la gestion de ses affaires à une personne en qui on n'a pas confiance. Ça coule de source, *a fortiori*, lorsqu'il s'agit d'un ami.

[86] Dans un environnement où la bonne foi est présumée, l'obligation de loyauté de l'administrateur de la chose d'autrui (art. 1309 C.c.Q.) ou du mandataire (art. 2138 C.c.Q) prend toute son importance.

[87] Monit cherche à reporter sur Bernasconi ses propres obligations. À titre de gestionnaire ou de mandataire, il incombait au premier de faire diligence et d'agir avec honnêteté et loyauté.

[88] Le juge de première instance a analysé le rôle de Bernasconi et il a conclu que celui-ci était un conseiller d'affaires et qu'il n'assumait pas un rôle de vérificateur. Il a aussi conclu que si tel avait été le cas, Bernasconi aurait dû passer un temps beaucoup plus considérable en raison de l'ampleur de la tâche.



[89] Or, le juge a considéré que, notamment en raison de la relation d'amitié entre Kotler et Costamagna, la prise de renseignement telle qu'assumée par Bernasconi suffisait.

[90] C'est une interprétation des faits qui n'est pas susceptible de révision.

[91] Monit est malvenue de plaider que le fait pour Samen de lui avoir fait confiance constitue une fin de non-recevoir à sa réclamation.

[92] J'ai discuté la question de la fin de non-recevoir au chapitre précédent et j'en suis venu à la conclusion, comme les auteurs, que la fin de non-recevoir permet de repousser une obligation lorsque celle-ci est née d'une faute du créancier.

[93] Je vois mal comment Monit peut considérer que la confiance que Samen lui portait constituait une faute qui donne ouverture à la fin de non-recevoir.

[94] Ce moyen est mal fondé et il sera rejeté.

**d) Le recours de Samen institué en 2004 était-il prescrit pour les années 1999, 2000 et 2001 ?**

[95] Évidemment, les conclusions auxquelles le juge en vient sur la question précédente et avec lesquelles je suis d'accord ont une incidence sur les questions de prescription.

[96] La particularité du dossier tient, notamment, au double rôle de Monit. D'une part, elle rend les services à Monit et les facture et, d'autre part, elle se paie de ses propres factures.

[97] C'est donc à travers les yeux de Monit que passe l'examen des frais qu'elle fait à Samen.

[98] La prescription est de trois ans; il s'agit de celle prévue à l'article 2925 C.c.Q. À première vue donc la prescription serait acquise pour la période antérieure à celle des trois ans qui précèdent l'introduction de l'action.

[99] Par contre, l'article 2904 C.c.Q. prévoit que :

**2904.** La prescription ne court pas contre les personnes qui sont dans l'impossibilité en fait d'agir soit par elles-mêmes, soit en se faisant représenter par d'autres.

**2904.** Prescription does not run against persons if it is impossible in fact for them to act by themselves or to be represented by others.

[100] Il s'agit donc de déterminer si l'ignorance dans laquelle Samen se trouvait de la surfacturation constitue une impossibilité en fait d'agir au sens de l'article 2904 C.c.Q.

[101] Voici comment le juge de première instance<sup>27</sup> y répond :

[255] Having determined that Monit Management and Monit Development were justified in charging Samen and Schalmarief the 15 % administration fees, it is only necessary to address the issue of extinctive prescription as it relates to on the following contested charges: (1) security guards; (2) salaries of Monit Management personnel allocated to Samen and Schalmarief; (3) consulting services of Harry Gaumer; and (4) Monit Tenant Centre.

[256] Samen and Schalmarief claim, it was impossible in fact for them to act sooner and that accordingly, relying on article 2904 C.C.Q., prescription does not run against them.

[257] In determining the matter of extinctive prescription, the Court considers determinative its findings that neither Costamagna nor Bernasconi were negligent in the performance of their duties; nor did they fail to satisfy their obligation to inform themselves in a reasonable and timely manner regarding the irregular and contested charges made by Monit Management.

[258] With the exception of the claim for reimbursement of the 15% administration fees charged by Monit Management, all other contested amounts charged by Monit Management and/or Monit Development were not authorized under the existing contractual relationship between the parties. Monit Management was at fault in exceeding its powers under the Management Agreements and in abusing its authority thereunder by paying itself the amounts for the unauthorized charges in question without advising either Messers Costamagna or Bernasconi prior thereto.

