

L'À-PROPOS JURIDIQUE CONSTRUCTION

Juin 2010

Le groupe d'expertise en droit de la construction de Miller Thomson Pouliot publie périodiquement des bulletins à l'intention des clients du cabinet.

Nous vous invitons à acheminer ce courriel à toute personne (qu'elle fasse ou non partie de votre entreprise) susceptible d'être intéressée par les articles contenus dans le présent document. Vous pouvez vous abonner gratuitement à cette publication électronique en adressant un courriel à info@millerthomsonpouliot.com



Par M^e Normand D'Amour, B.Ing., LL.B.
Montréal
514.871.5487
ndamour@millerthomsonpouliot.com

La dénonciation de contrat est une formalité que doivent obligatoirement suivre certains bénéficiaires de l'hypothèque légale de construction pour faire valoir leurs droits hypothécaires à l'égard de l'immeuble qu'ils contribuent à améliorer.

En effet, à l'exception des ouvriers, tout bénéficiaire de l'hypothèque qui n'a pas directement contracté avec le propriétaire, que ce bénéficiaire soit sous entrepreneur, architecte, ingénieur ou fournisseur, se doit de lui dénoncer son contrat. Cette obligation découle de l'article 2728 du Code civil du Québec qui prévoit : « *L'hypothèque garantit la plus-value donnée à l'immeuble par les travaux, matériaux ou services fournis et préparés pour ces travaux; mais, lorsque ceux en faveur de qui elle existe n'ont pas eux-mêmes contracté avec le propriétaire, elle est limitée aux travaux, matériaux ou services qui suivent la dénonciation écrite du contrat au propriétaire. L'ouvrier n'est pas tenu de dénoncer son contrat.* »

Il découle de ce qui précède que l'entrepreneur, s'il contracte directement avec le propriétaire, pourra procéder à la publication d'une hypothèque, même s'il n'a pas explicitement dénoncé son contrat. Encore faut-il cependant qu'il soit en mesure de démontrer qu'il entretient une relation contractuelle directe avec le propriétaire. Ce principe a récemment été appliqué dans un jugement rendu par la Cour du Québec dans l'affaire *Automobiles Plaza J. Paul Blouin inc. c. Électricité Germain Fortin inc.*

LES FAITS

À l'automne 2007, Automobile Plaza J. Paul Bouin inc. (« Blouin ») entreprend des démarches nécessaires à la construction d'un garage où elle exercera son commerce. Munie de plans sommaires, Blouin contacte deux entrepreneurs dans le but d'obtenir des soumissions pour son bâtiment. Elle reçoit une soumission de Construction Citadelle au montant de 127 153 \$ qui indique clairement que les travaux d'électricité sont inclus dans le prix. Elle recevra également une autre soumission, soit de A.W.R., au montant de 113 000 \$ qui est silencieuse quant aux travaux d'électricité.

Après la transmission de sa soumission à Blouin, A.W.R. approchera à Électricité Germain Fortin (« Électricité Fortin ») pour que celle-ci soumette un prix budgétaire en électricité du bâtiment. C'est dans ce contexte qu'Électricité Fortin établit le prix des travaux envisagés à 5650 \$. Blouin confirmera finalement le contrat de construction à A.W.R. pour un prix de 100 000 \$, lequel contrat demeurera toutefois silencieux quant au fait que le prix comporte ou non celui des travaux d'électricité.

Contenu

L'hypothèque légale : Quand la dénonciation préalable du contrat est-elle nécessaire?

Page 1

Comment se calcule une réclamation pour retard ?

