

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

82-20-CA

B E T W E E N:

POTASH CORPORATION OF  
SASKATCHEWAN INC.

APPELLANT

- and -

HB CONSTRUCTION COMPANY LTD.

RESPONDENT

- and -

B E T W E E N:

HB CONSTRUCTION COMPANY LTD.  
(formerly COMSTOCK CANADA LTD.)

APPELLANT

- and -

POTASH CORPORATION OF  
SASKATCHEWAN INC. and WOOD CANADA  
LIMITED (formerly AMEC AMERICAS  
LIMITED)

RESPONDENTS

Potash Corporation of Saskatchewan Inc. v. HB  
Construction Company Ltd., 2022 NBCA 39

CORAM:

The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice LaVigne  
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
October 2, 2020

E N T R E :

POTASH CORPORATION OF  
SASKATCHEWAN INC.

APPELANTE

- et -

HB CONSTRUCTION COMPANY LTD.

INTIMÉE

- et -

E N T R E :

HB CONSTRUCTION COMPANY LTD.  
(auparavant COMSTOCK CANADA LTD.)

APPELANTE

- et -

POTASH CORPORATION OF  
SASKATCHEWAN INC. et WOOD CANADA  
LIMITED (auparavant AMEC AMÉRIQUES  
LIMITÉE)

INTIMÉES

Potash Corporation of Saskatchewan Inc. c. HB  
Construction Company Ltd., 2022 NBCA 39

CORAM :

l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge LaVigne  
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
le 2 octobre 2020

History of Case:

Decision under appeal:  
2020 NBQB 180

Preliminary or incidental proceedings:

[2020] N.B.J. No. 319  
[2020] N.B.J. No. 332  
[2021] N.B.J. No. 67  
[2021] N.B.J. No. 92  
[2021] N.B.J. No. 217  
[2021] N.B.J. No. 238  
[2021] N.B.J. No. 356  
[2021] N.B.J. No. 358  
Unreported decision filed September 30, 2021  
2022 NBQB 59

Appeal heard:

October 26, 27 and 28, 2021

Judgment rendered:

August 11, 2022

Reasons for judgment by:

The Honourable Justice LeBlond

Concurred in by:

The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice LaVigne

Counsel at hearing:

For Potash Corporation:

Peter T. Zed, Q.C., Laura Boyd and John P. F. Morrissy

For HB Construction Company Ltd.:

Robert M. Creamer, Q.C., Matthew Robert Letson,  
Howard M. Wise and Mark S. Dunn

For Wood Canada Limited:

Frederick C. McElman, C.M., Q.C., Clarence Lee  
Bennett, Conor O'Neil and Lara J. Greenough

## THE COURT

The appeals are dismissed. A further hearing will be scheduled with respect to the issue of costs.

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
2020 NBBR 180

Procédures préliminaires ou accessoires :

[2020] A.N.-B. n° 319  
[2020] A.N.-B. n° 332  
[2021] A.N.-B. n° 67  
[2021] A.N.-B. n° 92  
[2021] A.N.-B. n° 217  
[2021] A.N.-B. n° 238  
[2021] A.N.-B. n° 356  
[2021] A.N.-B. n° 358  
Décision inédite déposée le 30 septembre 2021  
2022 NBBR 59

Appel entendu :

les 26, 27 et 28 octobre 2021

Jugement rendu :

le 11 août 2022

Motifs de jugement :

l'honorable juge LeBlond

Souscrivent aux motifs :

l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge LaVigne

Avocats à l'audience :

Pour Potash Corporation :

Peter T. Zed, c.r., Laura Boyd et John P. F. Morrissy

Pour HB Construction Company Ltd. :

Robert M. Creamer, c.r., Matthew Robert Letson,  
Howard M. Wise et Mark S. Dunn

Pour Wood Canada Limited :

Frederick C. McElman, C.M., c.r., Clarence Lee  
Bennett, Conor O'Neil et Lara J. Greenough

## LA COUR

Les appels sont rejetés. Une audience complémentaire aura lieu pour traiter de la question des dépens.

## TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Introduction</u>	1
A. <i>The actions below</i>	1
(1) <u>The first action</u>	3
(2) <u>The second action</u>	9
B. <i>The decision</i>	10
II. <u>Factual Context</u>	14
A. <i>The Comstock Contract</i>	28
B. <i>The change order process and scheduling</i>	34
C. <i>The weekly coordination meetings</i>	44
III. <u>The Appeals</u>	141
IV. <u>Standards of Review</u>	144
V. <u>Analysis</u>	148
<u>Comstock's Appeal</u>	
A. <i>Should AMEC have been found liable in damages to Comstock?</i>	148
B. <i>Is AMEC liable for collusion or bad faith conduct relating to its claim of common interest privilege with PCS?</i>	182
<u>A common interest privilege claim does not support liability for collusion</u>	182
<i>No basis for the proposition that a claim of common interest privilege must create an adverse inference of collusion or conduct that would breach the contractual duty of good faith</i>	183
<i>No evidence of collusion or bad faith conduct</i>	188

C.	<i>Did AMEC commit the tort of inducing breach of contract?</i>	190
D.	<i>Are there grounds for an award of punitive damages against AMEC or PCS?</i>	208
E.	<i>Comstock's delay-related claims</i>	229
	(1) <u>Accepted methodology for assessing site duration costs</u>	231
	(2) <u>Correct application of methodology</u>	240
	(3) <u>Other delay-related costs</u>	262
	(4) <u>Changes to the work</u>	279
	(5) <u>Impact of cold weather</u>	286
	(6) <u>Area availability</u>	294
	<u>PCS's Appeal</u>	298
F.	<i>Should the trial judge have drawn an adverse inference against Comstock for its failure to call Geoffrey Birkbeck to testify?</i>	298
	(1) <u>Criteria for drawing adverse inference</u>	299
	(2) <u>The test for granting an adverse inference</u>	300
	(3) <u>No material evidence</u>	302
G.	<i>Did the trial judge err by conflating the issue of Comstock's failure to diligently conduct changes to the work with whether that failure amounted to a refusal to perform the work in assessing PCS' grounds to terminate the Comstock Contract?</i>	310
H.	<i>Did the trial judge err in her assessment of Comstock's knowledge of the particulars to support PCS' termination of the Comstock Contract?</i>	323

<u>Mr. McLellan testified Comstock did not know what the Notice of Default referred to and that evidence was not challenged</u>	336
I. <i>Could PCS terminate the Comstock Contract based on the doctrine of fundamental breach?</i>	343
<u>The test for fundamental breach</u>	346
J. <i>Did the trial judge err in law in not allowing a set-off against Comstock's claim for the deficiencies claimed by PCS following contract termination?</i>	360
<u>PCS failed to prove its rework claim</u>	366
VI. <u>Disposition</u>	376
Appendix "A": General Conditions	Page 124

The judgment of the Court was delivered by

LEBLOND, J.A.

I. Introduction

A. *The actions below*

[1] The underlying actions to the two appeals filed in these matters relate to the construction of a compaction plant at the potash mine of Potash Corporation of Saskatchewan Inc. (PCS) located in Penobsquis/Picadilly, New Brunswick. The project is sometimes referred to, both in the decision below and in these reasons, as “CP-15.” The construction contract was awarded to Comstock Canada Ltd. (the “Comstock Contract”). Following PCS’ termination of the Comstock Contract, and prior to the underlying trial, pursuant to an Approval and Vesting Order of the Ontario Superior Court of Justice dated December 13, 2013, HB Construction Company Ltd. acquired certain assets of Comstock, including the rights to the action it commenced below, in accordance with a plan of compromise or arrangement of Comstock under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, as amended. Throughout the reasons in the decision of the judge below, the contractor is referred to as Comstock, and the same designation will be used in these reasons in the interest of continuity.

[2] PCS had a separate contract with AMEC Americas Limited to receive the engineering, procurement, design and construction management for the project. Of particular interest for these appeals, AMEC was responsible for assessing Comstock’s claims for additional compensation by way of the contractual change order process. It was also responsible for assessing any claim by Comstock for additional time to complete the work. Comstock was aware of AMEC’s role from the tendering stage. AMEC has since changed its corporate designation to Wood Canada Limited, but again, in the interest of continuity with the decision below, it will be referred to as AMEC in these reasons.

(1) The first action

[3] In the first action, Comstock claimed damages against both PCS and AMEC. As against PCS, it claimed:

- 1) damages for breach of contract in the amount of \$4,581,195;
- 2) additional damages of \$13,500,613 for breach of contract, breaches of collateral warranties, breach of the duty to act in good faith, misrepresentation and negligent misrepresentation;
- 3) in the alternative, compensation in the amount of \$18,081,808 on the basis of *quantum meruit* for wrongful repudiation of the Comstock Contract or independent of it; and
- 4) in the further alternative, compensation and/or restitution in the amount of \$18,081,808.

[4] As against AMEC, Comstock claimed damages in the same amount of \$18,081,808 for:

- 1) tortious interference with contractual relations and economic interests;
- 2) in the alternative, inducing breach of contract;
- 3) in the further alternative, misrepresentation or negligent misrepresentation;  
and
- 4) further still, breach of the duty to act in good faith.

[5] In addition to the above and as against both PCS and AMEC, Comstock claimed:

- 1) damages for the wrongful conversion of its personal property, which damages were included in the above amount of \$18,081,808; and
- 2) punitive, aggravated and/or exemplary damages.

[6] Finally, Comstock claimed interest and HST on all damages plus costs.

[7] PCS counterclaimed against Comstock for breach of contract. It claimed:

- 1) damages representing the incremental costs incurred to retain another contractor to finish CP-15; and
- 2) damages to cover the cost of rectifying Comstock's deficient work.

[8] PCS quantified its claim at trial in the amount of \$17,565,735. It further asserted a right of set-off in defence of Comstock's claims. Finally, it also claimed interest and costs.

(2) The second action

[9] The second action consisted of Comstock's action against PCS under the *Mechanics' Lien Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-6. Comstock asserted entitlement to a claim for lien for the amount owed to it by PCS as the owner under the *Act*. It claimed payment of the sum of \$47,714,977 plus HST, interest and costs. In the event that PCS defaulted on payment, it claimed for the statutory relief against PCS' estate and interest in its lands and premises as set out in the *Act*.

B. *The decision*

[10] The trial judge awarded Comstock damages in the amount of \$6,731,289, which was broken down as follows:

- 1) \$2,059,676.84 (amount owing from lien holdback)
- 2) \$683,908.61 (payment for June 2010 work)
- 3) \$625,245.09 (payment for July 2010 work)
- 4) \$1,660,500.00 (damages for labour productivity losses)
- 5) \$677,662.00 (damages for extended overhead costs)
- 6) \$58,249.53 (damages for additional direct costs)
- 7) \$29,129.76 (added burdens on additional direct costs)
- 8) \$264,951.00 (termination costs)
- 9) \$134,524.60 (5% profit on \$2,690,492, items 4 to 8 above)
- 10) \$537,442.10 (13% HST on \$4,134,170, items 2 to 9 above)

[11] The judge dismissed both the PCS counterclaim and the Comstock action against AMEC in their entirety.

[12] The decision did not address costs for any of the claims, nor did it address the interest payable on the damages. The judge retained jurisdiction to deal with these issues at the request of the parties. Her decision on both costs and interest was released

after the hearing of these appeals: *HB Construction v. Potash Corporation et al.*, 2022 NBQB 59, [2022] N.B.J. No. 114 (QL). PCS has appealed the award of pre-judgment interest. Although the issue of costs had been addressed at the hearing of the appeals, two of the parties have asked to be heard further on that subject. The Court will hear the parties with respect to costs on appeal at the same time as it hears the appeal of the aforementioned decision.

[13] The decision does not address all of the relief claimed by Comstock in its lien action. The appeal of that portion of the decision is dealt with in the companion reasons released concurrently with the present reasons: *HB Construction Company Ltd. v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2022 NBCA 40.

## II. Factual Context

[14] In 2007, PCS elected to expand its operation at the Penobsquis/Picadilly mine. The estimated value of the proposed expansion was \$1.7 billion, which included the contract it would eventually award to Comstock for part of the expansion. In fact, construction of the compaction plant was valued at \$120,000,000, which included the Comstock Contract. Other contractors would be involved with the construction of other components, all under the supervision and management of AMEC. The incentive for this major investment was a strong global market for potash and compacted potash products, and PCS wished to have the project completed as soon as possible.

[15] The evidence from Clark Bailey, Senior Vice-President of PCS at the time, confirmed PCS' preference for a lump-sum or fixed-price contract for the construction of CP-15 so the eventual contractor would assume as much as possible of the risk associated with construction. By the time PCS wished to go to tender in late 2008, however, the engineering and drawings that AMEC was preparing were not sufficiently advanced for it to request lump-sum tenders, but they provided enough information to permit contractors to bid on a cost-plus basis. As a result, it was decided to seek cost-reimbursable tenders.

[16] AMEC was responsible for the tendering process. In order to secure the right to submit a bid, interested contractors were invited to make their presentations to both AMEC and PCS, and a determination would then be made as to who would be asked to bid. In its presentation, Comstock held itself out as a sophisticated, knowledgeable and well-established contractor in this particular type of industry and indicated it was prepared to begin mobilizing once engineering was 70% complete. CP-15 called for mechanical, heating, ventilation and air conditioning, piping, electrical and instrumentation work. Comstock was aware drawings and related specifications would be voluminous and would continue to be produced and revised as construction progressed.

[17] The Request for Proposals was issued on February 10, 2009. Comstock was among four contractors invited to bid. All attended a pre-tender meeting and participated in a site walk-through on February 18, 2009. Construction of the structural elements of CP-15 was already underway, but not all of the drawings with respect to the work to be performed under the eventual Comstock Contract were ready for construction purposes. However, as noted, they were sufficiently advanced to permit bids to be sought on a cost-reimbursable basis.

[18] On April 3, 2009, Comstock tendered its bid with a “target” price of \$34,943,169. It qualified the bid by what it termed “incentive schemes” related to various levels of performance milestones. It was not a typical cost-reimbursable bid but rather a target price “to be used for accounting and benchmarking purposes only.”

[19] On April 17, 2009, Comstock reduced its price to \$33,937,381 because of a saving obtained from one of its subcontractors. That made it the third-lowest cost-reimbursable bid of the four.

[20] On April 20, 2009, AMEC asked for revised bids in light of refinements made to the scope of work and engineering as reflected on revised drawings. However, on April 30, 2009, before revised bids were received, AMEC and PCS held an on-site

meeting with Comstock representatives to obtain clarifications on Comstock's bid. Another tour of the site took place. During the meeting, PCS advised Comstock it had decided to ask the four bidders to re-tender on a lump-sum price basis. As the PCS expert explained at trial, when lump-sum bids are requested, contractors are entitled to assume the engineering/design of the scope of work is sufficiently advanced to allow for lump-sum bidding. The trial judge found PCS and AMEC were satisfied this was the case (at para. 13). Comstock's Executive Vice-President, Peter Semmens, advised Comstock was prepared to bid on that basis.

[21] On May 1, 2009, AMEC sent a bid clarification letter to the four cost-plus bidders seeking their interest in bidding on a lump-sum or fixed-price basis. All four confirmed their interest and a formal Invitation to Tender was issued on May 30, 2009, with a closing date of June 19, 2009. The contract award was planned for July 31, 2009, with a completion date of May 14, 2010. AMEC issued more revised drawings during this process until June 13, 2009. The tender closing date was extended to July 3, 2009.

[22] On June 10, 2009, all four contractors attended another site meeting and walk-through. This was a final opportunity for all to ask their questions of AMEC, seek clarifications and review the tender documents.

[23] On July 3, 2009, Comstock submitted the lowest lump-sum bid in the amount \$34,479,169.41. Much to the surprise of PCS and AMEC, that bid was actually lower than its original cost-reimbursable bid and almost the same as its revised bid. As noted, the generally well-known fact in the construction industry, acknowledged by all parties, is that a lump-sum contract entails less risk to the owner because the contractor absorbs most of the risk of unforeseen but typically predictable cost overruns. It is an accepted practice within the industry, which is not in dispute in this case, that lump-sum bid prices will be higher than cost-reimbursable bids so that the contractor can shield itself from as much of the increased risks as possible.

[24] On July 9, 2009, AMEC wrote to Comstock to seek clarification of its lump-sum bid. Another on-site meeting was held with another walk-through. The clarification process, which included reviewing additional revised drawings issued by AMEC, resulted in an adjustment to Comstock's price on July 23, 2009, increasing it to \$36,279,170 with a new completion date of May 30, 2010. That bid was still \$7.6 million lower than the next closest bid. The particulars of the four cost-reimbursable and lump-sum bids, together with the differences between the two types of bids, were as follows:

<b>Contractor</b>	<b>Cost-reimbursable bid</b>	<b>Lump-sum bid</b>	<b>Increase</b>
Comstock	\$35,496,997	\$36,279,170	\$782,173 (2%)
Contractor #2	\$33,678,343	\$43,841,202	\$10,162,859 (30%)
Contractor #3	\$36,783,897	\$45,912,278	\$9,128,381 (25%)
Contractor #4	\$30,870,869	\$48,374,166	\$17,503,297 (57%)

[25] The record is not clear as to whether PCS and AMEC were concerned with the significantly lower Comstock lump-sum tender when compared to the others, but there is no dispute it was incumbent on Comstock to do its due diligence and research before submitting its tender to ensure its cost assumptions were correct and there were no serious omissions. As will be seen, errors with Comstock's bid were discovered long after the award of the contract, but there is nothing in the record to show PCS and AMEC were aware of them prior to the award.

[26] Comstock's execution plan, submitted with its tender, projected mobilization by August 17, 2009. Significantly, as will be seen, it proposed to use overhead cranes owned by PCS, which needed to be certified and turned over to Comstock for use during construction. Scheduling of much of the work depended upon the timely turnover of the cranes.

[27] PCS and AMEC decided to award the contract to Comstock with Clark Bailey being the last person to sign off on the selection on August 11, 2009. The next day, August 12, PCS wrote to Comstock confirming the award of the contract for the amount of \$36,279,170 plus HST, but the contract was not signed until December 18, 2009. The parties acknowledge it became effective August 14, 2009. The work was to

commence August 30 with substantial completion to be achieved by April 15, 2010, and final completion by May 30, 2010.

A. *The Comstock Contract*

[28] Article 1 of the signed document referenced above specified the contract included a number of additional documents such as the drawings, the specifications, the General Conditions (“GC”) set out in the contract and the construction schedule. The GCs relevant to the appeals and discussed in these reasons are attached as Appendix “A.” Comstock’s schedule, including its “baseline” version, was incorporated into the contract and approved by AMEC. Comstock was contractually required to update the schedule on an ongoing basis for AMEC’s approval. The contract documents also included Comstock’s “Execution Plan,” which specified it would use a 10-tonne and a 25-tonne crane to move materials and equipment during construction. PCS and AMEC were to provide and set up the cranes. Other documents formed part of the Comstock Contract, but these are the most relevant to the issues on appeal.

[29] Following the award of the contract, Comstock held an internal meeting on August 17, 2009, to review job scheduling, change order management and other items. The minutes of this meeting record that many change orders were expected for this job and that they needed to be managed effectively from the beginning. In order to do this, Comstock recognized it would need to involve excellent change order personnel to manage all trades, including the mechanical and electrical ones. This was required in order to stay abreast of anticipated design and other changes as the work progressed and to comply with the contractual requirements for change order requests.

[30] On August 20, 2009, Comstock attended a project kick-off meeting with representatives of PCS and AMEC during which the scope of work, drawings and schedule were discussed.

[31] Comstock mobilized to the site and began its work on August 31, 2009. Two days later, on September 2, it received a further set of up-to-date drawings from AMEC, which reflected further changes to the work. Comstock had only been on site for two days and was already contemplating preparing a submission for an increase to its contract price. This is discussed more fully below but, before this first change order issue is examined, the facts relating to the preparation of Comstock's first schedule must be set out because change orders and schedules are closely connected in terms of whether a change order, if justified, impacts a schedule.

[32] Pursuant to GC 19.2.1, Comstock was required to submit its baseline construction schedule by the end of August 2009. However, AMEC's construction coordinator did not provide Comstock with the up-to-date information it needed to do that until September 1, 2009, and the deadline for submission of the schedule was extended to September 8, 2009. Comstock submitted a preliminary schedule on September 10, 2009, and advised it had a scheduler working on the baseline schedule. Ultimately, the baseline schedule was produced on September 25 and accepted by AMEC on September 29, 2009, almost one month into a projected nine-month construction period.

[33] On September 25, the same day the schedule was produced, Comstock submitted a change order to AMEC for \$1,172,771 for the pricing changes related to the revised drawings. This was rejected and, after a series of exchanges on the revised price, during which Comstock's price rose to \$1,465,243, the parties eventually settled on \$911,000 on November 18, 2009, as reflected in the change order AMEC prepared that day. The contract price increased to \$37,190,170.35. However, the official change order was not issued to Comstock until February 2010, largely because of PCS' delay in approving it.

B. *The change order process and scheduling*

[34] The main issues in this case are scheduling, productivity and change orders. Many of the claims in Comstock's action and PCS' counterclaim are connected to them. They are at the root of many of the grounds raised in the appeals. PCS and AMEC continuously complained Comstock never had sufficient and experienced staff on site to efficiently deal with change orders and construction schedules.

[35] In a lump-sum contract, the contract price and completion date remain the same unless they are modified by an approved change order. Changes are a normal and expected part of the construction process. The Comstock Contract provided that, when AMEC issued revised drawings that increased the cost or time required to perform the work, Comstock could request change orders to increase the contract price or extend the completion date, but the request required documentary support to show why the revised designs would result in increased costs or construction time for Comstock.

[36] Comstock, PCS and AMEC all anticipated there would be many changes during the project. If and when a change in work arose, Comstock was required to follow the terms of its contract and demonstrate the change impacted the price and/or schedule.

[37] In the event Comstock determined that a change initiated by AMEC or PCS warranted a change to the price or schedule, it was required, in accordance with G.C. 47.4.2, to provide a notice of claim in writing to AMEC within seven days of receiving a Field Work Order, Contract Change Order, or revised construction drawing. The Contract provided that Comstock would not be entitled to additional compensation or an extension from PCS unless notice was provided within the time required by GC 47.4.2. The notice provided by Comstock was to include a description of the change in work and an explanation of Comstock's proposed change in value of the contract price, or the contract schedule, as applicable.

