

*Condominiums Mont Saint-Sauveur Inc. c. Constructions Serge
Sauvé Ltée*

Cour d'appel du Québec
District de Montréal
Les juges Monet, Malouf et Rothman

9 novembre 1990

André Rochon et Jean François Cliche (Rochon, Prévost), pour l'Appelante.
Peter Blaikie et Clément Gascon (Heenan, Blaikie), pour l'Intimé.

LA COUR; statuant sur l'appel d'un jugement de la Cour supérieure, district de Terrebonne, prononcé le 12 janvier 1990, par l'Honorable juge Lise Lemieux, accueillant l'exception déclinatoire de l'intimée, déclarant la Cour supérieure sans juridiction rationae materiae pour entendre la présente cause et renvoyant les parties à l'arbitrage conformément aux dispositions de la clause compromissoire obligatoire liant les parties et contenue au contrat de construction signé par eux.

Après étude du dossier, audition et délibéré;

POUR LES MOTIFS exposés dans les opinions de Messieurs les juges Monet et Rothman, dont copies sont déposées avec le présent arrêt, et auxquels souscrit Monsieur le juge Malouf:

REJETTE l'appel avec dépens;

RENVOIE les parties devant le tribunal d'arbitrage déjà constitué pour entendre les réclamations de l'intimée de sorte que les réclamations des deux parties soient décidées par le même tribunal d'arbitrage.

OPINION DU JUGE MONET:-- Le 11 novembre 1986 est entrée en vigueur une loi (L.Q. 1986, c. 73) métamorphosant notre droit en matière d'arbitrage.

Le 9 novembre 1987 est signé un contrat entre un promoteur immobilier, Condominiums Mont Saint-Sauveur Inc. et un constructeur, Les Constructions Serge Sauvé Ltée. Ce contrat comprend la clause compromissoire reproduite dans l'opinion du juge Rothman.

Il convient de souligner que cette clause est l'expression de la volonté des parties elles-mêmes. En effet, le principe de l'autonomie des volontés "reçoit une expression maximale dans la nouvelle législation", pour reprendre à mon compte les propos du professeur Brierley, *La convention d'arbitrage en droit québécois interne*, (1987) C.P. du N., 507, 553-554, no 94.

Avant de donner ce consentement, Condominiums avait conclu un contrat avec les architectes, Boudrias, Boudreau et St-Jean, qui ont préparé les plans et devis (m.a. 52) et qui avaient la responsabilité de la surveillance des travaux (art. 14c): m.a. 25). Ces architectes sont pour suivis comme co-défendeurs dans la présente cause (art. 5, 6, 7, 12, 14, 20, 24, 28, 34, 42 de la déclaration. Aussi, c'est en toute connaissance de cause

que l'appelante a cumulé les causes d'actions dans sa poursuite; en fait, elle a aussi poursuivi à titre de mise en cause puis de défenderesse la compagnie Seaboard qui a fourni le cautionnement d'exécution.

Dans les circonstances, on ne peut qu'être d'accord avec le juge Rothman: "...it is difficult to see how appellant can be heard to complain about the effect of contractual arrangements it has, itself, put in place."

L'argumentation de l'appelante touchant la question de l'ordre public suppose, me semble-t-il, que l'arbitrage soit une dérogation au droit commun.

