

**Société de cogénération de St-Félicien, société en
commandite/St-Felicien Cogeneration Limited Partnership c.
Industries Falmec inc.**

2005 QCCA 441

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE QUÉBEC

N° : 200-09-004488-034
(155-05-000082-017)

DATE : 25 AVRIL 2005

**CORAM: LES HONORABLES JEAN-LOUIS BAUDOIN J.C.A.
FRANCE THIBAUT J.C.A.
LOUISE LEMELIN J.C.A. (AD HOC)**

**SOCIÉTÉ DE COGÉNÉRATION DE ST-FÉLICIEN, SOCIÉTÉ EN COMMANDITE / ST-
FELICIEN COGENERATION LIMITED PARTNERSHIP**

APPELANTE- Intimée- Requérante en garantie

c.

LES INDUSTRIES FALMEC INC.

INTIMEE- Requérante-Défenderesse reconventionnelle

et

CERREY S.A. DE C.V.

INTIMÉE- Mise en cause- Intimée en garantie- Demanderesse reconventionnelle

et

ALSTOM CANADA INC.

ROCHE CONSTRUCTION INC.

CHUBB INSURANCE COMPANY OF CANADA

FEDERATION INSURANCE COMPANY OF CANADA

NORTHERN INDEMNITY INC.

INTIMÉES-Intimées en garantie

ARRÊT

[1] La Cour; -Statuant sur l'appel d'un jugement rendu le 29 avril 2003 par la Cour supérieure, district de Roberval (l'honorable Gratien Duchesne), qui a accueilli la requête en délaissement forcé et vente en justice de l'intimée Falmec, conclu à l'existence de la créance de cette intimée, accueilli la demande reconventionnelle de l'intimée Cerrey, déclaré l'immeuble de l'appelante affecté d'une hypothèque de 917 659,93 \$ et accueilli la requête en irrecevabilité des intimées en garantie, le tout avec dépens.

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

[3] Pour les motifs de la juge Lemelin, auxquels souscrivent les juges Baudouin et Thibault;

[4] **ACCUEILLE** partiellement l'appel avec dépens aux seules fins de modifier les paragraphes suivants du dispositif du jugement de la Cour supérieure :

- au paragraphe 246, substituer au montant de 950 580,59 \$ le montant de 703 159,88 \$;
- remplacer le paragraphe 249 qui devrait se lire ainsi : Déclare que la requérante a une créance de 670 239,22 \$ plus les intérêts au taux légal depuis le 20 août 2001 et les frais à parfaire;
- remplacer le paragraphe 250 par le suivant : Constate que les travaux, matériaux ou services fournis et préparés pour la construction de l'immeuble par la requérante ont donné une plus-value au dit immeuble;
- ajouter au paragraphe 259 *in fine* : et réserve également à la requérante son recours pour le paiement de la retenue contractuelle.

JEAN-LOUIS BAUDOUIN J.C.A.

FRANCE THIBAUT J.C.A.

LOUISE LEMELIN J.C.A. (AD HOC)

M^e Marc-André Boutin
DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG
Pour l'Appelante

M^e Jean Hudon et Rodrigue Larouche
LAROUCHE, LALANCETTE, PILOTTE & BOUCHARD
Pour l'Intimée Les Industries Falmecc inc.

Me Christian Brossard et Alexandre Boileau
FRASER MILNER
Pour les Intimées

Date d'audience : 15 mars 2004

MOTIFS DE LA JUGE LEMELIN

[5] Le jugement dont appel accueille une requête en délaissement forcé et vente sous contrôle de justice d'un immeuble, propriété de l'appelante, Société de Cogénération St-Félicien, Société en commandite/St-Félicien Cogeneration Limited Partnership (SCSF).

[6] Le juge conclut à l'existence d'une créance de 950 580,59 \$ de Les Industries Falmecc inc. (Falmecc) contre Cerrey, S.A. DE C.V. (Cerrey) et accueille partiellement la demande reconventionnelle de Cerrey pour un montant de 32 920,66 \$. Opérant compensation entre ces deux montants, le juge déclare l'immeuble de SCSF affecté d'une hypothèque légale de 917 659,93 \$, plus-value apportée par les matériaux, services et travaux fournis par Falmecc.

[7] La requête en irrecevabilité, présentée par des intimées à l'encontre d'une requête en appel en garantie de SCSF, est aussi accueillie et cet appel en garantie est rejeté. La SCSF et Cerrey se pourvoient en appel.

[8] Ces appels procèdent dans une audition commune avec deux pourvois dans des dossiers connexes où, dans le cadre de requêtes en délaissement de deux sous-traitants, Sturo Métal inc. et Cap Isolation Ltée, des requêtes semblables en irrecevabilité ont été accueillies, faisant échec à l'appel en garantie de SCSF¹.

[9] Le juge de première instance résume minutieusement dans un jugement de 261 paragraphes les faits mis en preuve lors de l'audition de neuf jours. Sans reprendre tous les éléments rapportés, un survol de la chronologie des événements est nécessaire pour décrire le contexte décisionnel et présenter les parties.

I LES FAITS

[10] La SCSF confie la conception, la construction et la mise en marché de son usine de cogénération d'électricité à un consortium formé de Alstom Canada inc., Cerrey et

¹ *Société de Cogénération de St-Félicien, Société en Commandite/St-Félicien Cogeneration Limited Partnership, c. Alstom Canada inc., Roche Construction inc., Cerrey S.A. DE C.V., Chubb Insurance Company of Canada, Federation Insurance Company of Canada, Northern Indemnity Inc.*, 200-09-004548-035, jugement de l'honorable Gratien Duchesne, le 13 juin 2002; *Société de Cogénération de St-Félicien, Société en Commandite/St-Félicien Cogeneration Limited Partnership c. Alstom Canada inc., Roche Construction inc., Chubb Insurance Company of Canada, Cerrey S.A. DE C.V., Federation Insurance Company of Canada, Northern Indemnity Inc.*, 200-09-004314-032, jugement de l'honorable Jean-Claude Larouche, le 3 décembre 2002.

Roche Construction inc., le tout selon les termes d'un contrat de construction clé en main, Turnkey Construction Contract (TCC).

[11] Cerrey, dans l'exécution des travaux prévus par TCC, conclut avec Falmec, en mai 2000, un contrat de sous-traitance pour l'érection et l'installation d'une bouilloire et de ses accessoires à l'intérieur de l'usine, pour le prix forfaitaire de 2 318 923,55 \$, incluant les taxes.

[12] Falmec dépose une première soumission pour ce montant qu'elle modifie le 26 avril 2000 pour inclure de nouvelles composantes discutées avec Cerrey, à son bureau au Mexique, sans pour autant changer le prix forfaitaire et l'échéancier.

[13] Cet échéancier prévoit initialement que les travaux d'installation débutent le 8 mai pour une durée d'exécution de 22 semaines (excluant la mobilisation, la démobilisation et les vacances de la construction). Ces travaux doivent être complétés la fin de la semaine du 16 octobre 2000 et un test hydrostatique de la bouilloire est prévu pour la semaine du 18 septembre 2000².

[14] Le 5 mai 2000, Cerrey octroie le contrat à Falmec et lui donne instructions de commencer immédiatement l'installation, en attendant l'émission du bon de commande formel. Falmec procède alors au transport des composantes de la bouilloire de la gare de St-Félicien au site et se plaint d'être empêchée de commencer l'installation avant le 5 juin, vu l'état d'avancement des autres travaux³.

[15] Les parties s'entendent sur un nouvel échéancier : la durée d'exécution demeure de 22 semaines, mais la fin des travaux est fixée dans la semaine du 17 novembre, quant au test hydrostatique, il est reporté dans la semaine du 16 octobre.

[16] Le 28 juin 2000, Falmec dénonce son contrat avec Cerrey à la propriétaire de l'usine, SCSF, précisant la nature des travaux et le prix « 2 016 017 \$ (TPS et TVQ en supplément), plus les coûts reliés aux extras et aux changements »⁴.

[17] Dès l'été 2000, Falmec doit exécuter des travaux supplémentaires et éprouve de la difficulté à se faire payer. Lors d'une réunion de chantier du 20 septembre, Cerrey accepte de payer un montant additionnel de 32 000 \$ pour permettre l'exécution des travaux nécessaires à l'administration du test selon l'échéancier. Les parties conviennent aussi de la procédure qui sera désormais suivie pour l'approbation des travaux non prévus au contrat. On peut lire ceci au procès-verbal de cette réunion⁵ :

² Pièce D-6, Échéancier annexé à la soumission du 7 avril 2000, Mémoire Appelante Cerrey Vol. 5, p. 1621 et ss.

³ Pièce R-42, Lettre de M. André Graham du 8 mai 2000 à Cerrey et Pièce R-43, Lettre de M. André Graham du 26 mai 2000 à Cerrey, M.A.Cerrey. Vol. 4, p. 1453, 1454 et ss.

⁴ Pièce R-2, Lettre de dénonciation de contrat datée du 28 juin 2000 et rapport de signification, M.A. Cerrey Vol. 2, p. 656.

⁵ Pièce D-16, Procès-verbal d'une réunion du 20 septembre 2000, M.A.Cerrey Vol. 5, p. 1703.

Cerrey recognises that they have some extra works that Roberto Gonzales will approve those extra that have already been done but Thermal Energy will fill-up the form entitled Field Work Orders. Thermal Energy understands and agrees that from now, they will have Cerrey sign those fieldwork orders before the work is done.

[18] La preuve démontre que cette procédure n'a pas toujours été suivie; des autorisations de travaux ont été signées subséquemment à la réalisation de l'ouvrage⁶. Les parties continuent d'appliquer cette même procédure d'approbation adoptée dans le cadre de travaux réalisés ensemble pour l'installation de bouilloires dans des projets semblables, au Témiscaminque et à Chapais. Elles avaient développé, à cet égard, une relation de confiance mutuelle et des méthodes de travail.

[19] Le test hydrostatique est fait le 19 octobre, dans le délai prévu à l'échéancier révisé, mais les travaux de Falmecc ne prennent fin que le 25 mai 2001, soit six mois plus tard que convenu. Falmecc attribue ce délai à des problèmes dont Cerrey et le Consortium seraient responsables⁷ et plus particulièrement aux nombreuses demandes de Cerrey pour l'exécution de travaux additionnels.

[20] Le 25 mai 2001, Falmecc fait publier un avis d'hypothèque légale de construction contre l'immeuble de SCSF, alléguant que les travaux effectués lui ont donné une plus-value de 4 679 388 \$ et qu'un solde de 1 489 478,32 \$ est dû⁸.