[38] The Contract required Comstock to proceed with any changes in the work regardless of AMEC's decisions on its claims. If Comstock was dissatisfied with AMEC's decision on a given claim, it could indicate that it was proceeding under dispute.

[39] Comstock senior management understood there was a need for an overall change order manager, as well as two other change order managers dedicated to the electrical and mechanical trades. However, Comstock only staffed the job with one change order manager, who left the site in November 2009.

[40] Following that departure, Comstock's only change order manager was the less experienced Project Manager, Brian McLellan, who began overseeing the preparation of all change order requests.

[41] Comstock never had a full-time scheduler dedicated to the project. The two part-time schedulers who worked on this project rarely visited the site, performing most of their work out-of-province from Comstock's head office in Burlington, Ontario. Comstock's payroll records show that its schedulers worked sporadically on the project, and not full-time, contrary to AMEC's recommendation.

[42] As the project progressed, Comstock began issuing claims for additional payment outside the contractual change order process. PCS and AMEC representatives continuously advised Comstock that changes to the Contract were governed by its terms, and claims needed to be submitted to AMEC using the change order process and be accompanied by the necessary supporting documentation.

[43] Brian McLellan's evidence was that Comstock did not always follow the change order process, including providing timely notice of claims.

C. *The weekly coordination meetings*

[44] The minutes of the weekly site meetings, which were entered as an exhibit at trial, provide a chronology of events with respect to the issues on appeal. They were prepared by AMEC and signed for acceptance by Comstock and PCS. Representatives of all three parties were typically in attendance at all such meetings. According to the minutes, the scheduling and productivity requirements expected of Comstock were first discussed early in the project.

[45] Comstock discussed the schedule internally and knew that it was an integral aspect to its Contract. The evidence confirms that, from the beginning of the bidding process, Comstock senior management knew the schedule was ambitious and would require special attention, including additional construction and scheduling management as recommended by AMEC. However, Mr. McLellan testified that Comstock senior management never conveyed this information to him.

[46] The Contract required that Comstock submit its initial schedule 14 days after notification of the contract award – or August 26, 2009 (14 days following the August 12 letter of intent).

[47] By September 8, 2009, Comstock had not submitted a schedule, and AMEC requested the same. Comstock submitted its proposed baseline schedule and met with AMEC to discuss it on September 17, 2009. Comstock's scheduler did not attend. The following week, on September 25, 2009, Comstock submitted another baseline schedule, showing a completion date of May 31, 2010, which AMEC accepted on September 29, 2009.

[48] Following approval of the baseline schedule, the Contract required Comstock to submit weekly and monthly schedule updates to AMEC for approval and in order to track the project's progress (G.C. 19.3.5). As matters unfolded, the September

25, 2009 baseline schedule would be the only schedule approved by AMEC throughout the project.

[49] As early as October 6, 2009 (and on many other occasions throughout the project), AMEC informed Comstock that its schedule submissions lacked the required information. Moreover, Comstock failed to submit its weekly and monthly schedules in accordance with the Contract.

[50] As the trial judge noted from a report prepared by Richard Fogarasi, an engineer who reported to AMEC:

Pursuant to G.C. 19.3.1 the schedule had to meet a number of requirements, including among other things, that it be prepared in the Critical Path Method; show each activity duration in a level of detail of two weeks or less, unless it is an ongoing task; be based on early start and early finish logic for each activity/task; show the start, finish and Commissioning dates and duration for each activity/task; show the float for each activity/task, include an estimate of the number of workers required each week and have estimated manhours per task shown.

AMEC's acceptance of the baseline schedule submitted September 25, 2009 meant that AMEC accepted it was in general compliance with the requirements of the Contract, although it did not indicate AMEC approved the correctness or adequacy of the program shown in the schedule (G.C. 19.2.1). [Trial Decision, at paras. 674-675]

[51] The record shows on October 15, 2009, AMEC noted Comstock was continuing to submit improper schedules and requested that it bring its scheduler on site until the scheduling issue was properly addressed. Notwithstanding this request, Comstock did not send its schedulers to the site until April-June 2010, when they began attending the site part-time.

[52] The first weekly schedule was submitted and discussed at the October 27, 2009 meeting, but the productivity report was still outstanding. This report was required

by GC 20.1.1 and 20.3.2.2 on a weekly basis. It needed to set out the progress of the work in terms of the parameters set out in GC 20.1.1 and the time taken as compared to the time allowed and the percentage completed for each item of work. The following job site weekly minutes and related events confirm how the Comstock Contract progressed from that point. Only the parts of the minutes of meetings that are relevant to the appeals are referenced.

November 17, 2009

[53] The baseline schedule did not correspond to the weekly schedule submitted by Comstock, which was already behind schedule in some areas due to access issues largely the responsibility of PCS or AMEC. Comstock's on-site Project Manager, Mr. McLellan, wrote to AMEC. In his correspondence titled, "Notice of Delays," he raised concerns with access to the Motor Control Center (MCC) room, the foundations for the cooling towers and delay in accessing the 25-tonne and 10-tonne cranes to be provided by PCS for Comstock's use in executing the work. Mr. McLellan warned AMEC these delays might impact the construction schedule, but stated Comstock would do whatever it could to lessen that impact. AMEC's site coordinator disputed these items would impact the schedule.

November 24, 2009

[54] On November 23, Comstock submitted a schedule for discussion at the next day's meeting, but it was not accepted by AMEC because some items were already showing completion dates beyond May 31, 2010. Comstock was asked to resubmit it. The first discussion of a claim process occurred at this meeting.

December 1, 2009

[55] The previous scheduling issue was not resolved, and AMEC insisted on productivity reports.

December 8, 2009

[56] A resubmitted schedule indicated the crane issues might cause schedule slippage. Comstock advised it was in the process of assessing the impact of the delays caused by the unavailability of the cranes contrary to the contractual requirement. AMEC again requested productivity reports.

December 15, 2009

[57] AMEC reiterated its requests for the productivity reports.

January 5, 2010

[58] Comstock advised it would submit a revised schedule that week. It had been reduced to working 40 hours per week for the previous two weeks as opposed to the contracted 50 hours.

January 12, 2010

[59] Comstock forces were still working 40 hours per week, but it advised there would be no impact on the schedule because of this. It professed to be constantly “monitoring” the schedule and estimated the work was 30% complete at this stage.

January 19, 2010

[60] The only entry of note for this meeting was that Comstock was, once again, to provide an update of the schedule.

January 26, 2010

[61] Comstock claimed the work was 35% complete according to its current schedule; however, AMEC advised the schedule did not show all the required information, and Comstock agreed to review. At this point, Comstock considered increasing its weekly hours and establishing a night shift. AMEC rejected its proposal of a new completion date of June 7, 2010.

February 2, 2010

[62] Comstock's schedule was still deficient according to AMEC. It was showing 38.5% completion, but AMEC was of the view Comstock was 10% behind schedule. It again insisted on a weekly schedule for review. Comstock demanded faster turnaround times for change order approvals to avoid schedule delays although it agreed no change order processing had yet held up the work. However, AMEC requested supporting information for Comstock's claims for delays caused by the crane issues. The "late cranes impact claim" was calculated by Comstock at \$1,547,475 and was primarily related to moving equipment and materials (Trial Decision, at para. 89). Comstock advised the schedule would be adjusted to reflect the delay in having the cranes operational, but it anticipated a two-week delay for completion of the mechanical work under the contract.

February 9, 2010

[63] It was agreed the schedule needed to be reviewed and revised. The last schedule accepted by AMEC was the baseline, which was then showing 40% completion. AMEC advised it still believed Comstock was 10% behind schedule but could not make a definitive determination without Comstock's accurate updated schedules, which had to be submitted in time for each weekly meeting. Between the baseline and the current schedule, there was a loss or discrepancy of 30,000 man-hours. The biggest concern was the electrical work. Comstock advised the night shift would begin pulling cable that

evening. It was thought that the earned man-hours needed to increase for the schedule to be met and that 12,000 man-hours per week would be required for the following six weeks. There were many change orders in circulation, and Comstock again requested quicker approval to avoid schedule delays. However, once again, Comstock agreed that none of the outstanding change orders had yet held up the work. AMEC reminded Comstock the IFC (issued for construction) drawings gave Comstock the authority to proceed with the work, and approval of change orders was only required for out-of-scope work as provided in the Comstock Contract GCs and Terms. Comstock disagreed with this position. AMEC was still in the process of reviewing the claim related to the cranes when Comstock confirmed there were no other pending or anticipated claims provided the outstanding change orders received timely approval.

February 16, 2010

[64] Comstock's updated schedule showed 38% completion and it claimed to be achieving 3% completion per week. AMEC thought this schedule was unrealistic and stated that a scheduler needed to be on site full-time to produce more realistic schedules. The change order debate continued, and the status of the cranes claim remained unchanged.

February 23, 2010

[65] Comstock now claimed 47% completion, but AMEC again challenged the accuracy of this statement in the absence of a revised schedule. It again requested productivity reports for comparison with the revised schedule, once submitted. Many change orders had been approved for approximately \$960,000 with another \$500,000 worth still awaiting approval by PCS. The cranes claim was still under review; however, on February 19, 2010, AMEC agreed the late delivery of the cranes had caused cost impacts and offered to settle that claim for \$457,000 on a "without prejudice" basis. On February 23, 2010, Comstock countered with \$1,253,673, but AMEC refused to budge on its offer.

March 2, 2010

[66] AMEC once again requested an updated and accurate schedule, recovery plan and cost implications. AMEC believed Comstock was 38% complete, but Comstock argued it was 42% complete, both figures being lower than the figure put forth by Comstock at the February 23, 2010 meeting. Comstock's new proposed completion date of July 7, 2010, was to be reviewed but, once again, AMEC wanted Comstock's scheduler to be on site full-time.

[67] Later in March, it became apparent Comstock was in trouble and could not finish the Contract on time. AMEC expressed the need for Comstock senior management to intervene. Comstock sent additional estimators and its Senior Vice President, Brian Guite, to the site to oversee the project and help manage the Contract.

March 9, 2010

[68] A major schedule discussion took place during this meeting. AMEC indicated the percentage of Comstock's alleged completion was not accurate based on field observations. Major equipment was unaccounted on the schedule, and activities were not linked. The discussion then centred on hours of work. The minutes reflect earned-to-date hours of 117,959, burned-to-date hours of 186,229 and budget completion hours of 280,056 with an estimated burned by completion hours of 442,426. This meant that Comstock was taking far more time to do the work than it had originally contemplated when bidding on the contract. Comstock reported a total earned percentage of completion of 42.1% on the base contract for the prior week with 38% completion overall. For the current week, it claimed 45% on the base contract and 41% overall. It set its productivity at 63.3%. AMEC noted the last accepted baseline schedule dated back to September 2009 and without an accurate update, activities could not be planned. Once again, AMEC told Comstock to get its full-time scheduler on site and reminded Comstock of the "promises" contained in its initial proposal, which secured the contract

for it and had not been fulfilled. Those promises included having a full-time scheduler on site. Comstock gave the assurance this individual would be on site Mondays and Tuesdays in the future. Comstock submitted more supporting information on the cranes claim. AMEC reviewed it and made a counteroffer to Comstock's last number. Negotiations continued, but the claim remained unresolved.

March 16, 2010

[69] It was agreed a separate scheduling meeting would be held the next day, but it was not held until March 24 as discussed below. Nevertheless, AMEC rejected Comstock's proposed revised schedule, which showed a completion date of August 11, 2010. There was no further word on the cranes claim.

March 23, 2010

[70] Comstock was to provide the construction team with a two-week plan as of April 1, 2010.

March 24, 2010

[71] At this special scheduling meeting, AMEC voiced grave concerns. It stated that, if Comstock's schedule was correct, the entire project was in big trouble. Comstock was now admitting to a significant error relating to 30,000 hours for scaffolding and labour, which should not have been part of the schedule. This error had the effect of pushing the completion date out to August 2010, but Comstock insisted it could complete the work by July 15, 2010. It promised to have a workable schedule by March 27. AMEC rejected the July 15 completion date.

March 29, 2010

[72] There was a further scheduling review meeting, during which AMEC questioned Comstock's overall completion estimate of 59%.

March 30, 2010

[73] Comstock now said the work was 50% complete, but AMEC believed the number was lower. AMEC again asked when it could expect to receive productivity reports, and Comstock stated it would "start" submitting them the following week. AMEC had received Comstock's response on the cranes claim, and the minutes stated the claim was expected to be resolved. A new completion date was set at July 15, 2010, but AMEC requested Comstock provide the details of all costs associated with having to remain on site beyond the original completion date of May 31, 2010, as well as the cost of recovery and details of any costs associated with doing whatever was necessary to pull the schedule back to the original completion date in accordance with GC 22 (acceleration of work). AMEC indicated if Comstock believed AMEC was responsible for any of these costs, it needed to identify which portion and the rationale for attribution to AMEC. The record discloses the Comstock representative did not sign off on these minutes. On April 1, Comstock submitted a revised schedule showing a completion date of July 16, 2010.

April 6, 2010

[74] The night shift was expected to complete cable pulling by the end of April. That work was 50% done. Productivity reports were made available to AMEC, and Comstock advised it would provide its extended schedule impact costs later. There were numerous additional change orders under review, and the cranes claim was still not resolved. Until this point, the minutes had always recorded no other claims were anticipated pending timely approval of change orders. That note was not in these or subsequent minutes. All other pending claims were deferred to Brian Guite, of Comstock, who was to respond following this meeting.

April 13, 2010

[75] Comstock advised productivity reports were available for AMEC to review. Comstock indicated it would continue with the night shift until the end dates were achieved. The current end date for the project was July 15, 2010, which meant there were 14 weeks remaining. Comstock added 100 people to its workforce the previous week. It had not achieved its desired percentage of completion and was reviewing its performance. It was showing an overall completion of 56.45% and was forging ahead with the July 15 completion as the goal. There were still many outstanding change orders. Comstock was now indicating any further late decisions could affect the schedule as the end date was approaching. There was still no change on the cranes claim status. Comstock had still not submitted its extended schedule cost impact analysis. Brian Guite advised there were no other pending or anticipated claims. However, three days later, he took a different position in his letter of April 16, 2010.

Mr. Guite's letter of April 16, 2010

[76] In his April 16, 2010 letter to AMEC's project and construction managers as well as to PCS' Executive Vice-President, Mr. Guite claimed damages of approximately \$8.5 million, which included \$2 million of subcontractor cost overruns and a net project delay of three months beyond the July 15, 2010 date. He attributed the delays to a number of issues, none of which, in his view, was the responsibility of Comstock. These included the lack of quality and reliable tender documents (now some 12 months after the fact), the lack of availability of the cranes and their numerous breakdowns once they were made available, the lack of access to a Master Project Schedule and delays associated with the MCC room. His letter went on to argue AMEC had placed itself in a position of conflict of interest and needed to be removed from further participation as future discussions would relate to determinations of claims and requested time extensions, which arose from actions taken by AMEC. He requested the

disputes be submitted to mediation and, failing resolution, Comstock and PCS could go to arbitration. This letter was copied to Comstock's lawyer.

April 20, 2010

[77] AMEC rejected the proposed July 15, 2010 end date. Comstock claimed a current completion rate of 60.89% with 4.4% achieved the previous week. It claimed to be constantly monitoring and reviewing the schedule. AMEC expressed concern with the achievability of the May 31, 2010 end date and noted it had never formally approved the July 15 date. Comstock indicated it would continue with its night shift until milestone dates were achieved. The same note as in previous minutes continued to be recorded with respect to the many outstanding change orders and late decisions affecting the schedule as the ultimate end date approached. The cranes impact claim was noted to be included in the claim for the extended schedule cost impacts reflected in Mr. Guite's letter of April 16, 2010.

April 27, 2010

[78] AMEC confirmed its rejection of the July 15, 2010 end date and reaffirmed the May 31, 2010 date. Comstock was now claiming 64.15% completion and noted it had achieved 3.2% the previous week. AMEC requested immediate notification from Comstock if the proposed July 15 end date was not achievable, and Comstock indicated it felt it would meet that date. It is not clear from these minutes where that left the April 16, 2010 Guite letter. Comstock's biggest concerns related to ductwork and insulation. Comstock noted it was "pushing hard." AMEC expressed concern certain activities' end dates were being pushed out until there was no "float" left in the overall schedule, quickly eliminating any time within the schedule to complete late work and get back on schedule. Once again, there were still many outstanding change orders. As previously noted, all pending and anticipated claims were addressed in Mr. Guite's letter of April 16, which was superseded by his letter of April 28, 2010.

Mr. Guite's letter of April 28, 2010

[79] On April 28, 2010, Mr. Guite again wrote to AMEC and PCS, this time requesting specific time extensions. He asked for 20 weeks relating to the cranes' availability and breakdown issues, 12 weeks for the late and changed IFC drawings, eight weeks for unresolved change orders and six weeks for extra material handling. On May 4, 2010, AMEC responded and asked for particulars of these costs and schedule impacts together with a revised schedule and the quantification of the additional costs.

[80] That day, May 4, Mr. Guite provided the following particulars of Comstock's claim to AMEC in writing:

1. Cranes issues: \$1,547,475
2. Extended duration costs: \$1,600,000
3. Drawing revisions from bidding to construction: \$1,500,000
4. Unresolved change orders: \$1,300,525
5. Additional overtime/acceleration: \$3,500,000
6. Tender v. as built quantities: \$800,000
7. Extra material handling: \$1,100,000
8. Subcontractors: \$2,500,000
9. General and miscellaneous: \$1,560,000
10. Late responses and critical items: \$600,000

[81] Admittedly, most of the particulars appear to be "rounded" numbers but, in any event, the total claim was now slightly over \$16,000,000, almost twice the amount claimed two weeks earlier in the April 16<sup>th</sup> letter. Mr. Guite offered to accommodate what he labelled PCS' accelerated completion date but with the additional manpower required to do that, which he estimated at more than 400 people as opposed to the 180 for whom Comstock had budgeted, he advised AMEC it would be unreasonable and unfair to expect Comstock to continue spending millions of dollars to do this extra or changed work without approving fair and reasonable change orders. He noted that to this point,

AMEC had not approved any change orders for even a single day of extension time and had not processed the claims for what he termed “huge delays and changed conditions associated with the late cranes and revised drawings.”

May 4, 2010

[82] The minutes of this meeting are essentially silent on the events of a few days earlier, as noted above. They simply continue to record that the July 15 completion date was not acceptable to AMEC and Comstock was reporting completion at 66.01% with 1.88% achieved the previous week. The same notification issued by AMEC for further particulars of the claims is noted.

[83] Also, on May 4, Comstock submitted a letter requesting a five-month extension to the project schedule and re-asserted its claim of \$16 million in extra payment.

[84] On May 5, Mr. Bailey of PCS and Mr. Semmens, of Comstock, had three telephone conversations. Mr. Bailey recorded in his personal notes Mr. Semmens as saying Comstock would not agree to continue with the work on the basis of change orders and a fixed-price contract. However, he recorded that in the last conversation, some ten minutes after the one just referenced, Mr. Semmens called back and advised that he had changed his mind and that Comstock would continue with the Comstock Contract. However, Mr. Semmens explained Comstock was \$9 million underfunded on the project and anticipated a loss of \$15 million by completion. PCS was left wondering whether Comstock would continue with the work, but Comstock gave the assurance it would abide by the terms of the contract.

[85] On May 6, 2010, Comstock wrote to PCS and AMEC and provided two options:

1. Complete the work by July 15, 2010, with a change order for \$5.2 million;  
or
2. Revert to a “standard” work week and achieve completion on November 26, 2010, at an estimated additional cost of \$2.6 million.

[86] On May 7, 2010, PCS was now considering, for the first time, terminating the Comstock Contract and retaining another contractor to finish the project. That day, while that discussion was taking place, AMEC advised Comstock that the November 26, 2010 date was not acceptable and that additional details were required in support of the first option. AMEC’s written notice was sent in accordance with GC 47.9.1 and 47.9.3, which deal with change orders and their approvals. They provide as follows:

**47.9.1** Any major or significant Change to the Scope of Work or Changes to the terms of the Contract shall be authorized, documented, executed and incorporated into the Construction Documents by direct issue of a Contract Change Order. All costs shall be authorized, controlled and processed as if for the original Scope of Work.

**47.9.3** ENGINEER will determine the validity of any claim submitted by CONTRACTOR when sufficient information and Documentation has been received. If ENGINEER determines the claim to be valid, with or without adjustments, ENGINEER shall issue a Contract Change Order. Each Contract Change Order shall be numbered sequentially and signed by both parties. Each Contract Change Order shall specify:

- a) The Change in the Work, which may be by reference to Construction Drawings, Specifications or other instructions;
- b) The adjustment, if any, to the Contract Price, including the method of valuation, and to the Contract Schedule.

[87] On May 8, 2010, Mr. Guite responded to AMEC and advised his position was that AMEC had all the information it needed to make its determination on option

one. He accused AMEC of simply delaying, which he said amounted to bad faith in its contract management duties.

May 11, 2010

[88] The minutes of this meeting record Comstock's most recent schedule still showed a completion date of July 15, 2010, which continued to be unacceptable to AMEC. Comstock reported completion at 68.46% with 2.45% achieved the previous week. There is no explanation as to why the weekly completion rates do not cumulatively add up from week to week.

[89] The most significant entry for the purposes of this appeal is the verbal notice Comstock gave at this meeting that the completion date was being pushed back to November 26, 2010, and that it would lay off 200 people effective immediately and cancel its night shift. There was some dispute at trial as to whether the 200-person reduction was actually discussed. AMEC requested written notice of this new information and manpower adjustment. Comstock advised it was proceeding with option two above. It agreed to submit, at AMEC's request, a new schedule with the new end date of November 26. All other discussions were postponed until after the new schedule was received. Mr. Guite also advised more claims could be expected.

[90] On May 13, 2010, AMEC responded to Comstock's May 8, 2010 letter, wherein AMEC explained why sufficient supporting documentation was required before any change order could be authorized. AMEC clarified that the single page spreadsheet summarizing costs of \$5.2 million did not meet the contractual requirements. AMEC further clarified its May 7, 2010 letter was not a rejection, but an outline of the supporting information required to validate Comstock's claims.

