

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

92-09-CA

JONES' MASONRY LTD., a body corporate

APPELLANT

- and -

DEFENCE CONSTRUCTION (1951) LIMITED,
a body corporate

RESPONDENT

Jones' Masonry Ltd. v. Defence Construction
(1951) Limited, 2010 NBCA 8

CORAM:

The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
June 29, 2009

History of Case:

Decision under appeal:
2009 NBQB 178

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
November 30, 2009

Judgment rendered:
February 4, 2010

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

Concurred in by:
The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Green

JONES' MASONRY LTD., corps constitué

APPELANTE

- et -

CONSTRUCTION DE DÉFENSE (1951)
LIMITÉE, corps constitué

INTIMÉE

Jones' Masonry Ltd. c. Construction de Défense
(1951) Limitée, 2010 NBCA 8

CORAM :

L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 29 juin 2009

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2009 NBBR 178

Procédures préliminaires ou accessoires :
S. O.

Appel entendu :
Le 30 novembre 2009

Jugement rendu :
Le 4 février 2010

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Green

Counsel at hearing:

For the appellant:
J. William Cabel

For the respondent:
Angela J. Green

THE COURT

The appeal is dismissed with costs.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
J. William Cabel

Pour l'intimée :
Angela J. Green

LA COUR

Rejette l'appel avec dépens.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

[1] This appeal is from a motion decision striking the appellant's Statement of Claim for failing to disclose a reasonable cause of action, as provided for under Rule 23.01(1)(b) of the *Rules of Court* (see [2009] N.B.J. No. 202 (QL), 2009 NBQB 178). As well, the motion judge converted the motion to strike into a motion for judgment under Rule 37.10(a). By notice of motion issued three days before the appeal hearing, the appellant sought to expand the number of grounds of appeal from two to five. Ultimately, the motion and appeal were heard together with the Court reserving on the motion and hearing argument based on all five grounds. I would grant the motion but dismiss the appeal. The respondent should receive costs with respect to both.

[2] This case involves a subcontractor who, because of the insolvency of the contractor, is suing the agent of the owner, a Crown corporation, in an attempt to recover monies that should have been paid by the contractor. As there is no privity of contract between the subcontractor and the agent/owner, the subcontractor sues in negligence for pure economic loss. However, the Supreme Court has carefully circumscribed recovery for this type of loss. Presently, there are five recognized categories. This case falls within none and, hence, must be treated as "novel" and, therefore, decided in accordance with the two-stage "*Anns* test". The pertinent jurisprudence is conveniently summarized in the Supreme Court's most recent decision on the issue: *Design Services Ltd. v. Canada*, [2008] 1 S.C.R. 737, [2008] S.C.J. No. 22 (QL), 2008 SCC 22. The precedential significance of this case is consistent with that decision. The general rule is that "owners" do not owe a duty of care to "subcontractors" with respect to losses flowing from the failure of "contractors" to pay subcontractors. This remains true even if the protections normally available to subcontractors, under the *Mechanics' Lien Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-6, are unavailable because the owner is the Crown.

[3] For purposes of deciding the motion to strike, the facts as alleged in the Statement of Claim are deemed to be true. In 2007, the respondent/defendant, Defence Construction (1951) Limited, a federal Crown corporation responsible for the construction of defence projects on behalf of the federal government, contracted with Toryn Corporation to erect a building on federal lands at Canadian Forces Base Gagetown. The contract price was \$449,000. The contract required Toryn Corporation to post a security deposit of \$80,000. The deposit was paid. Toryn Corporation then contracted with the appellant, Jones' Masonry Ltd. to supply masonry services worth \$148,000. The appellant is still owed \$90,000. Regrettably, Toryn Corporation is insolvent. The last payment to Toryn Corporation came about as a result of a progress claim, dated March 31, 2008, stating that the work under the contract was complete. To the claim was attached a statutory declaration, sworn by the president of Toryn Corporation, stating that as of March 30, 2008, all obligations to subcontractors had been fully discharged. An authorized agent of Defence Construction signed a certificate on March 25, 2008, stating work on the project had been "substantially" completed as of March 20, 2008. Armed with the certificate, Defence Construction released the \$80,000 security deposit to Toryn Corporation. According to the Statement of Claim, work on the project was still ongoing. The employees of Jones' Masonry were on site, full time, until May 15, 2008.

[4] The Statement of Claim posits that, pursuant to s. 3 of the *Mechanics' Lien Act*, all funds in the control of Defence Construction were held in trust for the benefit of Jones' Masonry and that Defence Construction breached the *Act* by paying out money when the contract was not complete. The Statement of Claim goes on to allege Defence Construction was negligent in paying out money to Toryn Corporation when it knew that the contract work was not complete. Finally, the Statement of Claim insists that Defence Construction breached ss. 34 and 80 of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1984, c. F-11, by paying over money to Toryn Corporation even though Defence Construction knew that all work had not been completed. For these breaches, Jones' Masonry claimed damages equal to the \$90,000 left owing by Toryn Corporation.

[5] The motion judge concluded that s. 3 of the *Mechanics' Lien Act* is not applicable for two reasons. The *Act* does not apply to the Federal Crown and Defence Construction does not fall within the *Act's* definition of "owner". While Jones' Masonry conceded that breaches of the *Financial Administration Act* do not create an independent cause of action, it relied on the breaches as evidence of negligence on the part of Defence Construction. Recognizing that the loss in question qualifies as "economic loss", the motion judge accepted that the claim did not fall within a recognized category and, therefore, it was necessary to decide afresh whether Defence Construction owed Jones' Masonry a duty of care. Being a "novel" case, the motion judge ruled, without deciding, that if a duty of care did exist, it was negated by the policy consideration of "indeterminate liability". She then granted the motion to strike the Statement of Claim and also the motion to dismiss the action. (Rule 37.10(a) speaks of "converting" the motion to strike to a motion to dismiss.)

[6] The five grounds of appeal outlined in the Amended Notice of Appeal may be whittled down to three. The motion judge erred: (1) in failing to find that Defence Construction owed Jones' Masonry a *prima facie* duty of care that was not negated because of "indeterminate liability"; (2) in denying Jones' Masonry's request to amend its Statement of Claim; and (3) in dismissing the action pursuant to Rule 37.10(a).

[7] In my view, the motion judge did not err in holding that, if Defence Construction did owe Jones' Masonry a *prima facie* duty of care, the duty was negated by the policy consideration of "indeterminate liability". However, the motion judge failed to explain why the facts of the present case give rise to indeterminate liability. Moreover, she failed to address the preliminary question of whether Defence Construction owed Jones' Masonry a *prima facie* duty of care. As will be seen, in novel cases the Supreme Court canvasses both issues.

[8] As the Statement of Claim raises a "novel" negligence claim, involving recovery for pure economic loss, Jones' Masonry was obligated to establish that a "new" duty of care should be recognized in accordance with the two-stage *Anns* test as

formulated and interpreted in a series of Supreme Court decisions. The most recent is *Design Services Ltd. v. Canada*. Not only does that decision provide a convenient overview and summary of the applicable law, its facts are analogous to those presently under consideration. Both cases involve a construction project and a subcontractor who becomes the plaintiff in an action against the defendant owner/agent. In both cases, there is no privity of contract and, hence, each plaintiff framed their action in negligence. Given the factual similarities one might question whether the present case is truly “novel”. As stated at the outset, the general rule is that owners do not owe a duty of care to subcontractors with respect to losses flowing from the failure of contractors to honour their contractual obligation to pay for work completed: see also *Olympia Janitorial Supplies v. Canada (Minister of Public Works)*, [1997] 1 F.C. 131 (T.D.), [1996] F.C.J. No. 1015 (QL).

[9] The essential facts of *Design Services Ltd. v. Canada* are as follows. Public Works Canada launched a “design-build” tendering process for the construction of a building. The tendering documents stated that interested persons could bid on the project alone or with others as a “joint venture”. Olympic Construction Ltd. bid on the project and for purposes of the litigation it was agreed that the contract had been awarded to a non-compliant bidder. In turn, Olympic Construction and its subcontractors, including Design Services, sued Public Works with respect to the breach of the bidding contract (“Contract A”). Eventually, Olympic Construction settled its action with Public Works. However, the subcontractors continued with their action in negligence as they lacked the requisite privity of contract.