[21] Elle publie ensuite un préavis d'exercice de recours hypothécaire, le 27 juin 2001⁹. Cerrey a déjà payé 3 018 115,71 \$. La SCSF et Cerrey n'ayant pas remédié au défaut, Falmecc signifie une requête en délaissement forcé et demande, entre autres, de constater sa créance de 1 065 949,95 \$, constituée du paiement de la retenue contractuelle de 247 420,71 \$, et d'un montant de 21 247,12 \$ et près de 800 000 \$ pour des travaux supplémentaires et des extras.

[22] Après la publication de l'avis d'hypothèque, Falmecc transmet en juillet ses dernières factures à Cerrey pour des travaux faits antérieurement à l'envoi de cet avis.

[23] La SCSF met le Consortium en demeure de remédier à plusieurs défauts dont le paiement des sommes réclamées par Falmecc qui ont donné lieu à la publication de l'hypothèque¹⁰. Il n'est pas contesté que l'obligation solidaire des membres du Consortium de payer leur sous-entrepreneur est stipulée au TCC¹¹ et que les membres

⁶ Le juge mentionne à titre d'exemple une dizaine de formulaires produits dans la pièce R-38 et datés de février 2001 à mai 2001 qui ne font pas partie de la réclamation. M.A. Cerrey, Vol.3 et 4.

⁷ On peut lire le témoignage de André Graham de Falmecc qui en énumère plusieurs, M.A. Cerrey Vol. 8, pp. 2459 à 2482.

⁸ Pièce R-5, Avis d'hypothèque légale, M.A. Cerrey, Vol. 2, p. 664.

⁹ Pièce R-6, Avis de préavis d'exercice, M.A. Cerrey, Vol. 2, p. 670.

¹⁰ Pièce AG-3, Mise en demeure du 1^{er} juin 2001, M.SCSF, Vol. 2, p. 360.

¹¹ Pièce D-1, Art. 1.18 et 2.1, M.SCSF, Vol. 1, pp.172-181.

sont tenus d'indemniser la SCSF de toute poursuite judiciaire intentée par un tiers à la suite d'un défaut ou d'une omission du Consortium¹².

[24] Le 13 juillet 2001, la SCSF résilie pour cause le contrat avec le Consortium.

[25] Le Consortium et la SCSF soumettent leurs différends à l'arbitrage, conformément à la clause compromissoire du TCC. Ces différends portent sur la résiliation du contrat, les défauts dénoncés dans les avis de la SCSF dont le prétendu défaut du Consortium de payer ses sous-traitants (incluant Falmec), l'indemnisation en rapport avec les hypothèques publiées et les demandes de paiement formulées par le Consortium¹³.

[26] Cet arbitrage se poursuivait toujours, malgré l'exercice des recours en garantie de la SCFC contre le Consortium dans les dossiers objets de l'audience commune. Les obligations contractuelles du Consortium ayant fait l'objet d'un cautionnement d'exécution donné par Chubb Insurance Company of Canada, Federation Insurance Company of Canada et Northern Indemnity Inc. (la Caution), la SCSF les appelle aussi en garantie. Lors de l'enquête en première instance, le recours en garantie a, quant à la caution, été reporté *sine die*¹⁴, la Cour supérieure était saisie de la requête en irrecevabilité du Consortium et de la Caution.

[27] Cerrey réclame de Falmec, en demande reconventionnelle, 155 088,76 \$; soit 98 750,01 \$, coût des travaux d'installation de l'instrumentation confiés à un tiers entrepreneur après le départ de Falmec, des frais de 32 920,66 \$ encourus pour corriger les défauts du réfractaire. Cerrey tient aussi Falmec responsable de la perte de deux colonnes d'eau d'une valeur de 27 437,20 \$ qui lui ont été expédiées à St-Félicien et de frais supplémentaires de stationnement du train de 4 025,88 \$.

II LE JUGEMENT ENTREPRIS

[28] Dans un premier temps, le juge de la Cour supérieure qualifie le contrat liant Cerrey à Falmec de contrat d'entreprise comportant une obligation de résultat pour Falmec. Cette dernière a le fardeau de démontrer que les travaux pour lesquels elle réclame des sommes supplémentaires ne font pas partie du contrat.

[29] Il rappelle aussi l'obligation de Falmec de prouver que les travaux ont été réalisés suivant le consentement du cocontractant, tant au niveau du contenu que du prix à forfait ou sous régie contrôlée. Si une procédure d'approbation des travaux supplémentaires a été convenue, Falmec doit établir «qu'elle l'a respectée à moins

¹² *Ibid.* art. 15.1, pp. 215-216.

¹³ Pièce IG1 et IG2, Avis d'arbitrage, M.A. SCSF, Vol. 2, pp. 500 à 506.

¹⁴ M.A. Cerrey, Vol. 12, pp. 4173 à 4176.

qu'elle ne puisse prouver que Cerrey ne la respectait pas non plus et que ces travaux étaient requis de Cerrey, utiles et nécessaires¹⁵.»

[30] Le premier juge conclut à la suffisance de la dénonciation du contrat de SCSF. L'article 2728 C.c.Q. impose cette obligation au sous-entrepreneur de faire une dénonciation écrite du contrat à la propriétaire, pour pouvoir bénéficier de l'hypothèque légale, mais n'exige pas d'en indiquer le prix. Une jurisprudence majoritaire oblige le sous-traitant à le faire, ce qui ne signifie pas que Falmecc devait dénoncer les travaux supplémentaires à chacune des exécutions.

[31] Falmecc se serait conformée aux articles 2726 et 2727 C.c.Q. L'avis d'hypothèque couvrant les travaux réalisés après l'avis de dénonciation a été donné au départ de Falmecc du chantier alors que tous les travaux de l'usine n'étaient pas terminés. L'hypothèque légale en faveur de Falmecc subsistait dès la réalisation des travaux, en l'espèce les factures totalisant 754 334,54 \$ transmises après l'avis d'hypothèque doivent être prises en compte. Les travaux doivent toutefois avoir contribué à la plus-value.

[32] Dans une requête en délaissement la quotité de cette plus-value n'a pas à être déterminée; le juge conclut que son rôle est de constater l'existence de l'hypothèque garantissant la créance, c'est-à-dire que l'ensemble des travaux a donné une plus-value, élément que doit prouver Falmecc.

[33] Le juge de première instance explique l'ampleur des difficultés survenues lors de l'exécution du contrat. Il retient que malgré l'entente du 20 septembre sur une méthode d'approbation des travaux supplémentaires, cette autorisation préalable n'était pas nécessaire vu la pratique des parties sur leurs chantiers antérieurs et son appréciation de la preuve documentaire et testimoniale.

[34] Procédant ensuite à l'analyse de la réclamation de Falmecc, le juge note les factures admises par Cerrey et analyse de façon détaillée les FWO (Field Work Order) ainsi que les factures contestés de près de 900 000 \$. Dans chaque cas, il précise la nature et les circonstances des travaux, et accepte un montant total de 950 580,59 \$. «Toutes les factures reliées aux travaux supplémentaires, à la retenue initiale et aux coûts additionnels ont donné à l'immeuble de la Société une plus-value équivalente aux sommes allouées par le Tribunal, exception faite de la facture R-20 au montant de 5 255,10 \$ pour frais téléphoniques». Son tableau récapitulatif énumère les réclamations protégées par l'hypothèque légale¹⁶.

[35] La demande reconventionnelle de Cerrey est accueillie pour la seule réclamation de 32 920,66 \$, coût de la correction des travaux de réfractaire que devait exécuter Falmecc en vertu du contrat de sous-traitance.

¹⁵ Jugement paragr. 14, M.A. Cerrey Vol. 1, p. 80.

¹⁶ *Ibid.* Jugement paragr. 242, 243, pp. 132,133.

[36] Les réclamations pour la perte de colonnes d'eau et les frais de stationnement sont rejetées pour insuffisance de preuve. Quant à l'obligation de Falmec d'installer l'instrumentation, la preuve est contradictoire. Le juge ne se prononce pas sur cette question. Même si une telle obligation existait, l'entrepreneur devait, de toute façon, mettre en demeure son cocontractant de respecter l'engagement, comme l'exige l'article 1590 C.c.Q. Or, il estime que la preuve n'établit pas qu'un tel avis ait été donné ou que Falmec ait signifié à Cerrey son refus d'exécuter le travail. Cette absence d'avis est fatale.

[37] Sur l'action principale, le premier juge opère compensation entre les montants dus par chaque partie et conclut qu'il n'existe plus aucune réclamation pendante justifiant la retenue contractuelle, d'où l'inclusion de ce montant dans la créance. Après avoir ordonné, entre autres, le délaissement de l'immeuble, constaté l'existence de la créance et le défaut de Cerrey et de la SCSF, le juge déclare que les travaux, matériaux et services ont donné une plus-value de 917 659,53 \$ à l'immeuble en cause.

[38] Tel que déjà mentionné, l'action en garantie intentée par la SCSF a été rejetée. Elle fondait son recours sur la subrogation légale et le contrat général signé le 15 février 1999 avec le Consortium.

[39] Le juge reconnaît, en principe, le droit de la SCSF de procéder par voie de recours récursoire anticipé, mais rejette sa prétention qu'elle peut invoquer l'application de la subrogation légale en vertu des articles 1656 alinéa 3 et 2761 C.c.Q. Il écrit la subrogation légale ne «bénéficie [pas] au propriétaire, non tenu à la dette qu'il paye à un sous-entrepreneur suite à l'exercice par ce dernier de son recours hypothécaire découlant de l'hypothèque légale, car la somme de la dette de Cerrey est différente de celle de la Société. La Société n'a pas contracté avec Falmec contrairement à Cerrey. Le recours de la Société contre Cerrey prend source dans le contrat général»¹⁷.

[40] La SCSF peut toutefois exercer un recours contre Cerrey, si elle n'a pas respecté les engagements pris dans le contrat général mais devant quel forum? Devant la Cour supérieure où l'action principale est pendante, comme le prévoit l'article 71 C.p.c. ou dans le cadre de l'arbitrage où le Consortium et la SCSF ont déjà soumis leurs différends, se prévalant de la clause compromissoire? Le juge de la Cour supérieure après analyse de la jurisprudence conclut que «l'art. 71 constitue une règle de procédure qui n'a pas pour finalité d'écarter une clause compromissoire parfaite car, comme l'a écrit la Cour d'appel dans *Guns N'Roses* : "Much will depend on the nature of the claims and the circumstances of each case"⁽⁷⁶⁾."»¹⁸

¹⁷ *Ibid.* Jugement paragr. 218, p. 125.