[91] On May 17, 2010, Comstock issued a letter in reply to AMEC's May 13, 2010 response. It referred AMEC to its earlier correspondence and its original bid as being its supporting documentation. No further documents were provided.

[92] Comstock submitted a new schedule on May 16, but it did not mention the November 26 end date. It maintained the July 15 end date for the time being on the basis it was still awaiting approval of outstanding change orders and dealing with continuing engineering changes and was waiting on the availability of overhead cranes as well as the return of components that had been returned to their manufacturers because of defects.

[93] On May 17, AMEC wrote Comstock to express its concerns about Comstock's ability to even meet its proposed July 15 deadline. It asked that Comstock submit weekly reports with weekly schedules comparing the prior week's actual work and planned work and showing the planned work for the following two weeks. AMEC asked for particulars of the work planned but not done and remedial measures to get back on schedule. It asked for planned activities that depended on the receipt of information from AMEC and, finally, a breakdown of daily manpower by trade. Comstock responded by stating it would be happy to bring in additional forces to meet these demands but wanted an approved change order first. Otherwise, it confirmed the July 15 date would not be achievable. AMEC advised the information sought was not in addition to the contract scope but was requested pursuant GC 20.3.2.1, which states:

**20.3.2.1 CONTRACTOR** shall submit a weekly report including, without limitation:

- a) A three week "windowed" bar graph schedule for Work in both print form and Primavera electronic file copy. The three week breakdown shall show the planned versus actual for previous week, and the planned Work for current week and following week. The activity breakdown should be such that no activity is longer than 10 Days, and should include all Subcontractor's Work;
- b) Explanations, in point form, for planned activities that did not take place during the previous week and the remedial action planned to ensure the overall schedule is maintained;

- c) Planned activities on the forthcoming two week period that are dependent on outstanding Engineering information, Materials deliveries, or OWNER information should be clearly identified;
- d) A compilation/distillation of the information contained in the daily reports;
- e) Other information as ENGINEER may require.

[94] On May 17, 2010, Comstock asked for a 12-week extension to the schedule. This request was triggered by a \$67,604 quote it sent to AMEC to remove and install force feeders and was accompanied by a request for a change order. Comstock advised there would be additional charges for overhead site expenses after May 31, 2010. In the following days, Comstock would submit more quotes of this nature, all related to the same conditions. AMEC continued to respond Comstock was to proceed with the work under the Comstock Contract. However, a six-week extension to the May 31 end date was approved, but only for the work relating to the reinstallation of the cooling pumps.

May 18, 2010

[95] The minutes of that day record Comstock had approximately 350 workers on site but was about to lay off 75 people that week. It was also going to cancel the night shift the next day. Comstock's daily reports were showing a higher number of workers on site than there actually were, and it agreed to review this. Comstock advised it would continue to downsize the workforce given that AMEC had never accepted the July 15 end date. It indicated it would continue to work toward a November 26 end date under option two. Comstock's current schedule was showing 71.93% completion with 3.47% done the prior week. Again, AMEC disputed these figures. AMEC asked why Comstock bothered to submit a revised schedule if it knew it was not achievable in terms of a July 15 end date. There is no recorded answer from Comstock to the question, but it advised more claims could be expected. These minutes are not signed.

[96] On May 19, 2010, Comstock advised the delay in approval of four change orders had caused construction delays ranging from 24 to 55 days which, it argued, put PCS in breach of contract. Comstock took the position these delays amounted to new claims and that damages would be ongoing.

[97] On May 20, 2010, Comstock asked AMEC and PCS to have their design engineers attend the weekly coordination meetings to manage the continuing design changes.

[98] On May 21, 2010, executives and senior management of Comstock and PCS met. No one from AMEC was present. The purpose of the meeting was for PCS to hear Comstock's concerns firsthand. Bob Quinn, then president of Comstock, indicated that they thought the project was a \$60 million job and had become something completely different than the one on which they had bid. Comstock asked to be paid for the work done to date and offered to complete the rest on a time and material basis. Otherwise, if nothing was done, Comstock would revert to a 40-hour week with 250 workers, which would push the end date into 2011. Mr. Quinn advised Comstock had no intention of leaving the job but would be downsizing.

[99] Mr. Bailey of PCS stated he saw three options for consideration:

1. Terminate the Comstock Contract on the basis of a termination for convenience at this point and complete the work with another contractor;
2. Continue the Comstock Contract with the change order process; or
3. Accept Comstock's recommendation to pay it for work done to date and complete the project on a time and material basis.

May 25, 2010

[100] The minutes record Comstock did not submit a revised schedule for this meeting, and it advised it did not know when one might be sent.

[101] On May 30, 2010, Comstock submitted a new schedule, which showed a completion date of October 6, 2010. It again stated it could not account for the volume and timing of changes and time needed to approve changes by AMEC or PCS. It also asked for the status of drawing revisions from AMEC. It advised it could not generate a reasonable schedule without this. GC 19 provided that time was of the essence, and Comstock took the position PCS was in breach of that GC given the long delays it had caused.

[102] The May 31, 2010 contractual end date passed.

June 1, 2010

[103] At this weekly meeting, Comstock again sought quick turnaround on engineering and drawings in order to continue. AMEC indicated approvals would be provided as soon as possible. The updated schedule showing the October 6, 2010 end date was discussed. AMEC stated it needed to be revised as the manpower shown for the future critical path was not clear. It was agreed the schedulers for Comstock and AMEC would meet on site to work together.

[104] On June 3, 2010, Mr. Bailey and Mr. Semmens again spoke by telephone. Mr. Semmens advised he anticipated change orders could reach \$55-56 million. He was still seeking to move from the fixed-price Comstock Contract to a cost-plus arrangement, but he understood PCS was not budging on this issue. They also discussed the October 6, 2010 completion date, which both believed was attainable. However, Mr. Bailey believed Comstock's productivity needed to increase. Mr. Bailey asked Mr. Semmens if Comstock

wanted to finish the project or stop and mitigate its losses. Mr. Semmens replied it wanted to finish the job and get back on PCS' and AMEC's "good side."

[105] Mark Neis, an engineer and employee of AMEC, was asked to independently review Comstock's claim and provide a recommendation for its resolution under the contract. He arrived on site on June 6 to begin this process. Owen McElhinney was retained by PCS' counsel to review and advise on some of Comstock's claims. Mr. Neis believed they would both be working together. Mr. McElhinney set up his office in AMEC's site trailer.

[106] A third individual, Phil MacKenzie, an AMEC estimator, also came to the site some time before June 9 and prepared a cost summary report, which indicated the forecasted costs to complete CP-15 stood at \$42,805,854, excluding most of Comstock's claims. The total estimated by Mr. MacKenzie, assuming schedule creep of five months to the new October completion date, was \$58,813,854 using Comstock's numbers and \$49,604,679 using AMEC's numbers. AMEC was of the view Comstock needed to add 172,100 man-hours to finish the project. In order to complete the work in the five months to the October finish, Comstock would require 173 people on site daily for the duration.

June 8, 2010

[107] The only entry of note is that AMEC was still in the process of reviewing the schedule.

[108] On June 11, 2010, a meeting was held among representatives of Comstock, AMEC and PCS with senior executives/management in attendance for all three. Comstock called the meeting to discuss "unresolved issues." The agenda included a series of claims, which had reached \$25.6 million, the largest portion of which related to costs incurred and to be incurred for alleged misrepresentations as to the state of design completeness at the time of tendering together with major design changes since then, which Comstock priced at \$19,547,700. It was also looking for extended duration costs,

associated with delays and changes, of \$4,576,552. The options Comstock put on the table for discussion were a renegotiated fixed-price contract, a conversion to a cost-plus model or a hybrid of the two. Failing acceptance of one of these options, it threatened to walk off the job and litigate. However, Comstock reconfirmed its commitment to finish the job by October 6. AMEC did not believe this was possible without significant management changes within Comstock. Mr. Neis asked AMEC to review the Comstock proposal and provide a recommendation. Comstock handed over five binders of materials in support of its position. However, on June 15, 2010, AMEC delegated this review task to Mr. Neis in accordance with GC 12.4. Mr. Neis was also tasked with the negotiation of all claims under the contract.

June 15, 2010

[109] With the Neis review underway, the minutes of this meeting record the revised schedule was not yet approved by AMEC. It did show at this point that several activities were 100% complete, but AMEC was not prepared to sign off on this. As a result, Comstock asked AMEC for its “punch list” of anything requiring completion, but AMEC refused to do this stating Comstock needed to do its own review. Comstock also wanted AMEC to approve its May 27, 2010 billing, but AMEC indicated further discussion was required before it could give approval.

June 22, 2010

[110] Comstock’s schedule update of June 18 was still showing October 6, 2010, as the completion date, but it indicated at this meeting it was trying to finish earlier. Once again, AMEC did not accept the schedule, and Comstock advised it was not prepared to spend additional resources on the schedule if it was not going to be accepted. AMEC stated it could not accept it without knowing the cost implications.

[111] The minutes record the schedule was showing 80% completion, but AMEC was still in the process of reviewing this.

The Neis report of June 23, 2010

[112] Following the June 11, 2010 meeting, Mr. Neis reviewed the CP-15 documents and Comstock's claims in detail. He worked independently to review as much of Comstock's document submission as possible in order to make an unbiased assessment of its claims. Ultimately, Mr. Neis concluded, based on his review, that Comstock had not proven entitlement to its claims under the Contract because of its failure to link its additional expenses to any change of scope or impacts outside of its control. Given that the main parameters of the project had not changed, he found it disconcerting that Comstock's current claims were almost equal to its initial contract price.

[113] Mr. Neis concluded Comstock might be entitled to compensation in relation to changed drawings and specifications, the late cranes, the premium portion of overtime labour and major acceleration to complete the work. His estimate of the claim came to \$5,466,609 as opposed to Comstock's \$26,552,459. He calculated an initial entitlement of 51% or \$2,803,226.

[114] His view was that Comstock had not provided supporting documents for an extension of the completion date in accordance with the contract requirements, including a schedule showing cause and effect on the critical path. Based on the information he had, he could recommend, at best, a one-month extension to June 30, 2010.

[115] Mr. Neis then prepared a letter to be signed by AMEC recommending PCS make three payments of \$1 million each and grant the one-month extension. The payments would only be made provided Comstock committed to completing the project as soon as possible, and a final determination of all claims would be made once Comstock submitted full and final supporting documents. Mr. Neis then left the site for three weeks.

[116] On June 26, AMEC advised Comstock it was prepared to recommend PCS pay an additional amount of \$2.8 million as a gesture of good faith, subject to claw back depending on the final outcome of the process for completion, but it did not offer an extension date for completion. AMEC made it clear the Comstock Contract terms would not change. It asked for explanations for the current reductions in staff, its non-compliance with work submitted in change order requests or site instructions and it again asked for the “logic” of the schedule submittal showing the October 6 completion.

[117] On June 29, AMEC again requested Comstock submit the missing documentation for its schedule, including the 10-day “lookahead” of activities, explanations for work not completed the previous week and the remedial action plan. It also asked for information regarding any of its activities that depended on things such as missing engineering information and material deliveries. In essence, AMEC was still seeking the Comstock Contract deliverables as requested.

[118] Comstock’s response came the next day and was curt. Unless Comstock received the change order it had requested earlier that month and immediate payment of \$6 million toward its claims, it would be unable to provide any of the requested information.

June 29, 2010

[119] The minutes of this meeting record Comstock did not submit any schedule update. The contract required Comstock to work 50 hours per week, and the minutes record it was doing five-eight hours/day and was about to reduce to as little as four hours/day the following week. It had gone from a high of 400 people on site to 110 direct hires and 76 subcontractor workers. Again, Comstock is noted as saying it was awaiting its change order to continue working as per the terms of the contract and it would be addressing all manpower and scheduling issues in a letter it would soon send to AMEC. It had begun to remove tools and trailers from the work site and its foreman’s daily reports were showing worker morale and productivity were at an all-time low.

[120] On June 30, 2010, Mr. Semmens wrote a six-page letter to PCS and AMEC executives and managers in response to AMEC's "good faith" offer of June 26. He reiterated Comstock's view that PCS had misled it into believing PCS wanted to resolve the problem through AMEC, which continued to be in a conflict-of-interest position. He referred to the May 10 meeting held with PCS in the absence of AMEC and repeated the three options Mr. Bailey of PCS had stated. He argued the over 2,500 pages of documentation Comstock had provided to support its claim of over \$25 million were not properly addressed by AMEC when it came up with its preliminary assessment of \$2.8 million. He asked Mr. Bailey to advise which of his three options he wished to pursue. In the interim, he asked that Comstock's May and June billings be paid with an additional \$6 million instead of the amount of \$2.8 million proposed by AMEC, to be credited against claims resolutions.

The June 30, 2010 Notice of Default

[121] The day after the June 29 meeting, AMEC sent Comstock a Notice of Default of Contractual Obligations, the salient portions of which stated:

This is notice of Comstock Canada Ltd.'s (the "Contractor") default of the contractual obligations set out in the above mentioned contract, and is instruction to correct the default in the ten (10) Working Days immediately following the receipt of this notice.

Specifically, with reference to the General Conditions of the Contract, GC 46.5.1, in the opinion of the Engineer;

1. Contractor has failed, or is failing, to prosecute the work diligently.
2. Contractor has failed, or is failing, to provide sufficient skilled and qualified labour and supervision.
3. Contractor has failed, or is failing, to provide sufficient Plant or Materials or services.

4. Contractor has failed, or is failing, to complete the work by the completion dates in the construction schedule.
5. Contractor is performing the work in an inefficient manner.
6. Contractor has failed to comply with the instructions of the Engineer with respect to the contractually required format and detail of the Construction Schedule [GC 19.3.1] and the contents of notice of claims [GC 47.6.1].

Comstock Canada Ltd. is hereby instructed to correct the defaults by July 15, 2010 failing which PCS may, without prejudice to any other right or remedy PCS may have, suspend or terminate Comstock's right to continue with the Work or terminate the Contract.

[122] Comstock's response was a 29-page letter authored by Mr. Semmens in which he advised the Notice of Default did not contain sufficient detail such that it gave no direction as to which items needed to be addressed, as required by the Comstock Contract. He then went on to argue for a minimum net 10-month extension to complete the contract with a projected total cost of \$25 million, in addition to the amounts he claimed were currently outstanding, which he assessed at \$3.174 million. He requested an immediate payment of \$10 million. He advised that, failing acceptance of these terms, Comstock would commence legal proceedings within 90 days.

July 6, 2010

[123] The minutes of this meeting record Comstock did not submit a schedule update. It confirmed it would revert to a 50-hour work week and, pending a response to Mr. Semmens' letter, everything was in a hold pattern. However, AMEC sent a reminder to Comstock of the latter's contractual obligation to provide the updated schedule notwithstanding the Notice of Default and Comstock's subsequent threatened litigation.

[124] Following demands from AMEC for an updated schedule on July 7 and 9, 2010, Comstock submitted one on July 12, which showed a completion date of October 29, 2010. The cover letter stated in part:

As requested, attached herewith please find a copy of our updated schedule. Special attention is directed to the following items that cannot be determined or properly reflected in our updated schedule at this time. Namely:

1. Despite numerous and repeated request[s] for change orders for extension[s] of time to the original contract, we still do not have even a single day extension granted.
2. Ongoing design and engineering changes prevent determinations of realistic completion dates. Please confirm when Comstock will receive this outstanding data.
3. In excess of \$4 Million for change orders have already been approved or certified and an additional \$2.6 million are pending or outstanding. i.e. about \$7 Million of changes, however not a single day of extension of time has been granted to Comstock. Be also advised that such changes cannot be determined and properly scheduled until we receive the change orders and fair extensions.
4. As of July 12, 2010 a few months after the original completion date, numerous RFI's [requests for information] remain outstanding, which creates "Holds" on many work areas. Again it is not possible to properly reflect such belated and frustrating disruptions in our attached schedule.
5. Our previous request for acceleration/overtime were not accepted or addressed; accordingly we cannot reflect such mitigated efforts into our schedule.

In summary we reiterate the fact that it is not possible to prepare definitive or accurate schedules without fair, proper and reasonable design/engineering data, viz:

1. Change Orders
2. Final IFC drawings and revised IFC drawings
3. Final IFC specifications and revised IFC specifications
4. Reasonable and timely responses to RFI's
5. Notice when final IFC data will be provided
6. Confirmation of deleted scope of work
7. Confirmation of any more additional scope of work

We respectfully request your urgent provision [of] the above listed information so that we may be in a position to determine the true status for an accurate revised schedule. A detailed listing or holds, late RFI's and outstanding change orders will be prepared and issued later this week.

[Trial Decision, at para. 173]

July 13, 2010

[125] The minutes of this meeting reference the new completion date of October 29, 2010. The percentage of completion had dropped a bit from the previous meeting. However, Comstock and AMEC continued to point the finger at each other. Comstock insisted on quicker responses to its change order requests while AMEC insisted Comstock needed to provide more timely responses to the information requested of it. By this point, \$4.5 million in change orders had been approved, most of which related to design changes. The energizing of the compaction plant was scheduled for August 20, 2010.

[126] By letter dated July 16, 2010, the project manager for AMEC, Tony Vecchio, responded to Comstock's July 12, 2010 schedule submission, stating:

May we remind you that the purpose of the work schedule is to provide, along with three-week look-ahead schedules and daily, weekly and monthly reports, the information needed to plan the completion of the work.

AMEC has reviewed your listed “items” and finds that they are not relevant to the provision of an updated work schedule.

Using the numbering system in your July 12, 2010 letter, we respond as follows:

1. The completion date for the work has not been extended because Comstock has not provided a quantified request for extension of time for completing the Work that meets the requirements of GC 23.3 or that satisfies the conditions of GC 23.8, Critical Path Delays.
2. The schedule can be updated based on the known Construction Documents at the time.
3. The schedule can be updated based on the work to complete, which includes changes in the work. There is no need to wait for the finalization of Change Orders.
4. The schedule can be updated to show the date that “holds” need to be removed for performance of that part of the work.
5. The Contractor is obliged to take all steps to complete the work as soon as possible at its own expense unless directed otherwise by the Engineer.

Consequently, AMEC does not accept that it is not possible to prepare an updated schedule of the work to complete. Comstock was notified on June 30, 2010 of its default of the Contract with respect to submission of schedules and Comstock is required to correct this default forthwith.

[para. 175]

[127] Also, on July 16, Mr. Bailey responded to Comstock’s letter of June 30 and stated his disagreement with Comstock’s allegation of having been “misled” by PCS

that there had been an agreement reached on Comstock's claims or that AMEC was in a conflict of interest. He asked that all future correspondence be directed to AMEC in accordance with the contract. He concluded by stating that Comstock's "repudiation of the contract and misuse of without prejudice discussions" did not sit well with PCS and that its claims resolution approach did not reflect good faith, nor did it stand to lead to resolution of the claims.

[128] On July 17, 2010, Mr. Neis wrote to Mr. Bailey to confirm there was a problem with the Notice of Default given to Comstock. His letter stated:

Our letter No.8.6.1 E156930-Ltr022 dated June 30<sup>th</sup>, 2010 alleges the contractor is in Default without specifying any specifics. However, to my knowledge the contractor's methods of construction have been consistent throughout the entire contract.

Notwithstanding that the contractor's performance has been [poor] and that the Contractor is unlikely to complete the Works by the end of October (without a substantial improvement in performance) more detail is required to terminate the Contract for default by the Contractor.

I would also point out the following:

- i. "GC 46.2 Termination for Convenience" provides seven (7) days continued work and five (5) days to finalize the contract sum.
- ii. "GC 46.5.1 Termination for Default by Contractor" is effective **immediately** on issue of a Suspension or Termination Notice.

As such, termination under GC 46.5.1 would enable Comstock to just walk away and leave everything!

I have walked through the site yesterday and today. Completion by the end of October is possible but not the way the work is being executed by Comstock. I agree that changes need to be made to ensure completion in a timely manner.

[129] Mr. Neis was reluctant to recommend termination because of the cost involved.

[130] On July 19, 2010, Comstock submitted an incomplete schedule which was subject to review and change and did not include a finishing schedule.

[131] On July 20, 2010, Comstock requested payment of invoices dated June 11, 2010, totaling \$27 million. One of the invoices was for extended site costs which had not yet been incurred.

July 20, 2010

[132] The final weekly coordination meeting was held on July 20, 2010. AMEC was noted to be reviewing Comstock's latest schedule. The minutes record Comstock was to submit a finishing schedule with the assistance of a consultant, Bill Sargeant of Navigant, retained by Comstock to deal with all of AMEC's "complaints." However, no such finishing schedule would be submitted as PCS terminated the Comstock Contract the next day.

Termination of Comstock Contract on July 21, 2010

[133] By July 21, 2010, Mr. Neis believed PCS had no other option but to terminate the Comstock Contract. Mr. Bailey testified he had resisted going the termination route because of the cost involved in engaging a finishing contractor. However, he had lost all confidence in Comstock's ability to finish the project and, in fact, he believed it did not even have a handle on it. In delivering the written Notice of Termination to Comstock, the AMEC representative asked that it be off site by 4:30 p.m. that day. The Notice of Termination reads as follows:

We are writing further to AMEC's letter of June 30, 2010 (No. 8.6.1 E156930-Ltr022) providing notice of Comstock's defaults of its contractual obligations. In

consultation with the Engineer, we have determined that Comstock has failed to correct the defaults in the 10 Working Days following the receipt of that correspondence.

Despite PCS and AMEC's efforts to work with you, particularly over the past three months, you have failed to carry out the work in accordance with the provisions of the contract. Due to a number of such contract breaches, which continue to occur, we do not believe you have the ability or intention to complete your obligations under the contract in a timely and cost-effective manner. The fact that the schedule completion date has passed means that PCS will suffer significant losses which can only be mitigated by bringing the job to completion without further delay. In our view this can only be accomplished by terminating our contract and hiring a third party to complete the work remaining.

Accordingly, PCS is terminating the Contract with Comstock in accordance with section 46.5.2 of the contract effective immediately.

This termination is without prejudice to any other right or remedy PCS may have. In order to effect an orderly transition, we ask that you please direct all future communications to [...] Mark Neis of AMEC. This would include requests for access to the site and inquiries regarding the return of equipment [...]