Page 3

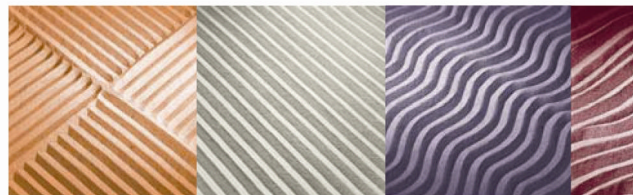
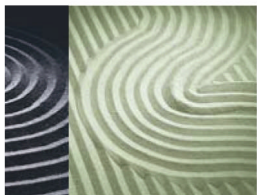
Au tribunal

Le poids des mots dans les documents contractuels

Page 5

Des nouvelles de notre groupe

Page 7



Bien qu'Électricité Fortin ait soumis un prix budgétaire pour l'exécution des travaux de construction, elle restera sans nouvelle du projet jusqu'au 9 décembre 2007. À cette date, elle sera convoquée par A.W.R. pour venir rencontrer le représentant du propriétaire, un dénommé Roland Déry, qui déclare agir à titre de représentant de Blouin, car le dirigeant de Blouin s'est absenté du pays. Électricité Fortin se voit donc requis d'exécuter divers travaux que M. Déry lui demande d'exécuter entre le 13 au 20 décembre 2007 et du 7 au 12 janvier 2008, lesquels sont différents de ceux pour lesquels le prix budgétaire a été fourni. Durant cette période, M. Déry se présentera fréquemment sur le chantier pour surveiller le progrès des travaux. Les premières factures pour les travaux réalisés par Électricité Fortin seront adressées à A.W.R. Elles seront cependant réémises immédiatement pour être adressées à Blouin.

Une discordance s'installera éventuellement entre A.W.R. et Blouin. A.W.R. sera d'ailleurs expulsée du chantier et, dans l'intervalle, Électricité Fortin publiera une hypothèque légale, parce qu'elle demeure impayée pour les travaux qu'elle a réalisés.

Soutenant qu'elle n'a jamais contracté avec Électricité Fortin, Blouin entreprendra des recours judiciaires pour faire radier la publication de l'avis d'hypothèque légale, car elle allègue n'avoir jamais reçu de dénonciation écrite du contrat confié à Électricité Fortin.

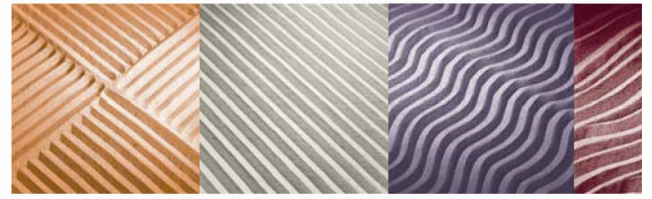
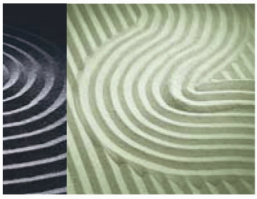
LE JUGEMENT

L'Honorable Juge Simard de la Cour du Québec sera saisi de la requête en radiation. L'absence de dénonciation n'étant pas contestée, la seule question qui se pose à lui est celle de déterminer qui est le cocontractant de Électricité Fortin. Dans la mesure où Électricité Fortin a contracté avec Blouin, son hypothèque légale sera valide. Si toutefois Électricité Fortin a exécuté ses travaux à titre de sous traitant en raison d'un contrat conclu entre celle-ci et A.W.R., l'hypothèque légale devra être radiée, puisque la formalité de la dénonciation n'a pas été suivie.

Les témoignages rendus lors de l'audition sont contradictoires. En effet, Blouin soutiendra que les travaux d'électricité étaient inclus dans le contrat qu'elle avait confié à A.W.R., ce que le représentant de A.W.R. niera en cours d'audition. De son côté, M. Déry, pourtant présent sur le chantier durant l'absence du dirigeant de Blouin, niera avoir donné quelque instruction à Électricité Fortin sur les travaux à exécuter. Il niera également avoir donné instructions à Électricité Fortin de facturer Blouin. Les témoins présentés par Électricité Fortin soutiendront le contraire.