[10] The subcontractors succeeded before the Federal Court for the reason that the law ought to recognize a “new” duty of care; one that was not negated by policy considerations such as indeterminate liability. The Federal Court of Appeal reversed. On further appeal to the Supreme Court, the decision of the Federal Court of Appeal was affirmed. The Supreme Court began its analysis by recognizing that the subcontractors’ claims for economic loss did not fall within one of the five preexisting categories of pure economic loss for which a duty of care has been recognized: (1) independent liability of

statutory public authorities; (2) negligent misrepresentation; (3) negligent performance of a service; (4) negligent supply of shoddy goods or structures; and (5) relational economic loss. This led the Court to consider whether a “new” duty of care should be recognized between owners and subcontractors. To make that determination, the Court applied the two-stage framework originally set down in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.).

[11] While the House of Lords would ultimately reject *Anns* in *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.), our Supreme Court continues to subscribe to the basic tenets of *Anns* on the basis that it provides a useful framework for deciding whether a duty of care should be recognized. The development of the modern Canadian doctrine began with the Supreme Court's recasting of the *Anns* test in *Kamloops (City) v. Nielsen.*, [1984] 2 S.C.R. 2, [1984] S.C.J. No. 29 (QL), explained in *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, [1989] S.C.J. No. 121 (QL) and more recently explained in *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, [2001] S.C.J. No. 76 (QL), 2001 SCC 79 and its companion case *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, [2001] S.C.J. No. 77 (QL), 2001 SCC 80; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, [2003] S.C.J. No. 74 (QL), 2003 SCC 69; *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 S.C.R. 643, [2006] S.C.J. No. 18 (QL), 2008 SCC 18 and *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, [2007] 3 S.C.R. 83, [2007] S.C.J. No. 38 (QL), 2007 SCC 38. Finally, as stated earlier, the most recent Supreme Court pronouncement is *Design Services Ltd. v. Canada*.

[12] To decide whether a new duty of care should be recognized, the Supreme Court turned to the two-stage *Anns* test: (1) is there a sufficiently close relationship between the parties or proximity to justify imposition of a duty; and (2) if so, are there policy considerations which ought to negate or limit the scope of the duty, the class of persons to whom it is owed or the damages to which breach might give rise? In short, the first stage of the framework asks whether a *prima facie* duty of care has been established while the second asks whether there are any valid policy reasons that would negate that duty. But the *Anns* test is not that simple. At the first stage, the court is required to

address two sub-questions: (1) was the harm that occurred the reasonably foreseeable consequence of the defendant's act; and (2) are there reasons, notwithstanding the proximity between the parties established in the first part of the *Anns* test, that tort liability should not be recognized? Curiously, the first question mirrors the "causation" question which is the last of four questions to be addressed when assessing a negligence claim: see *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, [2008] 2 S.C.R. 114, [2008] S.C.J. No. 27 (QL), 2008 SCC 27). With respect to the second question, the Supreme Court, in an earlier decision, considered several factors for evaluating the closeness of the relationship between the parties in order to determine whether it was "just and fair" to find a *prima facie* duty of care. In *Cooper v. Hobart* the Supreme Court stated:

Defining the relationship may involve looking at expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved. Essentially, these are factors that allow us to evaluate the closeness of the relationship between the plaintiff and the defendant and to determine whether it is just and fair having regard to that relationship to impose a duty of care in law upon the defendant. [para. 34]

[13] Once the court determines that a *prima facie* duty of care has been established, according to the touchstones of foreseeability and proximity, the court must turn to the second stage of the *Anns* test and determine whether there are any policy considerations (e.g. indeterminate liability) which ought to negate the *prima facie* duty of care established under the first stage of the *Anns* test.

[14] As should be apparent, at each of the two stages in the *Anns* test, the court is required to address matters of policy before making a determination. The difference is explained in *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, at para. 32. At the first stage, the relevant questions of policy relate to factors arising from the particular relationship between the plaintiff and the defendant. At the second stage, the residual policy considerations are concerned not so much with the relationship of the litigants but with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and

society more generally. However, the possible blending of policy considerations was noted by McLachlin C.J. and Major J. in *Cooper* and discussed more fully by Abella J. in *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, at para. 33.

[15] Applying the above framework, the Supreme Court in *Design Services Ltd. v. Canada* observed that the usual indication of proximity is foreseeability. The trial judge in that case found it reasonably foreseeable that to award the contract to a non-compliant bidder would result in a financial loss to each of the subcontractors. Public Works conceded this point in the Federal Court of Appeal and did not resile from that concession in the Supreme Court. The Court accepted the concession while observing that foreseeability does not of itself, nor automatically, lead to the conclusion that a duty of care exists. Emphasizing that other considerations may be relevant to the issue of “proximity”, the Court seized on a factor identified by the writers Linden and Feldthusen (Allen M. Linden and Bruce Feldthusen, *Canadian Tort Law*, 8th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006) at p. 444). These writers suggested that in cases involving pure economic loss it may be relevant when assessing proximity to consider whether the plaintiff had an opportunity to protect itself by way of contract from the risk of economic loss and declined to do so. The Supreme Court noted that the subcontractors had the opportunity to form a joint venture with Olympic Construction and to become parties to “Contract A”, but declined to do so. This missed opportunity was held to qualify as an overriding policy reason for not recognizing a tort duty. The Court summarized its position as follows: “To conclude that an action in tort is appropriate when commercial parties have deliberately arranged their affairs in contract would be to allow for an unjustifiable encroachment of tort law into the realm of contract” (para. 56).

[16] While the subcontractors’ ability to foresee and protect themselves from economic loss was found to be an overriding policy reason why tort liability should not be recognized under the first stage of the *Anns* test, the Supreme Court went on to consider the second stage and to examine whether there were any residual policy concerns that could negate the recognition of a new duty of care. The Court concluded

that indeterminate liability was such a valid policy reason. Specifically, the Court concluded that: "...care must be taken to find that a duty is recognized only in cases where the class of plaintiffs, the time and the amounts are determinate" (para. 62). The Court concluded that recognizing a new duty of care owed to subcontractors could lead to a multiplicity of lawsuits. Even where subcontractors are named and known by an owner, those subcontractors will have employees and suppliers and perhaps their own subcontractors who could also suffer economic loss. Hence, the construction contract context is one in which the indeterminacy of the class of plaintiffs can readily be seen. For this reason, the Court concluded that even if a *prima facie* duty of care had been found at the first stage of the *Anns* test, it would have been negated at the second under the rubric of indeterminate liability.

[17] Our initial task is to determine whether Defence Construction owed Jones' Masonry a *prima facie* duty of care. Turning to the first stage of the *Anns* test and the touchstones of "foreseeability" and "proximity", it is necessary to ask whether "the harm that occurred was the reasonably foreseeable consequence of the defendant's act". This leads us to ask two more fundamental questions. What is the "act" of the defendant, Defence Construction, which allegedly caused the plaintiff, Jones' Masonry, harm and did that act give rise to the economic loss now being claimed? Together, these two unanswered questions lead one to frame a more fundamental question: What is the true nature of the alleged duty of care?

[18] It is not sufficient to simply ask whether the plaintiff owed the defendant a "novel" duty of care as the answer depends on the nature of the loss for which relief is being claimed. This is not a case where the plaintiff is alleging negligent conduct on the part of the defendant leading to personal injury or property damage. If that were the case, it would be simple enough to formulate the duty in terms of whether the defendant should have reasonably foreseen that its acts or omissions were likely to cause the plaintiff such harm. While no specific reference is made in *Design Services Ltd. v. Canada* to the nature of the duty of care that was being advanced on behalf of the plaintiff subcontractors, the trial judge in that case spoke of the duty in terms of whether it was

reasonably foreseeable that the award of the contract to a non-complaint bidder would result in a financial loss to the subcontractors. Recast, the duty could be framed in terms of whether defendant owed the plaintiff a duty to exercise due care when evaluating tenders submitted with respect to a construction contract and to take reasonable care not to award the contract to a non-compliant bidder. In short, the negligent act was the decision to award the contract to a non-compliant bidder.