[134] GC 46.5.2 reads as follows:

**46.5.2** If CONTRACTOR fails to correct the default in the 10 Working Days specified, OWNER may, without prejudice to any other right or remedy OWNER may have, suspend or terminate CONTRACTOR's right to continue with the Work or terminate the Contract.

[135] Following termination, Comstock submitted revised invoices now claiming a total of \$47.5 million in addition to the contract price. By this point, the Comstock Contract, with approved change orders, totalled \$40,712,654. As of the termination date, Comstock had been paid \$31,396,728 inclusive of HST, less the amount of the mechanics' lien holdback.

[136] Comstock's Statement of Claim filed two weeks later on August 3, 2010, claimed \$47,714,977 in damages, an increase of over \$20 million since the claim it had made two months earlier. As noted above, Comstock's claim was significantly reduced to \$18,081,808 plus HST at the opening of trial.

Completion contractor is retained

[137] Completion of the contract went to tender and was awarded to Lockerbie and Hole Eastern Inc. on a time and material basis. In addition to completion of the Comstock Contract, Lockerbie had to redo some of Comstock's deficient work. It also performed additional work to the Comstock Contract at the request of PCS.

[138] The additional work came to \$8,903,396. The Comstock rework came to \$1,459,956. PCS paid Lockerbie a total of \$34,655,798. In response to Comstock's action, PCS counterclaimed a right to set off its additional costs for the amount of \$17,565,736, calculated as follows:

\$34,655,798	Paid to Lockerbie in total
Less (\$8,186,666)	Amount unpaid under Comstock Contract: \$40,712,654 (Comstock Contract price) \$32,525,988 (amount paid to Comstock, plus holdback, less HST)
Less (\$8,903,396)	Extra work not in Comstock Contract
\$17,565,736	Includes the cost of remedying Comstock's deficient work of \$1,459,956

The trial judge's findings

[139] In her decision, the trial judge made the following findings that are relevant to this appeal.

With respect to AMEC:

1. Comstock did not establish AMEC breached its standard of care (at para. 329);
2. Notwithstanding the problems with the accuracy of Comstock's schedules, particularly beginning in March 2010, the reasons they were not accepted were AMEC's reluctance to accept a schedule showing a completion date beyond May 31, 2010, and the resulting refusal to formalize an extension for completion (at paras. 687, 722);
3. AMEC breached its contractual duties by acting arbitrarily and unfairly in not granting Comstock an extension for completion (at para. 736);
4. The evidence did not establish AMEC ever advised Comstock it was failing to perform the work diligently (at para. 747);
5. AMEC was in breach of its duty of good faith toward Comstock in not providing it with its contractually mandated independent evaluation of Comstock's compliance with the contract thus constituting another basis for setting aside the Notice of Default (at para. 933);

With respect to Comstock:

6. The CP-15 design did not change substantially during construction from what was contemplated at the time of tender (at para. 372);
7. Comstock's reduced hours per work week after April 2010 impacted its productivity (at para. 641);

8. Delay in accessing the MCC room did not cause schedule delay (at para. 697);
9. Comstock did not establish a specific schedule impact due to slow processing of change orders (at para. 704);

With respect to PCS:

10. The cranes were not made available to Comstock as contemplated in the baseline schedule. PCS was responsible for this and was in breach of contract. This, along with late issued changes, are the only breaches which caused loss to Comstock in terms of impacting its productivity and resulting in delay toward completion (at paras. 458-459, 599, 723);
11. PCS was in further breach of contract in not making the MCC room available at elevation 141 thereby causing delay to the schedule (para. 473);
12. The contract was breached as a result of late processing of change orders but only for those requiring Comstock to proceed with work on “non-IFC drawing” design changes (at para. 546);
13. Comstock’s request for change orders following receipt of revised or changed IFC drawings did not amount to a refusal to perform the work (at para. 748);
14. Comstock breached its contractual obligation by refusing to submit a revised schedule in June 2010 unless it received a change order, but the breach was rectified within the time set out in the Notice of Default (at paras. 769-770);
15. Comstock was in breach of contract for failing to provide weekly reports as required by GC 20.3.2.1 (paras. 793-794). That was the only valid ground of

default (para. 818). However, the failure to provide the weekly reports could not reasonably be interpreted as a failure to provide “sufficient Plant, Material and Services.” As a result, the Notice of Default was insufficient to support termination (at paras. 828-829);

16. Comstock’s failure to meet the May 31, 2010 deadline was not a valid ground of default (at para. 798);
17. PCS’ common law right to terminate the contract was not displaced by the contractual provisions for termination (at para. 835);
18. Comstock’s claim demands did not frustrate the commercial purpose of the contract (at para. 842). PCS was not deprived of the substantial benefit of the contract (at para. 871);
19. PCS breached the contract by terminating it without grounds and in the absence of a fundamental or repudiatory breach (at para. 872)

With respect to Comstock and PCS:

20. Notwithstanding imperfect evidence, Comstock was not solely responsible for delay past the May 31, 2010 completion date, and PCS and AMEC do not bear full responsibility for that either. On balance, Comstock’s productivity issues and PCS’ or AMEC’s late cranes and late issue changes make them equally liable for the 51-day delay between May 31 and July 21, 2010. Each is therefore liable for 25.5 calendar days (at paras. 726-727);

With respect to AMEC and PCS:

21. Failure by Comstock to submit revised schedules was not grounds for AMEC to conclude it had defaulted on the contract. No notice of such default was provided in April or May 2010 (at para. 767); and
22. AMEC's failure to evaluate Comstock's claims was the basis for the failure to extend the completion date. However, PCS, not AMEC, decided to issue the Notice of Termination. AMEC's act, therefore, did not cause the breach of contract related to termination although AMEC was aware its failure to properly evaluate the claims could result in a breach of contract by PCS (at paras. 942, 943, 946). Notwithstanding AMEC's knowledge, there was no evidence that it acted out of malice or spite in that, even if it induced breach of contract, that was not an end in itself from AMEC's perspective. Moreover, it was not a means to an end as AMEC did not stand to gain any economic or commercial benefit from a breach or termination of the Comstock Contract (at paras. 948, 951-953).

[140] As will be seen in the analysis that follows, although the evidence could have led to different findings in some respects, there is evidence to support all the findings made by the trial judge, and I discern no palpable and overriding basis for appellate intervention on any of them.

III. The Appeals

Comstock's appeal

[141] Comstock asserts the judge:

1. Erred in law in not finding AMEC liable in damages despite finding:

- a) it was in a relationship of proximity with Comstock;
- b) it acted arbitrarily and unfairly in refusing to grant Comstock an extension of time to complete its work;
- c) it was late in completing design changes;
- d) it breached its duty of good faith in failing to provide independent evaluations of Comstock's claims;
- e) its conduct undermined Comstock's ability to complete the work; and
- f) it was responsible in part for PCS' decision to terminate the Comstock Contract without cause.

2. Erred in law or mixed fact and law:

- a) in failing to find AMEC and PCS had conspired against Comstock notwithstanding the finding they benefited from common interest privilege with respect to certain documents;
- b) in failing to find PCS liable for breach of duty of good faith with respect to the conspiracy; and
- c) in not finding AMEC liable for inducing PCS to breach the Comstock Contract because AMEC did not act out of malice, nor did it benefit from PCS' breach of contract.

3. Erred in fact in the assessment of Comstock's site duration costs by accepting Comstock's expert's opinion with respect to entitlement to daily overhead costs but in attributing more than half of those costs to Comstock based on a misapprehension of the evidence.

4. Erred in fact in not awarding overhead costs for any day prior to May 31, 2010, notwithstanding finding some delays were caused by PCS or AMEC prior to that date.

5. Erred in fact in awarding overhead based on contractual completion of less than 83.75% notwithstanding AMEC's certification of that level of completion.
6. Erred in fact in attributing critical path delays to Comstock without any evidence of such and notwithstanding findings of two critical path delays caused by PCS or AMEC.
7. Erred in fact in attributing productivity losses to Comstock:
  - a) without finding Comstock failed to provide sufficiently skilled and qualified labour or supervision;
  - b) without referring to the contractual mechanisms available to PCS to address productivity issues;
  - c) without mentioning any of the evidence of the replacement contractor that it experienced poor productivity using mostly the same workforce;
  - d) despite not finding non-design changes caused Comstock losses notwithstanding uncontradicted evidence that they had incurred such losses;
  - e) without considering any of the evidence of the impact of cold weather;
  - f) without considering any of Comstock's evidence on limited area availability in relation to the MCC room; and
  - g) without considering the evidence of Comstock's expert that design and non-design changes caused by AMEC impacted Comstock's productivity.
8. Erred in failing to award punitive or aggravated damages and failing to deal with the *Mechanics' Lien Act* issues.

PCS' appeal

[142] PCS asserts the judge:

1. Failed to draw an adverse inference against Comstock as a result of its failure to call one Geoffrey Birkbeck.
2. Erred in fact in assessing PCS' grounds to terminate the Comstock Contract by conflating the issue of whether Comstock was failing to prosecute changes to the work diligently with whether its conduct amounted to a refusal to perform work.
3. Erred in fact in misapprehending the evidence on Comstock's knowledge of its impugned behaviour in assessing whether the notice of default was sufficient in its particulars to support termination.
4. Erred in fact in ignoring evidence of Comstock's substantial failure of performance or of PCS being substantially deprived of the whole benefit of the Comstock Contract in assessing whether a fundamental breach of that contract had occurred.
5. Erred in fact in her assessment of \$677,662 of overhead damages in favour of Comstock.
6. Erred in law in the application of a principle of the law of damages in not allowing a set-off for deficiencies assessed at \$1.45 million.

[143] The objective of each of the parties in these appeals can readily be described as follows:

- a) Comstock was awarded roughly one third of its claim and seeks to increase its recovery;
- b) PCS seeks a reversal of the decision on the termination of the Comstock Contract so that it can claim a set-off to Comstock's damages for the cost incurred to complete the project with Lockerbie; and
- c) AMEC seeks to maintain the status quo of no claim available against it on the basis there is no contract between it and Comstock and no basis for a claim against it in tort.

#### IV. Standards of Review

[144] As noted, for the most part, Comstock's objective would require finding palpable and overriding error with many of the judge's findings of fact. I discern no such error and, for the reasons set out below, I would dismiss Comstock's appeal.

[145] PCS' objective can only be achieved if there is reversible error with respect to the judge's findings of fact or mixed fact and law on the termination of the Comstock Contract. Again, I discern no such error and would dismiss its appeal.

[146] AMEC's objective, on the other hand, is achieved. While the judge found it was in breach of certain of its obligations toward Comstock, at law, those do not result in damages that can be awarded against AMEC. For the reasons set out below, I would dismiss Comstock's appeal on this issue as the judge applied the correct principles of law in determining no damages could be awarded against AMEC.

[147] Several of the grounds raised overlap or require a common analysis. They have been grouped to achieve that purpose under the following generic headings.

V. Analysis

Comstock's Appeal

A. *Should AMEC have been found liable in damages to Comstock?*

[148] The trial judge specifically found that AMEC breached its “duty of good faith as contract administrator” by failing to conduct an independent evaluation of Comstock’s compliance with the Contract before issuing the Notice of Default (at para. 933). The trial judge also found that AMEC had “breached its duties under the contract by acting arbitrarily and unfairly in not granting Comstock an extension to the overall completion date” (at para. 736). The trial judge did not, however, hold AMEC liable in damages for this breach of duty. Comstock argues that, where a legal duty is breached, the law should provide a framework to hold the wrongdoer accountable. It asserts AMEC should have been found liable for inducing breach of contract and for breaching its obligation to act in good faith.

[149] The analysis begins with the role of an engineering consultant within the construction pyramid.

[150] Although paid by the owner, the engineer also has obligations to the contractor and subtrades, and an owner may not override the engineer’s professional judgment. An engineer must “impartially determine the issues referred by the contract to the engineer for professional judgment” (see *D.W. Matheson & Sons Contracting Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] N.S.J. No. 163 (QL), at pp. 76-77; confirmed by the Nova Scotia Court of Appeal in *D.W. Matheson & Sons Contracting Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2000 NSCA 44, [2000] N.S.J. No. 96 (QL)). As B.M. McLachlin wrote (before her elevation to the Supreme Court) in *The Canadian Law of Architecture and Engineering*, W.J. Wallace & A.M. Grant, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1994):

Architects or engineers may perform several different types of functions, depending on the contract between the owner and the contractor. First, in many matters they act purely as

the owner's agent. As such, they are bound to act on their client's instructions, whether they agree with them or not. Second, in making decisions under the contract on matters such as variations, time extensions, defective work and certificates for payment, project architects or engineers act as impartial decision-makers as well as the owner's agent. As such, they are bound to act in a fair and unbiased manner, holding the balance between the owner and contractor; this is implicit in the contract which appoints the architect or engineer to decide such questions.

[Emphasis added; p. 207]

See also Beverly M. McLachlin & Arthur M. Grant, *The Canadian Law of Architecture and Engineering*, 3rd ed (Toronto: LexisNexis Canada, 2020):

The basic duty of an architect or engineer deciding matters at issue between the owner and contractor is to act impartially, fairly and with professional competence.

[p. 275]

[151] In *Heintzman, West and Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 5th ed. (Toronto: Carswell, 2021), the authors provide a complete explanation of the typical role of engineers as consultants on building projects and their working relationships with contractors:

Although the consultant plays an important part during the course of construction and is frequently in daily contact with the contractor and its working forces, there is usually no contractual relationship between the consultant and the contractor. So far as the contractor is concerned, the consultant is either the agent of the owner or an official to whom, under the contractor's contract with the owner, the owner has delegated the making of decisions which the owner would otherwise be entitled or obliged to make. Therefore, vis-à-vis the contractor, the consultant's authority must be found within the confines of the building contract between the contractor and the owner.

A contractor is not usually familiar with the contract under which the consultant is employed by the owner or with the precise scope of its authority. Unless the contractor has notice of a limitation in the consultant's authority, the

contractor is entitled to regard the consultant as being authorized to do anything which is within the usual authority of the consultant and reasonably necessary to enable the consultant to carry out what the building contract authorized it to do.

[Emphasis added; Heintzman *et al.*, at §13:6]

[152] In the case at bar, AMEC and Comstock did not have a contractual relationship. Instead, Comstock's relationship with the owner (PCS) was governed by the Comstock Contract, while AMEC and PCS had a separate contractual relationship. As noted in the above text, this is the standard for contractual relationships in a construction context.

[153] The trial judge stated:

At the same time, AMEC was under contract with PCS and provided engineering services for the project. It had a duty that arose from its dual role on the contract to act "judicially" as stated in *Kamlee Construction Ltd. v. Oakville (Town)* (1960), 26 D.L.R. (2d) 166 (S.C.C.) at page 180:

[...] The position of an engineer under such a contract as has been said by both the trial judge and the Court of Appeal is that he is required to act "judicially" (see *Hickman & Company v. Roberts et al.*, (1913) A.C. pp. 229 and 239), and I take this to mean that the decisions which he makes must be dictated by his own best judgment of the most efficient and effective way to carry out the contract, and that he must not be influenced by extraneous considerations and particularly, that his judgment must not be affected by the fact that he is being paid by the owner [...]

As stated in and explained in *Welcon (1976) Ltd. v. South River (Town)* 2009 NLCA 59, 2009 CarswellNfld 269, 181 A.C.W.S. (3d) 922, 291 [Nfld. & P.E.I.R. 25] by the Newfoundland Court of Appeal:

[75] Goldsmith on *Canadian Building Contracts*, *supra*, contains a succinct summary of an engineer's

duty to a contractor in the usual construction contract situation providing for the engineer determining certain issues as between the parties. At pages 8-3 to 8-4 the authors write:

Although the architect or engineer is retained by the owner, and generally acts as his agent, where, by the terms of the contract, certain matters are left to him by the parties for his decision, he must act impartially and is in a position analogous to that of an arbitrator. Provided that in such circumstances he acts judicially, i.e., in accordance with his own best judgment and without being influenced by extraneous considerations, the contractor as well as the owner will be bound by the engineer's decision. An error in judgment or lack of skill will not disqualify the engineer. But the contractor will not be bound by any decision if the engineer does not adhere to the provisions of the contract and acts arbitrarily, or fails to exercise his duties in good faith or to act impartially, or makes his decision under the influence of the owner. If the contract provides that the decision of the architect or engineer shall be subject to arbitration, the party dissatisfied with the decision is entitled to have the matter referred to arbitration. If, however, the contract provides that such decision shall be final and conclusive, it is binding on the parties, and, provided that it is otherwise unimpeachable, the courts will not interfere with it.

Although an architect or engineer does not owe any contractual duties to a contractor, he may in some circumstances place himself in such a relationship to the contractor, or possibly to other damaged persons, so as to be liable in tort either for negligence or

fraud. (Emphasis in original.)

To obtain an extension of time Comstock had to comply with the contractual provision including those regarding notice. Moreover, pursuant to G.C. 23.8:

No request will be allowed under G.C. 23.3 for an extension of the completion date for the Work unless the event or circumstance on which the claim is based adversely affects the critical path of the Construction Schedule for achieving Substantial Performance.

Mr. Fogarasi's explanation of the concept of the "critical path of the construction schedule" at page 27 of his report does not appear to be disputed:

The concept of the critical path in typical construction schedules is relatively straightforward: it is the longest sequence of activities in the schedule which must be completed on time for the project to finish on the due date. The activities forming this sequence from the start of the project to the end are referred to as critical activities. An activity on the critical path cannot be started until its predecessor activity is complete and any slippage or delayed to critical activities will cause delay to the project completion date. For example, if a critical activity is delayed for 5 days, the entire project, and hence the completion date will also be delayed for 5 days unless mitigation measures (e.g. acceleration of subsequent critical activities) are taken to prevent such delay.)

The concept of "float" is related to the critical path. In simple terms, float represents the amount of time a task or activity can be delayed before it has an impact on other tasks. If a schedule has an end date which matches the contractual completion date, then all the activities on the critical path, by definition, have zero float. Non-critical activities, therefore, will have some amount of float which may permit them to be delayed (by a period that does not exceed the amount of that float) without causing delay to the project. For example, if non-critical activity has 15 days of float, such activity

can be delayed up to 15 days before becoming critical, and any delay which exceeds the float will cause a delay to the project completion by period equal to that amount.

Mr. Fogarasi states at page 28 of his report:

[...] Not every delay causes a delay to the project completion. Delays impacting the critical path of the project are expected to cause delay to the completion, and therefore are called critical delays, while delays impacting non-critical activities do not cause a critical delay, unless the delay period exceeded the float of such activity.  
[Trial Decision, at paras. 669-672]

[154] For many years, courts have dealt effectively with disputes between parties arising from such projects. Heintzman *et al.* go on to list the possible avenues under which such disputes may be dealt with including possible claims in tort against the consulting engineer:

(ii) Potential Tort Liability to the Contractor in Relation to the Building Contract

A consultant normally owes no duty of care to a contractor and no duty to tell it how to perform its work or whether permits can be obtained. However, if a special relationship arises between them, then the consultant may owe a duty of care to the contractor and may be liable to the contractor in the torts of negligence or negligent misstatement.

[...]

Once a contract is entered into between the contractor and the owner, it is more problematic for a consultant to have a special relationship to a contractor and owe a duty of care to a contractor in respect of its acts in administering the building contract. The consultant is an agent of the owner and it is to the owner that the consultant owes its duties, including the duty to administer the building contract fairly and professionally. In those circumstances, the consultant normally undertakes no conflicting duty to look out for the contractor.

Rather, the contractor is entitled to recover any monies due to it from the owner by reason of the breach of the contract by the owner, including breaches caused by the consultant's conduct. In these circumstances, it is unlikely that a special relationship and duty of care will arise relating to the administration of the contract between a consultant and a contractor once a contract exists between the contractor and the owner. [...] Furthermore, if a contractor has a claim against the owner under the building contract, then to that extent the contractor's claim against the consultant may be satisfied by its recovery against the owner.

[Emphasis added; Heintzman *et al.*, at §13:7 (b)(i), *Potential Tort Liability to the Contractor in Relation to the Building Contract.*]

[155] The authors go on to explain the normal decision-making function of consultants under building contracts:

Usually, the building contract between the owner and the contractor provides that certain rights, which are essentially those of the owner, may be exercised by the consultant on the owner's behalf. For these purposes, the consultant is an agent of the owner and subject to the law of agency [...]

The building contract may empower the consultant to decide certain matters between the owner and the contractor relating to the administration of the contract, including certifying the payments due to the contractor, measurements, extras, changed circumstances or the interpretation of the contract. For these purposes, the consultant has an obligation to apply the terms of the contract and in doing so, to exercise fair and independent judgment.

In performing its administrative role under the building contract, the consultant is not acting as an arbitrator and does not enjoy the absolute immunity of a judicial officer, unless specifically appointed as such. Rather, the consultant owes a duty to the owner to be reasonably competent and to act fairly and impartially between the owner and the contractor in the administration of the building contract, and the building contract is premised on the consultant so acting. The consultant's function is to see that the building contract is carried out, and that cannot occur unless the payments due to the contractor, the certification of the

contractor's work and the determination of extra payments or work are fairly and impartially undertaken during the project. [...]

[Emphasis added; Heintzman *et al.*, at §13:9, *The Nature and Effect of the Consultants Decisions Under the Building Contract.*]

[156] Any duties owed by AMEC in contract were due to the owner, PCS, under the terms of its contract with PCS. The trial judge recognized such duties between AMEC and PCS:

I accept that the contract between PCS and AMEC provides for liability on the part of AMEC for damages, losses, costs or expenses suffered by PCS arising from or caused by the wrongdoing, negligence (including negligent errors or omissions) of the AMEC. However, if AMEC wrongfully refused to properly adjudicate Comstock's claims and this led to damages being awarded against PCS for breach of contract, that did little to minimize AMEC's liability to PCS, and it is more likely it would have created liability to PCS. [Trial Decision, at para. 951]

[157] The law has long recognized that an engineer may create liability for its client, the contracting party, for a failure to act fairly or impartially when exercising its decision-making function under construction contracts:

Except for situations where the consultant is asked to perform only neutral contract administrative functions, the consultant often acts for and in place of the owner respecting those functions the owner has expressly or impliedly delegated to the consultant. For these purposes, the consultant is an agent of the owner and subject to the law of agency [...].