Soit dit avec déférence, tel n'est pas le cas. L'arbitrage, créant une juridiction privée, est maintenant un contrat autonome, nommé et réglementé au Code. L'art. 1026.1 le définit. La convention d'arbitrage est distincte du contrat dans lequel elle est contenue (art. 1925.5). Aussi, une interprétation large et libérale s'impose en la matière, comme l'enseigne le professeur Brierley, op. cit. no 13, p. 525 et no 15, p. 526. C'est pourquoi il faut être sur ses gardes lorsqu'on consulte la jurisprudence antérieure à la réforme. Par exemple, est maintenant tout à fait dépassé ce passage, valable en son temps, qu'on trouve dans un arrêt unanime de 1979 [Note: Couplan Inc. c. C.E.U.M.I. Chimie, [1979] C.A. 234, 236. Comp. Association des policiers de la Ville de Giffard c. La Ville de Giffard, 1968 B.R. 863, 867; MacEachern c. Margaritis, 1969 B.R. 481. Il en va de même de la manière de voir que j'ai exposée en 1978 dans l'affaire *Travailleurs Unis du pétrole du Canada c. Lauzon*, 1978 C.A. 404, 409, inf. [1980] 2 R.C.S. 181.]:

La clause compromissoire constitue une dérogation au recours aux tribunaux de droit commun; aussi quant à sa portée et, partant, quant à la compétence du Conseil d'arbitrage, telle clause doit être interprétée étroitement.

Comme le signale le juge Rothman, l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Procon (Great Britain) Ltd. c. Golden Eagle Co. Ltd.*, 1976 C.A. 565, est le reflet de temps accomplis.

De plus, le juge Julien Chouinard postulait ceci: "il ne s'agit pas d'une action sur le contrat", alors que dans le cas à l'étude les allégations de la déclaration (supra) montrent à l'évidence que l'action contre l'intimée est essentiellement de nature contractuelle.

Puis, comme on l'a observé à bon droit, Me Raymond Tremblay, (1987-88), 90 R. du N. 394, 399; Me Brierley, op. cit. no 69, les dispositions mêmes du second alinéa de l'art. 1926.2 C. civ. règlent la difficulté que pourrait causer une certaine interprétation de l'arrêt *Procon*:

Art. 1926.2 Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les questions qui concernent l'ordre public.

Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public.

D'ailleurs, la notion d'ordre public est protéiforme [Note:

Philippe Malaurie, *L'Ordre public et le contrat*, thèse, Reims, éd. Mabot-Braine, 1953. L'auteur relève une vingtaine de définitions de l'ordre public. Voir aussi Charles Jarrosson, *La Notion d'arbitrage*, 1987, L.G.D.J., no 463.]. Elle n'est pas figée, non plus que la sanction [Note: Jean-Louis Baudouin, Rapport général présenté au congrès de l'Association Henri-Capitant, à Montréal, le 27 août 1973; (1975) 35 R. du B. 31, 42-43; Pierre-Gabriel Jobin, *La rapide évolution de la lésion en droit québécois*, (1977) 29 Rev. int. dr. comp., 331, 336-337.]. Dans un arrêt relativement récent [Note: Garcia Transport c. Compagnie Trust Royal, [1990] R.D.J., 925, 929; comp. Girard c. Véronneau, [1980] C.A. 534, 537; Pierre-Gabriel Jobin, 1985, R. du B. 656, 704.], le juge Jacques rappelait la distinction entre l'ordre public politique et l'ordre politique économique.

Enfin, la réforme du droit de l'arbitrage sans parler de l'arbitrage international [Note: Nabil Antaki, *L'arbitrage commercial: concept et définition*, 1987 C.P. de N., 491, 501, nos 44 et 45.], rejoint un courant social identifié [Note: E.G. Tannis, *Alternative Dispute Resolution that Works*, 1989, éd. Captus Pess.] et s'harmonise, par exemple, avec une politique judiciaire de la Cour suprême du Canada en droit du travail [Note: Ste-Anne Nackawie Pulp and Paper c. Section 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier, [1986] 1 R.C.S. 704; Hémond c. Coopérative fédérée du Québec, [1989] 2 R.C.S. 962; Gendron c. Syndicat des Approvisionnements et Services de la Fonction publique du Canada, [1990] 1 R.C.S. 1298.].

L'Art. 940.1 C. pr. civ. dont le caractère impératif n'est pas douteux est également un produit de la réforme:

Art. 940.1 Tant que la cause n'est pas inscrite, un tribunal, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, renvoie les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'elle ne constate la nullité de la convention.

La procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue tant que le tribunal n'a pas statué.

(j'ai souligné)

Un mot visant l'argument de l'appelante qui plaide, plutôt mollement, ma foi, une renonciation à l'arbitrage qu'aurait manifestée l'intimée.

Il ne me paraît pas indispensable de discuter ici des arrêts de notre Cour dans les affaires *Caribou Construction Inc. c. Robert McAlpine Ltd.*, 1976 C.A. 393, commenté dans l'affaire *Zodiac* (p. 547b)., et *Monette c. Couture*, 1983 C.A. 568.

Ce moyen est sans fondement.

D'accord avec les motifs exposés par le juge Rothman, je suis d'avis de statuer comme il le propose.

OPINION OF ROTHMAN J.A.:— This is an appeal from a judgment of the Superior Court which maintained respondent's declinatory exception, dismissed appellant's action on grounds of lack of jurisdiction and referred the parties to arbitration under the provisions of the construction contract executed by them.

On November 9, 1987, appellant, as owner, and respondent, as general contractor, signed a construction contract for the construction of a large condominium project in the vicinity of Hill 71 at St-Sauveur-des-Monts, in accordance with plans and specifications prepared by the architects, Boudrias, Boudreau, St-Jean and associates.

The contract between the parties provided that any disputes between the owner and the contractor were to be submitted to arbitration.

1C.9.18 ARBITRAGE

En cas de mésentente ou de différend entre le Propriétaire ou l'Architecte agissant en son nom, et l'Entrepreneur durant ou après l'exécution des travaux ou après l'exécution du contrat ou sa résiliation, relativement à l'interprétation ou à l'application du contrat, l'une ou l'autre des parties (Entrepreneur ou Propriétaire) pourra donner avis à l'autre partie de ce différend et référer le tout à un tribunal d'arbitrage.

Toute demande d'arbitrage devra être accompagnée d'un chèque certifié d'un montant de 2 000,00\$ que la partie requérante libellera et remettra entre les mains de l'Architecte à titre de fiduciaire pour garantir les frais d'arbitrage.

Le tribunal sera formé de trois (3) personnes, chacune des parties désignant un membre du tribunal. En cas de défaut par l'un des arbitres de procéder au choix du Président ou en cas de mésentente entre les arbitres pour choisir le Président, ce dernier sera nommé par un Juge de la Cour Supérieure siégeant dans le district de Montréal et ce, sur simple requête de l'une ou l'autre des parties.

Le tribunal d'arbitrage sera régi par les articles 940 et suivants du Code de Procédure Civiles. Les arbitres doivent juger suivant les règles de droit et leur décision majoritaire ou unanime sera finale et sans appel.

Il ne pourra cependant être procédé à l'arbitrage qu'après achèvement, réel ou allégué, des travaux, sauf:

- a) quant à un débat relatif à un certificat touchant un paiement
- ou
- b) si l'une ou l'autre des parties prétend que la nature de l'objet du différend est telle qu'un arbitrage immédiat est nécessaire pendant que les preuves à l'appui sont encore disponibles.

Dans un tel cas, le Tribunal d'arbitrage aura juridiction pour déterminer si l'arbitrage doit être tenu immédiatement ou après l'achèvement réel ou allégué des travaux.

There were, in addition, a number of other clauses in the contract dealing with the settlement of disputes under the contract, all of which make it clear that the parties

intended that any differences between them as to the interpretation of the plans and specifications and their respective obligations under the contract were to be decided by arbitration (See clauses 1C.7.2; 1C.9.15; 1C.9.16 and 1C.9.17 referred to in the judgment of the Superior Court).