[19] Returning to our case, the duty of care may be framed in terms of whether Defence Construction owed Jones' Masonry a duty not to release the security deposit to the contractor, Toryn Corporation, unless Defence Construction took reasonable measures to confirm that work on the building project was complete. Broadly stated, the duty may be recast in terms of whether owners/agents owe a duty to subcontractors not to pay monies to contractors unless and until the owners take reasonable precautions to ensure that the work was completed in accordance with the construction contract. If that is an accurate description of the duty of care being advanced, the allegation of negligence must lie in Defence Construction's assessment that work on the project was "substantially complete". According to the Statement of Claim, the security deposit was disbursed to Toryn Corporation around March 31, 2008, while work on the construction project was not completed until May 15, 2008. Thus, Jones' Masonry must be arguing that it would not have suffered the loss, for which it is now seeking recompense, had Defence Construction deferred repayment of the security deposit until May 15, 2008.

[20] Once the duty of care being advanced is properly framed and the alleged negligent act is identified, it is possible to address the pivotal question posed at the first stage of the *Anns* test: Was the harm suffered the reasonably foreseeable consequence of the defendant's act? Applying that test, we must ask whether the failure of Toryn Corporation to pay Jones' Masonry the balance owing under their contract was the reasonably foreseeable consequence of Defence Construction's decision to repay the security deposit two months before the completion of the construction project (the presumed negligent act). The answer has to be "no". Even if Defence Construction had delayed the payment of the security deposit until such time as the work was actually

complete (May 15, 2008), thereby defeating any allegation of negligence, one cannot reasonably conclude that Jones' Masonry would not have suffered the harm for which compensation is being sought. In short, the notion that Jones' Masonry would have been paid by Toryn Corporation had the security deposit been paid on or after May 15, 2008, does not qualify as a reasonable or plausible inference. At all times, the security deposit would have been paid to Toryn Corporation and not Jones' Masonry; there was never going to be an obligation to pay the deposit to Jones' Masonry.

[21] The long and the short is that we are faced with a subcontractor who is claiming from an owner/agent monies over which the subcontractor has no legal claim or proprietary right. The reality is that any failure on the part of Defence Construction to take reasonable measures to ensure that work on the project was complete before repaying the security deposit to Toryn Corporation would not have caused the loss suffered by Jones' Masonry. Undoubtedly, the loss was caused by whatever business decisions led Toryn Corporation to the basement of insolvency. Certainly, one cannot claim that the premature repayment of the security deposit to Toryn Corporation contributed to its insolvency. How could an influx of cash contribute to, let alone cause, insolvency?

[22] If we strip away all the legal rhetoric underlying the issue of foreseeability and proximity, Jones' Masonry is really asking this Court to impose a duty on owners/agents to adopt positive measures to ensure that contractors pay their subcontractors in cases where the *Mechanics' Lien Act* has no application. This positive duty would be a radical exception to the general common law rule barring recovery for nonfeasance noted in *Childs v. Desormeaux*, at paras. 31 *et. seq.* Moreover, even if the *Act* were applicable, at the very most Defence Construction would have been required to holdback 15% of each payment made to Toryn Corporation (here 15% of the "negligently" returned \$80,000 security deposit) and even then Jones' Masonry would be entitled, at best, to a *pro rata* share of the money with Toryn Corporation's other unpaid creditors. In short, in seeking full recovery, Jones' Masonry is seeking to obtain more

through the law of negligence than would have been available had the *Mechanics' Lien Act* applied to federal construction projects.

[23] Other problems arise from the relief being sought in the Statement of Claim. Jones' Masonry claims from Defence Construction the amount the former is owed by Toryn Corporation. This amount is \$10,000 more than the \$80,000 security deposit. Admittedly, Jones' Masonry could voluntarily reduce its claim to the amount of the security deposit, but this concession would only force us to ask how a court would react if there were other unpaid subcontractors unable to reconcile their balance sheets with Toryn Corporation's insolvency. This type of concern takes us to the second stage of the *Anns* test. Assuming for argument's sake that a *prima facie* duty of care exists, are there any residual policy considerations that would negate that *prima facie* duty? As explained earlier, the Supreme Court has already identified a number of such considerations that negate recognition of a duty of care. One such consideration is the notion of indeterminate liability which extends to both the potential number of plaintiffs and the potential magnitude of the economic loss being claimed. All of these concerns may be reduced to a simple hypothetical. Assume an "owner" is to make a final payment of \$100,000 to the "contractor" who owes \$50,000 to each of 10 subcontractors. In these circumstances, is the law going to expose the owner to a \$500,000 liability with respect to a \$100,000 payment? The answer is self-evident. Hence, even at the second stage of the *Anns* test, the action in negligence is doomed to failure.

[24] In summary, the motion judge did not err in concluding that the Statement of Claim fails to disclose a reasonable cause of action in negligence and, therefore, the Statement of Claim should be struck. This leads one to ask whether the motion judge erred in converting the motion to strike into a motion for judgment under Rule 37.10(a). The law is clear. Absent Rule 37.10(a), a motion judge does not have the authority to dismiss an action under Rule 23.01(1)(b): *Sewell v. Sewell* (2007), 314 N.B.R. (2d) 330, [2007] N.B.J. No. 219 (QL), 2007 NBCA 42, and *Norris v. Lloyd's of London* (1998), 205 N.B.R. (2d) 29 (C.A.), [1998] N.B.J. No. 351 (QL). On the other hand, Rule 37.10(a) provides that on the hearing of a motion, the court may allow or dismiss the motion, or in

the alternative, convert the motion into a motion for judgment. This leads one to pose the question: In what circumstances is it appropriate to convert a motion to strike into a motion for judgment? Inevitably, this issue arises in circumstances where the plaintiff has also sought to amend its Statement of Claim with a view to disclosing a reasonable cause of action. Rule 27.10(2) provides that a party may amend his or her pleading, without leave, before the close of the pleadings.

[25] In our case, the pleadings are not closed. Only the Statement of Claim has been filed and served. Apparently, the motion judge refused the request of Jones' Masonry to amend the Statement of Claim and, with great respect, for good reason. Counsel did not outline the precise nature of the proposed amendments. To overcome that omission Jones' Masonry now argues that it should have been permitted to amend the Statement of Claim to include: (1) reliance on s. 4(1) of the *Law Reform Act*, S.N.B. 1993, c. L-1.2; (2) a claim in tort for "misfeasance in public office"; and (3) a claim for "negligent administration of contract". For the sake of completeness, I am prepared to deal with the merits of these proposed "causes of action". But first, I must deal with the legal principles applicable to the right to amend a pleading on a motion to strike.

[26] In *LawPost v. New Brunswick* (1999), 220 N.B.R. (2d) 146 (C.A.), [1999] N.B.J. No. 492 (QL), the plaintiff appellants, LawPost and S. Bryant Smith, sued the Province of New Brunswick over Crown copyright with respect to the publication and distribution of legislative products (bills, acts and regulations) and court decisions. The plaintiffs also named other entities as defendants: (1) the Legislative Assembly as represented by the Speaker; and (2) the Court of Appeal, the Court of Queen's Bench and the Provincial Court as represented by their respective Chief Justice and in the case of the Provincial Court by the Chief Judge. As would be expected, all of the defendants, save the Province, sought to have the action dismissed on the basis that the Statement of Claim disclosed no reasonable cause of action against them: Rule 23.01(1)(b) and Rule 37.10(a) were invoked. Immediately prior to the motion hearing, the appellants sought to amend the Statement of Claim in an attempt to "manufacture causes of actions against the parties where none had previously existed" (para. 6). The motion judge refused the amendments,

struck the Statement of Claim and allowed the motion for judgment dismissing the claims as against all defendants but the Province.

[27] With respect to the refusal to permit amendments to the Statement of Claim, the motion judge in *LawPost* relied on this Court's decision in *Michaud v. Robertson* (1992), 126 N.B.R. (2d) 247 (C.A.), [1992] N.B.J. No. 455 (QL), to conclude that as no cause of action had been disclosed against the various defendants, the omission could not be remedied through an amendment. On appeal, this Court distinguished the majority opinion in *Michaud v. Robertson* on the ground a Statement of Defence had been filed in that case. The Court went to hold that LawPost and Mr. Smith had the right to amend their Statement of Claim so long as the amendment did not add, delete or substitute a party. The Court went on to consider the proposed amendments and concluded that the plaintiff had still failed to establish a reasonable cause of action.

[28] The notion that it is open to allow amendments to a Statement of Claim on a motion to strike is consistent with this Court's subsequent decision in *Sewell v. Sewell* where Drapeau C.J. held: "...where a generous reading of its provisions fails to breathe life into a [Statement of Claim], all suitable amendments should be allowed (see Rule 27.10(1))" (para. 26). This observation was made in regard to drafting "deficiencies". In the present case, we are dealing with more than drafting deficiencies. For the sake of completeness, and in spirit with this Court's decision in *LawPost*, I am prepared to examine the "three" amendments which Jones' Masonry is advancing in an attempt to breathe life into its Statement of Claim.

