



par
Stephen G. Revay

Propriétaires, prudence! À partir de maintenant, les réclamations pourraient provenir, non seulement des entrepreneurs, mais également des sous-

traitants. Où notre secteur s'en va-t-il?

On pourrait prétendre que les deux décisions récentes analysées dans le présent numéro sont susceptibles de donner naissance à une relation encore non reconnue entre propriétaire et sous-traitant. En réalité, ce n'est pas d'hier que les

sous-traitants présentent des réclamations contre les propriétaires. Les réclamations «par intermédiaire» dans un contexte contractuel existent depuis un certain temps. Ce qui pourrait être considéré comme une nouvelle tendance est la proposition selon laquelle le sous-traitant pourrait invoquer la responsabilité extracontractuelle de la propriétaire. Toutefois, le domaine entier des réclamations extracontractuelles, particulièrement celles qui visent le «préjudice purement financier», est une voie nouvelle qui n'est pas sans être semée d'obstacles.

L'article principal du présent numéro résume avec excellence l'état du droit sur les voies et moyens à la disposition des sous-traitants qui souhaitent présenter une réclamation contre

la propriétaire. Il va sans dire que chaque cas est différent et doit être analysé par un conseiller juridique compétent. Néanmoins, il pourrait s'avérer prudent de mentionner que les ententes dites «d'indemnisation», qui empêchent le sous-traitant d'obtenir de l'entrepreneur une indemnisation supérieure à celle qu'obtient celui-ci de la propriétaire, du sous-traitant, sont probablement exécutoires, non seulement aux États-Unis, mais également au Canada, dans la mesure où l'entrepreneur présente sa réclamation avec diligence.

Bien que ce bulletin Revay présente un intérêt particulier pour les entrepreneurs et les sous-traitants, j'ajouterais que les propriétaires devraient se faire un devoir de le lire pour éviter les pièges qui peuvent donner lieu à des réclamations de sous-traitants.

Réclamations du sous-traitant contre la propriétaire

par W.J. Kenny, c.r. et E. Jane Sidnell, Cook Duke Cox, Edmonton-Calgary ainsi que le Pr David Percy, The University of Alberta au sujet des réclamations dans le mécanisme d'appel d'offres

On se demande souvent si l'entrepreneur peut présenter une réclamation contre la propriétaire, pour le sous-traitant, et dans quelles circonstances ce dernier peut présenter sa réclamation directement contre la propriétaire.

Il existe deux principaux contextes dans lesquels le sous-traitant peut vouloir présenter une réclamation contre la propriétaire. Depuis peu, ce type de réclamation surgit dans le mécanisme d'appel d'offres; il découle également, depuis plus longtemps, de l'exécution du contrat de l'entreprise même. Le présent article traite, à la partie A, des faits nouveaux sur les réclamations du sous-traitant contre la propriétaire dans le contexte d'appel d'offres et, à la partie B, des réclamations qui découlent de l'exécution du contrat d'entreprise.

A. Réclamations dans le mécanisme d'appel d'offres

Il importe tout d'abord de savoir que le droit relatif aux appels d'offres n'est pas uniforme au Canada. Depuis l'arrêt de principe *Ron Engineering*¹, il est évident que les entrepreneurs, lorsqu'ils soumissionnent auprès de la propriétaire, et les sous-traitants, lorsqu'ils soumissionnent auprès de l'entrepreneur, ne peuvent ni retirer leur soumission avant un certain délai, ni éviter leurs obligations pour motif d'erreur, sauf dans de très rares circon-

stances. Ils sont liés à l'entrepreneur et à la propriétaire, respectivement, par un contrat de soumission, appelé «contrat A». Dans la plupart des provinces et à la Cour fédérale du Canada, il est accepté que le contrat A crée également des obligations pour le destinataire de la soumission, qu'il s'agisse de la propriétaire ou de l'entrepreneur. Il semble établi que le destinataire des soumissions doit respecter les modalités expresses énoncées dans l'appel d'offres², ainsi que certaines modalités implicites, comme le devoir de s'abstenir d'évaluer les soumissions à l'aide de critères non divulgués incompatibles avec le mécanisme d'appel d'offres³ et le devoir d'étudier toutes les soumissions soumises de bonne foi⁴. Toutefois, ses obligations sont beaucoup moins sûres en Alberta et en Ontario, où les tribunaux accordent en général (mais pas toujours) une large discrétion relative au traitement des soumissions par une interprétation libérale de la clause de privilège, qui stipule habituellement que la propriétaire peut accepter n'importe quelle soumission sans qu'elle soit nécessairement la plus basse.