The consultant's agency relationship with the owner means that, in performing its functions, the consultant may effectively cause a breach of the building contract, or the consultant's conduct may amount to negligent conduct by the owner or equitable grounds to recover against the owner. If so, then the owner will be liable for damages suffered by the contractor and caused by the consultant. [Emphasis added; Heintzman *et al.*, at §13:9, *The Nature*

*and Effect of the Consultants Decisions Under the Building Contract.]*

[158] In other words, any alleged failure by AMEC to act fairly or impartially under the Comstock Contract would result in a finding that PCS, not AMEC, would be liable for damages suffered by Comstock.

[159] In support of its claim against AMEC, Comstock cites this Court's decision in *Walsh v. Nicholls and CGU Insurance Company of Canada*, 2004 NBCA 59, 273 N.B.R. (2d) 203. In that case, the Court considered whether an insurance adjuster who had denied benefits to an insured in breach of the insurer's duty of good faith and fair dealing could be liable for inducing the insurer's breach of the insurance contract or for breaching the obligation of good faith and fair dealing.

[160] Drapeau C.J.N.B. (as he then was), noted there is "something amiss" with a rule of law that gives "judicial immunity" to someone "who may have intentionally, and without legal justification, brought about a violation of another's legal rights" (at para. 35). This concern is heightened where there is a power imbalance that favours the alleged wrongdoer.

[161] In *Walsh*, Drapeau C.J.N.B. determined the claim for inducing breach of contract satisfied the need to impose liability for wrongdoing by insurance adjusters. He noted, however, that if the doctrine of inducing breach of contract was not up to the task, then this Court could revisit whether the duty of good faith and fair dealing ought to be extended to insurance adjusters. In the end, the Court denied the request to extend the tort of bad faith and unfair dealings. Instead, it held that intentional torts (inducing breach of contract in *Walsh*) are broad enough to capture bad faith actions by an adjuster.

[162] Comstock, however, argues that AMEC, like the insurance adjuster in *Walsh*, should not be insulated from liability for its failure to act in good faith by asserting that this Court should recognize a new category of contractual duty of care, although there is no contract between Comstock and AMEC. Comstock's submission on

the contractual duty of good faith is essentially the same as the argument submitted in *Walsh*. I would reject it for the same reasons given in *Walsh*.

[163] There is no juristic reason to extend the contractual duty of good faith. The duty's animating principle is focused on good faith performance of contracts, not the creation of a generalized duty of good behaviour. As is discussed below, unless Comstock can tie a duty of good faith obligation to another cause of action against AMEC, that claim cannot stand.

[164] In *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, the Supreme Court recognized the duty of good faith as an organizing principle of contract law. It described the duty as follows:

Commercial parties reasonably expect a basic level of honesty and good faith in contractual dealings. While they remain at arm's length and are not subject to the duties of a fiduciary, a basic level of honest conduct is necessary to the proper functioning of commerce. The growth of longer term, relational contracts that depend on an element of trust and cooperation clearly call for a basic element of honesty in performance, but, even in transactional exchanges, misleading or deceitful conduct will fly in the face of the expectations of the parties: see *Swan and Adamski*, at §1.24. [para. 60]

[165] First, the contractual duty of good faith is not an independently actionable tort. The organizing principle of good faith in contractual dealings, upon which Comstock relies, relates to the contractual duties recognized by the Supreme Court in *Bhasin*, at paras. 63-66.

[166] The contractual duties of good faith and honest performance of contract recognized in *Bhasin*, which represented an incremental change in the law of contract between two contracting parties, cannot be conflated with the obligations of a consultant when acting as a decision maker under a construction contract on behalf of the contracting principal, in this case PCS. As a matter of principle, to the extent AMEC

might have acted in breach of any duty, it did so while acting on behalf of PCS, so any resulting damages would properly be the subject of a claim in contract between PCS and Comstock. The trial judge has already taken into account AMEC's conduct on behalf of PCS in determining the damages she awarded.

[167] The Supreme Court in *Bhasin* recognized a general organizing principle of good faith in contract law, which provides that parties to a contract must perform their contractual duties honestly, reasonably and not capriciously or arbitrarily. The organizing principle is not a separate rule or stand-alone cause of action; rather, it manifests itself through existing doctrines in the types of situations and relationships that the law recognizes. However, as noted, the Supreme Court was also clear that the organizing principle was a modest and incremental step to be applied in such a manner as to avoid commercial uncertainty. It does not impose a duty of loyalty or disclosure, nor does it require a party to forego advantages flowing from a contract.

[168] In this case, there is no fact, argument or policy basis for expanding the contractual duty of good faith to extra-contractual parties. In effect, Comstock is asking this Court to recognize a new general duty of good faith that ignores privity of contract. The Supreme Court has specifically warned against developing the duty of good faith in an overreaching way: "The development of the principle of good faith must be clear not to veer into a form of ad hoc judicial moralism or 'palm tree' justice" (emphasis added; *Bhasin*, at para. 70).

[169] Moreover, and with reference to the case at bar, the contractual duty of good faith must not be conflated with the pre-existing obligations of engineers as third-party decision makers under a construction contract. If AMEC breached any duty while acting as agent for PCS, resulting damages are properly the subject of a claim between PCS and Comstock – not a claim by Comstock against AMEC.

[170] Since the Trial Decision was released, the Supreme Court has clarified the content of the good faith contractual duty. Notably, in *C.M. Callow Inc. v. Zollinger*,

2020 SCC 45, [2020] S.C.J. No. 45 (QL), Kasirer J., for the majority, wrote as follows:

Further, I note that while the duty of honest performance has similarities with the pre-existing common law doctrines of civil fraud and estoppel, these doctrines do not assist in our analysis of the required link to the performance of the contract. The duty of honest performance is a contract law doctrine (*Bhasin*, at para. 74). It is not a tort. It is its nature as a contract law doctrine that gives rise to the requirement of a nexus with the contractual relationship. While other areas of the law involving dishonesty may be useful to understand what it means to be dishonest, they provide no obvious assistance in determining what is and is not directly linked to the performance of a contract.

[Emphasis added; para. 66]

[171] Other courts since *Bhasin* have clearly acknowledged that a breach of the contractual duty of good faith in the abstract is not actionable. There is no tort of bad faith (see *Scott & Associates Engineering Ltd. v. Finavera Renewables Inc.*, 2015 ABCA 51, [2015] A.J. No. 144 (QL), at para. 31, leave to appeal refused [2015] S.C.C.A. No. 138; *McDonald v. Brookfield Asset Management Inc.*, 2016 ABCA 375, [2016] A.J. No. 1263 (QL), at paras. 57-58, leave to appeal refused [2017] S.C.C.A. No. 52; *Facchini v. Canada (Attorney General)*, 2020 ONCA 454, [2020] O.J. No. 3043 (QL), at para. 20).

[172] The Court of Appeal of Alberta in *McDonald* clearly endorsed the principle that, in order for damages to arise from a breach of the contractual duty of good faith, the applicable cause of action must sound in breach of contract:

The plaintiff proposes to rely on what is described as “the good faith doctrine”. The simple answer to this proposed claim is that there is no such freestanding cause of action, and the good faith doctrine is only a “general organizing principle of the common law of contract”. The Supreme Court applicable cause of action is “breach of contract”. In *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494 (S.C.C.) the Supreme Court of Canada concluded that contracting parties have a general obligation to perform their obligations under a contract honestly. The circumstances in which this doctrine will come into play are rare, but it will never come into play absent a contract.

If there is no contract, there are no contractual obligations to perform. If there is nothing to perform, it cannot be performed in bad faith. [Emphasis added; para. 57]

[173] The trial judge made two critical findings against AMEC on the topic of “good faith”:

- a) AMEC acted arbitrarily and unfairly in not granting Comstock an extension to the original completion date; and
- b) AMEC breached its duty of good faith as contract administrator in its “evaluation” of Comstock’s compliance with the Comstock Contract, and in its determination of whether grounds for termination existed.

[174] Notwithstanding these findings, the trial judge did not find that AMEC was liable to Comstock in contract. That does not warrant appellate intervention.

[175] As a result, the only way Comstock might establish a “bad faith” claim against AMEC is if it could tie it to an action in tort. Although Comstock’s Third Amended Statement of Claim makes numerous allegations of professional negligence against AMEC, more is needed to establish the cause of action it purports to assert against it. Cases of professional negligence also typically require that a plaintiff bring evidence of the appropriate standard of care, as a trial judge should not impute the requirements of the skill, care or knowledge required of a professional. That basic principle is enunciated by the Court of Appeal of Alberta in *Tran v. Kerr*, 2014 ABCA 350, [2014] A.J. No. 1189 (QL):

When a suit is brought for professional malpractice (either in the form of a breach of contract claim, or for negligence) it is customary, and usually necessary, for there to be expert evidence on the standard of care: *Krawchuk v. Scherbak*, 2011 ONCA 352 at para. 130, 106 OR (3d) 598; *Kopp v. Halford*, 2013 SKQB 128 at para. 102, 418 Sask R 1. [...] [para. 21]

[176] Comstock led no evidence at trial as to the standard of care of engineers in the context of this case. Its only expert was not a professional engineer, and he admitted he had not reviewed any of AMEC's design drawings. On this point, the trial judge held:

Comstock led no expert evidence specific to the issue of AMEC's standard of care or what the standard of a competent engineering firm undertaking similar work is. I accept there are examples of mistakes and late issued changes to the engineering. However, I do not find that Comstock has established that AMEC provided design and engineering that was not to a standard of a competent engineering firm or engineers undertaking similar work.

[...]

Comstock makes no "stand-alone" claim of negligence against AMEC. The issue of the standard of care is raised in the pleadings as a statement of material facts in support of Comstock's breach of contract claim at paragraph 24:

PCS and/or AMEC failed to provide Comstock as part of the Project Documents, with clear, logical, coordinated, unambiguous, complete design, engineering drawings, including IFC Drawings, plans and specifications for Comstock's scope of work as part of the project documents, and further or in the alternative, providing design and engineering that was not to a standard of a competent engineering firm or engineers undertaking similar work.

As I have found above, Comstock did not establish that AMEC breached its standard of care.

[Trial Decision, at paras. 265, 328-329]

[177] Moreover, Comstock did not have a claim as against AMEC for wrongful termination of the Contract, nor was such a claim against AMEC debated at trial.

[178] As set out in the Trial Decision, "PCS made the decision to issue the Notice of Termination, not AMEC. I do not find AMEC's act caused the breach of contract related to the termination" (at para. 943).

[179] The trial judge commented on the several evaluations of Comstock's claim conducted by AMEC officials despite its ongoing position it lacked the supporting information to do so:

- a) In early June 2010, Phil MacKenzie prepared an analysis assessing Comstock's claim at \$6,798,825, assuming a "schedule creep" of five months, but there was no recommendation for payment of all or any portion of this (at paras. 136-139);
- b) As noted, Mark Neis drafted an analysis of Comstock's claim, which contained an initial determination that Comstock should be paid \$2.8 million and be granted a one-month extension (at paras. 899-904); and
- c) On June 26, 2010, another AMEC employee, Tony Vecchio, issued a document to Comstock purporting to be a "preliminary determination" of Comstock's claim. It contained a heavily qualified recommendation that Comstock receive additional compensation of approximately \$2.8 million with no extension of time (at paras. 157-158, 905).

[180] These "internal evaluations" were preliminary estimates only, and AMEC did nothing more than provide preliminary determinations on Comstock's claims contemporaneously. The trial judge correctly found that "[...] neither the Mackenzie report nor the Neis report made a determination that Comstock had established entitlement to damages or an extension of time [...]" (at para. 911). Comstock never met the requirement to provide adequate information to establish entitlement.

[181] In the end, the trial judge noted none of these amounts was ever paid.

- B. *Is AMEC liable for collusion or bad faith conduct relating to its claim of common interest privilege with PCS?*

A common interest privilege claim does not support liability for collusion

[182] The trial judge rejected the allegation of collusion. In doing so, she addressed Comstock's arguments and analyzed the evidence before her. I would confirm the trial judge's ruling because:

- a) there is no basis for the proposition that a claim of common interest privilege must create an adverse inference of collusion or conduct that would breach the contractual duty of good faith; and
- b) there is no evidence on the record that there was any collusion or bad faith conduct connected to the claim of common interest privilege.

*No basis for the proposition that a claim of common interest privilege must create an adverse inference of collusion or conduct that would breach the contractual duty of good faith*

[183] There is no law or reasoned basis to indicate that a claim of common interest privilege must result in an adverse inference that parties colluded, or that such a claim would attract liability on the basis of a breach of the contractual duty of good faith or otherwise.

[184] Common interest privilege is a rule of evidence that permits parties to allow confidential sharing of privileged information where there is a common interest in anticipated litigation. This rule of evidence is explained in Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant & Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 5th ed, (Toronto: LexisNexis Canada: 2018), as follows:

Generally, disclosure to outsiders of privileged information constitutes waiver of the privilege. However, it may be necessary for certain outsiders, such as a co-accused and counsel, to be present to assist in the preparation of a client's defence. Indeed, an exchange of confidential information between individuals who have a common interest in anticipated litigation is within the context of this privilege. [...] [§ 14.168]

[185] The purpose of the privilege is expressed by Cumming J., of the Ontario Superior Court of Justice, in *CC&L Dedicated Enterprise Fund (Trustee of) v. Fisherman*, [2001] O.J. No. 637 (QL), as follows:

[...] Complex litigation of this nature requires that the parties and their counsel be able to share information and show their position to some but not all of the participants. This facilitates the refining and reduction of issues, achieves economy in research and expenses, is supportive of possible settlements or compromises and enables the litigation to progress with fairness and timeliness. Parties should be free of any asserted archaic strict rules of waiver. [...] [para. 32]

[186] Common interest privilege can exist even if the parties sharing the information might become adversarial in the future.

[187] A claim of common interest privilege does not automatically lead to an inference that two parties are colluding or acting in a manner that would breach the contractual duty of good faith.

*No evidence of collusion or bad faith conduct*

[188] AMEC's claim of common interest privilege covered a very small portion of the tens of thousands of documents it disclosed in this litigation. Comstock took issue with only a single document over which AMEC claimed common interest privilege, namely an attachment to an email chain dated June 30, 2010.

[189] There is no basis in fact or law for the proposition that an unchallenged claim for common interest privilege must result in a finding of liability against AMEC. A claim in privilege does not raise an adverse inference of collusion or bad faith conduct, and it is not a tort.

C. *Did AMEC commit the tort of inducing breach of contract?*

[190] The trial judge stated:

In summary, Comstock argues that AMEC induced PCS to breach the contract in two respects:

- i) By refusing to fairly evaluate Comstock's claims for additional compensation and additional time to complete the work, it induced PCS to breach the contractual obligation to compensate Comstock for additional work and delays and changed conditions, and
- ii) By urging PCS to terminate Comstock for cause when it knew no breach had occurred.

The elements of the tort of inducing breach of contract were set out by the New Brunswick Court of Appeal in *Sar Petroleum et al. v. Peace Hills Trust Company*, 2010 NBCA 22 at paragraph 40:

On reflection and out of an abundance of caution, I have settled on eight elements: (1) there must have been a valid and subsisting contract between the plaintiff and a third party; (2) the third party must have breached its contract with the plaintiff; (3) the defendant's acts must have caused that breach; (4) the defendant must have been aware of the contract; (5) the defendant must have known it was inducing a breach of contract; (6) the defendant must have intended to procure a breach of contract in the sense that the breach was a desired end in itself or a means to an end; (7) the plaintiff must establish it suffered damage as a result of the breach; and (8) if these elements are satisfied, the defendant is entitled to raise the defence of "justification".

[Trial Decision, at paras. 935-936]

[191] The trial judge applied the correct test, in particular with respect to step six of the *SAR Petroleum* analysis set out above. Unless a defendant acts maliciously, inducing breach of contract necessarily requires evidence of a benefit or advantage resulting to the defendant to ground such an intention. Evidence of conduct alone is not enough.

[192] The trial judge was correct to rely on *SAR Petroleum et al. v. Peace Hills Trust Company*, 2010 NBCA 22, 357 N.B.R. (2d) 202, given the factual matrix of this action and the fact that *SAR Petroleum* explicitly canvassed the *Walsh* decision and built upon it.

[193] This Court explained the analysis of intention to be conducted at step six of the analysis in *SAR Petroleum*, where Robertson J.A. wrote:

In brief, if the breach of contract were neither an end in itself nor a means to an end, one must conclude that it was unintended. Hence, if the defendant did not act out of malice or obtain an economic advantage as a result of the breach, it should follow that the requisite intention is absent and the tort action must fail. Lord Hoffman cites one case which illustrates clearly the proper application of the test for intention. The case is *Millar v. Bassey*, [1993] E.W.J. No. 5409 (QL), [1994] E.M.L.R. 44 (C.A.). No doubt Shirley Bassey's breach of her contract with the recording company had the foreseeable consequence that the recording company would breach its contracts with the accompanying musicians. In short, she knew or was deemed to have known of the contracts with the accompanying musicians. But as Lord Hoffman observed, breaches of those contracts was neither an end desired by Ms. Bassey nor a means of achieving that end. More pointedly, Ms. Bassey did not seek to achieve a benefit or advantage that would have otherwise accrued to the musicians but for her breach. She simply decided to withdraw from her contract and suffer the legal fate of any contract breaker: to pay damages.

Applying the above framework to the undisputed facts of the present case, there can be no doubt that Peace Hills

lacked the requisite intention to induce a breach of the construction contract. First, SAR Petroleum properly concedes that Peace Hills did not act out of malice. In other words, breach of the construction contract was not an end in itself. This leads us to ask whether the breach was a means to an end. But it is equally clear: no distinct economic benefit or advantage accrued to Peace Hills because of the breach of the construction contract between Eel River and SAR Petroleum. In other words, Peace Hills did not gain an advantage over and above that to which it was entitled under its loan agreement with Eel River. Most certainly, Peace Hills did not profit from the breach in the way that Mr. Gye would have profited from Ms. Wagner's breach of contract with Mr. Lumley, but for the court injunction. Nothing that Peace Hills did qualifies as improper or opportunistic conduct. Thus, the element of intention has not been satisfied and the tort action must fail.

[paras. 55-56]

See also the Trial Decision, at para. 947.

[194] The trial judge found unequivocally that AMEC had not acted maliciously. Therefore, the question before her was whether AMEC induced the breach of contract as a "means" of achieving some other "end." In other words, she had to determine whether there was evidence of a benefit or advantage sought by AMEC to allow her to infer that AMEC induced PCS to breach the Comstock Contract as a means of achieving that end (that economic benefit or advantage).

[195] The test for intent, as it relates to the tort of inducing breach of contract, necessarily requires an assessment of whether the defendant sought an economic benefit or advantage. This is confirmed in *SAR Petroleum*:

It has not escaped my attention that Lord Hoffman's formulation of the intention test may be recast as a test to determine whether the defendant acted for an improper purpose (maliciously or opportunistically). The flip side of the coin is to ask whether the defendant acted for a proper purpose. As stated earlier, it should follow that if the defendant did not act for improper purpose it must have acted for a proper one. If we take the test of intention to be

whether the desired breach was a means to an end or an end in itself, and we leave aside cases of malice, we are left with deciding whether the defendant sought a commercial or economic advantage that crossed the Rubicon from acceptable commercial behaviour to unacceptable or opportunistic behaviour. If the defendant did not cross the Rubicon, it is because he or she acted for what the law considers a proper purpose. Of course, the more difficult task is to reach an accord with respect to what qualifies as a proper, as opposed to an improper, purpose. Fortunately, for purposes of deciding this appeal, it can be safely assumed that it is proper for a defendant to pursue a course of action consonant with protecting its legitimate and existing contractual or proprietary rights with the third party. In short, once the intention test is framed in terms of the defendant not acting for an improper purpose (means to an end), it is only logical that the defendant would want to show that it acted for a proper purpose: the pursuit and preservation of existing contractual rights with the third party. [para. 57]

[196] In order to decide whether AMEC sought a benefit or advantage, the trial judge was required to determine whether AMEC would actually obtain a benefit or advantage from the breach. On this, the trial judge was very clear that AMEC would not obtain a benefit or advantage as a result of PCS breaching the Contract but would actually be exposed to liability. As previously noted, she held:

I accept that the contract between PCS and AMEC provides for liability on the part of AMEC for damages, losses, costs or expenses suffered by PCS arising from or caused by the wrongdoing, negligence (including negligent errors or omissions) of the AMEC. However, if AMEC wrongfully refused to properly adjudicate Comstock's claims and this led to damages being awarded against PCS for breach of contract, that did little to minimize AMEC's liability to PCS, and it is more likely it would have created liability to PCS.

I fail to see how AMEC obtained any specific economic or commercial benefit from inducing a breach of the contract between PCS and Comstock.

[Trial Decision, at paras. 951-952]

[197] Inducing breach of contract is an intentional tort. It requires a plaintiff to prove that the defendant intended the outcome (the breach of contract) as opposed to the tort of negligence, which requires only that the plaintiff prove that the outcome was reasonably foreseeable. Improper purpose alone is not enough to establish intention for the purposes of the tort of inducing breach of contract. In *SAR Petroleum*, Robertson J.A. illustrated this by referencing *Millar v. Bassey*, [1993] E.W.J. No. 5409 (QL) (at para. 55, quoted above).

[198] AMEC's entire role as it related to Comstock is outlined in the Comstock Contract. AMEC was to be specifically called upon as a decision maker at first instance. Accordingly, such a test would not ground any finding of intention to induce PCS to breach the Comstock Contract.

[199] The decision to terminate the Contract was that of PCS. In the event of default by Comstock, PCS had the choice to either suspend Comstock's right to continue with work or terminate the Contract.

[200] Termination is a contractual mechanism, and the discretion to exercise it was PCS' alone. Its witnesses at trial gave uncontroverted evidence that, in fact, PCS did exercise that discretion of its own volition. For example, Clark Bailey (PCS) confirmed he terminated the Contract despite the recommendations of Mark Neis (AMEC):

Q. So the notice of default, sir, this is – notwithstanding the recommendation of Mr. Neis, you went and terminated anyway, correct?

A. We terminated on July 21<sup>st</sup>.

Q. – Right. And you disregarded what Mr. Neis had told you, correct?

A. Obviously.

[Transcript, May 8, 2019, p. 5412, ll. 6-12]

[201] I would note, parenthetically, that GC 36.6 provides that no liability can

be assessed against AMEC by PCS for the consequence of any act or omission by PCS, as the owner, in relation to the project that is contrary to the written recommendation of the engineer, AMEC.