[29] The first of the three proposed amendments involves the application of s. 4(1) of the *Law Reform Act*. That provision states that a person who is not a party to a contract but who is identified under the contract as being intended to receive some performance or forbearance under it may, unless the contract provides otherwise, enforce that performance or forbearance by a claim for damages. If s. 4(1) were to have any application, it would be because the construction contract provides that subcontractors are somehow entitled to demand payment of monies owing between the owner or agent

(Defence Construction) and the contractor (Toryn Corporation). If such a contractual provision did exist, s. 4(1) could be invoked to displace the doctrine of contractual privity. However, it is simply implausible that such a contractual provision would exist. In other words, the amendment lacks an air of reality.

[30] The second proposed amendment alleges the facts outlined in the Statement of Claim disclose the intentional tort of “misfeasance in public office”. The law with respect to this tort is discussed in *Odhavji Estate v. Woodhouse*. The essence of the tort is either an intentional unlawful action pursuant to official powers or the failure of a public officer to perform a statutory duty knowing that his or her conduct is unlawful and likely to injure the plaintiffs (subjective awareness that harm is a likely consequence). In the present case, the public officer would have to be Mr. Newman who is either an employee of Defence Construction or its agent. By certificate dated March 25, 2008, Mr. Newman certified that work under the contract had been “substantially completed” as of March 20, 2008. The Statement of Claim asserts that Jones’ Masonry was on the job until May 15, 2008. Even assuming Mr. Newman is indeed in a “public office”, these facts do not support a claim for misfeasance. Moreover, even if Mr. Newman did knowingly issue a false certificate, that fact would not automatically entitle Jones’ Masonry to damages equivalent to the amount of the security deposit or of the entire \$90,000 claimed. As outlined above, Jones’ Masonry never had any right to the deposit, and its release did not cause Jones’ Masonry’s loss.

[31] The third proposed amendment is a claim for “negligent administration of contract” which is tied to a relatively recent decision: *Air-Tite Sheet Metal Ltd. v. N.D. Dobbin Ltd.*, [2008] N.J. No. 220 (QL), 2008 NLTD 135. We are told that *Air-Tite* is under appeal, but in any event the facts of that case bear no resemblance to the one under appeal. In *Air-Tite*, the contractor terminated its contract with the subcontractor. In turn the subcontractor sued the contractor for breach of contract and the owner for negligent administration of contract because the owner allowed the contractor to terminate the subcontract without cause. Under the construction contract, the owner had the right to disallow the contractor from substituting subcontractors. Those are not our facts.

Moreover, *Air-Tite* is problematic to the extent that it recognizes a duty of care without reference to the relevant jurisprudence. Reliance on the Supreme Court's decision in *Naylor-Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 943, [2001] S.C.J. No. 56 (QL), 2001 SCC 58 is, with great respect, misplaced for two reasons: (1) because the litigation in that case was between the contractor and a prospective subcontractor; and (2) the cause of action in that case was breach of contract and not negligence.

[32] In my respectful view, the proposed amendments to the Statement of Claim would not remedy its failure to disclose a reasonable cause of action. Accordingly, the motion judge did not err in converting the motion to strike into a motion for judgment pursuant to Rule 37.10(a) and dismissing the action.

[33] For these reasons, the appeal should be dismissed. Because of the lateness of the motion to amend the Notice of Appeal and the prejudice to the respondent, the latter should be entitled to costs of \$1,000 on the motion and \$2,500 on the appeal.

LE JUGE ROBERTSON

[1] Il s'agit de l'appel d'une décision rendue sur une motion en radiation de l'exposé de la demande de l'appelante pour le motif qu'il ne révélait aucune cause d'action raisonnable, contrairement aux dispositions de la règle 23.01(1)b) des *Règles de procédure* (voir [2009] A.N.-B. n° 202 (QL), 2009 NBBR 178). De plus, la juge saisie de la motion a transformé la motion en radiation en une motion pour jugement en vertu de la règle 37.10a). Par avis de motion transmis trois jours avant l'audition de l'appel, l'appelante a demandé que le nombre de moyens d'appel soit porté de deux à cinq. Au bout du compte, la motion et l'appel ont été entendus ensemble, mais la Cour a différé sa décision sur la motion et elle a entendu les arguments fondés sur les cinq moyens. Je suis d'avis d'accueillir la motion mais de rejeter l'appel. L'intimée devrait se voir adjuger les dépens pour la motion et pour l'appel.

[2] La présente affaire concerne un sous-traitant qui, en raison de l'insolvabilité de l'entrepreneur, poursuit le mandataire du propriétaire, une société d'État, dans une tentative visant à recouvrer une somme que l'entrepreneur aurait dû lui payer. Comme il n'existe aucune connexité contractuelle entre le sous-traitant et le mandataire ou propriétaire, le sous-traitant intente une poursuite en négligence pour perte purement financière. Toutefois, la Cour suprême du Canada a minutieusement circonscrit le recouvrement possible pour ce type de perte. Actuellement, cinq catégories sont reconnues. La présente affaire n'est rattachée à aucune d'elles et, par voie de conséquence, elle doit être traitée comme une catégorie « nouvelle » et donc tranchée selon le critère en deux volets de l'arrêt *Anns*. La jurisprudence pertinente a été bien résumée dans la plus récente décision de la Cour suprême sur la question : *Design Services Ltd. c. Canada*, [2008] 1 R.C.S. 737, [2008] A.C.S. n° 22 (QL), 2008 CSC 22. La valeur de précédent de la présente affaire est compatible avec cette décision. La règle générale veut que les « propriétaires » n'aient pas d'obligation de diligence envers les « sous-traitants » quant aux pertes découlant du défaut des « entrepreneurs » de payer les

sous-traitants. Cela demeure vrai même si les sous-traitants ne peuvent se prévaloir des protections normalement offertes en vertu de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-6, du fait que le propriétaire est l'État.

[3] Dans le cadre de la motion en radiation, les faits reprochés dans l'exposé de la demande sont réputés être vrais. En 2007, l'intimée-défenderesse, Construction de Défense (1951) Limitée, une société d'État fédérale chargée de réaliser des ouvrages de défense au nom du gouvernement fédéral, a passé un contrat avec Toryn Corporation pour la construction d'un bâtiment sur un bien-fonds fédéral à la Base des Forces canadiennes de Gagetown. Le prix du contrat s'élevait à 449 000 \$. Le contrat exigeait que Toryn Corporation verse en garantie un dépôt de 80 000 \$. Ce dépôt a été versé. Toryn Corporation a ensuite conclu un contrat avec l'appelante Jones' Masonry Ltd. pour la prestation de services de maçonnerie d'une valeur de 148 000 \$. La somme de 90 000 \$ demeure impayée et, malheureusement, Toryn Corporation est insolvable. Le dernier paiement fait à Toryn Corporation a eu lieu à la suite d'une demande de paiement partiel, datée du 31 mars 2008, qui indiquait que les travaux prévus au contrat étaient terminés. Une déclaration solennelle par laquelle le président de Toryn Corporation affirmait qu'en date du 30 mars 2008, Toryn Corporation s'était libérée complètement de ses obligations envers les sous-traitants, était jointe à la demande. Un représentant autorisé de Construction de Défense a délivré, le 25 mars 2008, un certificat attestant que, en date du 20 mars 2008, les travaux sur l'ouvrage de défense étaient « presque totalement » terminés. Forte de ce certificat, Construction de Défense a restitué le dépôt de garantie de 80 000 \$ à Toryn Corporation. Par ailleurs, l'exposé de la demande révélait que des travaux étaient toujours en cours. Les employés de Jones' Masonry y ont travaillé à temps plein jusqu'au 15 mai 2008.

[4] L'exposé de la demande pose comme principe que, en vertu de l'article 3 de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux* (la *Loi*), toutes les sommes sous le contrôle de Construction de Défense constituaient des fonds détenus en fiducie au profit de Jones' Masonry et que Construction de Défense a violé la

Loi en restituant des fonds à un moment où les travaux prévus au contrat n'étaient pas terminés. Il est ensuite allégué que Construction de Défense a été négligente en restituant des fonds à Toryn Corporation, sachant que les travaux prévus au contrat n'étaient pas terminés. Finalement, l'exposé de la demande soutient que Construction de Défense a violé les art. 34 et 80 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11, en restituant des fonds à Toryn Corporation même si Construction de Défense savait que les travaux n'étaient pas entièrement terminés. À l'égard de ces violations, Jones' Masonry réclame des dommages-intérêts égaux à la somme que lui doit Toryn Corporation, soit 90 000 \$.