Malgré l'absence grave d'uniformité des règles de base applicables à l'appel d'offres, certains tribunaux sont allés plus loin en permettant au sous-traitant de poursuivre directement la propriétaire. Ce fut le cas lorsque la propriétaire ou son représentant, en contravention au contrat A, a empêché un sous-traitant de conclure un contrat avec l'entrepreneur ou a par ailleurs omis de voir à ce que l'entrepreneur respecte les obligations que lui imposait le contrat A.

Dans *Ken Toby Ltd. c. British Columbia Building Corp.*⁵, la propriétaire avait lancé un appel d'offres pour l'amélioration du Royal British Columbia Museum. L'appel d'offres prévoyait le recours au Bureau des soumissions déposées et exigeait que l'entrepreneur confie en sous-traitance des parties précises du travail, dont les travaux de maçonnerie ainsi que de granite et de marbre. Le sous-traitant demandeur avait présenté la seule soumission qui englobait l'ensemble des travaux de maçonnerie, de granite et de marbre ainsi que la seule soumission qui visait les travaux de maçonnerie séparément. Selon les règles du Bureau des soumissions déposées, en présence d'une seule soumission, l'entrepreneur est tenu d'utiliser cette soumission dans la sienne. Toutefois, après l'échéance de la présentation de soumissions de sous-traitance au Bureau des soumissions déposées, la propriétaire s'est inquiétée de l'effet d'une seule soumission qui pouvait être élevée relative à la partie travaux de maçonnerie uniquement et à ajouté une modification selon laquelle les entrepreneurs devaient remplacer la partie maçonnerie par une indemnité au montant de 15 000 \$. Par conséquent, l'obligation imposée aux entrepreneurs d'utiliser la soumission unique du sous-traitant tombait et, de ce fait, les services du demandeur n'ont pas été retenus pour le projet.

La conduite de la propriétaire contrevenait à une règle du Bureau des soumissions déposées, selon laquelle l'ajout d'une modification relative aux travaux de sous-traitance devait avoir lieu trois jours ouvrables

avant la fermeture de l'appel d'offres des sous-traitants. En vertu du droit consacré, toutefois, cette violation des règles ne confère pas de droits au sous-traitant contre la propriétaire. La Supreme Court de la Colombie-Britannique a franchi cet obstacle de deux manières exceptionnelles. Elle a jugé la propriétaire responsable de négligence envers le sous-traitant pour l'ajout d'une modification en contravention aux règles du Bureau des soumissions déposées et, ce qui est encore plus frappant, pour l'inexécution d'un contrat, qu'elle a jugé avoir été conclu au moment du dépôt de la soumission du sous-traitant au Bureau des soumissions déposées. Selon les modalités de ce contrat implicite, la propriétaire devait respecter les règles du Bureau des soumissions déposées et agir de bonne foi envers les sous-traitants soumissionnaires.

On a repris récemment, en Ontario, la conclusion selon laquelle la propriétaire a, envers les sous-traitants, un devoir de diligence dans le cadre du concept de la négligence. Dans *Twin City Mechanical, a division of Babcon of Waterloo Ltd. c. Bradslil (1967) Ltd.*⁶, le gouvernement de l'Ontario avait lancé un appel d'offres qui exigeait également la présentation des soumissions de sous-traitants au Bureau des soumissions déposées. Selon les règles de celui-ci, l'entrepreneur doit engager le sous-traitant désigné dans sa soumission. Dans cette affaire, l'entrepreneur retenu avait indiqué le nom et le prix du sous-traitant demandeur. Toutefois, au lieu d'engager celui-ci lorsque sa soumission a été acceptée, l'entrepreneur avait «magasiné» la soumission initiale et trouvé un autre sous-traitant pour exécuter les travaux à moindre prix. Le tribunal a jugé qu'il s'agissait d'une rupture du contrat A intervenu entre l'entrepreneur et le demandeur, mais également que la propriétaire était coupable de négligence envers le demandeur. La décision se fondait sur la théorie selon laquelle la propriétaire, ayant décidé de se prévaloir des règles du Bureau des soumissions déposées, était tenue de voir au respect de celles-ci. La propriétaire avait omis de manière négligente de remplir cette obligation en permettant à l'entrepreneur de changer de sous-traitant et, de fait, en lui demandant de l'indemniser des pertes qu'elle pourrait subir par suite de ce changement.