¹⁸ *Ibid.* Paragr. 232, p.130, Citation intégrée ⁽⁷⁶⁾ : *Guns N'Roses Missouri Storm inc. c. Productions musicales Donald K. Donald inc.*, [1994] R.J.Q. 1183 (C.A.).

[41] Le risque de jugements contradictoires paraissant évident au premier juge, comme il l'illustre par divers exemples, il accueille la requête en irrecevabilité et rejette l'appel en garantie de SCSF.

III LES PRÉTENTIONS DES PARTIES

[42] Les appelantes SCSF et Cerrey produisent des mémoires distincts soulevant de nombreux moyens communs d'appel dont je résume les plus importants. Elles attaquent les conclusions en déclaration d'hypothèque du jugement entrepris et soutiennent que l'immeuble ne pouvait faire l'objet d'un avis d'hypothèque légale pour un montant excédant 269 171,83 \$.

[43] Elles plaident que le juge a erré en concluant à la suffisance de la dénonciation des travaux de Falmec à la propriétaire de l'usine; les dépassements auraient dû être dénoncés lors de l'exécution des travaux. Le juge devait donc exclure les factures émises après la publication de l'avis d'hypothèque, ce dernier ne couvre pas les créances ultérieures. D'autres factures¹⁹ prises en compte dans le jugement visent des travaux correctifs ou des coûts d'impact, frais généraux et d'administration qui ne peuvent contribuer à la plus-value de l'immeuble.

[44] Les appelantes argumentent qu'à compter du 20 septembre, Falmec devait nécessairement respecter la procédure d'approbation préalable des travaux supplémentaires pour en exiger le paiement. Le juge ne pouvait donc écarter cette entente à moins que Falmec ne prouve une renonciation non équivoque de Cerrey à cette condition et que les travaux avaient été requis par elle, ce qui n'a pas été le cas. Les factures devaient être rejetées.

[45] En sus des moyens déjà énoncés, le juge aurait admis erronément certaines factures. La somme de 322 089 \$ (R-36.1), qualifiée par les appelantes de réclamation en dommages pour retards et prolongation d'échéancier, doit être soustraite, la transaction des parties sur les retards faisait échec à toute réclamation à cet égard. Contrairement à la conclusion du juge de la Cour supérieure, les appelantes arguent que Falmec ne s'est pas acquittée de son fardeau de prouver la cause des retards qui ne lui sont pas imputables, le lien de connexité entre ces retards causés par les «extras» et le préjudice allégué. Enfin, la méthode de calcul des dommages serait insatisfaisante.

[46] D'autre part le juge ne pouvait déclarer exigible la retenue contractuelle puisqu'il existe toujours des questions litigieuses pendantes en arbitrage relativement à ce contrat de sous-traitance. Les appelantes passent ensuite en revue toutes les factures qu'elles contestent pour différents motifs dont le défaut d'avis à Cerrey, les travaux inclus au contrat initial et les prix différents de ceux convenus.

¹⁹ *Ibid.* Jugement paragr. 58, 62, 70, 112 à 179 (FWO 129, 145, 159 et Pièce R-36.1) .

[47] L'appelante SCSF soutient que malgré la clause compromissoire, l'article 71 C.p.c. et l'interprétation donnée par la Cour dans l'arrêt Guns N'Roses l'autorisent à intenter son recours en garantie devant la Cour supérieure et à procéder à l'audition en même temps que la requête principale en délaissement forcé. Le juge aurait donc fait erreur en accueillant la requête en irrecevabilité des intimées.

[48] Même si cet argument n'est pas retenu, le juge devait distinguer la situation du Consortium de celle de Cerrey; SCSF peut exercer contre cette dernière un recours récursoire anticipé. L'appelante SCSF prétend que dans la mesure où elle est appelée à payer à Falmecc une éventuelle créance, reconnue par le premier jugement pour éviter le délaissement de l'usine, elle se trouve alors subrogée, sans autre formalité, à Falmecc et détient un droit direct contre Cerrey en raison du sous-contrat et non du TCC.

[49] SCSF estime que le juge ne pouvait rejeter son recours en garantie contre la Caution qui n'a jamais été partie au TCC, dans lequel est inscrite la clause compromissoire.

[50] Les prétentions de Falmecc, présentées dans un même mémoire, sont plus faciles à résumer. En fait, elles reprennent les motifs et conclusions du juge de la Cour supérieure. Plusieurs moyens d'appel reposent sur l'appréciation du premier juge de la preuve et, à son avis, aucune erreur déterminante n'est démontrée par les appelantes sur la détermination de la pratique d'approbation des factures, l'admissibilité des factures et la quotité de la demande reconventionnelle.

[51] De façon globale, elle suggère que tous les travaux supplémentaires ont donné une plus-value à l'immeuble et que la totalité de la créance peut bénéficier de l'hypothèque légale. La dénonciation est suffisante vu la terminologie employée et l'avis d'hypothèque couvre tous les travaux alors exécutés, la transmission subséquente des factures étant sans conséquence.

[52] Le Consortium et la Caution font valoir pour leur part, quant au recours en garantie de SCSF que l'article 71 C.p.c. ne doit pas être interprété de façon restrictive, puisque la compétence du forum est tributaire des réclamations et des circonstances de chaque litige.

[53] En l'espèce, la Cour doit prendre en compte le risque de décisions contradictoires et le fait qu'il serait inapproprié de procéder dans une même instance à l'action de nature réelle (requête en délaissement) et au recours personnel qu'est l'appel en garantie.

[54] Les intimées contestent l'existence de la subrogation légale sur laquelle SCSF justifie son récursoire anticipé et arguent l'absence du lien de connexité entre les deux recours. À titre subsidiaire, elles suggèrent que, même si ce recours était possible, il poserait toujours des questions identiques soumises à l'arbitrage.

[55] Je propose de discuter des nombreux moyens d'appel soulevés dans les pourvois de la façon suivante :

A) Requête en délaissement forcé :

1. Le droit à l'hypothèque et les formalités pour sa conservation.

2. La créance de Falmec :

- a) procédure d'approbation des travaux supplémentaires;
- b) transaction pour frais engendrés par les retards et réclamation R-36.1;
- c) retenue contractuelle
- e) quantum.

3. Le montant de la créance pouvant bénéficier de l'hypothèque légale.

B) Demande reconventionnelle de Cerrey

C) Appel en garantie de la SCSF et requête en irrecevabilité

1. La Cour supérieure est-elle compétente pour entendre ce litige, nonobstant la clause compromissoire?

2. Le droit au recours récursoire anticipé contre Cerrey.

3. Le droit au recours en garantie contre la Caution.

IV LA DISCUSSION

[56] Le juge de première instance, à mon sens, a correctement qualifié la nature du contrat à l'origine du litige et le fardeau de preuve imposé pour la détermination des questions principales.

[57] Cerrey a signé un contrat d'entreprise avec Falmec pour les travaux d'installation de la bouilloire de Cerrey à l'usine en construction de la SCSF, le tout pour un prix forfaitaire et dans un délai convenu. Ce contrat en sous-traitance impose à Falmec une obligation de résultat²⁰. Elle doit donc prouver que les travaux pour lesquels elle réclame un paiement additionnel ne font pas partie du contrat initial ou ne sont pas implicitement inclus et qu'ils sont réalisés avec le consentement de Cerrey.

²⁰ *Construction Cogerec Ltée c. Banque Royale du Canada*, AZ-96011349 (C.A.).

[58] Lorsque des parties contractantes conviennent d'une procédure d'avis ou d'approbation de travaux supplémentaires, la réclamation de l'entrepreneur ne sera admissible que sur sa preuve du respect de cette formalité²¹. Cette condition importante peut être écartée si Falmec prouve, selon la balance des probabilités, la renonciation de Cerrey à l'application de cette procédure. Les faits et gestes subséquents des parties peuvent ensuite être pris en compte pour inférer l'acquiescement ou la renonciation des parties²². La renonciation peut être implicite mais elle «doit être non équivoque, c'est-à-dire, l'intention d'acquiescer ou de renoncer doit être démontrée»²³.

A) LA REQUÊTE EN DÉLAISSEMENT FORCÉ

2. Le droit à l'hypothèque et les formalités pour sa conservation

[59] Falmec pour faire reconnaître son droit à l'hypothèque doit démontrer qu'elle a respecté les conditions impératives des articles 2726, 2727 et 2728 du C.c.Q. qui se lisent ainsi :

2726. L'hypothèque légale en faveur des personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble ne peut grever que cet immeuble. Elle n'est acquise qu'en faveur des architecte, ingénieur, fournisseur de matériaux, ouvrier, entrepreneur ou sous-entrepreneur, à raison des travaux demandés par le propriétaire de l'immeuble, ou à raison des matériaux ou services qu'ils ont fournis ou préparés pour ces travaux. Elle existe sans qu'il soit nécessaire de la publier.

2727. L'hypothèque légale en faveur des personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble subsiste, quoiqu'elle n'ait pas été publiée, pendant les 30 jours qui suivent la fin des travaux.

Elle est conservée si, avant l'expiration de ce délai, il y a eu inscription d'un avis désignant l'immeuble grevé et indiquant le montant de la créance. Cet avis doit être signifié au propriétaire de l'immeuble.

Elle s'éteint six mois après la fin des travaux à moins que, pour conserver l'hypothèque, le créancier ne publie une action contre le propriétaire de l'immeuble ou qu'il n'inscrive un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire.

2728. L'hypothèque garantit la plus-value donnée à l'immeuble par les travaux, matériaux ou services fournis ou préparés pour ces travaux; mais, lorsque ceux

²¹ *Corpex (1977) inc. c. Sa Majesté la Reine du Chef du Canada* [1982] 2 R.C.S. p. 643.
Construction Paval inc. c. Camille Dionne inc., C.A. Montréal 500-09-001317-890, 1996-08-13, AZ-96011785.

²² *E.B. Eddy Forest Products Ltd c. Beamer Lathrop (Québec) Ltd*, J.E. 84-417 (C.A.).

²³ *The Mile End Milling Company c. Peterborough Cereal Company*, [1924] R.C.S. 120, p. 131.

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.

[60] Falmec, n'ayant pas contracté avec la propriétaire SCSF, devait lui dénoncer par écrit son contrat avec Cerrey, ce qu'elle fait le 28 juin 2000²⁴. Elle a avisé de son intention de conserver le droit à l'hypothèque et précisé les travaux et le prix en ces termes : «2 016 017 \$ (T.P.S. et T.V.Q. en supplément) plus les coûts reliés aux extras et aux changements». Les appelantes plaignent l'insuffisance de cette dénonciation qui aurait dû être complétée périodiquement vu l'importance des travaux supplémentaires.