[5] La juge saisie de la motion a conclu que l'art. 3 de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux* ne s'appliquait pas pour deux motifs. La *Loi* ne s'applique pas à l'État fédéral et Construction de Défense n'est pas un « propriétaire » au sens de la *Loi*. Même si elle reconnaît que les violations de la *Loi sur la gestion des finances publiques* ne créent pas une cause d'action indépendante, Jones' Masonry s'est appuyée sur ces violations pour faire la preuve que Construction de Défense avait été négligente. Tout en reconnaissant que la perte en question correspondait à une « perte économique », la juge saisie de la motion a convenu que la réclamation n'entraînait pas dans la catégorie reconnue et que, par conséquent, il était nécessaire de déterminer à nouveau si Construction de Défense avait une obligation de diligence envers Jones' Masonry. Comme il s'agissait d'un cas « nouveau », la juge saisie de la motion a statué, sans toutefois trancher la question, que s'il existait une obligation de diligence, elle était écartée par les considérations de politique afférentes à la « responsabilité indéterminée ». Elle a ensuite accueilli la motion en radiation de l'exposé de la demande et la motion en rejet de la poursuite. (La règle 37.10a) parle de la possibilité de transformer la motion en radiation en une motion en rejet.)

[6] Les cinq moyens d'appel énoncés dans l'avis d'appel modifié peuvent être ramenés à trois. La juge saisie de la motion a fait erreur : (1) en ne concluant pas que Construction de Défense avait envers Jones' Masonry une obligation de diligence *prima facie* qui n'était pas écartée en raison de la « responsabilité indéterminée »; (2) en rejetant

la demande de Jones' Masonry en vue de modifier l'exposé de sa demande; (3) en rejetant la poursuite en vertu de la règle 37.10a).

[7] À mon avis, la juge saisie de la motion n'a pas fait erreur en affirmant que, si Construction de Défense avait une obligation de diligence *prima facie* envers Jones' Masonry, cette obligation était écartée par les considérations de politique afférentes à la « responsabilité indéterminée ». Toutefois, la juge saisie de la motion n'a pas expliqué en quoi les faits de la présente affaire soulevaient la question de la responsabilité indéterminée. De plus, elle n'a pas tranché la question préjudicielle de savoir si Construction de Défense avait une obligation de diligence *prima facie* envers Jones' Masonry. Comme nous le verrons, lorsqu'il s'agit de cas nouveaux, la Cour suprême examine de façon approfondie les deux questions.

[8] Comme l'exposé de la demande soulève une catégorie « nouvelle » de poursuite en négligence en vue du recouvrement d'une perte purement financière, Jones' Masonry devait établir qu'une « nouvelle » obligation de diligence devrait être reconnue suivant le critère en deux volets de l'arrêt *Anns* formulé et interprété dans une série de décisions de la Cour suprême, dont la plus récente est *Design Services Ltd. c. Canada*. Non seulement cette décision donne une vue d'ensemble et un résumé utiles du droit applicable, mais aussi ses faits sont analogues à ceux actuellement à l'étude. Les deux affaires intéressent un projet de construction et un sous-traitant qui intente une action contre le propriétaire ou son mandataire. Dans les deux affaires, il n'existe aucune connexité contractuelle et, par voie de conséquence, la poursuite dans chaque cas se fonde sur la négligence. Compte tenu des similarités factuelles, on pourrait se demander si la présente affaire est vraiment un cas « nouveau ». Tel qu'il a été mentionné au départ, la règle générale veut que les propriétaires n'aient pas d'obligation de diligence envers les sous-traitants quant aux pertes découlant du défaut des entrepreneurs d'honorer leur obligation contractuelle de payer les travaux effectués : voir *Olympia Janitorial Supplies c. Canada (Ministre des Travaux publics) (1^{re} inst.)*, [1997] 1 C.F. 131, [1996] A.C.F. n° 1015 (QL).

[9] Les principaux faits de l'affaire *Design Services Ltd. c. Canada* se résument ainsi : Travaux publics Canada a lancé un appel d'offres dit « conception-construction » pour la construction d'un bâtiment. Les documents de l'appel d'offres précisait que les personnes intéressées pouvaient soumissionner seules ou avec d'autres en formant une « coentreprise ». Olympic Construction Ltd. a fait une offre et, pour les besoins de l'instance, il a été convenu que le contrat avait été adjugé à un soumissionnaire ayant présenté une soumission non conforme. En revanche, Olympic Construction et ses sous-traitants, dont Design Services, ont intenté une action à Travaux publics pour violation du contrat d'appel d'offres (contrat A). Par la suite, Olympic Construction est parvenue à un règlement avec Travaux publics. Les sous-traitants ont cependant maintenu leur poursuite en négligence en raison de l'absence de la connexité contractuelle requise.

[10] La Cour fédérale a accueilli l'action des sous-traitants au motif que le droit devait reconnaître une « nouvelle » obligation de diligence, obligation qui n'était pas écartée par des considérations de politique telles que la responsabilité indéterminée. La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision. Dans un pourvoi à la Cour suprême, la décision de la Cour d'appel fédérale a été confirmée. D'entrée de jeu, la Cour suprême a reconnu dans son analyse que les réclamations des sous-traitants à l'égard des pertes financières subies n'entraient pas dans l'une des cinq catégories préexistantes de pertes purement financières pour lesquelles une obligation de diligence avait été reconnue : (1) la responsabilité indépendante des administrations publiques créées par la loi; (2) la déclaration inexacte faite par négligence; (3) la prestation négligente d'un service; (4) la fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité; (5) la perte économique relationnelle. La Cour suprême a ainsi été amenée à examiner la question de savoir s'il y avait lieu de reconnaître une « nouvelle » obligation de diligence entre propriétaires et sous-traitants. Pour trancher cette question, la Cour suprême a appliqué l'analyse en deux volets initialement prescrite dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (Ch. des lords).

[11] Même si la Chambre des lords avait en fin de compte répudié la décision *Anns* dans *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (Ch. des lords), la Cour suprême du Canada a continué de souscrire aux principes généraux dégagés dans *Anns* parce qu'ils fournissent un cadre utile pour déterminer si une obligation de diligence doit être reconnue. L'évolution de la doctrine canadienne moderne a commencé par la reformulation de la démarche de l'arrêt *Anns* dans l'affaire *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, [1984] A.C.S. n° 29 (QL), qui a été expliquée dans *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, [1989] A.C.S. n° 121 (QL), et plus récemment réexpliqué dans *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, [2001] A.C.S. n° 76 (QL), 2001 CSC 79, et ses décisions complémentaires : *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, [2001] A.C.S. n° 77 (QL), 2001 CSC 80; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, [2003] A.C.S. n° 74 (QL), 2003 CSC 69; *Childs c. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643, [2006] A.C.S. n° 18 (QL), 2008 CSC 18; *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, [2007] 3 R.C.S. 83, [2007] A.C.S. n° 38 (QL), 2007 CSC 38. Finalement, tel qu'il a été mentionné précédemment, la décision la plus récente de la Cour suprême en la matière est *Design Services Ltd. c. Canada*.