Constatant l'absence du dirigeant de Blouin à une certaine période des travaux et le fait que seul M. Déry pouvait alors agir comme intermédiaire sur le chantier, le Juge Simard retiendra la version d'Électricité Fortin, à l'effet que M. Déry agissait au nom de Blouin. Quant au fait qu'Électricité Fortin ait initialement transmis sa facturation à A.W.R., il retient l'explication fournie par Électricité Fortin à l'effet que cet envoi découlait d'une erreur administrative, puisque le dossier fut originalement ouvert au nom de A.W.R. en raison d'une demande d'émission d'un prix budgétaire. Ainsi, le Juge considère que M. Déry avait le mandat réel ou à tout le moins le mandat apparent de représenter Blouin sur le chantier de construction. Il conclura donc qu'un contrat verbal est intervenu entre M. Déry, agissant à titre de mandataire et, d'autre part, Électricité Fortin. Il rejette par conséquent la demande de radiation de l'hypothèque légale formulée par Blouin, puisqu'un contrat la liant directement avec Électricité Fortin.

Pour toute question ou commentaire, n'hésitez pas à communiquer avec l'auteur de cette chronique.



COMMENT SE CALCULE UNE RÉCLAMATION POUR RETARD ?



Par M^e Mathieu Turcotte
Montréal
514.871.5492
mturcotte@millerthomsonpouliot.com

Tout projet de construction implique, pour tous les intervenants d'un chantier, un risque potentiel, proportionnel à la valeur et la durée des travaux effectués. Pour le client, les coûts de la construction impliquent un financement souvent important, et la durée du chantier peut également être source de perte de revenus, par exemple en cas d'arrêt temporaire de production. Pour l'entrepreneur, qu'il soit général ou spécialisé, le calcul coûts/bénéfices d'un projet, au moment de déposer sa soumission, tient souvent sur une mince ligne et présume dans bien des cas de la réalisation des travaux dans le délai prévu.

Cette réalité illustre bien la clause souvent rencontrée dans les contrats : « *Time is of the essence* ». Cette importance accordée aux échéanciers et aux délais se reflète d'ailleurs souvent dans des clauses de pénalités pour retard, souvent importantes, qui planent au-dessus de la tête des entrepreneurs généraux et qui ajoutent à la pression inhérente à la bonne réalisation des travaux.

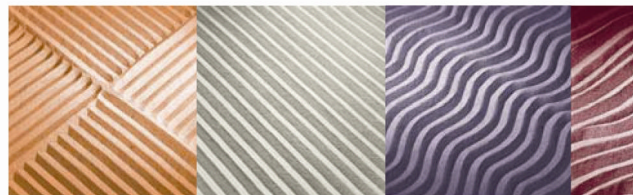
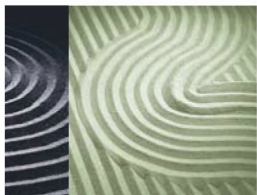
Inversement, les entrepreneurs ont la possibilité, dépendamment des clauses contractuelles applicables, de réclamer compensation pour les coûts additionnels subis à cause d'un retard ou d'une prolongation des délais de construction par la faute ou la négligence du donneur d'ouvrage ou de ses professionnels. Ainsi a-t-on vu, au cours des dernières années, un certain nombre de poursuites couronnées de succès dans des cas de retards d'accès au chantier, alors que le prix des matériaux augmentait substantiellement, par exemple dans le cas du cuivre, du bitume ou du carburant, créant une perte de profits importante pour les entrepreneurs.

Au-delà du retard dans l'accès au chantier, la jurisprudence reconnaît également que la prolongation du chantier, due par exemple à une augmentation de l'ampleur des travaux à cause d'un nombre trop important d'ordres de changement, cause en soi un préjudice compensable pour les entrepreneurs. Un jugement rendu l'an dernier par la Cour supérieure dans l'affaire *Développements Tanaka inc. c. Corporation d'hébergement du Québec* illustre d'ailleurs bien cette situation, et expose en détail une méthode de calcul acceptée pour quantifier les frais réclamables par un entrepreneur.

UNE PROLONGATION IMPORTANTE DES TRAVAUX

En mai 2003, Tanaka et la CHQ signent un contrat pour la construction d'un nouveau pavillon en annexe au Centre hospitalier des Vallées de l'Outaouais, situé à Hull, un projet de plus de 5 millions de dollars.