[202] Mr. Bailey's evidence confirmed the reality that the contract was between PCS and Comstock and that only PCS could decide to terminate it:

Q. – Now, sir – because this is your – this isn't Amec writing the letter. This is what you are saying is the case, right? This is coming from PCS?

A. It's a contract with me, PCS.

[...]

Q. – Sir, no, I am asking you about the letter that you wrote, sir?

A. Well I had to write the letter because there is a contract between me and Comstock. I didn't write the notice of default. I wrote the termination. [Transcript, May 8, 2019, p. 5413, ll. 21-24, and p. 5417, ll. 3-7]

[203] If Comstock did not agree with the decisions made by AMEC, it had the contractual right to dispute those decisions under the terms of the Comstock Contract, and it chose not to do so.

[204] The tort of inducing breach of contract is one of “secondary” or “accessory” liability: primary liability lies with the party who breached the contract. The alleged tortfeasor merely assumes secondary liability for its role as an accessory to this breach. The tort was created to step in when recourse against the contracting party is unavailable or impractical, which is not the case in this action. As explained in *SAR Petroleum*:

It is worth identifying the policy reason underscoring the right of a party to a contract, which has been breached, to sue a non-party for inducing the breach. In contract law, the general right or ability of one party to refuse to perform is

accepted subject, of course, to the obligation to compensate the innocent party (e.g. anticipatory breach). Hence, Ms. Wagner had the option of breaching her performance contract whether or not she was induced to do so by a third party. Why should it make any difference whether the decision to breach the contract was encouraged or informed by the views of others? *Lumley v. Gye* provides a ready answer. The remedy on the contract may be inadequate as where the person breaching the contract (Ms. Wagner) might be unable to pay the damages actually suffered by the plaintiff. While “primary” liability rested with Ms. Wagner, Mr. Gye assumed “secondary” liability for the loss suffered as a consequence of his acts of inducing breach of contract. Not only may the remedy on the contract be inadequate, but also the damages available in tort may be broader than those available in contract (see reasons of Erle J.). Curiously, the law of inducing breach of contract has never focused on this point. Instead, the law simply holds that for the defendant to be liable to the plaintiff, so too must the third party be liable to the plaintiff. Hence, the distinction between primary and secondary liability. [...]

[para. 33]

[205] In sum, the rationale for the tort is to provide a remedy in circumstances in which: a) the contracting party (in this case, PCS) is unable to pay the damages suffered; or b) the measure of damages differs in contract and tort. It is not meant to be invoked in circumstances such as the present where the contracting party is already being pursued to recover the exact same damages. Comstock did not plead that its claims in tort against AMEC were in any way broader than its claims against PCS in contract – in fact Comstock pled that the damages are identical. The purpose of the tort claim in such circumstances is unsustainable because either it is redundant or it creates concerns of double recovery. Moreover, I note Baird J.A., in her preliminary decision reported at [2021] N.B.J. No. 238 (QL), ordered PCS to post security with the Registrar of the Court, for the full amount of Comstock’s judgment in return for a stay of execution. Payment of Comstock’s judgment is therefore not at risk.

[206] Ultimately, the breach of contract from which all of Comstock’s damages flow was the trial judge’s finding that PCS wrongfully terminated the Contract. This was

a decision that PCS made for itself and for which Comstock sued PCS, in contract, and was awarded damages, thereby negating the very loss for which Comstock pursued AMEC in tort, and for which it may only recover once.

[207] Since AMEC is not a party to the contract between PCS and Comstock, any delay caused by AMEC's conduct within the scope of its role as contract administrator is, as found by the trial judge, to be a delay for which PCS is liable and for which the trial judge assessed damages against it.

D. *Are there grounds for an award of punitive damages against AMEC or PCS?*

[208] The Supreme Court in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, [1995] S.C.J. No. 64 (QL), detailed when punitive damages are available to plaintiffs in Canada:

Punitive damages may be awarded in situations where the defendant's misconduct is so malicious, oppressive and high-handed that it offends the court's sense of decency. Punitive damages bear no relation to what the plaintiff should receive by way of compensation. Their aim is not to compensate the plaintiff, but rather to punish the defendant. It is the means by which the jury or judge expresses its outrage at the egregious conduct of the defendant. They are in the nature of a fine which is meant to act as a deterrent to the defendant and to others from acting in this manner. It is important to emphasize that punitive damages should only be awarded in those circumstances where the combined award of general and aggravated damages would be insufficient to achieve the goal of punishment and deterrence.

[...] The appellate review should be based upon the court's estimation as to whether the punitive damages serve a rational purpose. In other words, was the misconduct of the defendant so outrageous that punitive damages were rationally required to act as deterrence? [paras. 196-197]

[209] In *512842 N.B. Inc., Roger Landry, Cape Bald Packers Limited, Patrice*

*Landry and Denis Carrier v. Delphinium Ltée and Louis Schofield*, 2008 NBCA 56, [2008] N.B.J. No. 302 (QL), this Court provided the framework for the review of a punitive damages award. Although the trial judge made no such award, the analysis remains relevant:

The review of an award of punitive damages involves the application of the rationality test outlined in *Whiten*. The analysis focuses on whether the award is rational in the sense of being necessary to achieve its purposes, namely deterrence, denunciation and retribution. In addition, as pointed out by Charron J.A. (as she then was) in *Ferme Gérald Laplante & Fils Ltée v. Grenville Patron Mutual Fire Insurance Co.* (2002), 61 O.R. (3d) 481 (C.A.), [2002] O.J. No. 3588 (QL), at para. 110, an award of punitive damages will only be rational if it is proportionate. Proportionality is determined by considering at least the following factors: (1) the blameworthiness of the defendant's conduct; (2) the degree of vulnerability of the plaintiff; (3) the harm directed at the plaintiff; (4) the need for deterrence; (5) any other penalties likely to be inflicted on the defendant; and (6) the advantage wrongfully gained by the defendant.

An assessment of the award's appropriateness must then address the following question: was the conduct of the appellants so outrageous that punitive damages are rationally required for the purposes of deterrence, denunciation and retribution? [paras. 49-50]

[210] "Rationality" informs both the assessment of whether punitive damages are warranted and the determination as to the quantum of the award. The analysis is therefore to consider whether AMEC's or PCS' conduct "represents a marked departure from the ordinary standards of decent behaviour" (see *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678, at para. 79; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595, at para. 36). There is no evidence to support a finding that it did, and the trial judge properly dismissed such claims.

[211] While s. 3 of the *Law Reform Act*, R.S.N.B. 2011, c. 184, eliminates the

requirement for establishing an “actionable wrong” independent of the alleged wrong for which the proceedings are brought to claim punitive damages, the latter continue to be informed by the rationality principle viewed in the context of the defendant's conduct.

[212] Punitive damages are not commonplace and, in contractual disputes, courts have recognized that “the circumstances that would justify punitive damages for breach of contract in the absence of actions also constituting a tort are rare” (see *Royal Bank of Canada v. W. Got Associates Electric Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 408, [1999] S.C.J. No. 59 (QL), at para. 26).

[213] The overarching consideration for an award of punitive damages is whether the defendant’s conduct is sufficiently serious that such an award is rationally required to punish the defendant. In *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, [1989] S.C.J. No. 46 (QL), the Supreme Court described the type of conduct necessary:

[...] punitive damages may only be awarded in respect of conduct which is of such nature as to be deserving of punishment because of its harsh, vindictive, reprehensible and malicious nature. I do not suggest that I have exhausted the adjectives which could describe the conduct capable of characterizing a punitive award, but in any case where such an award is made the conduct must be extreme in its nature and such that by any reasonable standard it is deserving of full condemnation and punishment. [...] [pp. 1107-1108]

[214] Comstock’s argument is based on the premise that it suffered “significant harm.” The trial judge found that Comstock was entitled to \$6,731,289 in damages, \$2,059,676.84 of which was for the amount owing from the outstanding mechanics’ lien holdback.

[215] It originally claimed more than \$47 million plus punitive damages from the summer of 2010 to the first day of trial on January 7, 2019, a period of more than eight years, before reducing the claim to \$18 million plus punitive damages.

[216] It further implies its insolvency, which it did not seek until three years after being terminated from the project, was a direct result of the alleged conduct of AMEC or PCS.

[217] However, in *Comstock Canada Ltd. (Re)*, 2013 ONSC 4756, [2013] O.J. No. 3324 (QL), the Ontario Superior Court of Justice (in Bankruptcy and Insolvency), stated as follows:

On June 27, 2013, counsel advises that Chrysler Canada locked out Comstock from the performance of its contract at facilities in Ontario and, on July 2, 2013, threatened to terminate all existing contracts and purchase orders with Comstock. On July 3, 2013, Chrysler Canada issued a formal notice of contract termination to Comstock.

On July 5, 2013, Travellers Insurance Company of Canada provided Comstock with notices of termination, to be effective in 30 days, in respect of certain contracts.

During the week of July 1, 2013, TLS Fleet Management notified Comstock that no further purchases would be authorized in respect of vehicle leases, service and maintenance, and management fees, unless Comstock paid outstanding amounts and provided a security deposit.

[...]

Comstock's counsel advised that in response to Chrysler Canada's lockout and, as a result of unsuccessful negotiations with a potential bridge financier, Comstock's Board of Directors determined that the Comstock Group had no other readily available options but to file Notices of Intention to Make a Proposal (the "NOI") pursuant to section 50.4(1) of the *BIA* on June 28, 2013 (the "NOI Proceedings") in order to preserve the *status quo* and prepare for a CCAA restructuring. [paras 20-22, 26]

[218] Comstock's assertion that it suffered "enormous losses" on the project must be viewed within the context of the citation in paragraph 217 above.

[219] PCS did not wish to terminate Comstock and only considered it as a last resort. Clark Bailey, of PCS, testified that prior to July 21, 2010, he was reluctant to terminate the Comstock Contract because of the difficulty of having to “pick up and start all over with” a new contractor (Transcript, February 25, 2019, p. 4966, ll. 4-5). However, Mr. Bailey concluded PCS had no choice but to terminate the Comstock Contract because PCS did not think Comstock understood how or when the project would be finished.

[220] Mr. Neis, of AMEC, also testified that as of July 17, 2010, he was reluctant to recommend termination because of the cost involved in terminating a contractor mid-contract but, by July 21, 2010, he believed PCS had no other option but to terminate the Comstock Contract.

[221] Comstock’s argument that punitive damages are rational and necessary is therefore without merit because it is based on the incorrect premise that there is a need for deterrence.

[222] By terminating Comstock, PCS was forced to retain a new contractor, Lockerbie & Hole, to complete Comstock’s work as well as rectify Comstock’s deficiencies.

[223] PCS paid Lockerbie & Hole a total of \$34,655,708, \$17,565,735.70 of which was incurred by PCS as the incremental cost of completing Comstock’s work.

[224] This is in contrast to the \$8,186,666.19 PCS would have had to pay Comstock to complete its work under the terms of the lump-sum contract.

[225] Comstock’s argument that punitive damages are rational and necessary is therefore, once again, without merit because it is based on the incorrect premise that PCS wrongfully gained an advantage from terminating Comstock.

[226] Comstock's allegation of common interest privilege or collusion against PCS and AMEC does not support a claim for punitive damages. PCS claimed litigation privilege over confidential communication with their claims consultant, Mr. McElhinney, occurring after April 18, 2010, being the date on which litigation was in contemplation. To the extent the privileged documents were shared with AMEC, PCS asserted common interest privilege.

[227] At the Examination for Discovery, counsel for AMEC also asserted common interest privilege over these documents on the basis that determinations by PCS' expert, Mr. McElhinney, impacted the legal position of both AMEC and PCS.

[228] As discussed above, PCS and AMEC claimed neither that their interests were aligned, nor that they were allied against Comstock. The basis for asserting common interest privilege, which was never challenged by Comstock, or later by HB, was that determinations by PCS' claims consultant impacted the legal position of both AMEC and PCS.

E. *Comstock's delay-related claims*

[229] On this issue, the trial judge held the applicable law to be as follows:

In *Brule Construction Ltd. v. Ottawa (City)* 1989 CarswellOnt 688, [1989] O.J. No. 330, 14 A.C.W.S. (3d) 121 the Court stated:

25 When a contract is delayed, there are numerous consequential losses which may be suffered by the contractor. These losses are outlined in *I.N. Duncan Wallace ed., Hudson's Building & Engineering Contracts*, 10th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1970) at 597-598;

(a) When delay in completion of the whole project results, a contractor will usually suffer:

(i) a loss owing to the fact that his off-site overheads, which will partly be independent of the actual site expenditure or even the period the contract takes to complete (such as head-office rents) and partly may be dependent (such as additional administrative expenditure in relation to a dislocated and longer contract) will have either increased in the latter case, or need to be recovered from a smaller annual turnover than that budgeted for in the former case;

(ii) a loss of the profit-earning capacity of the particular contract organisation affected, due to its being retained longer on the contract in question without any corresponding increase in the monetary benefit earned and without being free to move elsewhere to earn the profit which it otherwise might do;

(iii) an increase of cost in his running on-site over-heads, that is to say those elements of cost directly attributable to the contract which are governed by time and which are independent of the amount of work carried out – for instance supervisory costs, costs of permanent plant such as site huts, and certain special plant needed throughout the work;

(iv) in a contract without an applicable fluctuations clause, the inflationary or other increases in the cost of labour or materials (less any decreases) which he would not have incurred but for the delay.

(b) Whether or not delay in completion results, the disturbance of a contractor's

progress or planning may also result in lower productivity from the contractor's plant or labour.

Is Comstock entitled to damages for delay related claims?

In *Nordic Construction Ltd. v. Hope Brook Gold Inc.*, 1991 CanLII 7538 (NL SC), the Court stated the following regarding provisions in the contract for extension of time and its impact on a claim for damages for delay by the contractor:

[43] Under GC-33 on the determination by the manager that a delay is unforeseeable, beyond the control of, and without fault or negligence of the contractor, the time for performance of the contract is extended. This clause does not address compensation for loss incurred because of delay nor does it attempt to limit the contractor's right to claim for such loss. I am satisfied that the weight of authority is that this type of "delay" clause is interpreted narrowly and only in those cases where the language is clear would a contractor be deprived of a right to damages where the delay is caused by the owner. (See *Building Contracts* by Goldsmith, (4th Ed.) pp. 5-7 and cases cited therein; *Foundation Co. of Alberta Ltd. v. Alberta* (1986), 1986 ABCA 120 (CanLII), 69 A.R. 372; 45 Alta. L.R. (2d) 77, 21 C.L.R. 74; *Interprovincial Concrete Ltd. v. Robert McAlpine Ltd.* (1985), 14 C.L.R. 121 (Alta. Q.B.)).

[44] GC-33 can be distinguished from clauses like the one in *Perini Pacific Ltd. v. Greater Vancouver Sewerage and Drainage District (No. 2)*, 1967 CanLII 104 (SCC), [1967] S.C.R. 189, 60 D.L.R. (2d) 385, where the clause specifically states there was to be no claim or right of action against the corporation for damages for the delay whether or not the delay was caused by the corporation. The clause in the *Perini Pacific Limited* case, supra, was held to effectively prevent claims. However, it is interesting to note that when the *Perini Pacific Ltd. v. Greater Vancouver Sewerage and Drainage District* case was before the British Columbia Court of Appeal (1966), 1966 CanLII 457 (BC CA), 57

D.L.R.(2d) 307, that court had an opportunity to consider an “Extension of Time” clause similar to GC-33 and would not extend the generally worded clause to include defaults by the owners so as to make them judges of their own cause. I conclude GC-33 does not limit the owner's liability for delay caused by the owner.

G.C. 23.3 provides that if the contractor believed alleged delay was occasioned through no fault of its own, the contractor was entitled to submit a written quantified request to the engineer for a revision to the Construction Schedule and for an extension of time for complet[ing] the work.

While G.C. 23.11 ruled out an extension of time or additional payment if Comstock was obstructed or delayed by its own acts or neglect, the contract did not preclude a claim or right of action against PCS for damages for delay caused by PCS.

I therefore find that Comstock is entitled to seek recovery for damages for loss of productivity and for delay caused by PCS/AMEC. [Trial Decision, at paras. 1011-1015]

[230] I fully endorse that this is the basis upon which to proceed to determine if Comstock sustained any delay-related losses. The first such claim relates to the judge’s assessment of Comstock’s site duration costs.

(1) Accepted methodology for assessing site duration costs

[231] Under the Comstock Contract, Comstock was to receive monthly payments for its overhead costs, pro rated to the percentage of completion of its work under the contract. The completion percentage was determined through a certification process whereby AMEC reviewed and assessed Comstock’s work.

[232] Comstock’s overhead costs were based on a fixed formula: the cost of maintaining site staff was multiplied by the number of days it planned to be on site. In order to recover all of its overhead costs, Comstock had to complete the work in the

agreed upon number of days. Comstock would incur additional overhead costs if its work took longer than anticipated. This is the nature of a lump-sum contract. When the owner or engineer causes additional overhead costs by delaying the contractor or by asking the contractor to work more days on site, the contractor is entitled to recovery of those costs. This basic proposition was not disputed at trial and was accepted by the trial judge.

[233] Despite this accepted methodology, the defendants and the trial judge disagreed with the calculation of the *per diem* overhead rate and allocation of responsibility for delay prepared by Comstock's expert, Michael Dean. He determined Comstock was entitled to claim for 89 days of additional overhead costs. The trial judge made the following findings with respect to his assessment:

Mr. Dean calculates this claim in the amount of \$3,662,430.00 based on Comstock having been required to be on site 89 days longer than it should have been on site, to complete 85.6% of the work.

Mr. Dean derives the 89 days by taking the total number of days Comstock was actually on site between September 8, 2009 and July 21, 2010 (317 calendar days) and subtracting 228 days, the "earned actual duration" (266 calendar days expected to be on site between September 8, 2009 and May 31, 2010 x 85.6%).

He then multiplies 89 days by his calculation of Comstock's daily overhead costs of \$41,150.90.

Mr. Dean calculates the daily overhead amount by totaling Comstock's indirect costs for the entire period Comstock was on site from September 8, 2009 until termination on July 21, 2010 (\$15,892,585) and deducting \$2,847,750 to account for amounts claimed elsewhere as earned change order amounts, direct costs claims, and labour productivity losses. This leaves \$13,044,835, which he divides by 317 days.

Mr. Dean's calculations are based on his assessment of percent complete at 85.6% at termination, which I have not accepted. However, as PCS points out, using a lower percentage complete at termination would result in a higher delay claim, which is not logical, especially in light of the

fact that not all of Comstock's delay past May 31, 2010 was PCS/AMEC's responsibility.

I have determined PCS/AMEC are responsible for half of Comstock's delay for the 51 calendar days between May 31, 2010 and July 21, 2010, or 25.5 days. If one uses Mr. Dean's overhead costs of \$41,150.90 per day for 25.5 days, this results in an extended overhead cost amount of \$1,049,348.

[...]

The \$41,151 used by Mr. Dean is also well in excess of the amount Mr. McLellan calculated on a preliminary basis as Comstock's costs for an extended schedule in his March 3, 2010 correspondence. He calculated a weekly amount of \$88,775 for managers, safety officers, buyer, superintendents, clerks, subcontractor costs and costs for buildings and equipment. This equates to a per diem amount of approximately \$12,650.

Mr. Dean's calculation of overhead costs is high in comparison with Comstock's own calculations. Some of the indirect costs included in Mr. Dean's calculation of the per diem are variable. Comstock has not established that all these costs were incurred by Comstock on a daily basis for the three and a half week period Comstock was delayed by reasons outside its control.

However, I accept that Comstock's calculation of site overhead in July 2009 and its calculation in March 2010 may not have anticipated all reasonable overhead expenses.

I therefore find it appropriate to average the amount calculated by Mr. Dean, \$41,151 and the \$12,000 which approximates Comstock's initial overhead cost calculations. This results in a per diem of \$26,575. I apply this per diem to the 25.5 additional days Comstock was on site attributable to PCS/AMEC caused delays, and award total extended overhead damages of \$677,662.

[Trial Decision, at paras. 1037-1042, 1046-1049]

[234] PCS argues the trial judge ought to have used Comstock's own *per diem* calculations, which, throughout the project, it had consistently represented to PCS were between \$9,000 and \$12,682.14 *per diem*. The supporting evidence may be summarized

as follows:

- a) Before the contract award and as of July 23, 2009, Comstock calculated its *per diem* overhead costs at \$342,172.04 per month or \$11,577 *per diem*;
- b) On March 3, 2010, approximately eight months into the Comstock Contract, Comstock again provided AMEC with its overhead costs in the context of providing costing for extended site costs for the project beyond May 31, 2010. The weekly overhead costs, including subcontractors was \$88,775.00 or \$12,682.14 *per diem*;
- c) On May 4, 2010, Comstock requested a six-month extension with associated costs of \$1,600,000 or \$266,000 per month or \$9,000 *per diem*;
- d) On May 6, 2010, Comstock submitted another letter to AMEC and quantified its monthly overhead costs at \$300,000 per month, or \$10,000 *per diem*; and
- e) On May 17, 2010, Comstock asserted to AMEC that the numbers presented in its Schedule "A" document that accompanied its July 3, 2009 and July 28, 2009 bid submissions were the numbers it used to quantify its extended costs. In its July 3, 2009 submission, Comstock estimated its site overhead costs were \$312,549.83 per month or 10,418.33 *per diem*.

[235] PCS further asserts the judge committed palpable and overriding error in her assessment of damages for extended overhead costs by arbitrarily averaging Mr. Dean's *per diem* calculation of \$41,151 with Comstock's overhead cost calculation of approximately \$12,000 *per diem*. It argues the judge ought to have used an average of Comstock's own initial numbers, which they had consistently represented throughout the project to be between \$9,000 and \$12,682.14 *per diem*.

[236] PCS states, had the trial judge used Comstock's numbers, the average of which is \$10,735.49 *per diem*, Comstock would have been entitled to an award for total extended overhead damages of \$273,755.10 (over the 25.5 days), being \$403,906.90 less than the amount awarded at trial (i.e. \$677,662).

[237] On the other hand, Comstock says the figure of \$12,000 per day used by PCS was based on its budget for "indirect costs" included in the original bid and certain correspondence.