[61] La Cour a déjà précisé le double rôle de la dénonciation. Dans un premier temps, le propriétaire est avisé que l'entrepreneur général a donné un sous-contrat pour l'exécution de certains travaux. L'avis écrit est un geste positif, posé par le sous-traitant, pour informer le propriétaire de son intention d'invoquer son droit à l'hypothèque sur l'immeuble, si l'entrepreneur général ne paie pas le prix du sous-contrat²⁵. Ainsi la connaissance présumée du propriétaire de l'existence des travaux n'exempte pas le sous-entrepreneur de transmettre cet avis²⁶.

[62] Bien que l'article 2728 C.c.Q. n'exige pas la mention du prix du contrat, pas plus que ne le faisait l'article 1213 f) C.c.B.-C., la jurisprudence majoritaire développée sur ces deux articles a reconnu la nécessité d'une telle mention²⁷. Le juge Tyndale décrivait ainsi le but de la dénonciation dans l'arrêt *Triangle Motor Sales Ltd*²⁸ :

Le but de l'avis est de (a) informer le propriétaire de l'intention du sous-entrepreneur d'invoquer son privilège, pour que (b) il puisse [le propriétaire] «retenir sur le prix du contrat un montant suffisant pour faire face au privilège».

[63] Le coût des travaux supplémentaires, un accessoire du contrat principal, n'a pas à être dénoncé au fur et à mesure de la réalisation. L'appelante SCSF plaidait en première instance²⁹ :

La dénonciation (pièce R-2) était peut-être valide jusqu'à concurrence de 2 016 017 \$ ou du montant raisonnablement plus élevé, mais ne peut en aucun

²⁴ Pièce R-2, Dénonciation de contrat, 28 juin 2000 et rapport de signification 17 juillet 2000, M.A. Cerrey, Vol. 2, p. 656 à 659.

²⁵ *Honco inc. c. Essor Hélicoptères inc.* [1995] R.D.I. C.A. 327.

²⁶ *Développements York Hannover Ltée c. Jean Attore inc.* J.E. 91-139.

²⁷ *J.M. Bastien Ltée c. Banque Royale du Canada*, [1981] C.A. 603;

Roland Jacques inc.c. Laboratoire Dr Renaud inc. [1980] C.A. 553;

Bonneville Portes et Fenêtres c. A. Denault Construction inc., [1996] R.J.Q. 1642 (appel déserté, 1996-10-16, C.A.M. 500-09-002730-968. (décision sur nouvelle disposition).

²⁸ *Triangle Motor Sales Ltd c. Arsenault*, J.E. 85-521, C.A., p. 5.

²⁹ Argumentation écrite de Société de Cogénération de St-Félicien, M.A. Cerrey, Vol. 2, p. 600.

cas constituer une dénonciation valide des montants réclamés par Falmecc dans la requête en délaissement.

[64] Avec égards, je ne peux endosser la prétention, qu'à un «certain» seuil de dépassement du coût original, naît l'obligation impérative de faire une nouvelle dénonciation. Contrairement à la jurisprudence à laquelle réfèrent les appelantes, la propriétaire a été dûment informée du prix réel du sous-contrat conclu entre Falmecc et Cerrey. Les termes mêmes de la dénonciation avisent la propriétaire que ce prix peut être accru des coûts des extras et des changements. Dans les circonstances de l'espèce, le juge de première instance avait donc raison de conclure à la suffisance de la dénonciation.

[65] L'avis d'hypothèque légale donné le 25 mai 2001 respecte en outre les délais imposés par l'article 2727. La preuve démontre qu'à ce moment Falmecc a quitté le chantier et que l'ensemble des travaux de l'usine n'ont pas été complétés. Tous les travaux que Falmecc demandent de prendre en compte pour établir sa créance sont terminés. Il n'est pas contesté que trois factures³⁰ en litige ont été émises ultérieurement à l'avis d'hypothèque. Les appelantes arguent que ces factures n'étaient pas couvertes.

[66] L'hypothèque légale du sous-entrepreneur pour les travaux exécutés après la dénonciation existe sans qu'il soit nécessaire de la publier (art. 2726 C.c.Q.). L'avis d'inscription n'est qu'une mesure de conservation de cette garantie comme le préavis d'exercice du recours hypothécaire. Falmecc a respecté les délais impératifs de l'article 2727 C.c.Q., puisqu'en juillet 2001, lors de l'expulsion du chantier du Consortium, les travaux n'étaient pas terminés.

[67] L'envoi ultérieur des factures n'est pas fatal. En effet, les travaux ont été réalisés après la dénonciation et la créance est devenue exigible lors de l'institution du recours judiciaire. La Cour a déjà reconnu que les montants exacts de la créance peuvent être rectifiés après l'inscription de l'avis, lequel doit être analysé «comme une simple mesure conservatoire temporaire»³¹.

[68] Dans les circonstances les factures ne doivent pas être écartées pour ce seul motif. Les travaux doivent cependant avoir contribué à une plus-value de l'immeuble de la SCSF pour pouvoir bénéficier de l'hypothèque.

[69] L'article 2728 C.c.Q. maintient une distinction entre la créance du sous-entrepreneur qui a travaillé à la construction et à la rénovation de l'immeuble et la plus-value donnée à l'immeuble par ces travaux. Le montant de la plus-value n'est pas nécessairement égal au coût des travaux.

³⁰ Factures (21302-566, 567, 568) : R-35, M.A.Cerrey Vol. 3, p. 1037 et suiv., R-36.1 Vol. 3, pl. 1042 et suiv., R-37, Vol. 3, p. 1059 et suiv.

³¹ *Vachon c. Compagnie Trust Central Guaranty*, [1988] R.R.A., 16, (C.A.) p. 20.

[70] Le Code civil ne définit pas la notion de plus-value, mais son unicité semble acquise. Le juge Dussault écrit dans l'arrêt *Beylerian*³² :

L'unicité de la plus-value ferait en sorte que celle-ci s'évalue après la réalisation complète du projet entrepris et qu'il n'existerait qu'une seule plus-value globale pour l'ensemble des travaux. Cet arrêt [[1974] C.A. 483, motifs du Juge Tremblay] demeure pertinent même sous le Code civil du Québec dont l'article 2952 prévoit que les hypothèques légales peuvent venir en concurrence et qu'alors, la partie des créances garantie par l'hypothèque est calculée proportionnellement à la valeur de chacune des créances. Il est donc implicite que chaque hypothèque légale ne fait pas l'objet d'une plus-value précisée et déjà déterminée; si tel était le cas, les hypothèques ne viendraient jamais en concurrence.

[71] Le juge Dussault conclut, toujours dans ce même arrêt, qu'au niveau de la requête en délaissement forcé, le requérant n'a pas le fardeau de quantifier exactement cette plus-value apportée par ses travaux mais de démontrer simplement son existence.

[72] En raison de ce principe d'unicité de la plus-value, il est impossible de quantifier la plus-value ajoutée par les travaux et services de chaque contractant. Celle-ci doit être déterminée lors de la vente en justice, si le produit de cette vente est insuffisant pour payer tous les créanciers hypothécaires.

[73] Le juge de première instance a rappelé la jurisprudence majoritaire, et convenu justement que son rôle se limitait à constater l'existence de cette plus-value. Avec égards, il ne pouvait donc pas quantifier la plus-value comme il le fait dans le dispositif du jugement en ces termes³³ :

DÉCLARE que les travaux, matériaux ou services fournis et préparés pour la construction de l'immeuble par la requérante ont donné une plus-value audit immeuble de 917 659,93 \$ plus les intérêts et les frais à parfaire et à défaut de payer ces montants à la requérante;

[74] Falmec devait toutefois établir l'existence de cette plus-value. En l'espèce, les matériaux et services ont été fournis pour la construction d'un nouvel édifice. Le sous-entrepreneur bénéficie donc d'une présomption que ces travaux ont contribué à la plus-value globale résultant de l'ensemble des travaux, en l'absence d'une preuve concluante à l'effet contraire³⁴.

³² *Beylerian c. Constructions et rénovations Willico inc.*, [1997] R.J.Q. 1246, p. 1252.

³³ *Supra* note 15, paragr. 250, p. 134.

³⁴ François BOUSQUET, *La plus-value et le nouveau Code civil* dans Congrès annuel du Barreau, Service de formation permanente, Barreau du Québec, 1996, p. 314-315.

[75] Les travaux supplémentaires peuvent aussi contribuer à une certaine plus-value, toutefois ils ne seront considérés dans la créance que si une preuve est faite de la nature des travaux effectués à la demande du propriétaire et, s'il y a lieu, selon la procédure convenue ou acceptée par les parties contractantes.

[76] Les appelantes invitent la Cour à soustraire des factures qui, selon elles, ne contribuent pas à la plus-value. Ce serait le cas pour «les travaux de correction» visés par les factures 549/129, 549/140 (R-23) et 552/159 (R-26) et la réclamation pour frais d'impact de retards ou prolongation d'échéancier, soumise dans la facture détaillée à R-36.1.

[77] Le Code civil ne précise pas la nature des travaux admissibles. La jurisprudence a déjà reconnu que l'hypothèque garantit aussi l'intérêt, l'indemnité additionnelle et les frais judiciaires³⁵. Les taxes peuvent faire partie de la valeur des travaux³⁶.

[78] Falmec a certes démontré l'existence d'une plus-value accordée sur l'ensemble de ces travaux. Il faut déterminer le montant de la créance du sous-entrepreneur et si effectivement les travaux visés par ces factures contribuent à la plus-value de l'usine de SCSF. Je propose d'étudier la détermination de la créance de Falmec, avant d'accepter la prétention des appelantes et leur qualification des factures dont on demande l'exclusion.

2. La créance de Falmec

[79] Le juge de la Cour supérieure analyse de façon détaillée les factures et les FWO; il commente pour chacun la nature des travaux visés, il jauge la crédibilité des versions et conclut en conséquence à l'admissibilité ou non de celles-ci. Cet exercice est largement tributaire de l'appréciation d'une preuve contradictoire. La Cour ne devrait intervenir que si le juge a commis une erreur manifeste et déterminante. Dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*³⁷ les juges Iacobucci et Major écrivent que :

On reformule parfois cette proposition en disant qu'une cour d'appel ne peut réviser la décision du juge de première instance dans le cas où il existait des éléments de preuve qui pouvaient étayer cette décision.

[80] Le juge a distingué les travaux déjà inclus dans le contrat à forfait et a précisé les travaux supplémentaires, les appelantes ne me convainquent pas qu'il a commis une erreur déterminante en le faisant, mais Falmec a-t-elle démontré qu'elle a satisfait aux exigences d'approbation de ces travaux?