Suite à la réception de l'ouvrage par la CHQ, Tanaka fait valoir une réclamation de près de 100 000 \$ pour des travaux supplémentaires, ainsi qu'une réclamation de près de 385 000 \$ pour des frais de retard représentant 121 jours ouvrables additionnels. Ces deux réclamations



seront acceptées partiellement par la Cour, qui dans un premier temps, doit déterminer la responsabilité de la CHQ pour la prolongation du chantier. La Cour rappelle à cet égard que « *La preuve de retard dans les travaux n'exige pas de démontrer en jours et en heures l'étendue de chaque délai causé par chaque changement et/ou chaque retard. Il est suffisant de prouver que, en toute probabilité, les travaux ont été retardés par le propriétaire.* »

MÉTHODE DE CALCUL DES FRAIS DE RETARD

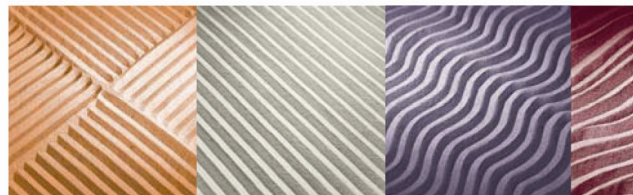
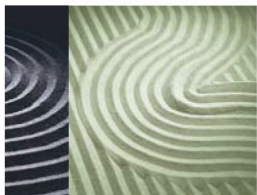
Une fois établi le lien entre les ordres de changement et la prolongation des délais, commence l'exercice de quantification des dommages réellement encourus par l'entrepreneur. La Cour utilise pour cette fin une méthode reconnue en jurisprudence, variante de la méthode *Eichleay* utilisée dans le domaine de la construction, qui vise à identifier la portion des frais généraux d'une entreprise (aussi appelés frais de siège social) attribuable à un projet en particulier.

Ce calcul consiste d'abord à diviser le revenu généré par un projet sur le revenu total de l'entreprise pour la même période, de façon à obtenir une proportion de revenus attribuable au projet (somme A). Dans un deuxième temps, il est nécessaire de diviser les frais généraux de l'entreprise pour la durée pertinente, tels qu'établis aux états financiers, par le nombre de jours du projet, de façon à obtenir un coût quotidien de frais généraux (somme B). La portion de frais généraux attribuables au projet sera finalement obtenue par la multiplication des sommes A et B.

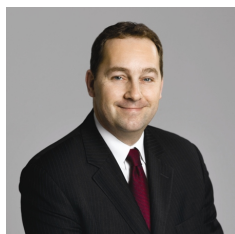
Aux frais généraux attribuables au projet, l'entrepreneur pourra évidemment ajouter les frais directs, composés par exemple, dans l'affaire Tanaka, des salaires du gérant de projet, du surintendant et du contremaître, de même que des autres frais imputables au chantier tels que frais de déplacement, téléphone, assurance, cautionnement et équipements particuliers. S'ajoutera finalement à ces frais généraux et frais directs un troisième chef de réclamation, représentant les profits et frais d'administration, qui pourront notamment être calculés en fonction des clauses contractuelles applicables ou encore sur la base de l'historique comptable de l'entrepreneur et des us et coutumes de l'industrie.

Dans tous les cas, une réclamation pour retard nécessite une préparation approfondie et ne peut s'improviser à partir documents généraux ou de calculs approximatifs. Une telle poursuite impliquera d'ailleurs généralement le témoignage d'un expert sur l'application de la méthode de calcul, et donc des frais additionnels à cet égard. Il est donc particulièrement approprié, dans un tel cas, de consulter un professionnel dès le début du dossier.

Pour toute question ou commentaire, n'hésitez pas à communiquer avec l'auteur de cette chronique.