Bien que ces décisions soient différentes dans leur démarche théorique, dans chaque cas le sous-traitant a été indemnisé selon le montant du profit qu'il aurait réalisé si on lui avait permis d'exécuter les travaux.

Par ces décisions, ces tribunaux ont été les premiers à permettre à un sous-traitant de poursuivre la propriétaire en raison d'irrégularités survenues à l'occasion d'appel d'offres. Il existe toutefois un troisième moyen de mettre en question la conduite de la propriétaire. Si, selon les modalités du contrat A, l'entrepreneur doit engager un sous-traitant en particulier pour exécuter les travaux et que la propriétaire empêche l'entrepreneur de le faire, on peut prétendre que la propriétaire a amené ce dernier à contrevenir au contrat A conclu avec le sous-traitant. Ce serait le cas, par exemple, si le représentant de la propriétaire avait exigé que l'entrepreneur engage un sous-traitant jugé non conforme selon les règles du Bureau des soumissions déposées⁷. Cette prétention a

été soulevée dans *Ken Toby Ltd.*, mais a été jugée inapplicable du fait qu'en raison d'une modification, aucun entrepreneur n'avait intégré la soumission du demandeur dans la sienne.

Des voies intéressantes s'offrent donc au sous-traitant qui croit avoir été victime d'une injustice dans le mécanisme d'appel d'offres. Toutefois, notons l'existence de difficultés considérables relatives à la poursuite de la propriétaire directement par le sous-traitant. Dans la décision *Ken Toby Ltd.*, la création d'un lien contractuel direct entre la propriétaire et le sous-traitant est contraire à la plupart des sources existantes et crée un contrat dans une situation où les faits indiquent qu'aucune des parties n'a l'intention de conclure un contrat avec l'autre. Dans les deux cas, les conclusions du tribunal selon lesquelles la propriétaire peut être tenue responsable de négligence envers un sous-traitant ne sont pas si inhabituelles, mais les dommages-intérêts accordés sont plus difficiles à expliquer. Règle générale, les dommages relatifs à la perte économique pure (sous forme de perte de profits) ne sont pas accordés dans une action pour négligence et peuvent uniquement se justifier en jonglant de manière inventive avec les précédents. Finalement, en ce qui a trait aux trois possibilités, soulignons que les tribunaux d'appel, au moins en Alberta et en Ontario, ont été réticents même à permettre au sous-traitant d'obtenir gain de cause contre l'entrepreneur pour des inexécutions apparemment graves au contrat A⁸. Il serait étrange que ces tribunaux soient plus enclins à accueillir des actions contre les propriétaires.

B. Réclamations découlant de l'exécution du contrat

1. Cas où les modalités du contrat principal prévoient un redressement comme le paiement pour retard, indexation, existence de conditions de sol différentes ou modification des quantités au-delà d'un pourcentage établi.

Il n'existe pas de lien contractuel entre le sous-traitant et la propriétaire. Le premier n'a donc pas de recours contractuel contre le second. Toutefois, lorsque le contrat de sous-traitance intègre les modalités du contrat principal, le sous-traitant peut présenter une réclamation à l'entrepreneur sur le fondement de clauses relatives aux changements dans le contrat principal. L'entrepreneur peut à son tour se tourner vers la propriétaire. Dans un tel cas, l'entrepreneur peut présenter la réclamation pour le sous-traitant. Le document normalisé de construction ACC S-1 (1994) de l'Association canadienne de la construction, intitulé *Contrat de sous-traitance à forfait - version abrégée*, intègre le contrat principal par la disposition suivante :

Article 1 - Travaux à exécuter

1.3 Dans la mesure où ils sont applicables au présent contrat de sous-traitance, les exigences, termes et conditions du contrat principal engagent l'entrepreneur et le sous-traitant comme si les mots «propriétaire» et «entrepreneur» qui y figurent étaient remplacés respectivement par «entrepreneur» et «sous-traitant». En cas de contradiction entre les termes de la présente

convention et ceux du contrat principal, ce sont ceux du contrat principal qui prévalent.