³⁵ *Carreaux Fleuris inc. c. Développements Salette inc.*, 500-09-001567-932 (C.A.) 1998 A.Q. n° 640; *164618 Canada inc. c. Compagnie Montreal Trust* [1998] R.J.Q. 2926 (C.A.)

³⁶ *Les Plâtriers Larrivée inc. c. Raymond Chabot inc.*, [1996] R.J.Q. 981 (C.S.).

³⁷ [2002] 2 R.C.S. 235, p. 245.

a) Procédure d'approbation

[81] Le contrat intervenu entre Cerrey et Falmecc ne contient aucune procédure d'avis ou d'approbation des travaux additionnels. Toutefois, les parties se sont entendues sur une telle procédure à la suite des difficultés de paiement déplorées par Falmecc. Gonzales, le représentant de Cerrey, devait approuver des travaux additionnels déjà exécutés et «that from now, they will have Cerrey sign those Field Work Orders before the work is done». Aucune autre entente formelle n'a révoqué cette procédure, mais la preuve démontre que la pratique sur le chantier était différente. À plusieurs reprises les FWO ont été signés après les travaux.

[82] La jurisprudence et la doctrine reconnaissent le caractère impératif de la procédure qui oblige l'entrepreneur à respecter à la lettre les formalités prévues à l'entente pour pouvoir soumettre une réclamation pour les extras³⁸.

[83] Une partie peut toutefois renoncer à l'application d'une clause contractuelle ou d'une entente de façon expresse ou tacite mais cette renonciation doit être sans équivoque. Dans le cas d'une renonciation tacite, le tribunal doit donc nécessairement apprécier la conduite des parties pour constater ce fait et en inférer une conclusion soutenue par la prépondérance de la preuve.

[84] Le juge retient que M. Gonzales n'était pas intéressé à voir les feuilles de temps et qu'il signait les formulaires d'autorisation des travaux après leur exécution. Il considère crédible le témoignage de M. Graham à cet égard. Il semble que Cerrey ne se plaignait pas de façon contemporaine de cette façon de procéder qui n'est pas exceptionnelle selon Gonzales «la presque totalité des travaux supplémentaires ont été autorisés après que les travaux eurent été exécutés par Falmecc». Et d'ajouter M. Gonzales : «on a uniquement autorisé par mémo seulement ceux (travaux) qui comportent un prix ferme (à forfait)»³⁹.

[85] Il y a des indices supplémentaires qui confirment que les parties ont ignoré ou écarté la procédure dont elles avaient convenu. Le juge réfère en effet à la Pièce R-38 et note que les factures, FWO et les feuilles de temps sont signés après l'exécution des travaux et sont postérieurs à l'entente du 20 septembre. SCSF prétend que ces factures ont été approuvées en raison des menaces de la part de Falmecc d'arrêter les travaux, prétention que n'a pas acceptée le juge de première instance. Rien dans la preuve ne permet de conclure au contraire.

[86] Les parties continuaient d'appliquer la pratique suivie dans leurs contrats antérieurs de Chapais et du Témiscamingue. Il est réducteur de conclure que le juge a

³⁸ *Supra* notes 21 et 22; François BEAUCHAMP, *Le contrat d'entreprise ou de service* contenu dans l'ouvrage *Droit spécialisé des contrats*, vol. 2- *Les contrats relatifs à l'entreprise*, Les Éditions Yvon Blais inc., Cowansville, 1999 publié sous la direction de Denys-Claude Lamontagne.

³⁹ *Supra* note 15, paragr. 48, p. 87.

écarté la procédure d'approbation pour y substituer la pratique des chantiers précédents; il s'agit en l'espèce d'un autre élément factuel pertinent.

[87] Je note également que parmi les factures admises par Cerrey⁴⁰ (sous réserve de sa demande reconventionnelle), les FWO n'ont pas été faits ni signés avant l'exécution des travaux :

-Facture # 21302-540 (R-16) (m.a.p. 710)	42 239,19 \$
-Facture # 21302-543 (R-17) (m.a.p. 730)	24 648,32 \$
-Facture # 21302-548 (R-22) (m.a.p. 780)	15 534,86 \$
-Facture # 21302-550 (FWO 141) (R-24) (m.a.p. 848)	998,42 \$
-Facture # 21302-551 (FWO 153) (R-25) (m.a.p. 879)	12 088,41 \$
-Facture # 21302-552 (FWO 160) (R-26) (m.a.p. 900)	5 368,51 \$
-Facture # 21302-555 (FWO 167) (R-29) (m.a.p. 965)	15 473,51 \$
-Facture # 21302-555 (FWO 169) (R-29) (m.a.p. 965)	1 608,34 \$
-Facture # 21302-556 (FWO 170) (R-30) (m.a.p. 983)	2 083,39 \$
-Facture # 21302-556 (FWO 171) (R-30) (m.a.p. 983)	606,18 \$
-Facture # 21302-557(FWO 176) (R-31) (m.a.p. 994)	1 210,64 \$
-Facture # 21302-557 (FWO 177) (R-31) (m.a.p. 994)	9 180,84 \$

[88] Cerrey admet ces factures sans opposer que la procédure d'approbation n'avait pas été respectée. Devant un tel faisceau d'éléments convergents, le juge de première instance a eu raison de rejeter la fin de non recevoir opposée par les appelantes pour le non-respect du mécanisme d'approbation. Il y a renonciation tacite de Cerrey.

b) Transaction pour frais engendrés par les retards et réclamation R-36.1

[89] Les appelantes plaident que la réclamation de Falmec de 362 722,13 \$ (315 342 \$ plus les taxes) pour retards et prolongation d'échéancier (R-36.1) doit être rejetée, entre autres motifs, parce que les parties ont transigé sur cette question et que Falmec a renoncé à toute réclamation à cet égard.

[90] L'échéancier initial a été modifié pour prendre en compte la non-disponibilité de la structure. Falmec ne pourrait plus, selon les appelantes, obtenir compensation car elle n'a pas réservé son droit à une réclamation future. Or, dans le présent dossier on ne pouvait parler d'une renonciation même tacite. En effet, dès le mois d'août 2000, Falmec est revenue à la charge et a réclamé du temps supplémentaire qu'elle devait payer pour remédier au temps perdu et pouvoir réaliser le test hydrostatique à la date convenue. Une entente est intervenue le 20 septembre pour le temps supplémentaire⁴¹ :

⁴⁰ *Supra* note 15, Énumérées au jugement paragr. 39, p. 85.

⁴¹ *Supra* note 5.

So, all parties agree to clean this overtime dispute but it is clear to all parties that hydrotest must be done by next October 10 to 13th. So, Cerrey accepts to give an extra payment of \$32,000 to perform the job to meet the hydrotest target. Thermal Energy agrees with that decision.

[91] En janvier 2001, Falmecc récidive et demande le paiement de temps supplémentaire de 169 015 \$ en sus du 32 000 \$⁴². Dans une entente consignée au procès-verbal de la rencontre du 26 février 2001, Falmecc retire l'ordre de travail relatif à cette réclamation⁴³, cette facture ne fait pas partie de la réclamation.

[92] Avec égards, je ne peux endosser la prétention des appelantes que la modification de l'échéancier initial et les ententes subséquentes sur le temps supplémentaire constituent une transaction opposable à la réclamation R-36.1. Il s'agit à mon avis de deux postes de réclamation distincts. Les parties ont réglé leur différend relatif aux *heures supplémentaires* requises pour arriver à faire le test hydrostatique, objet du FWO 20308-33. La réclamation de R-36.1 est d'une autre nature : elle découle des travaux exécutés en extra qui ont obligé Falmecc à demeurer sur le chantier jusqu'au 25 mai 2001, soit six mois plus tard que convenu au contrat.

[93] Les appelantes ne me convainquent pas que le juge de la Cour supérieure a fait une erreur manifeste et déterminante en décidant que les coûts additionnels «ne comprennent pas les heures supplémentaires et Falmecc n'en réclame d'ailleurs aucunes»⁴⁴. Le tableau récapitulatif de la pièce R-36.1 confirme qu'aucune heure supplémentaire n'est comptabilisée et une référence précise est faite au FWO 20308-33⁴⁵.

[94] Le juge de première instance constate ensuite que Falmecc, dans la réclamation résumée à R-36.1, demande compensation pour des coûts directs (frais relatifs à la main-d'œuvre et à l'équipement), des coûts indirects (frais généraux et d'administration de chantier) et des coûts d'impact (la perte de productivité)⁴⁶.

[95] Ces coûts découlent des retards qui ont contraint Falmecc à demeurer sur le chantier pour une période supplémentaire à la durée des travaux originellement prévue. Falmecc ayant une obligation de résultat, a le fardeau de prouver que ces retards ne lui sont pas imputables. Le juge de la Cour supérieure a conclu que ce délai était uniquement dû au «cortège de travaux supplémentaires qui a défilé sur le chantier pendant une période additionnelle de 6 mois à celle fixée pour réaliser l'entièreté du contrat soumissionné qui devait lui-même s'étaler sur 6 mois»⁴⁷.

⁴² Pièce D-27, FWO 20308-33, M.A. Cerrey Vol. 5, p. 1714.

⁴³ Pièce D-29, Procès-verbal d'une rencontre du 26 février 2001, M.A. Cerrey, Vol. 5, p. 1717.

⁴⁴ *Supra* note 15, paragr. 141, p. 109.

⁴⁵ *Supra* note 30, R-36.1, p. 1049.

⁴⁶ *Supra* note 15, paragr. 122, p. 104.

⁴⁷ *Supra* note 15, paragr. 139, p. 108.

[96] Le juge impute donc le retard de Falmecc de terminer les travaux dans le délai convenu à l'appelante Cerrey (ou ses garants ou ses partenaires) qu'il tient responsable en raison des travaux non prévus, non planifiés et des modifications apportées lors de l'exécution de l'ouvrage.

[97] Ce constat de fait repose sur une interprétation raisonnable de la preuve. Il est établi que Falmecc a respecté le délai qui lui était imposé. En effet le test hydrostatique a été fait le 19 octobre. L'ampleur des travaux supplémentaires abondamment discutés et analysés par le premier juge, le nombre imposant de factures et l'importance du délai soutiennent son interprétation.

[98] Dans les circonstances de l'espèce, il serait exorbitant d'exiger du sous-traitant de démontrer la responsabilité de chacun pour des travaux supplémentaires réalisés et d'évaluer pour chacun le délai engendré.