[238] The trial judge considered the evidence and did not adopt either position in its entirety. She held that some of Mr. Dean's costs were variable and that Comstock had not proven that each cost was incurred every day. She accepted, however, that Comstock might not have included all relevant costs in its original bid or its subsequent correspondence. In the result, she awarded damages based on a *per diem* of \$26,575.

[239] The trial judge found that Comstock's damages were complex and difficult to assess with precision but that it should not be denied recovery on this basis. This is a well-known legal principle, and the trial judge applied it correctly to the calculation of Comstock's *per diem* costs. The result may not be mathematically precise, but it is legally correct. It is not the product of palpable and overriding error.

(2) Correct application of methodology

[240] When applying the methodology set out above, the trial judge only awarded delay-related overhead costs to Comstock for the delay that occurred after the contractual completion date of May 31, 2010. The formula, expressed mathematically, is as follows:

days working on account of delay after the contractual completion date

X

50%, representing an equal allocation of responsibility for this delay

X

\$26,575 *per diem* overhead rate

[241] Because she only considered the period after the contractual completion date, the trial judge awarded \$677,662 in delay overhead costs, calculated as follows:

51 days between May 31, 2010, and July 21, 2010

X

50%, representing an equal allocation of fault for delay

X

\$26,575 *per diem* overhead rate

[242] Comstock argues the trial judge erred in applying this methodology to calculate entitlement to extended overhead costs by only calculating delay costs after the original contractual completion date of May 31, 2010. It submits that, because the trial judge found AMEC and PCS responsible for 50% of all delay for the entire project, it was an error to calculate delay costs only after the original construction completion date of May 31, 2010.

[243] Its argument is without merit because it erroneously assumes that Comstock can recover extended overhead costs prior to the construction completion date of May 31, 2010. That is incorrect because there is no delay for which Comstock could be compensated if construction had not extended past the completion date in a lump-sum contract context.

[244] Until the construction completion date, Comstock was to be paid overhead through the contract certification process based on the completion percentage certified by AMEC, and not based on how long Comstock actually spent on site. This is because Comstock agreed to a lump-sum contract, which limits payments to the work actually completed by the contractor regardless of the time taken to do it, in contrast to a time and materials contract.

[245] As a result, Comstock's argument that the trial judge incorrectly applied the accepted methodology for calculating entitlement to overhead for extended site duration is without merit, as it is based on the false premise that Comstock is entitled to recover extended overhead costs prior to the construction completion date of May 31, 2010.

[246] The trial judge did not make any finding that AMEC and PCS were responsible for half of all the delay on the project. As previously noted, she held:

The evidence is imperfect. However I cannot find that Comstock is solely responsible for the delay past May 31, 2010. In my view, Comstock's own productivity issues and early delays also contributed to Comstock's overall delay. Nor can I find that PCS/AMEC bear responsibility for all of the delay past May [3]1, 2010 in light of the crane issues and the late issued changes.

[Emphasis added; Trial Decision, at para. 726]

[247] In fact, in the very next paragraph of her decision, the trial judge specifically makes a finding that PCS and AMEC were only responsible for half (50%) of the delay after the original contractual completion date of May 31, 2010. She wrote:

I find on the balance of probabilities that PCS/AMEC responsible breaches of the contract caused half of Comstock's delay between May 31, 2010 and July 21, 2010, or 25.5 calendar days.

[Emphasis added; Trial decision, at para. 727]

[248] Comstock was terminated from the site on July 21, 2010, being 51 days after the construction completion date of May 31, 2010, which is the period used by the trial judge to calculate Comstock's entitlement for extended overhead costs.

[249] Given this uncontradicted finding of fact alone, the trial judge was entirely justified and correct in only calculating delay costs after the original construction completion date.

[250] To illustrate Comstock's position, it states that the methodology for calculating entitlement to overhead for extended site duration can be expressed mathematically, as follows:

$$\begin{array}{c} \text{days working on account of AMEC/PCS caused delay} \\ \times \\ \text{per diem overhead rate} \end{array}$$

[251] To calculate the "days working on account of AMEC/PCS caused delay," Comstock multiplies the number of "days working due to delay" by the "allocation of fault for delay attributable to AMEC/PCS."

[252] The problem is that Comstock's methodology uses the following formula to calculate the "days working due to delay":

$$\begin{array}{c} \text{days Comstock was on-site} \\ \text{LESS} \\ \text{(days Comstock planned to be on-site)} \\ \times \\ \text{(actual percentage complete at termination)} \end{array}$$

[253] Using this formula, it calculates the "days working due to delay" to be 97, as follows:

$$\begin{array}{r} 317 - (266 \times 83\%) \\ = 317 - (220) \\ = 97 \end{array}$$

[254] Ignoring for a moment that Comstock is claiming the "actual percentage complete at termination" was 83%, the calculation methodology itself is flawed.

[255] There is no rational basis for multiplying the “days Comstock planned to be on site” (i.e. the construction completion date) by the “actual percentage complete at termination.”

[256] The flawed nature of this methodology is even more apparent when one considers that a lower “actual percentage complete at termination” would result in a higher “days working due to delay.” For example, using an “actual percentage complete at termination” of 50% yields the following illogical result of 184 days working due to delay:

$$\begin{aligned} & 317 - (266 \times 50\%) \\ & = 317 - (133) \\ & = 184 \end{aligned}$$

[257] This point is further illustrated by considering that Comstock’s expert, Mr. Dean, opined that Comstock worked 89 days due to delay, based on Comstock’s position that the work was 85.6% complete; however, using a lower percentage of completion of 83%, Comstock would argue it worked 97 days due to delay.

[258] As noted, the trial judge appropriately recognized the flawed nature of Mr. Dean’s methodology as follows:

Mr. Dean’s calculations are based on his assessment of percent complete at 85.6% at termination, which I have not accepted. However, as PCS points out, using a lower percentage complete at termination would result in a higher delay claim, which is not logical, especially in light of the fact that not all of Comstock’s delay past May 31, 2010 was PCS/AMEC’s responsibility.

[Trial Decision, at para. 1041]

[259] Comstock’s argument that the trial judge incorrectly applied the methodology to calculate entitlement to overhead for extended site duration is therefore

without merit; rather, it is Comstock's methodology for calculating costs that is not valid.

[260] In addition to the error of Comstock's proposed methodology for calculating costs, its proposed calculations are based on the incorrect premise that the trial judge made a finding it had completed 83% of its work at the time of termination. The trial judge unambiguously rejected Comstock's argument on that point as follows:

I accept that Comstock was paid for materials when delivered and that the percentage approved for payment (82.5 % as of the end of June 2010) did not necessarily mean Comstock had completed 82.5% of the work. However, I do not accept the work was only 50 to 60% progressed as of termination on July 21, 2010 or that AMEC approved payments up until May 31, 2010 that substantially overpaid Comstock for work completed. In my view the work was somewhere between 70% and 80% complete at termination. [Trial Decision, at para. 1002]

[261] Comstock' calculations are therefore without merit, as they are based on the premise the trial judge made a finding that Comstock had completed 83% of its work at the time of termination, which is incorrect.

(3) Other delay-related costs

[262] The other delay-related damages claimed by Comstock involve two related, but distinct, concepts, namely productivity and delay.

[263] It seems intuitive to assume that every instance of non-productivity will result in some delay. That assumption is belied, however, by two important distinctions between the concepts of productivity and delay:

- a) First, a contractor has tools at its disposal to mitigate, typically at its own cost, the effects of any non-productivity and thus avoid project delay. In this case, for example, Comstock increased its labour force by running a night shift at its own cost. Mr. Dean opined this night shift was sufficient to

mitigate any delay to the project that Comstock might have caused – an opinion that was not rebutted by the defendants’ expert, Mr. Fogarasi, who conceded that he did not do a delay analysis.

- b) Second, not every delay to the work causes delay to the project. Delay to the project only occurs where there has been delay to the critical path. As Mr. Fogarasi explained in his report:

The concept of the critical path in typical construction schedules is relatively straightforward: it is the longest sequence of activities in the schedule which must be completed on time for the project to finish on the due date. [...] For example, if a critical activity is delayed for 5 days, the entire project, and hence the completion date will also be delayed for 5 days unless mitigation measures (e.g. acceleration of subsequent critical activities) are taken to prevent such delay.

The concept of “float” is related to the critical path. In simple terms, float represents the amount of time a task or activity can be delayed before it has an impact on other tasks. [...]

[...] [N]ot every delay causes a delay to the project completion. Delays impacting the critical path of the project are expected to cause delay to the completion, and therefore are called critical delays, while delays impacting non-critical activities do not cause a critical delay, unless the delay period exceeded the float of such activity. [pp. 27-28]

[264] Comstock’s argument that there was no basis for finding it was responsible for half of all the project delay was not borne out by the evidence. It is based on the false premise that AMEC or PCS had the onus of proving that Comstock caused critical path delay.

[265] The lump-sum contract between Comstock and PCS meant that Comstock was compensated based on the percentage completion of the project, and not how long Comstock was actually on site incurring costs. The contract further stipulated that, if

Comstock was obstructed or delayed by its own acts or neglect, it was not entitled to any time extension or additional payment.

[266] Comstock therefore assumed the risk of any and all losses incurred as a result of any failure to progress and complete the project in a timely manner, whether due to incorrect assumptions (e.g. an overly ambitious project timeline or budget), lack of productivity or otherwise. All of this is non-compensable delay.

[267] Under the terms of the Comstock Contract, no request by Comstock for an extension of the completion date could be allowed unless the event or circumstance on which the claim was based adversely affected the critical path of the construction schedule.

[268] As such, the only manner in which Comstock could potentially recover compensable delay-related losses from AMEC or PCS was by proving that breaches of contract by AMEC or PCS caused critical path delay. To quantify those damages, the onus was on Comstock.

[269] The trial judge noted that Comstock's expert, Mr. Dean, had failed to quantify the relative impact of the various issues raised by Comstock on its overall claim for compensable delay. During oral argument, in response, counsel for Comstock argued that, despite the lack of evidence tendered by Comstock, the court could still quantify the damages by assessing which issues were compensable and which were non-compensable and allocating responsibility based on an assessment of their relative significance. The trial transcript records the following exchange with Comstock's counsel:

THE COURT: [...] if the Court were to be looking at all of the allegations of delay and accepted some but not others as being compensable losses, how would the Court – how would I approach – I can't go back and separate out from Mr. Dean's analysis any amounts, right?

MR. M. DUNN: [...] So if the Court were to conclude that some but not all of the delays are compensable, then in our

submission what *Penvidic* teaches is that the Court in that circumstance ought to assess what portion of the losses are – what portion of the labour productivity losses of Mr. Dean’s \$2 million are attributable to compensable losses and which are contributable to non-compensable causes. So in a scenario where, for example, it was found that there – that Comstock is entitled to labour productivity losses caused by the cranes and the drawing revisions and the change orders but not, for example, the late notice to proceed, then there would have to be an assessment at that stage of how significant is the notice to proceed relative to the other issues. And then an award based on that, right. So if 90 percent of the productivity issues are caused by PCS and AMEC, then 90 percent of Mr. Dean’s labour productivity losses ought to be awarded. And the reason for that, as you know, is that it’s simply – and the reason why Mr. Dean approached it as he did was – is because it is on a project of this nature the sum of moving parts. It is not possible to say, you know, this – one, to sort of isolate each issue and assign a dollar value to it, and what *Penvidic* and other cases that follow it teaches us, that doesn’t mean that there are no damages and that doesn’t mean that nothing should be awarded. In that case what the Court ought to do is its best and that the word guess is used specifically, but the best that can be done in the circumstances.

THE COURT: Okay. So there is no allocation – there is no percentage breakdown by Mr. Dean. He doesn’t say the cranes were 50 percent or design was 85.

MR. M. DUNN: No.

THE COURT: But I – you are saying the Court would then be stepping back and saying I’m going to do that allocation myself based on evidence of –

MR. M. DUNN: The relative significance of the issues, because there has been quite a bit of evidence. So if you look at the late NTP [Notice to Proceed] issue as compared to the crane, right, there is quite a bit of evidence about what impact one had versus the other. So it’s our submission that there is – it is possible to do that based on the evidence. It is of course our position that that need not be done, but in the event that it does have to be done, then the exercise is based on the evidence as best it can be

assessed to allocate responsibility. [Emphasis added; Trial Transcript, December 13, 2019, at pp. 8128-8131]

[270] The trial judge adopted Comstock's proposed methodology by assessing which issues alleged by Comstock were the result of compensable or non-compensable delay, ultimately finding that only the crane issues (including bucket elevators) and late issued changes were compensable delay caused by AMEC or PCS, which created critical path delay.

[271] The trial judge went on to find, based on her assessment of the relative significance of the issues, that the breaches of the contract by AMEC or PCS caused half of the delay after May 31, 2010, with the remaining non-compensable delay being caused by Comstock's own productivity issues and early delays/labour losses.

[272] On this appeal, however, Comstock asserted that, in order to avoid liability to Comstock for delay-related losses, AMEC and PCS had to prove Comstock caused critical path delays. That is incorrect. The onus was always on Comstock to prove compensable delay in order to establish liability against AMEC and PCS, and not the reverse.

[273] Comstock's argument that a finding that it was responsible for half of all project delay was not available on the evidence is therefore without merit because it is based on the erroneous assertion that AMEC and PCS had the onus of proving that Comstock caused critical path delay.

[274] The trial judge found that Comstock bore some responsibility for delays and she considered the extent to which it contributed to the construction delay in her reasons.

[275] In her assessment of the early delays and labour losses, the judge found that Comstock was responsible for a number of them. This fact was admitted by Comstock's own expert, Mr. Dean, but not quantified by him.

[276] With respect to the issue of Comstock's productivity, the judge found that various labour productivity losses that Comstock claimed to be compensable were not caused or contributed to by PCS or AMEC and were therefore the responsibility of Comstock.

[277] In apportioning responsibility for delay, she ultimately found that Comstock's productivity issues and early delays contributed to its overall delay:

[...] In my view, Comstock's own productivity issues and early delays also contributed to Comstock's overall delay.  
[...] [Trial Decision, at para. 726]

[278] Comstock's argument that finding it responsible for half of all project delay was not available on the evidence is further without merit because it is based on the incorrect premise that the trial judge failed to find that AMEC or PCS caused certain additional delays (i.e. changes to the work, impact of cold weather and area availability). Again, while the evidence is not perfect, its assessment by the trial judge is not tainted by palpable and overriding error.

(4) Changes to the work

[279] In her reasons, the trial judge found that the design had not changed substantially from what was contemplated at the time of tender, and noted that Mr. Dean's opinion concerning the total increase in contract value due to design changes was overstated because Mr. Dean failed to break out all non-design changes from his analysis.

[280] As a result, the trial judge found that Comstock failed to establish what the actual increase in volume arising from design changes was.

[281] On this appeal, however, Comstock asserts the trial judge failed to consider the impact of non-design changes, which was neither argued at trial nor

supported by any expert evidence.

[282] Comstock's argument is further premised on the following allegations, which are not supported by the evidence:

- a) It asserts that Mr. Dean did distinguish between design and non-design changes; however, it cites no evidence to support this premise, nor has it appealed the trial judge's finding to the contrary; and
- b) It argues the trial judge failed to consider the impact of non-design changes, while simultaneously asserting that the trial judge made a finding that non-design change orders had no impact on the work.

[283] Further, the trial judge also found that Comstock failed to establish what a reasonable volume of changes would be in the circumstances.

[284] Comstock has not pointed to anything, evidence or otherwise, that would give rise to the reasoned belief the trial judge forgot, misconceived or ignored relevant evidence.

[285] Comstock's argument that the trial judge failed to consider the impact of non-design changes is therefore without merit.

(5) Impact of cold weather

[286] Comstock's argument that the trial judge misapprehended the evidence by finding it failed to establish the impact of cold weather is without merit.

[287] The trial judge found that Comstock provided no expert evidence to establish that cold weather had any significant impact on Comstock's productivity, let alone quantify the impact of any alleged critical path delay.

[288] The judge expressly considered the evidence of Brian McLellan, Comstock's Project Manager, the Contractor Daily Reports, the weekly meeting minutes, and the foremen's daily log entries referred to by Mr. Dean.

[289] Again, Comstock has not pointed to anything that would give rise to the reasoned belief that the trial judge forgot, misconceived or ignored relevant evidence.

[290] Comstock asserts that the impact of cold weather was "precisely modelled" by Mr. Dean; however, Mr. Dean does nothing more than summarize general references to the weather contained in Comstock's Daily Logs and Construction Reports in a table and corresponding graphic.

[291] Comstock goes further and asserts that the defendants' expert, Mr. Fogarasi, conceded its allegation that cold weather would affect productivity when he merely agreed that working in cold conditions could result in a loss of productivity, not that it would.

[292] Further, the trial judge's primary reason for denying Comstock's argument in relation to the impact of cold weather was that AMEC and PCS did not breach the contract by failing to enclose the building fully by November 1, 2009, which was the alleged cause of the impact of the cold weather.

[293] Comstock has failed to provide any evidence that the trial judge committed a palpable and overriding error, and its argument that she misapprehended the evidence by finding that it failed to establish the impact of cold weather is therefore without merit.

(6) Area availability

[294] Comstock argues that the trial judge erred in limiting her consideration of

delay caused by area unavailability to elevation 141 of the compaction plant and that she failed to consider elevation 95.

[295] The issue raised by Comstock with respect to elevation 95 was not related to any failure on the part of PCS to provide Comstock with access to the area, but it arose because a cladding company was working toward the area.

[296] The trial judge addressed Comstock's allegations of contractor interference elsewhere in the decision, finding no breach of contract due to any such interferences, including the cladders.

[297] Even if there were a breach of contract due to contractor interference, Comstock has not established the lack of availability caused delay to the schedule.

#### PCS' Appeal

F. *Should the trial judge have drawn an adverse inference against Comstock for its failure to call Geoffrey Birkbeck to testify?*

[298] This Court set out the general rule regarding adverse inferences in *Doiron v. Haché*, 2005 NBCA 75, 290 N.B.R. (2d) 79, as follows:

The general rule regarding adverse inferences is stated by John Sopinka, Sidney N. Lederman & Alan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1999) at para. 6.321:

In civil cases, an unfavourable inference can be drawn when, in the absence of an explanation, a party litigant does not testify, or fails to provide affidavit evidence on an application, or fails to call a witness who would have knowledge of the facts and would be assumed to be willing to assist that party. In the same vein, an adverse inference may be drawn against a party who does not call a material witness over whom he or she has exclusive

control and does not explain it away. Such failure amounts to an implied admission that the evidence of the absent witness would be contrary to the party's case, or at least would not support it.

[Emphasis added; para. 106]

(1) Criteria for drawing adverse inference

[299] PCS asserts the trial judge ought to have drawn an adverse inference against Comstock for not calling Geoffrey Birkbeck as a witness at trial. It argues the trial judge should have inferred that, if Mr. Birkbeck had testified, his testimony would have helped PCS' case. This argument fails for two reasons:

1. There was no evidence that Mr. Birkbeck had personal knowledge of the events at issue in the litigation. Mr. Birkbeck was the Chief Executive Officer of Comstock, a major construction company with a number of large ongoing projects at any given time. He did not send or receive any of the correspondence between the parties, negotiate the Comstock Contract or attend any meetings with PCS or AMEC. There was no reason to believe that he had any relevant evidence, let alone that he was the best person to give evidence.
2. In any event, if PCS actually thought that Mr. Birkbeck had material evidence to give, it could easily have called him as a witness. PCS itself admits that Mr. Birkbeck was present in court for much of the trial. He was not within HB's exclusive control, and could have been called by PCS by having him served with a Notice to Attend under Rule 55 of the *Rules of Court* if necessary.

(2) The test for granting an adverse inference

[300] The following principles emerge from *Doiron*:

- a) the power to draw an adverse inference is discretionary;
- b) before the discretion can be exercised, the court must find that the witness was within the exclusive control of the party against whom the inference is sought;
- c) the evidence that that witness could provide must be material; and
- d) the onus is on the party seeking the adverse inference to prove that the witness was a material witness within the exclusive control of the party against whom the inference is sought.

[301] For the reasons set out below, PCS has failed to demonstrate that the trial judge erred by not drawing the adverse inference it seeks.

(3) No material evidence

[302] Every party seeking an adverse inference must establish that the witness in question has material evidence to give. This is a threshold issue. If a person does not have material evidence, then there can be no adverse inference.

[303] PCS' adverse inference argument must fail because it did not tender any evidence on this threshold issue.

[304] Comstock's primary witness at trial was Brian McLellan. Mr. McLellan testified in chief for more than six days and was cross-examined for four days. In all that time, Mr. Birkbeck's name was mentioned only once. That reference is reproduced in its entirety below:

Q. – And, sir, you were the PM, project manager, I will call it the PM. Who did you report to?

A. I reported to Keith Tuffrey.

Q. – Yes.

A. And – well that is who – reported to above him there was others like Brian Guite and Pete Semmens and ultimately Geoff Birkbeck.

[Transcript, January 7, 2019, p. 78, ll. 17-23]

[305] Thus, Mr. Birkbeck was several layers of reporting removed from Comstock’s most senior person on site. There is no evidence that Mr. Birkbeck had any direct involvement in the events on site that were in dispute. PCS’ assertion that Mr. Birkbeck had any direct knowledge of scheduling, change orders, claims or the “grounds of default” is not supported in the evidence.

[306] PCS claims that Mr. Birkbeck had material evidence about Comstock’s alleged attempt to “renegotiate the Contract.” If that were so, one would have expected evidence from PCS, as the counter-party to the negotiations, about Mr. Birkbeck’s supposed involvement. However, the senior PCS executives involved in these negotiations, Clark Bailey and Mark Fraccia, testified, and neither mentioned Mr. Birkbeck. Mr. Birkbeck did not issue any of the correspondence between the parties and did not attend any meetings with AMEC or PCS.

[307] Worse still, PCS says that the trial judge erred by not making inferences PCS itself did not argue at trial. PCS argued that Mr. Birkbeck could “explain” why Comstock advanced large claims in April-July 2010. PCS also suggested that someone with knowledge should have testified to Comstock’s corporate strategy in submitting its lump sum bid at the price it did, and its assessment of the management personnel assigned to this Project.