La question est de savoir si le contrat de sous-traitance comprend les dispositions de redressement sous forme de paiement du contrat principal. Normalement, lorsque les parties conviennent d'intégrer des modalités d'autres documents (comme le contrat principal) à leur entente (le contrat de sous-traitance), l'insertion de ces modalités doit être intégrale; attention toutefois, si une modalité intégrée est de quelque manière que ce soit incompatible avec des modalités expressément convenues, ces dernières prévalent sur ce qui aurait par ailleurs été intégré⁹. Ce *Contrat de sous-traitance à forfait - version abrégée* confère remarquablement la préséance au contrat principal sur le contrat de sous-traitance, tandis que le *Contrat de sous-traitance à forfait - version longue* a l'effet contraire¹⁰.

Le sous-entrepreneur dont le contrat de sous-traitance n'intègre pas le contrat principal se trouve dans une situation plus précaire. Dans un tel cas, il peut devoir soutenir que les modalités du contrat principal sont implicitement intégrées au contrat de sous-traitance. Il peut également soutenir, que le refus de le payer dans certaines circonstances, procurerait un enrichissement sans cause à l'entrepreneur qui a reçu le paiement de la propriétaire, bien qu'il soit rare de pouvoir gagner un tel recours en présence d'un contrat¹¹.

2. Cas où le contrat de sous-traitance intègre les modalités du contrat principal et où survient un retard, un avancement de l'échéance ou un autre événement qui se répercute sur l'exécution par le sous-traitant en raison, notamment :

- a) du manque d'accès au chantier;
- b) de la livraison tardive d'équipement et de matériaux de la propriétaire;
- c) de la livraison tardive des dessins;
- d) de l'omission de communiquer des instructions en temps voulu;
- e) de l'approbation tardive de dessins d'atelier;
- f) de l'ingérence de la propriétaire, de ses représentants ou d'autres personnes;
- g) d'une erreur de conception.

Lorsque le contrat de sous-traitance intègre les modalités du contrat principal, le sous-traitant peut intenter une action contre l'entrepreneur, et celui-ci peut réclamer de la propriétaire le montant de la réclamation du sous-traitant. Dans *Foundation Co. of Canada c. United Grain Growers*¹², le sous-traitant en ferblanterie réclamait à l'entrepreneur la perte de productivité, les frais relatifs à l'avancement de l'échéance, le programme relatif aux travaux non conformes, les frais généraux pour retards et les travaux supplémentaires. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait accepté que les montants réclamés passent, par l'intermédiaire de l'entrepreneur, à la propriétaire. Pour ce qui est de l'évaluation quantitative du montant des travaux supplémentaires, le tribunal déclare, au paragraphe 98 :

Il est compréhensible que [la propriétaire] ne souhaite pas payer un montant supérieur au tarif des travaux supplémen-

taires prévus au contrat ni que ces éléments soient traités comme si elle avait conclu un contrat avec [le sous-traitant], mais, comme le déclarait le juge au paragraphe 754, ni le contrat ni le contrat de sous-traitance ne prévoient de prix pour travaux supplémentaires et si le prix [du sous-traitant] est raisonnable, comme en conclut le juge, [l'entrepreneur] doit payer ce montant, et celui-ci peut être transféré [à la propriétaire]. [TRADUCTION]

La première chose à faire pour inclure la réclamation du sous-traitant dans celle de l'entrepreneur contre la propriétaire est d'établir l'existence d'un contrat de sous-traitance entre ces deux parties et la prise en charge, par l'entrepreneur envers le sous-traitant, des mêmes obligations que celles de la propriétaire envers l'entrepreneur. Si on peut établir cette relation contractuelle, le sous-traitant peut obtenir le montant de ses réclamations de l'entrepreneur, qui lui peut être indemnisé par la propriétaire. En l'absence de contrat de sous-traitance, on ne peut invoquer ce fondement¹³.

On a opposé avec un succès mitigé, à la réclamation d'entrepreneurs pour dommages-intérêts subis par des sous-traitants, une défense selon laquelle la réclamation constitue «une champartie et un soutien».

Champartie : un pacte d'un tiers avec une partie à un litige, par laquelle ce tiers s'engage à assurer la poursuite à ses frais et risques en vue de la réception, s'il réussit, d'une partie du produit ou de l'objet qu'on tente de récupérer... Le soutien — aide pécuniaire ou autre, accordée à une des parties par un tiers hors de cause. [TRADUCTION]

Black's Law Dictionary

Si la propriétaire cause un retard ou accomplit un autre acte qui occasionne à l'entrepreneur des dommages dont celui-ci est responsable envers ses sous-traitants, la propriétaire devrait répondre des dommages subis par sa faute. La Cour d'appel fédérale a accueilli les réclamations des sous-traitants dans le cadre de la réclamation de l'entrepreneur dans la cause *Thomas Fuller*¹⁴, rejetant la défense de champartie et de soutien. L'entrepreneur prétendait engager sa responsabilité envers le sous-traitant aux termes du contrat de sous-traitance et soutenait qu'il en subirait une certaine perte. Lorsque la réclamation de l'entrepreneur prévoit un montant que celui-ci devra payer aux sous-traitants, la défense de champartie et de soutien n'est d'aucune aide à la propriétaire.