[99] J'emprunterai, par analogie, les propos du juge Duranleau dans le jugement *Redbrooke* où il étudie l'étendue du fardeau de preuve «Il suffit à Cape d'établir et de prouver qu'ils ont été considérablement retardés par le propriétaire et que la balance des probabilités est à l'effet que s'ils n'ont pas terminé leurs travaux avant la date à laquelle ils les ont réellement terminés, c'est dû au propriétaire»⁴⁸. Falmecc devait prouver la cause des retards et le fait que ces retards ne lui étaient pas imputables. Le juge de première instance s'est déclaré satisfait de la preuve offerte et rien ne permet d'écarter cette conclusion.

[100] Le sous-traitant a droit à une compensation financière pour les coûts additionnels des travaux engendrés par la modification elle-même, mais aussi pour ceux résultant de la prolongation des délais.

[101] Les travaux supplémentaires ont tous été facturés à Cerrey au prix coûtant, sans aucun profit, ni frais «d'overhead». Or, la soumission initiale présentée par Falmecc en avril 2000 prévoyait des coûts reliés à l'administration, au profit aux assurances, aux services techniques de la mobilisation et à la démobilisation, au financement, cautionnement, etc. Elle demande donc de prendre en compte aussi les coûts indirects au prorata du nombre de jours de retard, méthode de calcul acceptée dans l'arrêt *Shore* qui permet de conclure que le prix de soumission d'un entrepreneur ou sous-entrepreneur inclut toujours un montant pour assumer une partie des frais généraux⁴⁹.

[102] La Cour suprême dans *Corpex* enseigne que les coûts additionnels pour travaux supplémentaires sont remboursables. Le prix unitaire facturé pour les travaux par

⁴⁸ *Redbrooke Estate Ltd c. E.G.M. Cape & Co. (1956) Ltd*, [1974] J.Q. 739-330, paragr. 179, C.S.

⁴⁹ *Shore & Horwitz Construction Co. Limited c. Franki* [1974] R.C.S. 589.

l'entrepreneur ne représente pas le coût réel et l'entrepreneur peut exiger le paiement des frais généraux de chantier même à la fin du chantier⁵⁰.

[103] Le juge de la Cour supérieure était donc justifié d'inclure dans la créance de Falmec, les coûts réellement encourus à la suite des retards attribuables aux travaux supplémentaires. La réclamation pour perte de productivité a été refusée et cette question n'est pas en appel. Le juge après une analyse détaillée de la pièce R-36.1, des documents fournis à son soutien et le témoignage de M. Graham alloue une somme de 322 089 \$ à Falmec qu'il détaille ainsi au paragraphe 179⁵¹ :

640 heures à 78 \$ l'heure pour le surintendant	49 920 \$
640 heures à 72 \$ pour la supervision	46 080 \$
Frais d'administration – 9%	70 595 \$
Roulotte de chantier	2 600 \$
Cantine	2 100 \$
Équipement – 5%	39 220 \$
Chambre et pension	69 574 \$
Total:	280 089 \$
Plus les taxes	42 000 \$
Total:	322 089 \$

[104] Les appelantes plaident que Falmec a calculé ses dommages à partir d'une formule théorique, sur des données contestables comportant, entre autres, des duplications, bref que la preuve insuffisante ne permettait pas au juge d'accueillir cette demande.

[105] J'ai déjà souligné qu'on ne pouvait exiger une évaluation en heures et en minutes des retards subis par Falmec. L'exercice est complexe et le juge en a tenu compte en discutant de la fiabilité de la pièce R-36.1⁵² :

173] Rappelons-le, Falmec n'a pas déposé tous les rapports de temps. Cependant, une compilation des informations contenues dans ses rapports est reproduite dans un document de 11 pages faisant partie de R-36.1. La fiabilité du résumé n'a pas été mise en doute autrement qu'en plaidoirie écrite de Cerrey. Par ailleurs, cette compilation paraît avoir été préparée avec soin par M. Graham qui a témoigné sur son contenu avec aplomb.

⁵⁰ *Supra* 21, p. 671 et suivantes. Voir aussi *Isotanche Construction inc. c. Lavalin international inc.*, J.E. 89-1068 (C.A.).

⁵¹ *Supra* note 15, p. 118.

⁵² *Supra* note 15, paragr. 173 et 175, pp. 116 et 117.

[175] Ici, Cerrey n'a pas même tenté de mettre en doute le document R-36.1 relatif aux rapports de temps. Le travail effectué par M. Graham l'aurait été par le Tribunal s'il s'était contenté de déposer tous les rapports de temps sans document récapitulatif qui offre, par ailleurs, toutes les garanties de fiabilité en l'absence de preuve contraire.

[106] Le juge de la Cour supérieure s'est prononcé de plus sur la qualité de la méthode de calcul de ces coûts et souligne qu'aucune preuve ne lui permet de s'écarter des calculs proposés par Falmecc⁵³. Il n'y a pas d'erreur dans la définition du fardeau de preuve. Quant aux autres moyens plaidés par les appelantes, ils reposent tous essentiellement sur l'appréciation de la preuve. En l'absence d'erreur manifeste et déterminante, je crois qu'il n'y a pas lieu d'intervenir.

c) Retenue contractuelle

[107] Le contrat entre Falmecc et Cerrey prévoit que la retenue contractuelle au montant de 247 420,71 \$ sera payable, selon les conditions du bon de commande, lorsque le «boiler is fixed up and no claims come forward»⁵⁴.

[108] Lors de l'audience en Cour supérieure, la bouilloire fonctionnait depuis plus d'un an. Pour répondre à la deuxième condition, le juge affirme que le sort réservé au paiement de la retenue contractuelle dépend de la décision sur la demande reconventionnelle, et en fin d'analyse l'accorde en opérant compensation entre les créances de Falmecc et Cerrey. Je discuterai plus loin de la demande reconventionnelle.

[109] Avec égards, j'estime que la retenue contractuelle n'était pas une créance exigible vu les réclamations relatives aux travaux de Falmecc. Il y avait certes une réclamation de Cerrey contre Falmecc, pour des malfaçons des travaux de réfractaire, sur laquelle se prononce le juge dans l'étude de la demande reconventionnelle. Mais, il y a plus : la propriétaire SCSF avait rejeté certains travaux réalisés par Falmecc qui faisaient l'objet de sa réclamation, dans le cadre de l'arbitrage, contre Cerrey et les deux autres membres du Consortium. M. Edwards Angulo, directeur du «Industrial Boiler Department» de Cerrey, précise en effet que la réclamation portait sur les travaux du réfractaire⁵⁵, une conduite du surchauffeur de la bouilloire ainsi que la conduite de la souffluse de suie⁵⁶. Ceci est d'ailleurs confirmé dans l'avis d'arbitrage⁵⁷, processus, comme je l'ai déjà dit, qui est toujours en cours.

⁵³ *Supra* note 15, paragr. 177-178, p. 117.

⁵⁴ Pièce D-70, Bon de commande, Vol. 6, p. 1870 et suivantes.

⁵⁵ Au-delà de la demande reconventionnelle, selon l'appelante.

⁵⁶ Témoignage Edwards Angulo, 22 novembre 2002, M.A. Cerrey, Vol. 11, p. 3759 à 3768.

⁵⁷ Pièce 1G-2, Avis d'arbitrage, M.A. Cerrey, Vol. 6, p. 1952.

e) LE QUANTUM

[110] En première instance, la créance de Falmeac contre Cerrey a été fixée à 950 580,59 \$, incluant les factures énumérées dans le tableau récapitulatif au paragraphe 243 du jugement. Pour tous les motifs déjà discutés je conclus que le juge de la Cour supérieure n'a commis aucune erreur justifiant l'intervention de la Cour. Je propose de soustraire uniquement le montant de la retenue contractuelle de 247 420,71\$, ce qui laisse un solde dû de 703 159,88 \$ et de réserver les recours de l'intimée Falmeac pour le paiement de cette retenue contractuelle.

3. Le montant de la créance pouvant bénéficier de l'hypothèque légale

[111] La créance de Falmeac contre Cerrey n'équivaut pas nécessairement à l'assiette de la créance privilégiée bénéficiant de l'hypothèque légale. Cette dernière, selon l'article 2728 C.c.Q. «garantit la plus-value donnée à l'immeuble par les travaux ou services fournis ou préparés pour ces travaux». Cette disposition reprend en substance la notion de plus-value de l'ancien code⁵⁸. L'article 2952 C.c.Q. précise le rang de cette hypothèque et «pour la plus-value apportée à l'immeuble; entre elles, ces hypothèques viennent en concurrence, proportionnellement à la valeur de chacune des hypothèques».

[112] Je comprends que même si dans le cadre d'une requête en délaissement, le juge n'a pas à conclure à la plus-value précise apportée par les travaux, il doit néanmoins déterminer le montant de la créance privilégiée. Les tribunaux ne reconnaissent pas d'hypothèque légale du créancier qui est incapable d'établir que sa créance concerne les travaux, matériaux ou services qui y ont contribué. L'auteure Pratte écrit pour sa part que cette créance sera «la limite supérieure que le créancier pourra demander lors de la vente en justice. Toutefois le paiement de ce montant sera conditionnel à ce que la plus-value globale relative établie par le protonotaire ou son expert soit suffisante»⁵⁹.

[113] Les autres moyens des appelantes à l'effet que cette créance ne satisfait pas aux exigences imposées par le *Code civil du Québec* pour bénéficier de la protection de l'hypothèque légale ont été précédemment écartés. Les appelantes plaident que des travaux correctifs, vu leur nature, ne sauraient contribuer à la plus-value de l'immeuble. Il en serait de même, selon elles, pour les coûts attribués aux retards consécutifs aux travaux additionnels.

[114] Dans ce dernier cas, le juge de première instance a rappelé que la soumission initiale de Falmeac incluait les coûts directs et indirects, montants qui auraient bénéficié

⁵⁸ Commentaires du ministre de la justice, Tome II, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 1708.

⁵⁹ Denise PRATTE, Les privilèges de la construction : problèmes actuels touchant la plus-value, la fin des travaux et les bénéficiaires, (1991) 51. R. du B. p. 13.

de l'hypothèque légale s'ils n'avaient pas été payés par Cerrey. Il conclut qu'à la facture R-36.1 les coûts additionnels doivent emprunter la même voie. Je partage son opinion.