In August of 1989, appellant instituted an action before the Superior Court claiming jointly and severally, from respondent and the architects, amounts totalling 1,627,411\$ comprising 577,411\$ for faulty acoustic work, 550,000\$ for faulty design and construction of the roofs and 500,000\$ for damages to reputation and other damages relating to the manner in which the work was performed under the contract. In addition, appellant claimed an additional amount of 528,000\$ from respondent alone for faulty interior finishing of the units. Appellant's action was subsequently amended to increase the claim for defective roofing from 550,000\$ to 2,200,000\$.

On the service of the action, respondent presented a declinatory exception invoking the arbitration clause and contending that the Superior Court had no jurisdiction to hear the dispute.

The Superior Court maintained the declinatory exception, concluding that the claims asserted in appellant's action constituted disputes under the contract which the parties had agreed to submit to arbitration:

Quant à l'action proprement dite, elle comporte quatre volets:

- a) acoustique;
- b) finition intérieure;
- c) toitures;
- d) dommages reliés aux trois éléments précédents.

Les paragraphes 20 et 21 s'appuient sur le contrat de construction. Les paragraphes 27 et 57 réfèrent à la caution, dont le débat porte sur le contrat.

En matière d'acoustique, il n'y a aucune allégation permettant de conclure à une faute délictuelle ou reposant sur l'article 1688 C.C. Il s'agit de déficiences visées par les articles 1C.9.15 et 1C.9.17 de la convention d'arbitrage.

Quant aux problèmes de finition intérieure (paragraphe 43 et suivantes) de la déclaration, ils sont énumérés aux listes P-6 et aux mises en demeure P-7 et P-8. Le paragraphe 49 traite des retenues.

Les paragraphes 52 et suivants font état de défauts de toitures découlant du contrat. Le paragraphe 58 traite de dommages découlant du contrat et visés par l'article 1C.9.16 de la convention d'arbitrage.

Le Tribunal doit conclure à l'analyse de R-1 et du contenu de l'action, que les questions en litige portent sur des questions touchant le contrat de construction et sur lesquelles les parties peuvent compromettre.

Appellant, in this appeal, does not contest that the arbitration provisions of the contract constituted a complete and conclusive undertaking to arbitrate or "clause compromissoire parfaite" and that any disputes covered by the clause were intended to be submitted to final and binding arbitration (Zodiac International Productions Inc.

v. The Polish People's Republic (1983) 1 S.C.R. 529). Nor does appellant deny that, in disputes covered by the clause, the arbitrators were to have exclusive jurisdiction, to the exclusion of the courts.

But appellant contends, in essence, that the arbitration clause is inapplicable since its claims in the present action are not based exclusively on the contract but, in part, on Article 1688 of the Civil Code, which is a matter of public order, and, in part, on Article 1053. Appellant further contends that arbitration would be inappropriate in this case since it is seeking a joint and several condemnation against the architects as well as the contractor and the architects are not bound by the arbitration clause.

The Superior Court concluded that appellant's claim was not a claim under Article 1688 but rather a claim for defective work under the contract. I cannot say it was wrong in that conclusion. Nowhere in appellant's action is it alleged or suggested that the claim is based on Article 1688 or even that the buildings have "perished" in whole or in part, which is, of course, the condition required for a claim under Article 1688.

While appellant may be entitled to invoke the responsibility of the builder under Article 1688 by reason of the seriousness of the roofing defects, even in the absence of a specific allegation of a partial "perishing" of the buildings, I do not think that possibility is sufficient to deprive the parties of their right to have their disputes settled by arbitration as provided in the construction contract. Nor do I think it is sufficient to confer upon the courts jurisdiction to decide disputes which the parties, under their contract, have agreed would be decided exclusively by arbitration.

Appellant's claims may be decided purely and simply on the basis of the contract or, if there was, in fact, a partial "perishing", they may be decided, in part, on the basis of Article 1688 or Article 1053.

But I can see no reason why the arbitrators cannot apply the appropriate rules of law to these claims in the same manner that a court would apply them.