[259] For the reasons previously expressed, the Court is satisfied that neither Costamagna nor Bernasconi were aware of these unauthorized charges prior to 2004. It was only after they caused to be performed a detailed analysis of the performance of the responsibilities by Monit Management under the Management Agreements that they became so aware. Thus, in the context of the present proceedings, and by operation of articles 2880 and 2904 C.C.Q., the period of extinctive prescriptive only began to run in 2004 and, accordingly, none of the claims have been extinguished by operation of prescription.

[Transcrit tel quel, références omises]

[102] Je suis d'abord d'avis que cette question en est une de fait, donc soumise à la démonstration d'une erreur dominante et déterminante.

Quant à l'impossibilité en fait, la question de déterminer si le titulaire d'un droit a été absolument empêché d'interrompre la prescription est laissée à l'appréciation des tribunaux.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Jugement dont appel, paragr. 255-259.

<sup>28</sup> Pierre Martineau, *La prescription*, Les Presses de l'université de Montréal, 1977, p. 353.

[103] Un droit d'action naît au moment où le créancier a connaissance des éléments de la responsabilité<sup>29</sup>. En l'espèce, cela signifie que la prescription commence à courir au moment où Samen apprend l'existence de la surfacturation par Monit.

[104] Le juge conclut que cela se produit en 2004 après l'enquête demandée par Costamagna à l'égard de la gestion de Monit. Je ne vois aucune erreur manifeste et déterminante. Le juge, comme je l'ai expliqué précédemment, a retenu le contexte d'amitié entre les entrepreneurs pour conclure que Costamagna et Bernasconi n'ont pas manqué de diligence dans la conduite de leurs affaires. Il a aussi retenu que par la faute de Monit, Samen n'a pu avoir connaissance du préjudice avant 2004. En outre, je pense que le fait d'avoir engagé des vérificateurs à la fin de la relation avec Monit, montre qu'elle a été prudente et diligente.

[105] Il est vrai que la simple ignorance des faits générateurs de son droit ne suspend pas la prescription<sup>30</sup>. Cependant, lorsque la faute de la partie adverse contribue à l'ignorance du créancier, la prescription est suspendue. À ce sujet, l'arrêt *Oznaga* de la Cour suprême représente toujours l'état du droit<sup>31</sup>. Le juge Lamer y écrit à la page 126<sup>32</sup> :

Ainsi suis-je d'avis que c'est à bon droit que de façon générale les auteurs refusent de considérer l'ignorance, par le créancier, des faits juridiques générateurs de son droit, comme étant une impossibilité absolue en fait d'agir (voir Pierre Martineau, *La prescription, P.U.M.*, 1977, aux pp. 353 et ss.). Par ailleurs, on semble tout autant d'accord, et j'y souscris, pour reconnaître que l'ignorance des faits juridiques générateurs de son droit, lorsque cette ignorance résulte d'une faute du débiteur, est une impossibilité en fait d'agir prévue à l'art. 2232 et que le point de départ de la computation des délais sera suspendu jusqu'à ce que le créancier ait eu connaissance de l'existence de son droit, en autant, ajouterais-je, qu'il se soit comporté avec la vigilance du bon père de famille.

[Je souligne]

[106] En l'espèce, je ne vois aucun motif pour intervenir dans les conclusions du premier juge quant à la diligence de Costamagna et de Bernasconi et quant au fait que la faute de Monit les a empêchés d'avoir connaissance des faits générateurs de droit.

[107] Ensuite, je suis d'accord avec les conclusions du juge de première instance sur le contexte particulier du mandat associé à une solide amitié entre les principaux des deux parties.

<sup>29</sup> C. Gervais, *supra*, note 27, p. 106 et 107; *Air Transat A.T. Inc. c. Taillefer*, D.T.E. 2006T-120 (C.A.), paragr. 15; *Desforges c. Ratté*, J.E. 2006-2352, 2006 QCCA 1519, paragr. 6-8.

<sup>30</sup> *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries*, [1981] 2 R.C.S. 113, 126.

<sup>31</sup> *Nadeau c. Nadeau*, J.E. 2010-481, 2010 QCCA 341, paragr. 64.

<sup>32</sup> *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries*, [1981] 2 R.C.S. 113, 126.

[108] La question n'est pas nouvelle. Déjà, dans son *Traité sur la prescription* précité, le professeur Martineau écrivait<sup>33</sup> :

Il en est ainsi lorsque le débiteur en s'emparant du titre constatant la créance rend impossible l'institution par le créancier d'une demande en justice.