[115] Le Code civil ne précise pas quels coûts des travaux doivent être pris en compte pour l'établissement de la créance, il faut donc considérer celle-ci dans une perspective large. La Cour suprême dans les arrêts Corpex et Shore, déjà cités, a reconnu que le prix des travaux inclut une portion pour compenser les frais généraux de chantier. Or, on ne soustrait pas du coût des travaux fournis, les frais d'assurance, les intérêts et taxes, même si ces composantes ne se traduisent pas par des travaux intégrés à l'immeuble. Ces frais, comme ceux réclamés à R-36.1, sont des coûts accessoires sans lesquels le chantier n'aurait pas pu fonctionner et représentent donc des coûts réels de travaux réalisés. Avec égards, je ne peux accepter que le sous-entrepreneur perde la protection de l'hypothèque de construction au seul motif qu'il doit exécuter des travaux supplémentaires non initialement prévus.

[116] Quant aux autres factures relatives aux FWO 129, 159 et 140, les appelantes demandent de les soustraire de la créance protégée de Falmecc au motif que ces travaux de correction n'apportent aucune plus-value à l'immeuble de SCSF. La description et la qualification de ces travaux demeurent une question de fait appréciée par le premier juge qui conclut à leur contribution respective à la plus-value de l'usine. Les extraits de la preuve soumis par Cerrey ne me convainquent pas, là encore, d'une assise factuelle suffisante pour conclure à une erreur manifeste et déterminante d'appréciation de l'ensemble des circonstances mises en preuve devant la Cour supérieure.

[117] Enfin, le juge analyse pour chacun de ces travaux les faits retenus et les prétentions des parties. Ainsi, il accorde 11 569,65 \$ pour les travaux relatifs aux planchers et à la pose des anneaux autour de la tuyauterie (FWO 140). Considérant que les travaux ont été requis en extra, il préfère la «version cohérente et crédible» de Graham à celle de Gonzalez. Il reconnaît qu'un montant de 8 950,67 \$ de la réclamation pour le FWO 129 (travaux à la grille vibrante) contribue à la plus-value. En effet Falmecc a dû reprendre ses premiers travaux aux pièces de Cerrey. Les coûts pour chacune de ces deux étapes n'étant pas disponibles, il a arbitré les coûts admissibles en accordant la moitié de la réclamation. Ce calcul n'est pas déraisonnable. L'élément le plus important du FWO 159 est l'absence de chanfreins aux extrémités des poutres fabriquées par Cerrey qui n'est pas la responsabilité de Falmecc et aussi certains travaux de soudure. Le juge conclut que des coûts de 49 775,52 \$ sont donc recevables.

[118] Pour toutes ces raisons, je suis d'avis de reconnaître que Falmecc a une créance de 703 159,88 \$ pour des travaux réalisés ou des services rendus qui ont contribué à la plus-value de l'immeuble de la SCSF.

B) DEMANDE RECONVENTIONNELLE DE CERREY

[119] La demande reconventionnelle de l'appelante Cerrey réduite à 155 088,76\$ portait sur quatre postes de réclamation :

-	Les travaux du réfractaire	32 920,66 \$
-	La perte des colonnes d'eau	27 437,20 \$
-	Les frais de stationnement du train	4,025,88 \$
-	L'installation de l'instrumentation	90 750,01 \$

[120] Le premier juge a accueilli la demande reconventionnelle uniquement pour les coûts de correction des travaux de réfractaire en retenant l'opinion de l'expert Gueroult selon laquelle celui-ci était affecté de plusieurs malfaçons. Bien que requise de remédier à la situation, Falmeac a refusé de faire les travaux qui ont dû être confiés à un tiers. Elle doit donc rembourser les coûts de réparation et de supervision de ces travaux. Cette question ne fait pas l'objet du présent appel.

[121] Les réclamations pour la perte des colonnes d'eau et les frais de stationnement du train ont été rejetées pour insuffisance de la preuve. Je suis d'accord avec l'analyse du premier juge. Il est établi que Cerrey a expédié ces colonnes qui devaient être prises en charge à St-Félicien par Falmeac. Or, personne ni chez Cerrey ni chez Falmeac n'a vu ces colonnes d'eau. On ne peut inférer des circonstances que Falmeac ait commis une faute qui a obligé Cerrey à les remplacer. Cerrey ne s'est donc pas acquittée de son fardeau de preuve, et n'a pu démontrer que la semaine additionnelle de stationnement du train était une conséquence directe d'une faute de Falmeac. Graham explique qu'à l'arrivée du matériel par le train, un équipement était endommagé et qu'il a alors demandé à Cerrey des instructions avant de décharger la marchandise. Les instructions ne sont jamais arrivées⁶⁰.

[122] Cerrey demande aussi le remboursement de 90 750,01 \$, soit le prix payé à un tiers pour l'exécution des travaux «d'instrumentation». Falmeac n'a pas exécuté ces travaux qui selon elle n'étaient pas inclus dans le contrat. Les parties conviennent que l'installation de l'«instrumentation» a été confiée à Industrotech et qu'aucune mise en demeure écrite n'a été envoyée avant que Cerrey ne mandate cette tierce compagnie. Deux représentants de Falmeac nient même avoir eu une demande verbale pour les inviter à faire ces travaux.

[123] En conséquence le juge rejette cette réclamation et il écrit :

La preuve tend à démontrer que Falmeac n'a pas reçu d'avis écrit ou verbal et n'a pas informé Cerrey de son intention de ne pas exécuter les travaux. Elle est de

⁶⁰ Témoignage de M. André Graham, du 18 décembre 2002, M.A. Cerrey, Vol.12, p. 4052 à 4054.

nature à corroborer la version de cette dernière suivant laquelle le contrat ne comprenait pas l'installation de l'instrumentation, travail pour lequel, de toute façon, elle n'avait ni la compétence ni les permis. Ce défaut d'avis est, en l'espèce, fatal à Cerrey et cette demande est refusée.

[124] En appel, Cerrey et Falmecc appuient leurs prétentions sur l'inclusion ou non de ces travaux, sur des dispositions différentes du contrat D-6 du 7 avril 2000 et des corrections de la soumission initiale (D-7A). Cette preuve documentaire peut prêter à confusion. Il est donc normal de rechercher l'intention des parties pour valider les versions contradictoires. Dans ces circonstances, sans suivre le même cheminement que le juge de première instance, je ne considère pas que le rejet de cette réclamation exige l'intervention de la Cour.

[125] Bref, je propose de retenir la conclusion du premier juge que la demande reconventionnelle doit être accueillie pour le montant de 32 920,66 \$.

C) APPEL EN GARANTIE DE LA SCSF ET REQUÊTE EN IRRECEVABILITÉ

1. La Cour supérieure est-elle compétente pour entendre ce litige, nonobstant la clause compromissoire?

[126] L'appelante SCSF appelle en garantie les membres du Consortium et la Caution. Elle demande une condamnation solidaire de ces parties pour toute somme qu'elle devra payer en vertu du jugement pour éviter le délaissement de l'immeuble, incluant ses frais de défense sur la requête initiale et les honoraires et débours de ses avocats⁶¹.

[127] Le Consortium et la Caution contestent la requête en garantie et présentent ensuite une requête en exception déclinatoire et en irrecevabilité en vertu des articles 164 et 165(4) du C.p.c. Ils contestent la compétence *ratione materiae* de la Cour supérieure, vu la clause compromissoire contenue au contrat TCC (entre SCSF et le Consortium). Ils plaident aussi l'absence totale de connexité des recours, l'un visant des conclusions réelles et l'autre, l'appel en garantie recherchant le paiement d'une somme d'argent, conclusion personnelle.

[128] Le juge, tel que déjà mentionné, accueille la requête des intimées en garantie et rejette l'appel en garantie de SCSF⁶².

⁶¹ Requête en garantie amendée, 23 août 2002, M.A. SCSF., Vol, 1, p. 154.

⁶² L'appel en garantie dirigé contre les cautions aurait été remis sine die, paragr. 204 du jugement entrepris.

[129] Au terme du TCC, les membres du Consortium se sont engagés solidairement envers le SCSF (art. 2.1) à l'indemniser, entre autres, pour tous dommages, réclamations, pertes, procédures judiciaires, le tout étant détaillé à l'article 15.1.

[130] Les parties contractantes ont inclus une clause compromissoire à l'article 23 qui doit s'appliquer à «any difference or disagreement between the parties as to the interpretation application, execution or administration of the Contract.» Plusieurs étapes sont prévues pour la gestion des différends «dispute»; en cas d'échec, un recours à l'arbitrage peut être exercé :

By giving a notice in writing to the other party, not later than (10) Days after the date of termination of the mediated negotiations either party may refer the dispute to be finally resolved by binding arbitration, to be held in the City of Montreal, in conformity and subject to articles 940 and seq. of the Code of Civil Procedure of Quebec, as amended from time to time, and any decision by arbitration shall be final, binding on the parties and without appeal, except that nothing herein shall prevent either party from pursuing equitable remedies, including interim relief in any court of competent jurisdiction. All costs incurred to facilitate the mediation or arbitration process including the cost of court reporters, conference rooms, and mediator or arbitrator fees, and expenses shall be divided equally by the parties. Each party shall pay its own legal fees, expert witness and other such costs. (Art. 23 alinéa 5)

[131] Le contrat entre Falmecc et Cerrey prévoit les composantes et services fournis, le prix et les modalités d'exécution mais ne fait aucune référence à la clause compromissoire du TCC. Il en est de même pour les contrats entre Falmecc et Cap Isolation et Sturo Métal et Roche, à l'origine des deux appels joints au présent dossier dans une audience commune⁶³.

[132] La validité de la clause compromissoire n'a jamais été contestée par le Consortium et la SCSF lesquels avaient déjà soumis leurs différends à l'arbitrage, processus en cours depuis plusieurs mois lors des plaidoiries devant notre Cour.

[133] Je souligne que les défauts reprochés au Consortium, par la SCSF, incluaient l'inscription de plusieurs hypothèques sur l'immeuble par des sous-traitants du Consortium ainsi que des déficiences de travaux réalisés par ceux-ci.

[134] La SCSF a droit d'être indemnisée pour les dommages causés par le non-respect ou l'inexécution du contrat. Elle plaide que sa demande incidente en garantie doit être portée devant la Cour supérieure où est pendante la requête en délaissement (Art. 71 C.p.c.).

⁶³ *Supra* note 1.

[135] La Cour supérieure n'aurait pas compétence pour disposer du litige opposant le Consortium et la SCSF. La Cour suprême dans l'arrêt *Zodiak*⁶⁴ a conclu que l'effet d'une clause compromissoire est de soustraire le litige à la compétence des tribunaux de droit de commun; «[P]uisqu'il s'agit d'incompétence *ratione materiae* la seule présence de la clause compromissoire suffisait à faire échec à l'action de l'appelante devant la Cour supérieure».