Tout ce que l'entrepreneur doit faire, c'est d'établir l'existence de sa responsabilité envers le sous-traitant. Il n'a pas à démontrer avoir fait un paiement ni avoir été condamné en justice¹⁵. Une fois sa responsabilité établie, l'entrepreneur peut inclure la réclamation du sous-traitant dans celle qu'il présente lui-même contre la propriétaire.

3. Cas où (a) le sous-traitant a été induit en erreur, au cours du mécanisme d'appel d'offres, par des fausses déclarations de la propriétaire ou l'omission de celui-ci de divulguer adéquatement les conditions réelles dans les documents d'appel d'offre ou (b) il n'existe pas de contrat de sous-traitance qui intègre les modalités du contrat principal.

Le sous-traitant peut poursuivre directement la propriétaire lorsque celle-ci a fait des déclarations inexactes avec négligence dans les documents d'appel d'offres ou dans le cadre du mécanisme d'appel d'offres¹⁶. Pour réussir son recours, il doit démontrer que la propriétaire avait un devoir de diligence envers lui en ce qui a trait aux documents ou au mécanisme d'appel d'offres et n'a pas exprimé de réserve sur l'utilisation que le sous-traitant pourrait faire des renseignements ni limité une telle utilisation. La propriétaire devait raisonnablement prévoir que le sous-traitant se fierait à la déclaration et que cet acte de sa part était raisonnable à la lumière de toutes les circonstances¹⁷. Le caractère raisonnable dépend, dans une certaine mesure, du but de la déclaration. En général, si la propriétaire distribue des documents d'appel d'offres au sous-traitant directement ou encore à l'entrepreneur en sachant que celui-ci les remettra au sous-traitant, sans exprimer de réserve sur l'utilisation des renseignements qu'ils contiennent ni limiter une telle utilisation, et que le sous-traitant présente une soumission sur le fondement de ces renseignements qui constituent une déclaration inexacte, alors celui-ci a un recours direct contre la propriétaire pour les pertes qu'il subit en se fiant à ces renseignements¹⁸.

S'il s'avère que les obligations de la propriétaire envers l'entrepreneur à l'égard d'éléments comme l'accès au chantier, la remise des dessins en temps voulu, la conception adéquate et d'autres éléments semblables n'ont pas été intégrées au contrat de sous-traitance, on peut se demander si le sous-traitant peut reprocher directement à la propriétaire d'avoir omis de fournir ces éléments. Ces réclamations peuvent différer des cas de déclaration inexacte faite avec négligence à moins qu'il puisse être démontré que la propriétaire a déclaré implicitement leur disponibilité en temps voulu au sous-traitant. En effet, il est possible que les documents contractuels soient muets sur la question et que la propriétaire n'ait pas fait de déclaration sur laquelle le sous-traitant ait pu se fier. On se trouve en présence d'une autre catégorie de cas lorsque la conduite de la propriétaire cause une perte, mais n'a rien à voir avec les déclarations des documents contractuels, par exemple les cas d'ingérence.

L'indemnisation par la propriétaire devrait être possible si celle-ci a été négligente dans les cas où (a) elle a prévu le recours à la sous-traitance et (b) aucune raison de principe ne limite l'obligation de la propriétaire envers les sous-traitants comme catégorie, ni ne limite les dommages qui découlent de l'inexécution de cette obligation¹⁹. Les actes de négligence doivent être suffisamment rapprochés des dommages pour justifier la responsabilité²⁰. Récemment, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé un sous-traitant responsable envers la propriétaire pour motif de négligence relative à des malfaçons dans le cadre de l'exécution de réparations de soudage de fournaise²¹. Bien que les cas contraires soient rares, on devrait pouvoir appliquer le même principe, tout en tenant compte des éléments qui limitent l'indemnisation des pertes financières^{22, 23}.

