



FRASER MILNER CASGRAIN RESEARCH

FRASER MILNER CASGRAIN
PLEINS FEUX

CONSTRUCTION ET INFRASTRUCTURES

DANS CE BULLETIN FÉVRIER 2010

- >> DROITS RELATIFS AUX NOMS DES ÉTABLISSEMENTS : QU'ARRIVE-T-IL LORSQUE DES PROMESSES NE SE RÉALISENT PAS?
- >> QUESTIONS RELATIVES À LA PRESCRIPTION EN DROIT DE LA CONSTRUCTION : CALCULER LE DÉLAI DE PRESCRIPTION DES ACTIONS FONDÉES SUR DES DISPOSITIONS CONTRACTUELLES
- >> COMMUNIQUEZ AVEC NOUS

DROITS RELATIFS AUX NOMS DES ÉTABLISSEMENTS : QU'ARRIVE-T-IL LORSQUE DES PROMESSES NE SE RÉALISENT PAS?

PAR JORDAN C. MILNE ET E. JANE SIDNELL

[TRADUCTION]

Le Forum de Montréal, temple mythique du hockey, crée un nouveau précédent, cette fois en matière de droit. La décision récente de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Compagnie du centre de divertissement du Forum (FEC) c. Société du groupe d'embouteillage Pepsi (Canada) 2008 QCCS 4672 (CanLii)* sert d'avertissement et pourrait avoir des conséquences importantes pour les promoteurs et les exploitants immobiliers.

À la fin des années 1990, la Compagnie du centre de divertissement du Forum (FEC) a transformé l'ancien aréna abandonné en vue d'en faire un complexe de divertissement abritant des boutiques, des restaurants et un cinéma. Dans le cadre de ce réaménagement immobilier, FEC a conclu une « entente exclusive d'approvisionnement » d'une durée de 15 ans avec Pepsi Bottling Group (Canada) Co. (« Pepsi »), qui en contrepartie de droits importants de commandite annuels et d'une commission de 38 % sur la vente de ses produits devenait le commanditaire en titre et le fournisseur de boissons gazeuses exclusif du complexe. Ce partenariat commercial était assorti d'une attente mutuelle et de dispositions contractuelles à l'effet que

FEC devait exploiter et maintenir le Forum comme un « *centre de divertissement de premier ordre* ».

Pepsi n'a jamais rien payé à FEC et de fait devait mettre fin au contrat après un an au titre que les promoteurs n'avaient pas rempli leurs obligations de résultat quant à la destination du Forum. À l'appui de ses allégations d'échec, Pepsi souligne les faits suivants :

- l'ouverture du complexe a été retardée d'environ un an;
- le complexe n'était loué qu'à 50 % de sa capacité;
- un seul des occupants attendus a ouvert ses portes; et
- plusieurs des occupants, à savoir un magasin Future Shop et une succursale de la Société des alcools du Québec (SAQ), ne font pas partie des catégories de locataires attendus d'un *centre de divertissement de premier ordre*.

FEC a poursuivi Pepsi et réclaté les droits et les commissions de vente impayés. Pepsi a, quant à elle, présenté une demande reconventionnelle visant la résiliation du contrat parce que FEC n'avait pas rempli son obligation fondamentale d'exploiter un complexe réputé.

La Cour devait déterminer si l'obligation d'exploiter un *centre de divertissement de premier ordre* constituait une condition essentielle du contrat. Nonobstant l'existence d'une clause d'intégralité de l'entente, la Cour a pris en considération dans cette affaire la preuve externe, constituée de documents publicitaires, de communiqués de presse et d'avis publics, ainsi que du témoignage d'un expert, et en arrive aux conclusions suivantes :

- l'obligation d'exploiter un *centre de divertissement de premier ordre* constitue, de fait, une condition essentielle du contrat; et

- l'obligation d'exploiter un *centre de divertissement de premier ordre* est liée aux locataires et à la nature de leurs activités.

La Cour trouve que FEC n'a pas rempli son obligation de résultat et prononce la résiliation du contrat. Elle souligne que FEC ne pouvait pas se soustraire à la responsabilité d'inexécution uniquement en démontrant une cause externe hors de son contrôle.

En plus de résilier le contrat, la Cour statue à une réduction de 60 % des redevances annuelles payables par Pepsi quant aux droits de commandite, pour bien refléter l'ampleur du manquement par FEC à son obligation de résultat. En ce qui touche aux commissions sur les ventes des produits Pepsi réalisées par FEC, la Cour juge que la demande de réduction ne s'applique pas, car elle repose sur le volume des ventes et non sur la nature du Forum.

La décision dans l'affaire *Compagnie du centre de divertissement du Forum (FEC) c. Société du groupe d'embouteillage Pepsi (Canada)* a été portée en appel devant la Cour d'appel du Québec. Tant que la décision d'appel n'aura pas été rendue, les promoteurs et les exploitants immobiliers sont avertis que :

- ils pourraient devoir respecter les incidences éventuelles de déclarations précontractuelles quant à la nature et à la qualité de leurs projets, particulièrement à l'égard des occupants; et
- l'existence d'une clause d'intégralité de l'entente n'empêche pas le recours à une preuve externe pour l'interprétation du contrat et de leurs déclarations.