[12] Pour déterminer si une nouvelle obligation de diligence devrait être reconnue, la Cour suprême a appliqué le critère en deux volets de l'arrêt *Anns* : (1) y a-t-il un lien suffisamment étroit entre les parties ou un rapport de proximité justifiant l'imposition d'une obligation; (2) dans l'affirmative, existe-t-il des considérations de politique générale exigeant de restreindre ou de rejeter la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages-intérêts auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu? Bref, le premier volet du critère intéresse la question de savoir si une obligation de diligence *prima facie* a été établie, tandis que le second volet intéresse la question de savoir s'il existe des motifs de politique valables qui écarteraient cette obligation. Toutefois, le critère de l'arrêt *Anns* n'est pas si simple. À la première étape, le tribunal doit trancher deux questions : (1) le préjudice subi était-il la conséquence prévisible de l'acte du défendeur; (2) malgré la proximité des parties qui a été établie dans la première partie du critère *Anns*, existe-t-il des motifs pour lesquels la responsabilité délictuelle ne devrait pas être reconnue en l'espèce? Assez curieusement,

la première question reflète la question de la « causalité », à savoir la dernière des quatre questions à examiner dans l'analyse d'une allégation de négligence : voir *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, [2008] 2 R.C.S. 114, [2008] A.C.S. n° 27 (QL), 2008 CSC 27). Quant à la seconde question, la Cour suprême, dans une décision antérieure, a tenu compte de plusieurs facteurs dans l'évaluation de la proximité du lien entre les parties pour déterminer s'il était « juste et équitable » de conclure à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*. Dans *Cooper c. Hobart*, la Cour suprême a affirmé ce qui suit :

La détermination du lien peut supposer l'examen des attentes, des déclarations, de la confiance, des biens en cause et d'autres intérêts en jeu. Il s'agit essentiellement de facteurs nous permettant d'évaluer à quel point le lien entre le demandeur et le défendeur est étroit et de déterminer si, vu ce lien, il est juste et équitable en droit d'imposer une obligation de diligence au défendeur [par. 34].

[13] Dans la mesure où le tribunal détermine qu'une obligation de diligence *prima facie* a été établie, selon les pierres de touche de la prévisibilité et du lien de proximité, il doit passer à la deuxième étape du critère de l'arrêt *Anns* et déterminer s'il existe des considérations de politique générale (par ex., la responsabilité indéterminée) qui devraient écarter l'obligation de diligence *prima facie* établie à la première étape du critère de l'arrêt *Anns*.

[14] Manifestement, à chacune des deux étapes du critère énoncé dans *Anns*, le tribunal doit examiner des questions de politique avant de tirer une conclusion. La différence est expliquée dans *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, au par. 32. À la première étape, les questions de politique pertinentes se rapportent à des facteurs découlant du lien qui existe entre le demandeur et le défendeur. À la deuxième étape, les considérations de politique générale résiduelles ne portent pas tant sur le lien entre les parties au litige que sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique, et sur la société en général. Par ailleurs, la juge en chef McLachlin et le juge Major ont fait état dans *Cooper* de la

possibilité d'une interpénétration des considérations de politique générale, laquelle a été examinée plus en détail par la juge Abella dans *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, au par. 33.

[15] En appliquant ce même cadre d'analyse, la Cour suprême, dans *Design Services Ltd. c. Canada*, a noté que l'indice habituel du lien de proximité est la prévisibilité. Le juge du procès dans cette affaire a conclu qu'il était raisonnablement prévisible que l'adjudication du contrat à un soumissionnaire ayant présenté une soumission non conforme entraînerait une perte financière pour chacun des sous-traitants. Travaux publics a reconnu ce point devant la Cour d'appel fédérale et ne s'est pas rétracté devant la Cour suprême. Celle-ci a accepté la concession tout en faisant observer que la prévisibilité ne conduit pas automatiquement, en soi, à conclure à l'existence d'une obligation de diligence. En insistant sur le fait que d'autres considérations peuvent être pertinentes quant à la question du « lien de proximité », la Cour s'est référée à un facteur cerné par les auteurs Linden et Feldthusen (Allen M. Linden et Bruce Feldthusen, *Canadian Tort Law*, 8^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2006), à la p. 444). Ces auteurs ont proposé que, dans les cas de perte purement financière, il peut être pertinent pour apprécier le lien de proximité d'examiner la question de savoir si le demandeur a eu la possibilité de se protéger par contrat contre le risque de perte financière et ne s'en est pas prévalu. La Cour suprême a constaté que les sous-traitants avaient eu la possibilité de former une coentreprise avec Olympic Construction et de devenir parties au contrat A, mais qu'ils ne s'en étaient pas prévalus. Cette occasion manquée a été assimilée à une raison de principe prédominante pour ne pas reconnaître une obligation en responsabilité délictuelle. La Cour suprême a résumé sa position comme suit : « Conclure qu'une action en responsabilité délictuelle est le recours approprié lorsque des parties commerciales ont volontairement organisé leurs affaires par contrat reviendrait à permettre un empiétement injustifié du droit de la responsabilité délictuelle sur le droit des contrats » (par. 56).

[16] Même si la capacité des sous-traitants de prévoir une perte financière et de s'en protéger a été assimilée à une raison de principe prédominante qui empêche la

reconnaissance d'une responsabilité délictuelle à la première étape du critère de l'arrêt *Anns*, la Cour suprême s'est ensuite penchée sur le deuxième volet et a examiné la question de savoir s'il existait d'autres considérations de politique générale susceptibles d'écarter la reconnaissance d'une nouvelle obligation de diligence. La Cour suprême a conclu que la responsabilité indéterminée était une raison de principe valable. Plus particulièrement, elle a conclu qu'« il faut [...] prendre soin de ne reconnaître une obligation que dans la mesure où l'on peut déterminer la catégorie des demandeurs, la période et les montants en cause » (par. 62). La Cour suprême a conclu que la reconnaissance d'une nouvelle obligation de diligence envers les sous-traitants pourrait conduire à une multiplicité de poursuites. Même dans les cas où le propriétaire connaît le nom des sous-traitants, ceux-ci auront des employés et des fournisseurs et peut-être leurs propres sous-traitants qui pourraient aussi subir des pertes financières. Par voie de conséquence, le contexte des contrats de construction est l'un de ceux où l'on peut facilement constater l'indétermination de la catégorie des demandeurs. Pour ce motif, la Cour suprême a conclu que, même si elle avait conclu à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* à la première étape du critère de l'arrêt *Anns*, cette obligation aurait été écartée à la seconde étape sous la rubrique de la responsabilité indéterminée.

[17] Notre première tâche consiste à déterminer si Construction de Défense a une obligation de diligence *prima facie* envers Jones' Masonry. En abordant la première étape du critère énoncé dans *Anns* et les pierres de touche de la « prévisibilité » et du « lien de proximité », il est nécessaire de se demander si « le préjudice subi était la conséquence prévisible de l'acte du défendeur ». Cette question nous amène à nous poser deux autres questions fondamentales : quel est l'« acte » de la défenderesse, Construction de Défense, qui aurait causé préjudice à la demanderesse, Jones' Masonry, et cet acte a-t-il donné lieu à la perte financière maintenant réclamée? Ensemble, ces deux questions encore sans réponse nous amènent à formuler une question plus fondamentale : quelle est la véritable nature de l'obligation de diligence alléguée?

[18] Il ne suffit pas de simplement s'interroger quant à savoir si la demanderesse avait envers la défenderesse une « nouvelle » obligation de diligence, car

la réponse dépend de la nature de la perte pour laquelle réparation est demandée. Il ne s'agit pas d'une affaire où un demandeur allègue une conduite négligente de la part d'un défendeur qui aurait causé un préjudice corporel ou matériel. Si tel était le cas, il serait assez simple de formuler l'obligation de manière à se demander si la défenderesse aurait dû raisonnablement prévoir que ses actes ou omissions étaient susceptibles de causer pareil préjudice à la demanderesse. Même s'il n'est fait aucune mention dans *Design Services Ltd. c. Canada* de la nature de l'obligation de diligence qui était avancée pour le compte des sous-traitants demandeurs, le juge du procès dans cette affaire a parlé de l'obligation par rapport à la question de savoir s'il était raisonnablement prévisible que l'adjudication du contrat à un soumissionnaire ayant présenté une soumission non conforme entraînerait une perte financière pour les sous-traitants. Reformulée, l'obligation pourrait être énoncée de manière à ce qu'il puisse être déterminé si la défenderesse avait envers les demanderesse l'obligation d'exercer une diligence raisonnable dans l'évaluation des offres soumises pour un contrat de construction et de prendre des mesures raisonnables pour éviter que le contrat soit adjugé à un soumissionnaire ayant présenté une soumission non conforme. Bref, l'acte négligent était la décision d'adjuger le contrat à un soumissionnaire qui avait présenté une soumission non conforme.