**AU TRIBUNAL
LE POIDS DES MOTS DANS LES DOCUMENTS CONTRACTUELS**



*Par M^e Christian J. Brossard
Montréal
514.871.5407
cjbrossard@millerthomsonpouliot.com*

La Cour supérieure du Québec a récemment rendu un jugement, dans l'affaire de *Specs Audio (1990) Inc. c. Centre de services partagés du Québec*¹, qui démontre - de manière assez surprenante, diront certains - le rôle important que peut jouer le choix des mots dans les documents contractuels. Le juge a en effet eu à interpréter l'intention du rédacteur de documents d'appel d'offres pour déterminer si l'exigence de déposer certains documents avec la soumission était ... obligatoire. De la réponse dépendait sa décision quant à savoir si le défaut de joindre ces documents entraînait le rejet automatique de la soumission ou si le soumissionnaire pouvait au contraire y remédier en temps utile.

Le Centre des services partagés du Québec, mandataire de l'État, lance un appel d'offres visant à équiper l'édifice historique où siège la Cour d'appel du Québec d'équipements audiovisuels de pointe, un contrat d'une nature hautement technique et complexe.

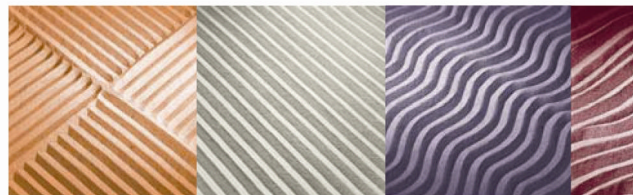
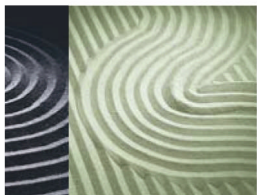
Le devis technique précise que certains documents « sont requis et doivent être annexés à la soumission » (je souligne), incluant une attestation de formation émise par le manufacturier du système de contrôle des équipements audiovisuels. Une annexe précise que la personne qui effectuera la programmation d'une partie du système « doit absolument avoir suivi le cours et être dûment certifiée par [le manufacturier] Media Matrix ».

Trois entreprises déposent une soumission. Les deux plus bas soumissionnaires ne joignent pas l'attestation requise. Dans les faits, seules trois entreprises au Québec détiennent cette attestation, incluant le troisième plus bas soumissionnaire, Specs Audio, et une entreprise connue sous le nom de Applied Electronics.

La clause 13 des Instructions aux soumissionnaires prévoit que « sera jugée non conforme et automatiquement rejetée » une soumission qui ne respecte pas « toute autre condition mentionnée [...] dans les documents d'appel d'offres et indiquée comme obligatoire » (je souligne). La clause ajoute cependant qu'une omission ou une erreur n'entraînera pas le rejet de la soumission si le soumissionnaire la corrige dans le délai accordé.

Le donneur d'ouvrage, Centre des services, souligne l'absence d'attestation à CBCI, le plus bas soumissionnaire, et lui accorde cinq jours pour corriger sa soumission. À l'intérieur de ce délai, CBCI déclare qu'elle retiendra en sous-traitance les services de Applied Electronics, qui elle détient l'attestation requise, attestation que CBCI fournit également dans le même délai.

Après avoir obtenu une opinion juridique au sujet de la soumission ainsi corrigée, le donneur d'ouvrage octroie le contrat à CBCI.



Specs Audio réclame compensation pour sa perte de profits, prétendant que la soumission de CBCI n'était pas conforme en l'absence de l'attestation au moment de son dépôt, exigence essentielle de l'appel d'offres selon elle.

La question en litige est donc la suivante : La soumission de CBCI devait-elle être rejetée automatiquement au motif que CBCI ne détenait pas et n'avait pas déposé l'attestation requise avec sa soumission? CBCI pouvait-elle au contraire corriger ce défaut, ultérieurement à l'ouverture des soumissions, en fournissant une telle attestation en s'adjoignant alors un sous-traitant la détenant?

L'on aurait pu s'attendre à ce que le juge retienne l'argument de Specs Audio. Pour celle-ci, l'exigence prévue aux documents d'appel d'offres à l'effet que les documents d'attestation « doivent être annexés » à la soumission signifiait qu'il était donc obligatoire que ces documents soient annexés (après tout, selon *Le Petit Robert*, « devoir » signifie « Être dans l'obligation de [...] faire quelque chose »). Par conséquent, s'agissant d'une condition mentionnée comme obligatoire au sens de la clause 13 des Instructions au soumissionnaire, la conséquence de l'absence d'attestation au moment du dépôt de la soumission devait être que celle-ci soit jugée non conforme et automatiquement rejetée.