La Cour suprême du Canada a jugé qu'il existe une proximité suffisante pour établir

l'obligation entre un ingénieur employé par la propriétaire et l'entrepreneur dans une réclamation pour négligence en matière de construction²³. Il semble donc logique que la propriétaire ait une obligation envers le sous-traitant dans un contexte de contrat de l'entreprise. C'est particulièrement le cas lorsque les documents contractuels prévoient expressément le recours à des sous-traitants et peuvent même exiger que les sous-traitants désignés soient approuvés par la propriétaire.

Il peut toutefois exister des raisons de principe qui limitent l'obligation de la propriétaire envers le sous-traitant, lorsque celui-ci tente d'obtenir l'indemnisation de dommages du type de ceux que l'entrepreneur ne peut se faire indemniser en raison d'une restriction contractuelle. Il semble injuste d'obliger la propriétaire à indemniser le sous-traitant pour des dommages à l'égard desquels il a négocié expressément une exclusion avec l'entrepreneur. Ce serait particulièrement le cas lorsque la modalité d'exclusion du contrat principal a également été intégrée par renvoi dans le contrat de sous-traitance.

Conclusion

Selon la manière dont le sous-traitant subit une perte, il bénéficie de divers modes de réclamation des pertes contre la propriétaire. Ces réclamations peuvent être présentées contre l'entrepreneur qui, à son tour, se fera indemniser par la propriétaire ou, dans certaines circonstances, présentées directement contre la propriétaire qui a fait preuve de négligence.

Notes

- 1 *Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, (1981) 119 D.L.R. (3d) 267 (S.C.C.).
- 2 Voir p. ex. *R. c. Canamerican Auto Lease & Rental Ltd.*, (1987) 37 D.L.R. (4th) 591 (C.A.F.); *Zutphen Bros. Const. Ltd. c. Nova Scotia*, (1993) 12 C.L.R. (2d) 111 (N.S.S.C.).
- 3 *Chinook Aggregates Ltd. c. District of Abbotsford*, [1990] 1 W.W.R. 624 (B.C.C.A.); *Kencor Holdings Ltd. c. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717 (O.B.); *Sound Contracting Ltd. c. Nanaimo (City)*, non rapportée, B.C.S.C. juge Down, 10 juillet 1997.
- 4 Comme le suggèrent l'affaire *Zutphen Bros.* précitée et d'autres décisions. David R. Percy étudie plusieurs de ces jugements dans *Claims Arising From Tenders, Proceedings of the Canadian Institute Construction Law Super Conference*, Vancouver (Colombie-Britannique), avril 1996.
- 5 *Ken Toby Ltd. c. British Columbia Buildings Corp.*, [1997] B.C.J. No. 1057 (S.C.).
- 6 *Twin City Mechanical, a division of Babcon of Waterloo Ltd. c. Bradsil (1967) Ltd.*, (1996) 31 C.L.R. (2d) 210 (Ont. Gen. Div.); un avis d'appel a été déposé dans cette affaire.
- 7 Ces faits sont survenus dans *Bate Equipment Ltd. c. Ellis-Don Ltd.* (1993), 2 C.L.R. (2d) 157 (Alta Q.B.); conf. par (1996), 157 A.R. 274 (C.A.). L'incitation à contrevenir au contrat n'a pas été soulevée dans cette affaire, et le sous-traitant a été débouté.
- 8 Comme dans les causes *Bate Equipment Ltd. précitée* et *Scott Steel (Ottawa) Ltd. c. R.J. Nicol Construction (1975) Ltd.*, (1994) 15 C.L.R. (2d) 10 (Ont. Div. Ct.).
- 9 *Modern Wales Building Ltd. c. Limmer & Trinidad Co. Ltd.*, [1975] 1 W.L.R. 1281 (C.A.); *Ryan*

c. *Village of Carleton Place*, (1900) 31 O.R. 639 (en appel de la décision arbitrale); *Central Reinforcing Steel Service Ltd. c. Pigott Project Management Ltd.*, (1992) 3 C.L.R. (2d) 124 (Alta. C.A.).

10 À noter la divergence entre la version abrégée de l'ACC et le document ACC L-1 (1995) intitulé *Contrat de sous-traitance à forfait - version longue* qui prévoit, à l'article 1, travaux à exécuter, qu'en cas de conflit entre le contrat de sous-traitance et le contrat principal, le contrat de sous-traitance prévaut.