[19] Revenons à la présente affaire. L'obligation de diligence peut être énoncée par rapport à la question de savoir si Construction de Défense avait envers Jones' Masonry l'obligation de ne pas restituer le dépôt de garantie à l'entrepreneur, Toryn Corporation, à moins que Construction de Défense n'ait pris des mesures raisonnables pour confirmer que les travaux sur le projet de construction étaient terminés. En termes généraux, l'obligation peut être reformulée de manière à se demander si les propriétaires ou mandataires ont envers les sous-traitants une obligation de ne pas retourner des sommes dues aux entrepreneurs tant et aussi longtemps que les propriétaires ne prennent pas des précautions raisonnables pour s'assurer que les travaux ont été achevés conformément au contrat de construction. Si cet énoncé constitue une description exacte de l'obligation de diligence avancée, l'allégation de négligence doit alors se fonder sur le fait que Construction de Défense a jugé que les travaux du projet étaient

[TRADUCTION] « presque totalement terminés ». Selon l'exposé de la demande, le dépôt de garantie a été retourné à Toryn Corporation vers le 31 mars 2008, mais les travaux de construction n'ont pas été achevés avant le 15 mai 2008. Par conséquent, Jones' Masonry doit faire valoir qu'elle n'aurait pas subi la perte pour laquelle elle demande maintenant compensation, si Construction de Défense avait retardé la restitution du dépôt de garantie jusqu'au 15 mai 2008.

[20] Une fois que l'obligation de diligence avancée est formulée de façon appropriée et que l'acte de négligence reproché est cerné, il est possible d'examiner la question charnière de la première étape du critère de l'arrêt *Anns* : le préjudice subi était-il la conséquence raisonnablement prévisible de l'acte du défendeur? Dans l'application du critère, nous devons nous demander si le défaut de Toryn Corporation de payer à Jones' Masonry le solde dû aux termes de leur contrat était une conséquence raisonnablement prévisible de la décision de Construction de Défense de restituer le dépôt de garantie deux mois avant la fin des travaux de construction (le présumé acte de négligence). La réponse doit être négative. Même si Construction de Défense avait retardé la restitution du dépôt de garantie jusqu'au moment où les travaux auraient été bel et bien terminés (le 15 mai 2008), faisant ainsi obstacle à toute allégation de négligence, on ne peut raisonnablement conclure que Jones' Masonry n'aurait pas subi le préjudice pour lequel elle demande compensation. Bref, l'idée que Toryn Corporation aurait payé Jones' Masonry si le dépôt de garantie avait été restitué le 15 mai 2008, ou après cette date, ne peut constituer une inférence raisonnable ou plausible. Quel que soit le moment, le dépôt de garantie aurait été restitué à Toryn Corporation, et non à Jones' Masonry; il n'y aurait jamais eu d'obligation de remettre le dépôt à Jones' Masonry.

[21] Pour tout dire, nous sommes en présence d'un sous-traitant qui réclame au propriétaire ou à son mandataire des fonds à l'égard desquels il n'a aucune réclamation fondée en droit ni aucun droit de propriété. Il reste que le défaut de Construction de Défense de prendre des mesures raisonnables pour faire en sorte que les travaux soient terminés avant de restituer le dépôt de garantie à Toryn Corporation ne serait pas à l'origine du préjudice subi par Jones' Masonry. Il ne fait aucun doute que la perte a été

causée par des décisions d'affaires quelconques qui ont mené Toryn Corporation à l'insolvabilité. Certes, on ne peut affirmer que la restitution anticipée du dépôt de garantie à Toryn Corporation a contribué à son insolvabilité. Comment une rentrée de fonds pourrait-elle contribuer à l'insolvabilité et à plus forte raison la causer?

[22] Si nous écartons toute la rhétorique juridique sous-jacente à la question de la prévisibilité et du lien de proximité, Jones' Masonry demande effectivement à la Cour d'imposer aux propriétaires ou à leurs mandataires une obligation d'adopter des mesures concrètes pour faire en sorte que les entrepreneurs paient les sous-traitants dans les cas où la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux* ne s'applique pas. Cette obligation positive constituerait une exception draconienne à la règle générale de common law qui empêche le recouvrement pour commission par omission, ou défaut d'agir, règle dont il est question dans *Childs c. Desormeaux*, aux par. 31 et suivants. De plus, même si la *Loi* s'appliquait, Construction de Défense aurait été tenue tout au plus de retenir 15 p. 100 de chaque paiement fait à Toryn Corporation (en l'occurrence 15 p. 100 du dépôt de garantie de 80 000 \$ restitué « par négligence ») et, même dans ce cas, Jones' Masonry aurait droit, dans le meilleur des cas, à un montant au prorata des autres créances impayées de Toryn Corporation. Bref, en demandant un recouvrement complet, Jones' Masonry cherche à obtenir plus sous le régime du droit de la négligence que ce qu'elle pourrait tirer sous celui de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux* si elle s'appliquait aux projets de construction du gouvernement fédéral.

[23] D'autres problèmes découlent de la réparation demandée dans l'exposé de la demande. Jones' Masonry réclame à Construction de Défense le montant que Toryn Corporation lui doit. Ce montant dépasse de 10 000 \$ le dépôt de garantie versé (80 000 \$). À vrai dire, Jones' Masonry aurait pu volontairement réduire sa réclamation au montant du dépôt de garantie, mais cette concession nous aurait tout simplement obligés à nous demander comment une cour réagirait s'il y avait d'autres sous-traitants impayés incapables de composer avec l'insolvabilité de Toryn Corporation dans leur bilan. Ce type de préoccupation nous amène à la deuxième étape du critère énoncé dans

Anns. À supposer, pour les besoins du raisonnement, qu'il existe une obligation de diligence *prima facie*, y a-t-il d'autres considérations de politique générale qui pourraient écarter cette obligation *prima facie*? Tel qu'il a été expliqué précédemment, la Cour suprême a déjà cerné un certain nombre de ces considérations qui empêchent la reconnaissance d'une obligation de diligence. L'une d'elles est la notion de responsabilité indéterminée qui s'étend au nombre potentiel de demandeurs et à l'ampleur potentielle de la perte financière réclamée. Toutes ces préoccupations peuvent être ramenées à une seule hypothèse. Supposons qu'un « propriétaire » est censé faire un paiement final de 100 000 \$ à l'« entrepreneur » qui doit 50 000 \$ à chacun de ses dix sous-traitants. Dans ces circonstances, le propriétaire serait-il exposé en droit à une responsabilité de 500 000 \$ pour un paiement de 100 000 \$? La réponse est évidente. Par voie de conséquence, même à la deuxième étape du critère *Anns*, la poursuite en négligence est vouée à l'échec.

[24] En résumé, la juge saisie de la motion n'a pas fait erreur en concluant que l'exposé de la demande ne révélait aucune cause d'action raisonnable en négligence et que, par conséquent, l'exposé de la demande devait être radié. Cette conclusion amène à se demander si la juge saisie de la motion a fait erreur en transformant la motion en radiation en une motion pour jugement en vertu de la règle 37.10a). La règle de droit est claire. Abstraction faite de la règle 37.10a), un juge saisi d'une motion n'a pas compétence pour rejeter une action en vertu de la règle 23.01(1)b) : *Sewell c. Sewell* (2007), 314 R.N.-B. (2^e) 330, [2007] A.N.-B. n° 219 (QL), 2007 NBCA 42; *Norris c. Lloyd's of London* (1998), 205 R.N.-B. (2^e) 29 (C.A.), [1998] A.N.-B. n° 351 (QL). Par ailleurs, la règle 37.10a) prescrit que, à l'audition d'une motion, la cour peut accueillir ou rejeter cette motion ou, subsidiairement, la transformer en une motion pour jugement. La question à se poser devient alors : dans quelles circonstances est-il approprié de transformer une motion en radiation en motion pour jugement? Inévitablement, cette question est soulevée dans des circonstances où la partie demanderesse a également demandé la modification de son exposé de la demande afin de révéler une cause d'action raisonnable. La règle 27.10(2) prévoit qu'une partie peut modifier sa plaidoirie, sans permission, avant la clôture des plaidoiries.

[25] En l'espèce, les plaidoiries ne sont pas closes. Seul l'exposé de la demande a été produit et signifié. Apparemment, la juge saisie de la motion a refusé la demande de Jones' Masonry en vue de modifier l'exposé de sa demande et ce, en toute déférence, pour un motif valable. L'avocat n'a pas indiqué la nature précise des modifications proposées. Pour contourner ce défaut, Jones' Masonry fait maintenant valoir qu'on aurait dû lui permettre de modifier l'exposé de la demande de manière à inclure : (1) le moyen fondé sur le par. 4(1) de la *Loi sur la réforme du droit*, L.N.-B. 1993, ch. L-1.2; (2) une réclamation en responsabilité civile pour [TRADUCTION] « exécution irrégulière d'une charge publique »; (3) une allégation de [TRADUCTION] « gestion de contrat négligente ». Par souci d'exhaustivité, je suis disposé à examiner le bien-fondé de ces « causes d'action » proposées. Mais d'abord, je dois traiter des principes juridiques applicables au droit de modifier une plaidoirie dans une motion en radiation.