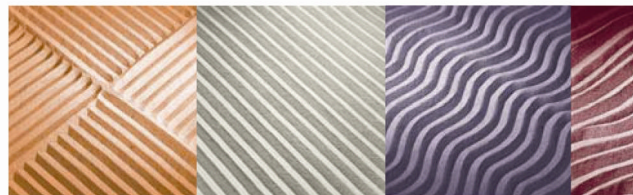
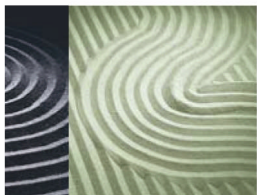
Le juge pousse cependant l'analyse plus loin et conclut à l'effet contraire. Selon lui, si le rédacteur de l'appel d'offres avait voulu que l'exigence de l'inclusion de l'attestation avec la soumission soit obligatoire, il lui aurait été facile de le dire ou de préciser que les documents pertinents « doivent obligatoirement être annexés à la soumission » (je souligne). C'est ce qu'il a fait par exemple en spécifiant que la signature de la soumission et la visite du site étaient obligatoires. Faire une adéquation entre « doivent » et « obligatoire » requerrait que l'on modifie le texte et que l'on change l'intention, et mènerait au résultat absurde de rendre fatal par exemple le défaut de respecter des exigences aussi mineures que le soumissionnaire « doit » indiquer la date de fermeture des soumissions sur l'enveloppe de soumission.

Ainsi, ne s'agissant pas d'une exigence indiquée comme « obligatoire », le défaut de joindre l'attestation à la soumission n'était qu'une omission ou erreur n'entraînant pas le rejet automatique de la soumission, dans la mesure où CBCI la corrigeait dans le délai accordé. Ayant effectivement soumis l'attestation de son sous-traitant (ce que les documents d'appel d'offres n'interdisaient pas) dans le délai de cinq jours octroyé par le donneur d'ouvrage pour ce faire, CBCI pouvait se voir octroyer le contrat.

L'argument strictement de texte se tient, surtout si l'on examine la formulation des autres exigences des documents d'appel d'offres comme l'a fait le juge. En donnant cependant tant d'importance au vocabulaire précis employé, a-t-il véritablement découvert l'intention des parties ou celle-ci a-t-elle au contraire été écartée par un argument de texte? Une chose est certaine, le poids des mots dans l'interprétation des documents contractuels prend ici tout son sens. Comme l'écrit le juge, « tout dépend du vocabulaire choisi par le rédacteur de l'appel d'offres pour reconnaître les conditions sanctionnées par le rejet de la soumission. ».

¹2009 QCCS 5705

Pour toute question ou commentaire, n'hésitez pas à communiquer avec l'auteur de cette chronique.



DES NOUVELLES DE NOTRE GROUPE

Normand D'Amour et **Bernard Blouin** ont agi à titre de modérateurs dans le cadre de présentations traitant des partenariats publics privés (PPP) lors du *3rd Annual Québec Infrastructure Finance Forum* qui se tenait à Montréal le 14 mai dernier.

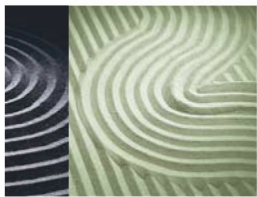
Louis-Michel Tremblay, **Normand D'Amour** et **Christian J. Brossard** étaient conférenciers lors de la Conférence sur la gestion des litiges dans le domaine de la construction organisée par l'Institut canadien les 4 et 5 mai derniers à Montréal :

La présentation de **Normand D'Amour** traitait du contenu de la Loi sur les contrats des organismes publics et des règlements adoptés en vertu de celle-ci en soulignant quelques sources potentielles de litige et de difficultés d'application que le contenu de la loi et des règlements suscitent.