[136] Toutefois l'article 71 C.p.c. peut, lors de l'exercice d'un recours en garantie, donner compétence à la Cour supérieure, et ce, même en présence d'une clause compromissoire valide. Le juge Rothman dans *Guns N'Roses*⁶⁵ analyse la portée de cette règle procédurale. Il écrit ceci :

33. In the *ASG Industries* case (supra)⁶⁶, as here, the Superior Court of Quebec would not normally have had jurisdiction to hear any claim against the foreign corporation. It acquired jurisdiction solely by reason of the existence of a claim in warranty because Art. 71 C.C.P. requires that the incidental action in warranty must be taken before the Court in which the principal action is pending.
34. The purpose of Art. 71 C.C.P. is to enable the principal action and the warranty action to be tried together and to be decided in the same judgment (Art. 222 C.P.C.) so as to permit a complete solution to the problem.

[137] Avec égards, je crois que cette règle procédurale ne doit pas être interprétée de façon stricte et que les circonstances de chaque cas doivent être prises en compte⁶⁷.

[138] Il demeure, qu'en l'espèce, la requête en délaissement forcé était présentée par Falmec, un tiers, non partie au contrat contenant la clause compromissoire, ce seul fait exigeait-il d'écarter automatiquement, dans le cadre du recours en garantie, cette clause compromissoire? Je ne le crois pas.

[139] Là encore, l'arrêt *Guns N'Roses* apporte des nuances pertinentes pour répondre à cette question. Le juge Rothman précise ceci :

24. I do not believe that the presence of a third party in the dispute, or even the fact that a third party has initiated proceedings, should, in itself, render the arbitration clause inapplicable and deprive the parties of a forum for the settlement of their disputes which they have chosen in their contract. It is not difficult to imagine any number of commercial disputes where it would be entirely appropriate to proceed to arbitration under the

⁶⁴ *Zodiak International Productions inc. c. Republic of Poland* [1983] 1 R.C.S. 529, p. 552.

⁶⁵ *Supra* note 18.

⁶⁶ Note intégrée : *ASG Industries Inc. c. Compagnie Superseal*, [1983] 1 R.C.S. 781.

⁶⁷ *Di Genova c. Air Canada*, J.E. 98- 782 (C.A.) REJB 1998-04512 (C.A.).

arbitration clause agreed upon between two parties notwithstanding a claim against one of the parties by a third party. (p.6-7; nos soulignements)

....

38. I do not wish to suggest that the mere initiation of a suit by a third party will permit a party to an arbitration clause to defeat the purpose and intention of the clause by exercising warranty proceedings. There will doubtless be cases where the parties should be referred to arbitration, notwithstanding the existence of a suit by a third party. Much will depend on the nature of the claims and the circumstances of each case. (p.8; nos soulignements)

[140] Je retiens qu'une clause compromissoire n'est pas nécessairement inapplicable du seul fait de la poursuite d'un tiers. Il convient de tenir compte des circonstances particulières de chaque dossier ce que confirment des décisions de notre Cour qui ont reconnu la compétence de la Cour supérieure⁶⁸ ou référé à l'arbitrage des réclamations impliquant des tiers non liés par la clause compromissoire⁶⁹.

[141] À mon avis le juge de la Cour supérieure a correctement appliqué ces principes en déclinant compétence. En effet, il a pris en compte la nature des recours, l'identité des questions posées par les avis d'arbitrage et l'appel en garantie ainsi que la participation des parties au processus d'arbitrage. Il cite avec approbation son collègue Larouche qui écrivait dans le jugement sur une requête en irrecevabilité semblable (dossier Sturo)⁷⁰ :

30. Il ne faut pas perdre de vue les sérieux problèmes que pourraient entraîner des décisions contradictoires du tribunal d'arbitrage et de notre Cour sur le même sujet.
31. Il ne fait pas de doute que le tribunal d'arbitrage est le mieux placé compte tenu des circonstances et de la nature de la réclamation pour décider des prétentions respectives des parties sur ce qui pourrait faire l'objet de l'instance en garantie.

⁶⁸ *Dominion Bridge Corp. c. Knai* [1998] R.J.Q. 321 (C.A.).

⁶⁹ *Condominiums Mont St-Sauveur inc. c. Les constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.).

⁷⁰ *Supra* note 15, p.123.

3. Le droit au recours récursoire anticipé contre Cerrey

[142] Le droit de procéder par anticipation ou d'exercer un recours récursoire anticipé est reconnu par la jurisprudence⁷¹. Vu la conclusion précédente quant à la compétence *ratione materiae* de la Cour supérieure, il n'est plus nécessaire de commenter la possibilité pour la SCSF d'exercer un tel recours contre le Consortium.

[143] Toutefois, la SCSF plaide qu'elle peut prendre un recours récursoire anticipé contre Cerrey, la débitrice de Falmec, fondé sur la subrogation légale qui résulte des règles de droit commun et non du TCC.

[144] Le recours récursoire anticipé ou non est un appel en garantie (art. 216 C.p.c.) qui présuppose l'existence d'un lien de connexité avec l'action principale. On peut certes arguer que la requête en délaissement forcé est une action de nature réelle alors que le recours en garantie vise à faire reconnaître des droits personnels et une condamnation pécuniaire⁷².

[145] En l'espèce il y a toujours deux éléments, déjà mentionnés, qui ne peuvent être ignorés : le danger de décisions contradictoires subsiste et l'opportunité de régler les différends dans le forum de l'arbitrage demeure. Je constate de plus que la requête en garantie demande une condamnation solidaire du Consortium et de la Caution, mais que la SCSF n'a formulé aucune conclusion subsidiaire ou alternative dirigée contre Cerrey. L'appelante prend la position que s'il y a subrogation légale, elle peut choisir d'exercer un recours récursoire anticipé contre un membre du Consortium et ignorer le contexte contractuel et la clause compromissaire qui la lie. Je ne suis pas d'accord avec sa prétention.

[146] L'appelante ne me convainc pas, dans le contexte de ce dossier, qu'elle peut bénéficier de la subrogation légale prévue à l'article 1653 al. 3 C.c.Q. «pour celui qui paie une dette à laquelle il est tenu avec d'autres ou pour d'autres et qu'il a intérêt à acquitter». (mon soulignement).

[147] Je reconnais que la SCSF a un intérêt à payer la dette de Cerrey pour éviter le délaissement forcé et la vente en justice de son immeuble. L'article 2761 C.c.Q. lui reconnaît ce droit de faire échec à l'exercice du droit hypothécaire, jusqu'à ce que le bien ait été pris en paiement ou vendu; le débiteur ou tout intéressé peut aussi se prévaloir de cette possibilité. Cependant, avec égards, avoir le droit de faire le paiement ne signifie pas pour autant avoir l'obligation de le faire. La SCSF n'est pas tenue à la dette de Cerrey, ni avec elle, ni pour elle.

⁷¹ *Allard c. Mozart ltée*, [1981] C.A. 612; *Donnan Cartage inc. c. Contingency Insurance Co. Ltd.*, [1988] R.D.J. 318 (C.A.).

⁷² *Compagnie Loomex Électrique Ltée c. Marché Central Métropolitain Inc.*, AZ-97026287, B.E. 97BE-685 (C.S.).

3. Le recours en garantie contre la Caution

[148] L'appelante SCSF soutient que dans la mesure où la créance de Falmecc est reconnue, par implication nécessaire, le Consortium est en défaut de payer ce sous-traitant. La Caution devient redevable à son endroit des obligations du Consortium et doit l'indemniser en vertu du Bond lequel ne contient aucune clause compromissoire.

[149] L'appelante plaide l'erreur en droit du juge de première instance qui a accueilli la requête en irrecevabilité des intimées, le Consortium et la Caution. Même en l'absence de compétence *ratione materiae* de la Cour supérieure, ce moyen ne peut être opposé à la Caution, ces compagnies ne sont pas des parties au TCC qui prévoit la clause compromissoire.

[150] L'appel en garantie concernant la Caution a été reporté *sine die* sujet au jugement à être rendu sur la requête en irrecevabilité⁷³. Il n'y a pas eu de preuve sur le mérite de cet appel en garantie mais le jugement se prononce sur de la requête en irrecevabilité des deux groupes d'intimées, le Consortium et la Caution.

[151] La Caution, comme le prévoit l'article 2353 C.c.Q. «...peut opposer au créancier tous les moyens que pouvait opposer le débiteur principal, sauf ceux qui sont purement personnels à ce dernier ou qui sont exclus par les termes de son engagement».

[152] La Caution, étant tenue à une obligation distincte de l'obligation principale, ne pourrait être partie à cette clause contre son gré⁷⁴. Elle peut toutefois s'en prévaloir⁷⁵ ce qu'elle a fait dans sa requête en irrecevabilité. Les questions que soulèverait l'appel en garantie contre la Caution seraient donc les mêmes que celles qui font déjà l'objet de l'arbitrage. Elle pourrait plaider les mêmes moyens de droit que ceux précédemment discutés.

[153] Là encore, l'appelante ne me convainc pas d'une erreur du premier juge qui justifierait d'intervenir sur sa décision d'accueillir la requête en irrecevabilité.

[154] Pour ces motifs, je propose d'accueillir partiellement l'appel de la SCSF avec dépens aux seules fins de modifier les paragraphes suivants du dispositif du jugement de la Cour supérieure :

- au paragraphe 246, substituer au montant de 950 580,59 \$ le montant de 703 159,88 \$;

⁷³ *Supra* note 14.

⁷⁴ J.E.C. BRIERLEY, La Convention d'arbitrage en droit québécois interne, (1987) C.P. du N. 521, p. 564.

⁷⁵ *Guarantee Co. of North America c. Foundation Co. of Canada Ltd*, [1975] C.A., 63; *Gilbert Conseil Sélect inc. c. 9034-8111 Québec inc.*, 200-05-009258-984, 28-05-1998, B.E. 98BE-746 (C.S.) (les intimés ayant cautionné les obligations peuvent prétendre au bénéfice de la clause compromissoire).

- remplacer le paragraphe 249 qui devrait se lire ainsi : Déclare que la requérante a une créance de 670 239,22 \$ plus les intérêts au taux légal depuis le 20 août 2001 et les frais à parfaire;
- remplacer le paragraphe 250 par le suivant : Constate que les travaux, matériaux ou services fournis et préparés pour la construction de l'immeuble par la requérante ont donné une plus-value au dit immeuble;
- ajouter au paragraphe 259 *in fine* : et réserve également à la requérante son recours pour le paiement de la retenue contractuelle.

LOUISE LEMELIN J.C.A. (AD HOC)