The arbitrators are legally bound by the appropriate rules of law (Article 944.10 C.C.P.) and, under clause 1C.9.16 of the construction contract, they are bound to apply the relevant provisions of the Civil Code:

"... Dans le cas de vices de construction, travaux ou matériaux défectueux, les règles générales du Code Civil de la Province de Québec s'appliqueront..."

This, of course, goes to the jurisdiction of the arbitrators. They would have no jurisdiction to ignore the requirements of Article 1688 C.C. if, on the facts, the defects in the roof amounted to a perishing, or to ignore the provisions of the contract and Article 1065 C.C. if they did not amount to a perishing.

It is true that the responsibility of a builder under Article 1688 has, traditionally, been considered to have a public order aspect. The public, and not just the owner and the builder, has an interest in preventing the collapse of buildings (Mignault, *Droit civil Canadien*, T7 Page 407; *Procon (Great Britain Ltd. v. Golden Eagle Ltd 1976 C.A. 565; Brodeur v. Dupuis 1982 C.S. 520)*). Because the responsibility of the builder

or architect under Article 1688 is a matter of public order, the owner cannot, in the construction contract, waive that responsibility or agree in advance to exonerate the builder or the architect or limit his claims against them.

For the same reason, the responsibility of the builder or architect under Article 1688 is not limited to the original owner with whom he has contracted. It attaches to the property and may be invoked by subsequent purchasers or other third parties. (*McGuire v. Fraser* 1908 17 B.R. 449, confirmed by S.C.C. 1908 40 S.C.R. 577). Whether the present claims were decided by the courts or by arbitration, therefore, the decision could not prejudice the rights of third parties under Article 1688.

It is also true, as appellant suggests, that in the *Golden Eagle* case (*Supra*, Page 567), the public order aspect of Article 1688 in the dispute was considered sufficient to prevent arbitration of the dispute:

Une difficulté subsistait, soit la clause compromissoire contenue au contrat. Mais le juge en vient à la conclusion qu'elle ne fait pas obstacle à la juridiction de la Cour supérieure parce qu'elle serait illicite dans notre droit comme portant sur la disposition d'ordre public qu'est l'article 1688 du Code civil. Il cite à l'appui l'article 940 du Code de procédure:

La Cour considère que l'arbitrage prévu par les parties contractantes constitue une dérogation au deuxième paragraphe de l'article 940 C.P. qui prescrit ceci:

On ne peut toutefois compromettre... sur les questions qui concernent soit l'ordre public, soit l'état ou la capacité des personnes.

Je partage cette conclusion car à mon avis cette clause n'a pas d'application puisqu'il ne s'agit pas d'une action sur le contrat. Il ne s'agit pas d'une "question dispute or difference ... between the purchaser and/or the engineer and the contractor..." mais il s'agit d'une action fondée d'une part sur la responsabilité légale de l'article 1688 et d'autre part, sur la responsabilité due à la faute en vertu des articles 1053 et 1054 du Code civil.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter l'appel de Procon.

But our jurisprudence on public order in relation to arbitration agreements has evolved significantly since the *Golden Eagle* decision.

Respectfully, I doubt that the notion of "public order" expressed in 1976 in *Golden Eagle* could easily have survived the more liberal approach to arbitration agreements brought about by the decision of the Supreme Court of Canada in *Zodiac International Production Inc. v. Polish Peoples Republic* (*Supra*).

Prior to the enactment of Article 951 C.P.C. in 1966, true arbitration clauses of the kind we are examining here were held to be invalid and contrary to public order in themselves. (*Vinette Construction Ltée v. Dobrinsky* 1962 B.R. 62; *National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.* 1964 S.C.R. 144). It was not until the *Zodiac* decision in

1983 that the controversy as to the validity of arbitration clauses, in the light of the requirements of public order, was finally laid to rest.