La présentation de **Louis-Michel Tremblay** traitait du processus d'appel d'offres. En faisant le tour de l'historique de la jurisprudence en matière d'appel d'offres, tout en faisant le point sur les développements récents, il a abordé, entre autres, l'obligation d'accepter une soumission conforme ainsi que celle d'accepter la soumission la plus basse conforme. La présentation a également porté sur le pouvoir de correction et de régularisation des appels d'offres et des recours disponibles contre le donneur d'ouvrage.

Le propos de **Christian J. Brossard** était : « Poursuivre devant les tribunaux ou régler à l'amiable : prendre une décision éclairée ». Il a traité du rôle de l'avocat et des méthodes à sa disposition pour aider le client à prendre ses décisions en pleine connaissance de cause. En effet, l'avocat, tout en préparant et présentant la réclamation ou la défense la plus crédible et solide possible, doit également pouvoir faire une analyse coût/bénéfice utile du maintien de la poursuite ou d'un règlement de la réclamation et une évaluation d'une zone de règlement acceptable pour le client. Ainsi, il doit pouvoir identifier les points forts et les faiblesses, tant au niveau de la preuve des faits que du droit et de certains facteurs intangibles. Il doit ensuite, pour chacune des questions en litige, savoir faire une évaluation objective, rigoureuse et quantifiée des chances de succès ou des risques de perte pour le client, par des méthodes sérieuses et reconnues. L'analyse complète coût/bénéfice requiert également une estimation des coûts quantifiables, tout en tenant compte de certaines considérations plus subjectives pour le client. Celui-ci devrait par ailleurs connaître les moyens dont l'avocat et lui disposent pour exercer un certain contrôle sur les coûts.

Christian J. Brossard donnera une conférence sous le titre « Stratégies de gestion des dossiers pour faciliter le traitement et la résolution des changements, des interruptions et des retards » le **17 novembre 2010** dans le cadre de la Superconférence sur la construction de l'Institut canadien.



GRUPE D'EXPERTISE EN DROIT DE LA CONSTRUCTION

Montréal

Brossard, Christian J.	514.871.5407	cjbrossard@millerthomsonpouliot.com
D'Amour, Normand	514.871.5487	ndamour@millerthomsonpouliot.com
Iacovelli, Antonio	514.871.5483	aiacovelli@millerthomsonpouliot.com
Tremblay, Louis-Michel	514.871.5421	lmtremblay@millerthomsonpouliot.com
Turcotte, Mathieu	514.871.5492	mturcotte@millerthomsonpouliot.com

NOS BUREAUX

Montréal : 514.875.5210	Kitchener-Waterloo : 519.579.3660
Toronto : 416.595.8500	Guelph : 519.822.4680
Calgary : 403.298.2400	Markham : 905.415.6700
Edmonton : 780.429.1751	Vancouver : 604.687.2242
London : 519.931.3500	

Remarques : Le présent document a été rédigé à l'intention des clients du cabinet à titre informatif uniquement et résume certaines informations juridiques récentes. Les renseignements qu'il contient ne constituent pas un avis juridique et les personnes qui en prennent connaissance ne devraient pas réagir à la lecture du présent article sans avoir préalablement obtenu l'avis juridique d'un professionnel qualifié à l'égard de leur situation.

Le cabinet utilise vos renseignements personnels afin de vous faire parvenir de l'information sur des sujets susceptibles de vous intéresser et en aucun cas ne les partage avec des tiers, à l'exception de sous-traitants qui ont accepté de se conformer à la politique de protection des renseignements personnels et aux autres politiques du cabinet.

© 2010 Miller Thomson Pouliot s.e.n.c.r.l. - Tous droits réservés. Tous les droits de propriété intellectuelle, y compris le droit d'auteur afférent à la présente publication, sont la propriété de Miller Thomson Pouliot s.e.n.c.r.l. La reproduction intégrale et la distribution de cette publication sont autorisées à condition qu'aucune modification ne soit apportée à sa forme ou à son contenu. Toute autre reproduction ou distribution, quels que soient la forme ou le moyen adoptés, est expressément interdite sans le consentement préalable et écrit de Miller Thomson Pouliot s.e.n.c.r.l.