QUESTIONS RELATIVES À LA PRESCRIPTION EN DROIT DE LA CONSTRUCTION : CALCULER LE DÉLAI DE PRESCRIPTION DES ACTIONS FONDÉES SUR DES DISPOSITIONS CONTRACTUELLES

PAR PETER A.K.VETSCH

[TRADUCTION]

En Alberta, les différends dans le secteur de la construction, comme c'est le cas pour tous les autres différends personnels ou commerciaux, sont assujettis à la *Limitations Act*, qui limite dans le temps le droit d'action. En vertu de la Loi, un demandeur doit tenter des procédures de poursuite ou d'arbitrage dans un délai de deux ans à compter du jour où il constate pour la première fois, ou aurait dû constater, (1) qu'il subit un préjudice, (2) que le préjudice est attribuable à la conduite du défendeur et (3) que le préjudice justifie une action. Les délais de prescription portant sur des différends liés à des projets de construction sont calculés à partir du moment où les trois conditions sont remplies. Cependant, le calcul et la fixation de la date de départ de la prescription n'est pas chose facile, d'abord suivant la façon dont le demandeur formule la cause de son action, mais aussi parce que les termes d'un contrat conclu entre des parties ont une répercussion sur le moment et la manière dont un préjudice réclamé peut être découvert.

La décision récente dans l'affaire *Penhold (Town) v. Boulder Contracting Ltd. (Boulder)*¹, bien que rendue par un tribunal d'un échelon inférieur du système judiciaire albertain, comprend une importante analyse d'une question de prescription rarement discutée dans la jurisprudence en droit de la construction, mais qui peut avoir un effet important quant au poids à accorder à l'interprétation des contrats conclus dans l'industrie de la construction : le calcul des délais de prescription pour des demandes fondées sur des dispositions contractuelles. La municipalité demanderesse dans cette affaire a tenté de faire prolonger le délai dont elle disposait pour tenter des procédures contre un entrepreneur pour vices de construction sur le motif qu'il s'agissait d'une demande d'indemnisation et que, à des fins prescriptives, le dommage indemnifiable n'avait pris naissance que le jour où elle a choisi d'engager des frais pour corriger le défaut. La Cour a refusé de prolonger la période de prescription.

¹ 2009 ABQB 550 (Alta. Master).

En juillet 2001, la ville albertaine de Penhold a conclu une entente avec Boulder, l'entrepreneur-défendeur, en vue de faire installer des conduites d'adduction d'eau et d'égouts dans un nouveau lotissement résidentiel. Les travaux ont pris fin à l'automne 2001, mais dès le printemps 2002, le nouveau revêtement de la chaussée a commencé à se fissurer là où des travaux avaient été effectués par l'entrepreneur. La ville et son ingénieur ont immédiatement pointé du doigt Boulder, à l'effet que les travaux n'auraient pas été exécutés selon les règles de l'art ou les normes convenues, et exigé du défendeur qu'il scelle les fissures et répare les dommages inhérents en vertu des clauses contractuelles, selon lesquelles l'exécution de travaux de réparation est garantie pour une période de deux ans après l'achèvement substantiel de l'ouvrage. L'entrepreneur a refusé d'admettre une responsabilité à l'égard des fissures et en juin 2005, après plusieurs années de discussions infructueuses avec Boulder, la ville a mandaté sur place son ingénieur pour inspecter les dommages. Le rapport écrit de l'ingénieur décrit tous les défauts observés et le travail de remise en état devant être effectué et souligne que l'état actuel du revêtement découle du travail défectueux de l'entrepreneur. Le défendeur n'a pris aucune mesure pour corriger la situation et, en septembre 2007, Penhold a finalement retenu et payé un autre entrepreneur pour compléter des travaux de réfection, puis, en décembre 2007, a intenté des procédures de poursuite et d'arbitrage contre Boulder pour recouvrer les frais engagés.

Boulder a soutenu que les procédures de Penhold étaient frappées de prescription en vertu de la *Limitations Act*, étant donné que Penhold avait constaté les défauts plus de cinq ans avant d'intenter des procédures et que son ingénieur avait officiellement décrit les défauts et les avait attribués à Boulder deux ans et demi avant la poursuite. L'entrepreneur estimait également (la Cour s'est dite d'accord avec lui) que la réclamation de Penhold au titre de la garantie avait commencé plus de deux ans avant que la ville ne constate le préjudice subi, ne l'attribue à la conduite de Boulder et juge que la situation était suffisamment sérieuse pour intenter une action, soit bien après le délai de prescription de deux ans. Cependant, le contrat entre Boulder et Penhold contenait une clause d'indemnisation stipulant que l'entrepreneur était tenu d'indemniser la ville contre « [traduction] tous modes d'action, causes d'action, réclamations, demandes, pertes, coûts, dommages, actions ou jugements résultant de tout défaut attribuable à l'entrepreneur pendant l'exécution du contrat ». Penhold a fait valoir que l'exécution défectueuse des obligations contractuelles du défendeur avait obligé la ville à recourir à une tierce partie pour réaliser des travaux de réfection et que les coûts de la réparation des fissures étaient couverts par