11 Dans *Vanguard Distributors Ltd. c. Balaclava Enterprises Ltd.*, [1994] B.C.J. No. 1972 (S.C.), le tribunal a accueilli la réclamation directe pour enrichissement sans cause du sous-traitant contre la propriétaire.

12 *Foundation Co. of Canada Ltd. c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] B.C.J. No. 969 (C.A.).

13 *Handy Andy Construction Ltd. c. Woodcrest Cabinet Ltd.*, (1986) 48 Alta.L.R. (2d) 118 (Q.B.); *Custom Iron & Machinery Ltd. c. Calorific Construction Ltd.*, (1990) 39 C.L.R. 276 (Ont. Dist. Ct.); *M.J. Peddlesden Ltd. c. Liddell Construction Ltd.*, (1981) 128 D.L.R. (3d) 360 (B.C.S.C.); *Dave's Plumbing & Heating (1962) Ltd. c. Voth Brother's Construction (1974) Ltd.*, (1986) 21 C.L.R. 276 (B.C.S.C.); *Fred Welsh Ltd. c. B.G.M. Construction Ltd.*, [1996] 10 W.W.R. 400 (B.C.S.C.); *Moncton Plumbing & Supply Co. Ltd. c. Brunswick Construction Ltd.*, (1985) 13 C.L.R. 52 (N.B.C.A.); voir également *Ron Brown Ltd. c. Johanson*, [1990] B.C.J. No. 1923 (B.C.S.C.); *Naylor Group Incorporated c. Ellis-Don Construction Ltd.*, (1996) 31 C.L.R. (2d) 195 (Ont. Gen. Div.); *Scott Steel (Ottawa) Ltd. c. R.J. Nicol Construction (1975) Ltd.*, (1933) 15 C.L.R. (2d) 10 (Ont. Gen. Div., Div. Ct.); *Vipond Automatic Sprinkler Co. c. E.S. Fox Ltd.*, (1996) 27 C.L.R. (2d) 311 (Ont. Gen. Div.) dans le sens contraire et le commentaire de Howard M. Wise et David I. Bristow, c.r., dans «Damages Arising from the Bidding Process», *Calculating Construction Contract Damages* (Insight Press, Mississauga, 1990).

14 *Thomas Fuller Construction Co. (1958) c. Canada*, (1992) 5 C.L.R. (2d) 94 (Fed. Ct. C.A.).

15 *Trident Holdings Ltd. c. Danand Investments Ltd.*, (1988) 64 O.R. 54 (Ont. C.A.).

16 *Hedley Byrne & Co. Ltd. c. Heller & Partners Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.).

17 *Hercules Managements Ltd. Ernst & Young*, (1997) 146 D.L.R. (4th) 577 (S.C.C.).

18 *Mawson Gage Associates c. Her Majesty the Queen*, (1987) 13 F.T.R. 188 (Fed Tr. Div.).

19 *Mawson Gage Associates c. Her Majesty the Queen* précitée, voir également *Turf Masters Landscaping Ltd. c. T.A.G. Developments Ltd.*, (1994) 17 C.L.R. (2d) 5 (N.S.S.C.); (1995) 24 C.L.R. (2d) 9 (N.S.C.A.); appel rejeté avec dépens le 21 mars 1996, *Bulletin de la Cour suprême*, 1996, page 440.

20 *D'Amato c. Badger*, [1996] 8 W.W.R. 390 (S.C.C.).

21 *Qit Fer Et Titane Inc. c. Upper Lakes Shipping Ltd.*, (1994) 21 C.L.R. (2d) 122 (Ont. C.A.).

22 *Winnipeg Condominium Corp. c. Bird Construction Co.*, (1995) 18 C.L.R. (2d) 1 (S.C.C.).

23 *Edgeworth Construction Ltd. c. N.D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 8 W.W.R. 129 (S.C.C.).

Commentaires sur la jurisprudence

par Me Jonathan Speigel,

du cabinet d'avocats Speigel Nichols Fox, situé à Brampton (Ont.)

J'ai appris qu'il existe deux vérités de La Palice lorsqu'on tente de prévoir le résultat d'un différend judiciaire:

- Lorsque les faits sont tels qu'une odeur rance émane du côté de l'une des parties, celle-ci perdra presque à coup sûr. Le juge de première instance poussera, pliera et étirera le droit pour l'adapter aux faits.
- Si les conclusions du juge de première instance sur les faits sont suffisamment solides, que ces faits reposent sur une certaine preuve et que l'odeur subsiste, les tribunaux d'appel hésiteront à renverser la décision rendue en première instance.