De même, le tuteur ou autre administrateur de biens d'autrui qui est débiteur de la personne dont il gère les biens ne peut pas soutenir que la prescription s'est accomplie à son profit. C'est, en effet, son devoir, en tant qu'administrateur, d'assurer la conservation de la créance. Il ne peut donc pas prétendre tirer profit de sa propre faute.

[Références omises]

[109] Dans ce cas de figure, la personne à même de constater la facturation dans son rôle de mandataire et celle de qui origine la surfacturation est Monit. Comme l'écrivait le professeur Martineau, elle ne peut tirer profit de sa propre faute. Ce sont ses agissements qui aveuglent le créancier.

[110] Nous sommes en présence d'un mandataire qui, entre autres obligations, est débiteur d'une obligation de loyauté et qui bénéficie de la présomption de bonne foi. Un lien de confiance additionnel unit les parties en raison de leur amitié.

[111] Le mandataire manque pour son profit personnel à son obligation de loyauté et se paie des montants qui ne sont pas dus. Cette faute du mandataire tient son mandant dans l'ignorance de son droit même s'il rend disponible ponctuellement une masse de documents dont l'examen révélerait la surcharge.

[112] Je suis d'avis que la faute de Monit, qui profitant de son pouvoir de mandataire se paie les montants litigieux, est à l'origine de l'ignorance de Samen contre qui la prescription ne pouvait courir.

[113] Enfin, la question du jour de la naissance d'un droit d'action est une question de fait ou une question mixte<sup>34</sup>. La Cour ne peut donc intervenir qu'en cas d'erreur manifeste et déterminante.

[114] Le moyen fondé sur la prescription est mal fondé. Il sera rejeté.

**e) Le juge de première instance aurait-il dû appliquer la clause d'exonération prévue à l'article 9 du contrat de gestion?**

[115] Monit reproche au juge d'omettre de donner effet à la clause 9 des contrats :

9. The Proprietor agrees and undertakes to hold the Manager safe and harmless and to indemnify it from all damage suits in connection with the

<sup>33</sup> P. Martineau, *supra*, note 31, p. 354.

<sup>34</sup> C. Gervais, *supra*, note 27, p. 106. *Air Transat A.T. Inc. c. Taillefer*, D.T.E. 2006T-120, 2006 QCCA 18, paragr. 8; *Longpré c. Gouin*, [2003] R.J.Q. 1459 (C.A.).

management of the Property and from any and all liability from injury suffered by any employee or other person whosoever. The Proprietor shall discharge the Manager from any and all claims of any kind or nature whatsoever, including but not limited to claims arising out of any error or judgement or a mistake of law or fact, or any act or omission of the Manager except that the Manager shall be liable for all damages occasioned by its willful misconduct or gross negligence.

[116] Elle plaide que cette clause d'exonération de responsabilité est claire, qu'elle est permise en droit civil québécois et qu'elle s'applique en l'espèce, car le juge n'a pas conclu à sa faute grossière ou à sa négligence. Quant à elle, Samen soutient que la clause ne s'applique pas, car Monit a eu une conduite fautive et malhonnête à son égard. En outre, elle fait valoir que Monit avait le fardeau de prouver que la clause s'appliquait et qu'elle est d'interprétation restrictive.

[117] Je suis d'avis de répondre à cette question par la négative. Le juge de première instance a eu raison de ne pas se pencher sur l'application de cette clause.

[118] L'article 1474 C.c.Q. empêche Monit d'exclure ainsi sa responsabilité contractuelle pour le préjudice matériel causé à ses cocontractantes, car elle a commis une faute intentionnelle :

**1474.** Une personne ne peut exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice matériel causé à autrui par une faute intentionnelle ou une faute lourde; la faute lourde est celle qui dénote une insouciance, une imprudence ou une négligence grossière.

**1474.** A person may not exclude or limit his liability for material injury caused to another through an intentional or gross fault; a gross fault is a fault which shows gross recklessness, gross carelessness or gross negligence.

Elle ne peut aucunement exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice corporel ou moral causé à autrui.

He may not in any way exclude or limit his liability for bodily or moral injury caused to another.