[26] Dans *LawPost et al. c. New Brunswick* (1999), 220 R.N.-B. (2^e) 146 (C.A.), [1999] A.N.-B. n^o 492 (QL), les demandeurs appelants, LawPost et S. Bryant Smith, ont intenté contre la Province du Nouveau-Brunswick une action intéressant le droit d'auteur de la Couronne en matière de publication et de distribution des produits législatifs (projets de loi, lois et règlements) et des décisions judiciaires. Les demandeurs ont également nommé d'autres entités comme défendeurs : (1) l'Assemblée législative représentée par l'Orateur; (2) la Cour d'appel, la Cour du Banc de la Reine et la Cour provinciale représentées par leur juge en chef respectif. Comme on pouvait s'y attendre, toutes les défenderesses, sauf la Province, ont demandé le rejet de l'action au motif que l'exposé de la demande ne révélait aucune cause d'action raisonnable contre elles : les règles 23.01(1)b) et 37.10a) ont été invoquées. Juste avant l'audition de la motion, les appelants ont cherché à modifier l'exposé de la demande dans une tentative visant « à fabriquer des causes d'action contre les parties là où il n'en existait aucune auparavant » (par. 6). Le juge saisie de la motion a refusé les modifications, radié l'exposé de la demande et accueilli la motion visant l'obtention d'un jugement en rejetant les réclamations contre toutes les défenderesses, sauf la Province.

[27] Concernant le refus d'autoriser les modifications à l'exposé de la demande, le juge saisi de la motion dans *LawPost* s'est appuyé sur la décision de notre Cour dans *Michaud c. Robertson* (1992), 126 R.N.-B. (2^e) 247 (C.A.), [1992] A.N.-B. n^o 455 (QL), pour conclure que, puisque l'exposé de la demande initial ne révélait aucune cause d'action contre les diverses défenderesses, on ne pouvait remédier à cette lacune par voie de modification. En appel, la Cour a écarté l'opinion de la majorité dans *Michaud c. Robertson* au motif qu'un exposé de la défense avait été produit dans l'affaire dont elle était saisie. La Cour a ensuite statué que *LawPost* et M. Smith avaient le droit de modifier l'exposé de leur demande pourvu que la modification ne consistât pas à ajouter, supprimer ou remplacer une partie. La Cour a ensuite examiné les modifications proposées et conclu que les demandeurs avaient une fois encore échoué dans leur tentative d'établir une cause d'action raisonnable.

[28] La thèse voulant qu'il soit loisible de permettre des modifications à l'exposé de la demande dans une motion en radiation est compatible avec la décision subséquente de notre Cour dans *Sewell c. Sewell*, où le juge en chef Drapeau a affirmé que « [...] lorsqu'une interprétation généreuse de ses dispositions ne rétablit pas [l'exposé de la demande], il convient de permettre toute modification opportune (règle 27.10(1)) » (par. 26). Cette observation a été faite relativement à des « lacunes » de rédaction. En l'espèce, il ne s'agit pas uniquement de lacunes de rédaction. Par souci d'exhaustivité, et dans l'esprit de la décision de la Cour dans *LawPost*, je suis prêt à examiner les « trois » modifications proposées par Jones' Masonry dans une tentative de rétablir l'exposé de sa demande.

[29] La première des trois modifications proposées intéresse le par. 4(1) de la *Loi sur la réforme du droit*. Cette disposition prévoit qu'une personne qui n'est pas partie à un contrat mais qui est identifiée dans celui-ci comme devant bénéficier de quelque exécution ou abstention prévue par le contrat peut, à moins que le contrat ne stipule autrement, faire exécuter le contrat ou l'abstention par une réclamation de dommages-intérêts. Si le par. 4(1) devait avoir une application, ce serait parce que le contrat de

construction prévoit que les sous-traitants sont d'une façon ou d'une autre autorisés à exiger le paiement de sommes dues par le propriétaire ou mandataire (Construction de Défense) à l'entrepreneur (Toryn Corporation). Si pareille disposition contractuelle existait, le par. 4(1) pourrait être invoqué pour supplanter la doctrine de la connexité contractuelle. Toutefois, l'existence d'une pareille disposition contractuelle est tout simplement invraisemblable. En d'autres termes, la modification n'est pas vraisemblable.

[30] La deuxième modification proposée allègue que les faits décrits dans l'exposé de la demande révèlent le délit intentionnel de « malfaisance dans l'exercice d'une charge publique ». Il est question du droit applicable à ce type de délit dans *Succession Odhavji c. Woodhouse*. Le délit consiste essentiellement soit en un acte illégitime intentionnel dans l'exercice d'une charge publique, soit dans le défaut de la part d'un fonctionnaire d'exécuter une obligation prévue par la loi sachant que sa conduite est illégitime et susceptible de causer préjudice aux demandeurs (connaissance subjective que le préjudice est une conséquence probable). Dans la présente affaire, le fonctionnaire devrait être M. Newman, qui est un employé de Construction de Défense, ou son représentant. Dans un certificat daté du 25 mars 2008, M. Newman a confirmé que, le 20 mars 2008, les travaux prévus au contrat étaient [TRADUCTION] « presque totalement terminés ». Jones' Masonry affirme dans l'exposé de sa demande avoir effectué des travaux jusqu'au 15 mai 2008. Même en tenant pour acquis que M. Newman exerce effectivement une « charge publique », ces faits ne corroborent pas une allégation de malfaisance. Qui plus est, même si M. Newman avait en toute connaissance de cause délivré un faux certificat, ce fait ne permettrait pas automatiquement à Jones' Masonry d'obtenir des dommages-intérêts équivalant au montant du dépôt de garantie ou à la somme entière réclamée de 90 000 \$. Tel qu'il a été indiqué auparavant, Jones' Masonry n'avait aucun droit sur le dépôt et sa restitution n'a pas causé la perte qu'elle a subie.

[31] La troisième modification proposée est une allégation de [TRADUCTION] « gestion de contrat négligente » qui se rattache à une décision relativement récente : *Air-Tite Sheet Metal Ltd. c. N.D. Dobbin Ltd.*, [2008] N.J. No. 220 (QL), 2008 NLTD 135. La Cour a été informée que cette décision a été portée en appel

mais, en tout état de cause, les faits de cette affaire ne s'apparentent pas à ceux du présent appel. Dans *Air-Tite*, l'entrepreneur a résilié son contrat avec le sous-traitant. En revanche, le sous-traitant a poursuivi l'entrepreneur pour rupture de contrat et le propriétaire pour gestion de contrat négligente parce que le propriétaire avait permis à l'entrepreneur de mettre fin au contrat avec le sous-traitant sans raison valable. Aux termes du contrat de construction, le propriétaire avait le droit de refuser que l'entrepreneur remplace les sous-traitants. Les faits dans la présente affaire sont différents. Qui plus est, *Air-Tite* pose problème dans la mesure où une obligation de diligence y est reconnue sans référence à la jurisprudence pertinente. Le choix de la décision de la Cour suprême dans *Naylor-Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 943, [2001] A.C.S. n° 56 (QL), 2001 CSC 58 est, en toute déférence, peu judicieux pour deux raisons : (1) le litige dans cette affaire intéressait l'entrepreneur et un éventuel sous-traitant; (2) la cause d'action dans cette affaire est une rupture de contrat et non la négligence.

[32] À mon humble avis, les modifications proposées à l'exposé de la demande ne permettraient pas de remédier à son défaut de révéler une cause d'action. Par conséquent, la juge saisie de la motion n'a pas fait erreur en transformant la motion en radiation en une motion pour jugement en vertu de la règle 37.10a) et en rejetant l'action.

[33] Pour ces motifs, je suis d'avis que l'appel devrait être rejeté. Compte tenu de la tardivité de la motion en vue de modifier l'avis d'appel et du préjudice causé à l'intimée, cette dernière devrait avoir droit à des dépens de 1 000 \$ pour la motion et de 2 500 \$ pour l'appel.