Dans *Twin City c. Bradsil*, le juge de première instance avait été outragé par la conduite de l'entrepreneur, et encore plus par celle de Sa Majesté la reine du chef de l'Ontario, la propriétaire. Celle-ci était au courant de la mauvaise conduite de l'entrepreneur. Mais plutôt que d'intervenir pour obliger l'entrepreneur à traiter équitablement avec le sous-traitant demandeur, elle lui avait permis d'écarter celui-ci et, pire encore, avait tenté de protéger ses propres arrières par une indemnisation de l'entrepreneur.

Le juge de première instance a estimé ne pas pouvoir conclure à la responsabilité contractuelle de la propriétaire, l'existence de contrat entre celle-ci et le sous-traitant n'ayant pas été établie (l'appréciation des faits a été laissée au juge de première instance dans *Ken Toby* — voir ci-après). Toutefois, il a jugé pouvoir retenir sa responsabilité extracontractuelle. Le juge a conclu à l'existence d'un devoir de diligence de la propriétaire envers le sous-traitant, obligeant la première à voir à ce que l'entrepreneur respecte les modalités du Bureau des soumissions déposées et celles du contrat général ultime, le contrat B.

Dans *Ken Toby Ltd. c. British Columbia Building Corporation*, le juge de première instance avait été scandalisé par le fait que la propriétaire, qui avait établi les règles fondamentales, les avait violées après avoir réalisé qu'elles l'obligeaient à payer un montant plus élevé. Comme

dans l'affaire *Twin City*, le tribunal a conclu à la responsabilité extracontractuelle de la propriétaire. Il a également conclu à la responsabilité contractuelle de celle-ci.

Comme on ne disposait pas d'un contrat à portée de la main, le juge de première instance en a inventé un, à l'instar du juge Estey dans *Ron Engineering*. L'analyse des faits par le tribunal de première instance est la suivante:

- En publiant un appel d'offres et en stipulant le recours au Bureau des soumissions déposées, la propriétaire acceptait d'être liée par les règles de celui-ci et s'engageait à agir de bonne foi.
- En déposant sa soumission, le sous-traitant convenait d'être lié par les règles du Bureau des soumissions déposées.
- Dès le dépôt de la soumission du sous-traitant, un contrat s'est formé entre la propriétaire et le sous-traitant, aux termes duquel chacun convenait d'être lié par les règles du Bureau des soumissions déposées et la propriétaire convenait d'agir de bonne foi.

Le fait que la propriétaire aurait été estomaquée d'apprendre qu'elle avait conclu un tel contrat constituait un simple inconvénient sur lequel on pouvait passer outre.

Ces décisions concernent le Bureau des soumissions déposées, mais on peut facilement les appliquer à d'autres situations, dans la mesure où l'élément «odeur» est présent.

Les principes soulignés dans ces causes sont-ils fondés en droit? Cela n'est à peu près pas pertinent. Avec la prononciation du jugement *Ron Engineering* et l'utilisation de ce que j'appelle la «clause belette» (c.-à-d. la propriétaire peut accepter n'importe quelle soumission sans qu'elle soit nécessairement la plus basse), le pendule a basculé entièrement vers la propriétaire. Dans les contextes d'appel d'offres, l'entrepreneur était tenu à la perfection, à l'instar du sous-traitant, et la propriétaire n'était tenu à rien du tout. Le pendule revient maintenant, et avec lui la propriétaire si elle se montre trop vorace.

Le **Bulletin Revay** est publié par Revay et Associés limitée, société mère de Wagner, Daigle, Revay Itée, deux firmes de conseillers du secteur de la construction et de spécialistes des réclamations du même domaine. Au service des entrepreneurs et des donneurs d'ouvrages, ces firmes ont comme objectif d'aider ces partenaires à réaliser des projets profitables et exempts de conflits. Les articles peuvent être reproduits moyennant mention de la source. Vos observations et suggestions pour les prochains articles sont bienvenues.

Les bureaux de **Wagner, Daigle, Revay Itée** :

4333, rue Ste-Catherine Ouest, Suite 500

MONTRÉAL (Québec) H3Z 1P9

Téléphone : (514) 932-9596

Télécopieur : (514) 939-0776

Affiliée à

Revay et Associés limitée

Siège social :

MONTRÉAL : (514) 932-2188



S.V.P. nous aviser de tout changement d'adresse ou de destinataire.