[119] En effet, il n'est pas sérieusement contesté que Monit a intentionnellement facturé des frais non prévus aux contrats à Samen. Il s'agit d'une faute contractuelle intentionnelle. Une partie à un contrat ne peut pas exclure sa responsabilité en cas de violation intentionnelle de ses obligations contractuelles.

[120] Dans une affaire qui mettait en cause les mêmes parties<sup>35</sup>, le juge Crête fait une revue des autorités relatives à l'application de la même clause. Il écrit :

[77] La limite à l'applicabilité d'une clause d'exclusion de responsabilité s'impose à l'égard des obligations qui sont de l'essence même du contrat.

[...] En outre, une clause ou un avis d'exclusion ou de limitation de responsabilité ne peut être invoqué en cas de violation d'une obligation

<sup>35</sup> *Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd.*, 2010 QCCS 2618.

principale du contrat dans la mesure où cette clause priverait le contrat de ses effets essentiels.[29]

Nous devons donc conclure que selon notre jurisprudence, le défaut d'exécuter les obligations fondamentales d'un contrat ne peut jamais former l'objet d'une clause de non-responsabilité. Bien que ce principe n'ait pas été extrêmement développé par nos tribunaux, la jurisprudence québécoise est constante à l'effet que l'on ne peut s'exonérer des dommages découlant de son défaut d'exécuter l'obligation principale d'un contrat et que ce principe constitue une règle de droit et non d'interprétation.[30]

54 La jurisprudence nous enseigne que, justement à cause du caractère essentiel de l'obligation de fournir la jouissance paisible des lieux, lorsque l'application d'une clause exonératoire aurait pour conséquence de priver le locataire de toute jouissance, la clause n'a pas d'effet.[31]

[...] Une clause ou un avis d'exclusion ou de limitation de responsabilité ne peut être invoqué en cas de violation d'une obligation principale du contrat dans la mesure où cette clause priverait le contrat de ses effets essentiels. Notamment l'article 1437 C.c.Q. énonce qu'est abusive la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci. Il s'agit notamment d'une clause qui a pour effet de priver le créancier du bénéfice fondamental du contrat. [...] [32]

[Références omises]

[78] Qu'en est-il ici?

[79] D'une part, il est constant au débat que le contrat de gestion conclu entre les parties a été fait sur un formulaire rédigé par Monit. Selon la preuve, il s'agirait d'un formulaire standard qui est de son cru. Conformément à la règle énoncée à l'article 1432 C.c.Q., ce contrat doit dès lors s'interpréter en faveur de Samen et contre Monit.

[80] D'autre part, dans la mesure où une interprétation extensive du paragraphe 9 de l'entente permettrait à Monit de se dégager de toute responsabilité en cas d'"*any act or omission*" de sa part, une telle interprétation équivaldrait à nier tout aspect synallagmatique au contrat et elle le viderait de son contenu obligationnel. Un tel pacte léonin prétendant dégager Monit des obligations essentielles qu'elle a pourtant convenu d'assumer dans sa gestion des immeubles de Samen ne peut avoir une telle portée, selon les principes énoncés plus haut.

[121] Je suis d'accord, le même principe me guide ici. Il est de l'essence des contrats de gestion et d'administration de la chose d'autrui que le mandataire ou le gérant agisse à l'avantage du mandant ou de la personne gérée. Celui qui détourne la fonction à son avantage se trouve à vider le contrat d'une obligation fondamentale.

[122] Ce jugement a été substantiellement confirmé par notre Cour qui ne s'est pas prononcée sur la portée de la clause alors qu'elle a conclu à la négligence grossière prévue au texte de la clause<sup>36</sup>.

[123] Mais il y a plus, la lecture de la clause 9 précitée fait voir qu'elle protège Monit contre des réclamations de tiers. À mon avis, Samen s'engageait ainsi à prendre la responsabilité pour toute poursuite relative à la gestion des immeubles par Monit.

[124] La clause permet à Monit d'être tenue indemne de réclamation que des tiers engageraient contre elle sans égard à l'immunité du mandataire ou encore si le mandat n'était pas dénoncé pour des gestes posés au profit de Samen. C'est tout.

**f) La demande reconventionnelle était-elle non fondée ou prescrite?**

[125] Samen reproche au juge d'avoir fait droit aux réclamations de Monit malgré la prescription. Les frais réclamés par Monit ont été engagés en 2004 et la réclamation a été déposée en 2010.