In *Zodiac*, the Supreme Court held that arbitration clauses under which the parties agreed to submit their disputes to binding arbitration, to the exclusion of the courts, were not against public order and were valid. It further held that the existence of such a clause was sufficient to remove the dispute from the jurisdiction of the courts.

The *Zodiac* decision therefore represented not only a more liberal approach to the scope and use of arbitration agreements. It represented, as well, a significant evolution of the concept of "public order" in relation to arbitration clauses.

The notion of "public order" is not an immutable concept. Nor does it involve the same requirements in every context. (Baudouin, *Les Obligations*, 3^{ième} édition, Page 80).

Some rules of public order are, by their nature, only susceptible of application or enforcement by the ordinary courts. It is difficult to imagine, for example, questions of criminal responsibility or the granting of a divorce, or a question of paternity, being decided by arbitration. The public order component goes directly to the jurisdiction of the body that is to decide the dispute.

On the other hand, there are rules of public order that can be applied in arbitrations as easily and as appropriately as they are by courts. Buildings codes, zoning by-laws, decrees in labour matters and other similar regulatory rules are all rules of public order. In a construction dispute, for example, arbitrators might well be obliged to apply the regulations under a building code when making their award. Or in the arbitration of a labour grievance, an arbitrator might well have to apply the regulations under a decree affecting a particular industry. The fact that these regulations are of public order does not deprive the arbitrators of their jurisdiction to hear the disputes or require that they be heard by the ordinary courts.

This, I believe, was the distinction made by the Legislature in 1986 in enacting Article 1926.2 C.C.:

Art. 1926.2 Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les questions qui concernent l'ordre public.

Art. 1926.2 Disputes over the status or capacity of persons, family matters or questions of public order cannot be submitted to arbitration.

Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public.

An arbitration agreement cannot be opposed on the ground that the rules applicable to settlement of the dispute are in the nature of rules of public order.

The first paragraph of Article 1926.2 sets out the general principle that questions of public order cannot be submitted to arbitration. The second paragraph, however, provides in substance that arbitration can be had even though some of the rules that may have to be applied in order to decide the dispute are in the nature of rules of public order.

In my view, the second paragraph of Article 1926.2 covers the objections raised by appellant. It may be that, in order to decide the dispute, the arbitrators will have to apply a rule which is in the nature of a rule of public order - Article 1688 - but the arbitration agreement cannot be opposed on that account.

I would therefore decline, respectfully, to follow the Golden Eagle decision.

As to the possibility that a part of the claim may be based on Article 1053 C.C. rather than on the contract, here again I can see no basis for refusing to give effect to the arbitration clause. It seems clear, from paragraph 58 of the action, that appellant's claims for damage to reputation, inconvenience, extra costs and the prejudice caused by registration of the privilege, are intimately connected with the claims for faulty performance of the work under the contract. In paragraph 58, appellant acknowledges, implicitly at least, that these claims have no independent existence:

"... \$500,000. représentant les dommages qui lui ont été causés et découlant des faits plus amplement énumérés aux présentes ..."

Here again, I believe the arbitrators are empowered to decide their own competence, or lack of competence (Article 943 C.P.C.), if the damages claimed do not flow from the contract.

Finally, there remains appellant's argument that the architects are not bound by the arbitration clause so that they would have to be sued in the ordinary courts while the claim against the builder would be decided by arbitration. In the result, appellant could not pursue joint and several claims against the two debtors in the same action. That may be so, but it is difficult to see how appellant can be heard to complain about the effect of contractual arrangements it has, itself, put in place.

On the hearing of this appeal, counsel for the parties acknowledged that an arbitration panel had been constituted at respondent's initiative to decide respondent's claims under the contract. Counsel further recommended that, in the event of the dismissal of this appeal, the present dispute relating to appellant's claims be referred to the same panel for decision.

I would therefore dismiss the appeal with costs and refer the parties to arbitration before the existing arbitration panel constituted to hear respondent's claims so that the claims of both parties can be decided by the same panel.