la clause d'indemnisation aux fins de laquelle le défendeur s'était engagé à rembourser la ville quel que soit sa responsabilité. Penhold allègue également que cette obligation n'a pris naissance pour les fins de la prescription que le jour où elle a engagé des frais de réparation, soit en septembre 2007, trois mois seulement avant d'intenter des procédures et donc bien avant l'expiration du délai de prescription. À l'appui de cet argument, Penhold cite la décision qu'a rendue la Cour d'appel de l'Alberta en 1988 dans l'affaire *Fidelity Trust Co. v. 98956 Investments Ltd.*² et qui appuie la proposition selon laquelle « [traduction] [p]arce que la nature d'un contrat d'indemnisation repose sur l'engagement de l'une des parties à indemniser l'autre partie du montant des dommages-intérêts réclamés... aucune cause d'action ne peut s'élever avant que ne soit clairement déterminée l'ampleur de la perte³. »

Le conseiller-maître Laycock a rejeté les arguments de Penhold pour deux raisons. Premièrement, il juge que la nature et l'ampleur des dommages réclamés par Penhold en réparation de la malfaçon alléguée dans les travaux de Boulder ont clairement été identifiées et établies dans le rapport de l'ingénieur de juin 2005, qui signalait tous les défauts observés dans le lotissement et le travail requis pour les corriger. À partir de ces renseignements, « il était facile d'estimer le coût des travaux de réfection en lançant des appels d'offres. Le processus aurait pu rapidement être mené après la publication du rapport⁴ ». La ville ne peut prétendre aux avantages d'une prescription allongée simplement parce qu'elle a décidé unilatéralement d'attendre deux ans après la publication du rapport pour engager des mesures et des dépenses correctives. Le conseiller-maître juge que le délai de prescription de Penhold n'a pas commencé à courir après juin 2005, au titre qu'une telle décision « permettrait au demandeur, en pleine connaissance des motifs de son action, de retarder le délai de prescription et d'attendre le moment opportun pour engager des dépenses d'indemnisation et ce faisant appliquer sa propre prescription⁵. » Un élément fondamental des régimes de prescription comme celui de l'Alberta, qui se fonde sur le principe de la découverte de la preuve, est l'idée qu'un délai de prescription doit être calculé objectivement et qu'il est impossible de le manipuler une fois que le préjudice est raisonnablement connu.

De plus, le conseiller-maître soutient que la clause d'indemnisation du contrat conclu entre les parties vise seulement les poursuites en dommages-intérêts par des

² (1988), 89 A.R. 151 (C.A.).

³ *Ibid.*, par. 30.

⁴ *Penhold, supra*, note 1, par. 15.

⁵ *Ibid.*, par. 17.

tiers et n'a pas été prévue de façon à permettre des réclamations directes au titre de la garantie. La clause d'indemnisation ne contient aucun terme explicite sur le sujet, mais le contrat établit clairement un cadre distinct pour gérer les demandes des parties contractantes au titre de la garantie : la clause relative à la garantie accorde à l'entrepreneur un délai de deux ans pour corriger une malfaçon. Dans l'éventualité où les demandes au titre de la garantie auraient pu être acquittées en vertu de la clause d'indemnisation, qui ne prévoit pas de délai similaire de deux ans, Penhold aurait pu réclamer des pertes garanties après l'expiration du délai prévu au contrat, rendant ainsi la clause de garantie totalement vide de sens. La Cour conclut qu'une telle interprétation des dispositions relatives à l'indemnisation serait « illogique » et que la seule interprétation raisonnable du contrat est que l'indemnité contractuelle ne s'applique pas aux travaux liés aux garanties. En conséquence, la clause d'indemnisation prévue au contrat ne permettait pas à Penhold d'allonger son délai de prescription en vue d'engager une action en justice au delà de la période de deux ans suivant la découverte de la preuve prévue par la *Limitations Act*.

L'affaire Penhold est importante pour ce qui n'a **pas** été tranché par la Cour. Si le conseiller-maître avait établi que la clause d'indemnisation du contrat conclu entre les parties donnait naissance à un délai de prescription distinct et indépendant commençant à courir le jour où le demandeur a remboursé les dépenses indemnifiables plutôt que le jour où il a constaté pour la première fois le préjudice, il aurait créé une faille dans le régime des prescriptions statutaires de l'Alberta qui aurait permis aux parties de conclure des contrats contenant des clauses d'indemnisation de façon à différer les actions jusqu'au moment jugé le plus opportun. En l'état actuel de la loi, les parties qui déposent des demandes d'indemnisation à titre de partie principale doivent s'efforcer de le faire d'après la date initiale où le préjudice est constaté, sans tenir compte de la date du paiement final.

COMMUNIQUEZ AVEC NOUS

Pour plus de détails, veuillez communiquer avec un membre de notre groupe national de droit de la [construction et des infrastructures](#).



FRASER MILNER CASGRAIN LLP

YOUR FUTURE IS OUR BUSINESS