[126] Le juge ne se penche pas sur la question de la prescription extinctive dans sa décision. Il ne fait que vérifier si la preuve supporte les demandes reconventionnelles. À ce sujet, je ne vois aucune erreur dans l'analyse des factures. Le juge a raison d'octroyer à Monit une partie des montants réclamés.

[127] La réclamation de Monit, qui porte sur les frais engagés lors de la transition des activités de gestion de Monit à Sidev en 2004, n'est pas prescrite. Le dépôt de la demande en justice de Samen a eu pour effet d'interrompre la prescription.

[128] Le deuxième alinéa de l'article 2896 C.c.Q. prévoit les effets de l'interruption à l'égard de toute partie pour tout droit découlant de même source :

**2896.** L'interruption résultant d'une demande en justice se continue jusqu'au jugement passé en force de chose jugée ou, le cas échéant, jusqu'à la transaction intervenue entre les parties.

Elle a son effet, à l'égard de toutes les parties, pour tout droit découlant de la même source.

**2896.** An interruption resulting from a judicial demand continues until the judgment acquires the authority of a final judgment (*res judicata*) or, as the case may be, until a transaction is agreed between the parties.

The interruption has effect with regard to all the parties in respect of any right arising from the same source.

[129] La Cour suprême, dans l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent inc.*, enseigne qu'on doit adopter une interprétation libérale de l'expression « de la même source »<sup>37</sup>. Aussi, comme le fait remarquer l'auteur Céline Gervais dans son ouvrage portant sur la prescription, la source d'un droit est plus large que la cause d'action<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> *Monit Management Ltd. c. Samen Investments Inc.*, 2012 QCCA 1821.

<sup>37</sup> *Ciment du Saint-Laurent Inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392, 2008 CSC 64, paragr. 103.

<sup>38</sup> Céline Gervais, *La prescription*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 140.

[130] La Cour suprême, en 1985, dans l'affaire *Jumbo Motors*, conclut qu'un défendeur peut procéder contre le demandeur dans une instance, même après le délai de prescription, mais avant le jugement définitif, par demande reconventionnelle<sup>39</sup>. C'est ce que Monit a fait en l'espèce.

[131] En effet, Monit demande d'être payée pour des frais découlant de son mandat, plus précisément de la fin du mandat et de la transition des affaires vers le nouveau mandataire. La source de cette demande, interprétée d'une manière libérale, est le contrat de gestion. La source de la demande principale de Samen est aussi le contrat de gestion. En conséquence, je suis d'avis que le dépôt de la demande en justice de Samen a interrompu la prescription à l'égard de la réclamation de Monit, qui découle de la même source, le contrat de gestion.

[132] Je corrigerais, cependant, la conclusion sur les intérêts que je ferais courir à compter du dépôt de la demande reconventionnelle amendée puisqu'il s'agit de la première demande de remboursement de ces frais. En vertu de l'article 1617 C.c.Q., les intérêts et l'indemnité additionnelle ne courront qu'à compter de la mise en demeure. La date du dépôt de la demande reconventionnelle amendée pour réclamer les frais est le 10 mai 2010.

## CONCLUSION

[133] Je propose en conséquence :

### **Sur le pourvoi de Samen et Schalmarief (500-09-021292-107) :**

[134] D'accueillir en partie l'appel, mais avec dépens contre les appelantes, uniquement pour modifier la date de départ du calcul des intérêts pour les réclamations des demandes reconventionnelles, de sorte que, les conclusions aux paragraphes 279 et 290 soient désormais rédigées ainsi :

[279] **CONDEMNS** Plaintiff Samen Investments Inc. to pay to Defendant Monit Management Limited an amount of \$43,562.39 with interest and the additional indemnity contemplated under article 1619 C.C.Q. calculated as and from May 10, 2010, being the date of the *Re-Re-Amended Plea and Cross-Demand*;

[290] **CONDEMNS** Plaintiff Schalmarief Inc. to pay to Defendant Monit Management Limited an amount of \$14,879.26 with interest and the additional indemnity contemplated under article 1619 C.C.Q. calculated as and from May 10, 2010, being the date of the *Re-Amended Plea and Cross-Demand*;

---

<sup>39</sup> *Jumbo Motors Express Ltd. c. François Nolin Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 423, 428.



**Sur le pourvoi de Monit (500-09-021306-113) :**

[135] Je suggère de rejeter l'appel, avec dépens contre l'appelante.

---

JACQUES R. FOURNIER, J.C.A.