[308] PCS now submits the trial judge should have drawn a much broader adverse inference than it argued for at trial. It asserts, for example, that the trial judge erred by not drawing an adverse inference that Mr. Birkbeck’s evidence (if given) would have undermined Comstock’s position on scheduling, change orders and the notice of

default. These are all key issues that PCS did not even raise at trial. This, respectfully, is not how adverse inferences work. In *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, Binnie J. held that “[o]ne must also be precise about the exact nature of the ‘adverse inference’ sought to be drawn” (at para. 28). It is, at best, counterintuitive for PCS to say that the trial judge erred by not accepting arguments that PCS did not even make.

[309] As noted in *Doiron*, an adverse inference can only be drawn where one party has “exclusive control” of a witness and that witness is not brought before the court. As noted, Mr. Birkbeck was present in court during large portions of the trial. The availability of a witness in court during trial was a factor leading the Court of Appeal for Ontario to overturn an adverse inference in *Lambert v. Quinn*, [1994] O.J. No. 3 (QL) (C.A.). If PCS truly believed that Mr. Birkbeck had material evidence, it could have summonsed him to testify by serving him with a Notice to Attend under Rule 55 of the *Rules of Court*.

G. *Did the trial judge err by conflating the issue of Comstock’s failure to diligently conduct changes to the work with whether that failure amounted to a refusal to perform the work in assessing PCS’ grounds to terminate the Comstock Contract?*

[310] PCS submitted in its pleadings and arguments at trial that it was entitled to terminate the Comstock Contract for default, pursuant to GC 46.5.1 and 46.5.2 of that contract.

[311] On June 30, 2010, AMEC issued a Notice of Default to Comstock identifying six defaults by Comstock under GC 46.5.1 of the Contract, one of which was that Comstock “ha[d] failed, or [was] failing, to prosecute the Work diligently.”

[312] “Work” is defined under the Contract as “the total construction and related services required by the Construction Documents [...] including authorized Changes [...].”

[313] In this context, PCS submitted that Comstock's failure to "prosecute work diligently," including its failure to perform work without an approved change order, entitled PCS to terminate the Contract for default.

[314] The trial judge correctly found that nothing prevented Comstock from proceeding with changes to the work on IFC drawings and revised IFC drawings.

[315] PCS claims that the trial judge erred by rejecting its argument that Comstock breached the Contract by failing to prosecute the work diligently. Contrary to PCS' assertion, the trial judge's conclusion on this point rests on several factual findings. The trial judge carefully reviewed each of the allegations that PCS made in support of its assertion that Comstock failed to prosecute the work diligently, and she found against PCS on each point.

[316] These findings were based on the trial judge's careful analysis of the extensive evidence. PCS has not alleged that the trial judge made any palpable and overriding error, and I agree none can be discerned. The judge's factual findings are summarized below.

[317] Many changes – including a large number that delayed the project – were not communicated by revised IFC drawings but were the result of requests made in the field.

[318] The trial judge found that Comstock did not breach the Contract as alleged by PCS, or at all:

[...] The evidence does not indicate AMEC ever advised Comstock it was failing to prosecute the work diligently as a result of waiting for a change order before carrying out changes to the work.

Although I have found that Comstock was not prevented from proceeding with changes to the work on IFC drawings and revised IFC drawings before receiving a signed change

order, I do not find Comstock's interpretation of the contract as requiring a change order amounted to a "refusal" to perform work.

[Trial Decision, at paras. 747-748]

[319] The trial judge conducted a careful analysis of the Contract and the evidence and concluded that Comstock had not breached the Contract by not immediately proceeding with work shown on IFC drawings before a change order was issued. This is a factual finding and PCS does not allege it is the product of any palpable and overriding error.

[320] Moreover, PCS could not identify any specific work that had not been prosecuted diligently because Comstock was waiting for a change order despite having an IFC drawing. Thus, even if PCS were correct and Comstock's interpretation of the Contract was wrong, it does not follow that Comstock failed to prosecute the work diligently.

[321] As described below, a breach of the Contract by Comstock is not sufficient to justify termination of the Contract. AMEC had to give specific notice of the breach to Comstock and an opportunity to cure the default. The trial judge found that Comstock did not have proper notice and that the Notice of Default was insufficient to support termination for default.

[322] PCS asserts that the only reasonable inference is that Comstock understood that, when AMEC said Comstock was failing to prosecute the work diligently, it meant that Comstock should begin work shown on IFC drawings without waiting for a Change Order. The trial judge found, however, that AMEC never told Comstock its position on new work shown on IFC drawings was a breach of the Contract, let alone the breach referred to by AMEC in the Notice of Default.

H. *Did the trial judge err in her assessment of Comstock's knowledge of the particulars to support PCS' termination of the Comstock Contract?*

[323] GC 46.5 of the Comstock Contract lists a number of defaults that permit PCS to terminate the Contract provided that they are not cured within 10 days following the issuance of a Notice of Default by AMEC.

[324] One of the defaults identified in the Notice of Default was that Comstock "has failed, or is failing, to provide sufficient Plant or Materials or services."

[325] Although the trial judge correctly found that Comstock was in default under the Contract for failing to provide detailed weekly reports, as required in GC 20.3.2.1, she also correctly held the Notice of Default was insufficient to support termination on that basis because it was not clear the failure to provide detailed weekly reports was included within the default of "failing, to provide sufficient Plant or Materials or services" in the Notice of Default.

[326] However, on a broader basis, PCS says the trial judge ignored the evidence that Comstock was provided with sufficient details of this default prior to the issuance of the Notice of Default on June 30, 2010.

[327] Comstock was aware it was in default of providing AMEC with the contractually required weekly reports at the time the Notice of Default was issued on June 30, 2010. This is because of AMEC's specific requests for the reports made on several occasions as noted.

[328] Following the Notice of Default, AMEC issued a further letter on July 7, 2010, and reminded Comstock of the terms of the Contract. AMEC again raised G.C. 20.3.2.1 with Comstock, noting that it was required to provide weekly reports.

[329] Furthermore, on July 15, 2010, five days after the 10-day limit for Comstock to remedy any default, Mr. Vecchio sent a letter to Comstock senior management explaining where it could find the details of its defaults. This letter was in response to the 29-page letter from Comstock dated July 6, 2010, which, among other things, briefly alleged the Notice of Default lacked sufficient detail.

[330] Given the seriousness of terminating a contract, any notification of alleged default must contain clear and sufficient detail so as to provide the recipient with a fair opportunity to understand and cure it. The strictness of this requirement is emphasized in a decision of the Manitoba Court of Queen's Bench in *Pioneer Hi-Bred International, Inc. v. Richardson International Limited*, 2010 MBQB 161, [2010] M.J. No. 228 (QL):

It would seem clear that the purpose of the above type of notice provision is to give the party in breach an opportunity to remedy its breach. For such a remedy to be forthcoming, specifics of the particular breach complained of must be given in sufficient detail so as to enable the party to understand the behaviour being impugned by the other party. Notice need be clear and concise as its time period for termination has started as of a given letter. Such clarity should leave no doubt in the mind of the other party of the possible and expected consequences of non-compliance. See *Heep v. Thimsen*, [1941] 1 D.L.R. 424 (B.C.C.A.), at para. 6.; and *M.L. Baxter Equipment Ltd. v. Geac Canada Ltd.* (1982), 36 O.R. (2d) 150 (Ont. H.C.J.), at paras. 16 and 17. [Emphasis added; para. 58]

[331] This passage was cited with approval by the Ontario Superior Court of Justice in *Kingdom Construction Limited v. Regional Municipality of Niagara*, 2018 ONSC 29, [2018] O.J. No. 50 (QL).

[332] In *Kingdom*, the court held that the notice provided to the contractor was not clear and precise and held on that basis that the termination was wrongful. A default cannot assist the terminating party unless it was specifically identified in the Notice of Default itself.

[333] The onus rested solely with PCS and AMEC to clearly identify the defaults that it relied on, and there was no onus on Comstock to demonstrate that it did not understand the allegations of default. AMEC and PCS failed to discharge their burden. There is no basis to disturb the trial judge's carefully considered finding that the Notice of Default did not provide appropriate notice.

[334] The trial judge concluded the Notice of Default could not be read as giving notice to Comstock that it was actually in default for failure to give detailed weekly reports. She quite pointedly stated:

With respect to the failure to provide the weekly reports, PCS and AMEC indicate that it should have been apparent to Comstock that this was a ground of default. However, I do not accept it was clear to Comstock or anyone reading the Notice of Default that the failure to provide the weekly reports constituted a "failure to provide sufficient Plant, Material and services." Nor was it made clear what Comstock needed to do to rectify the alleged defaults.

[Trial Decision, at para. 828]

[335] The trial judge's conclusion was supported by the evidence, and PCS has not articulated any basis for disturbing it.

Mr. McLellan testified Comstock did not know what the Notice of Default referred to and that evidence was not challenged

[336] The effect of this Court's decision in *City of Moncton v. Aprile Contracting Ltd., Sepleo Ltd., Nileo Ltd., Franleo Ltd., Joleo Ltd. and Great American Insurance Company of New York and James F. MacLaren Ltd., MacLaren, Fennerty, Brodie and Groundwater Development Corporation Ltd. (Third Parties)* (1980), 29 N.B.R. (2d) 631, [1980] N.B.J. No. 87 (QL) (C.A.), is that termination can only be valid if there was "no doubt" in Comstock's mind what the defaults alleged in the Notice of Default were, and how they should be addressed. The evidence establishes that this was not the case.

[337] Mr. McLellan testified that Comstock did not know “what [AMEC was] talking about” in the Notice of Default. This evidence was not challenged on cross-examination and it was not contradicted by other evidence. The trial judge was correct to accept it.

[338] The trial judge’s conclusion is also supported by the contemporaneous documents and admissions of AMEC. Comstock did not know what AMEC alleged it was doing was wrong or how to address the allegations. Accordingly, it wrote to AMEC on July 6, 2010, to seek clarification:

1. Insufficient Detail – June 30, 2010 Letter is Lacking Detail

The attached June 30 letter does not contain sufficient detail or better, is lacking in detail and support of how AMEC’s opinion is formed. It simply quotes some of the provisions of GC 46.5.1 of the Contract and gives us no direction on what items need to be specifically addressed in AMEC’s opinion or on what information AMEC’s opinion is based.

For example:

- a. What Plant or Materials or services are lacking?
- b. How is Comstock failing to prosecute work diligently?
- c. In what manner is Comstock failing to provide sufficient skilled and qualified labour and supervision?
- d. How is Comstock performing work in an inefficient manner?

Without sufficient detail as to how Comstock is supposedly in default of the Contract, we cannot respond in any meaningful manner.

[339] Comstock’s request was reasonable. If AMEC and PCS had sent the Notice of Default to identify actual defaults, the only logical response would have been to

provide the requested particulars so Comstock could correct them. Mr. Wallace Roul of AMEC admitted that detail should have been provided, but that he did not know if AMEC had even responded to Comstock's letter:

Q. [...] if Comstock is alleged to have done something wrong, it needs to know exactly what it has done wrong in order to fix it, right?

A. Correct.

Q. Okay. And Comstock is saying very clearly, we don't know what you say we are doing wrong, right?

A. Okay.

Q. And AMEC never responded to that, did it?

A. I don't know.

[Transcript, October 23, 2019, p. 6048, ll. 8 to 16]

[340] AMEC brought Mr. Neis to the site and delegated its authority to address Comstock's claim to him. Mr. Neis (who was on vacation when the Notice of Default was drafted and sent) reviewed the Notice of Default and concluded that PCS had no basis to terminate for cause based on its contents. He communicated this conclusion to Mr. Bailey days before termination:

Our letter No. 8.6.1 E156930-Ltr022 dated June 30<sup>th</sup>, 2010 alleges the Contractor is in Default without specifying any specifics. However, to my knowledge the Contractor's method(s) of construction have been consistent throughout the entire contract period.

[...] more detail is required to terminate the Contract for default by the Contractor.

[Emphasis added; Trial Exhibit 33, Tab 147]

[341] Mr. Neis confirmed in his examination-in-chief that the Notice of Default was deficient:

A. Well I'm critical – I was critical of that letter because you really want to give the contractor a description of

what they need to do to rectify the default. So even though you are telling them during default – if you don't tell them what they need to do to rectify it, then the contractor doesn't know what to do and they really do need to know what to do.

[Transcript, November 12, 2019, p. 7275, ll. 1-7]

[342] Mr. Neis' evidence, which was unchallenged, is sufficient to invalidate the Default Notice. It corroborates Mr. McLellan's testimony that Comstock did not know what the defaults were or how to cure them. The list of defaults was copied almost *verbatim* from the Comstock Contract's termination clause. This is exactly what the *Kingdom* decision says is impermissible.

I. *Could PCS terminate the Comstock Contract based on the doctrine of fundamental breach?*

[343] PCS asserts Comstock's course of conduct throughout the project and particularly in the Spring of 2010 amounted to a fundamental breach of the Contract. It argues PCS was deprived of the timely completion of the compaction plant and the benefit of a negotiated lump-sum contract and was unsure if Comstock intended to complete the work at all. It says Comstock had repeatedly attempted to renegotiate the Comstock Contract and asserted grossly exaggerated claims for damages. In the end, PCS states it was Comstock's multitude of breaches of that contract, in totality, which violated its spirit and nature.

[344] PCS states the following facts were either ignored or misapprehended by the trial judge in her assessment of this issue:

- a) Evidence that the commercial benefit of a lump-sum contract to an owner is that it decreases the risk of cost overruns an owner is liable to pay to a contractor;

- b) Evidence that the commercial nature of a lump-sum contract is for the owner to pay a certain price for a specific result;
- c) Evidence that Comstock's claims would have doubled the price for the compaction plant that Comstock contracted to build;
- d) PCS paid Comstock \$31,396,728.31 for an unfinished compaction plant and was required to pay an additional \$17,565,735.70 to the completion contractor for the incremental cost to complete resulting from Comstock's termination; and
- e) Evidence from Clark Bailey and Mark Neis that PCS had to terminate Comstock in order to get the compaction plant constructed.

[345] PCS says these factors, taken together, establish that by July 2010, Comstock had deprived PCS of the commercial benefit of the Contract. It had removed any certainty that the project would be completed on predictable terms, or at all. It asserts Comstock's conduct amounted to a clear repudiation of the Contract, which constitutes fundamental breach. PCS therefore argues it had a legal right to terminate the Contract, separate and apart from the termination provisions in the Contract.

The test for fundamental breach

[346] Fundamental breach is a rule of contractual construction. It is an extraordinary remedy that can allow a party to terminate a contract without complying with the termination provisions contained therein.

[347] It follows that a party alleging fundamental breach bears a heavy onus. It must prove that the impugned conduct was entirely beyond that contemplated by the parties. That conduct must deprive the other party of substantially the whole benefit that it was to obtain from the contract.

[348] A fundamental breach occurs where one party deprives the other of substantially the whole benefit that the parties intended the other to obtain from the contract. It results when the foundation of the contract is undermined and the thing bargained for is not provided (see *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, [1989] S.C.J. No. 23 (QL), at para. 137 cited to QL).

[349] The principles of fundamental breach of contract were discussed by the Court of Appeal of Manitoba in *Prairie Petroleum Products Ltd. v. Husky Oil Ltd. et al.*, 2008 MBCA 87, [2008] M.J. No. 241 (QL), at paras. 43-46, leave to appeal refused, [2008] S.C.C.A. No. 427, and can be summarized as follows:

1. a fundamental breach can be described as one that has “frustrated the commercial purpose of the entire venture” (at para. 43, quoting *Pic-A-Pop Beverages Ltd. v. G. & J. Watt Co. Ltd.*, [1975] S.J. No. 432 (QL) (C.A.), at para. 13);
2. the question of a fundamental breach must be reviewed contextually depending on the particular contract in question;
3. in determining the issue of fundamental breach, the court needs to consider the terms of the contract, the intended benefit to the innocent party, the purpose of the contract, and the extent to which the loss incurred by the innocent party can be remedied adequately by an order of damages; and
4. the concept of fundamental breach seems to transcend the normal issues of contractual interpretation insofar as it involves investigating the underlying nature and purpose of the contract into which the parties have entered and the respective benefits designed to be maintained or ensured by agreement.

[350] Fundamental breach must go to the very root of the contract at issue. This strict test was articulated in the reasons of Wilson J., writing for the majority on this issue, in *Hunter*:

The formulation that I prefer is that given by Lord Diplock in *Photo Production Ltd. v. Securicor Tpt. Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.), at p. 849. A fundamental breach occurs “Where the event resulting from the failure by one party to perform a primary obligation has the effect of depriving the other party of substantially the whole benefit which it was the intention of the parties that he should obtain from the contract” (emphasis added). This is a restrictive definition and rightly so, I believe. As Lord Diplock points out, the usual remedy for breach of a “primary” contractual obligation (the thing bargained for) is a concomitant “secondary” obligation to pay damages. The other primary obligations of both parties yet unperformed remain in place. Fundamental breach represents an exception to this rule for it gives to the innocent party an additional remedy, an election to “put an end to all primary obligations of both parties remaining unperformed” (p. 849). It seems to me that this exceptional remedy should be available only in circumstances where the foundation of the contract has been undermined, where the very thing bargained for has not been provided. [Emphasis in original; para. 137]

[351] *Hunter* holds that performance of a contract – even defective performance – will defeat an allegation of fundamental breach.

[352] In the construction context, this means that a contractor does not commit a fundamental breach if it continues to work to complete the contract. This is because the root of a construction contract is simple: the contractor agrees to work, and the owner agrees to pay for that work. Other defaults, if any, can and should be addressed through the default and termination provisions in the Contract.

[353] The trial judge clearly understood and appreciated the evidence relied on by PCS in respect of its argument that Comstock fundamentally breached the Contract. However, the evidence established that PCS got what it bargained for. Comstock agreed

to work to advance the project. That is exactly what it did. Despite the judge's findings of PCS' breaches of the Contract, Comstock continued its work up to and including the day it was terminated.

[354] PCS relies on a number of defaults, discussed below, and argues that, taken together, they constitute a fundamental breach. The trial judge rejected that argument. She found, correctly, that Comstock did not commit the breaches alleged by PCS.

[355] Efforts to obtain additional compensation did not breach the Contract. PCS alleged that Comstock made "persistent and repeated efforts to renegotiate the contract" and that the trial judge erred by not finding that these efforts occurred. This is not what the trial judge found. Indeed, she found that Comstock's claims "did escalate" in April 2010 but that asking for additional compensation was not a breach of the Contract, fundamental or otherwise (at paras. 842-843). PCS had no obligation to pay claims that were not valid, and Comstock continued to work despite PCS' refusal to recognize or pay its claims. Specifically, the judge held:

I do not find that the action of pursuing claims aggressively frustrated the commercial purpose of the contract or indicated that Comstock was repudiating the contract. [Trial Decision, at para. 869]

[356] PCS did not articulate any error in this finding, and there is no basis for appellate intervention.

[357] PCS also claims that Comstock breached the Contract and that these breaches caused delays and additional costs, which had the effect of depriving it of substantially all the benefit of a lump-sum contract.

[358] PCS bargained for work on the project, and Comstock worked to complete the project. The breaches alleged by PCS would at most give rise to a right to claim

damages or termination in accordance with the Contract, which required notice and an opportunity to cure.

[359] In this case, Comstock did not abandon the work. It continued to work to and including the day it was terminated. Even if the breaches alleged by PCS and AMEC had occurred, they would not go to the root of the Contract. Therefore, PCS' fundamental breach argument fails and there is no basis for appellate review on this point.

J. *Did the trial judge err in law in not allowing a set-off against Comstock's claim for the deficiencies claimed by PCS following contract termination?*

[360] Had Comstock completed the contract, it would have been required to repair the defective work at its own expense. As such, PCS argues it is consistent with the general principles of damages in contract that it ought to be entitled to a set-off for the costs of repairing or correcting any deficiencies in Comstock's work that was actually completed (see *1520601 Ontario Inc. v. Ferreira*, 2012 ONSC 1682, [2012] O.J. No. 1133 (QL), at paras. 58-62).

[361] Moreover, PCS argues the trial judge's finding that it was not entitled to a set-off of the costs of rework by Lockerbie & Hole in the amount of \$1.45 million has resulted in Comstock being awarded greater damages than its entitlement under the Contract, and is an incorrect application of the applicable principles of damages in contract law.

[362] PCS' set-off defence failed at trial for two reasons:

- (a) The Contract required that Comstock be given notice of alleged deficiencies and an opportunity to correct them. Comstock was not given notice of the deficiencies claimed by PCS much less an opportunity to correct them; and

- (b) PCS failed to prove that it spent \$1.45 million correcting Comstock deficiencies.

[363] Pursuant to the Contract, Comstock had an obligation to correct defective work upon receipt of written notice of the defect. It had an obligation to reimburse PCS for the cost of correcting defective work if – and only if – it received written notice of the defect and did not remedy it. This obligation is set out in G.C. 55.10:

If CONTRACTOR cannot, or does not, modify, adjust, repair or replace defective Work promptly after written notice of the defect is received by CONTRACTOR, or if any emergency exists rendering it impossible or impractical for OWNER to have the Work performed by CONTRACTOR, OWNER may, at OWNER's option, after notice to CONTRACTOR and without prejudice to any other rights or remedies which may be available to OWNER, make or cause to be made such modification, adjustment, repair or replacement, in which case CONTRACTOR shall reimburse OWNER for OWNER's actual direct cost.

[364] The trial judge found as a fact that Comstock was not provided with written notice of the deficiencies that PCS was claiming and there was no “emergency” that interfered with Comstock’s ability to repair any existing defects. Rather, the trial judge found it was PCS’ wrongful termination of the Comstock Contract that prevented Comstock from correcting any existing deficiencies. This was a finding of fact amply supported by the evidence.

[365] PCS did not, therefore, establish its entitlement to reimbursement from Comstock for any cost of rectifying deficiencies. This was a matter of contractual interpretation and not the application of any legal principle. No reviewable error arises from this.

PCS failed to prove its rework claim

[366] PCS also claims that the trial judge erred in finding that it had not established Comstock had caused deficiencies in the amount of \$1,459,956.92.

[367] PCS introduced a list of “rework” items for which it claimed Comstock was responsible; however, as the trial judge found, not all of the work on the “rework” list was caused by Comstock deficiencies. Further, Brent Wintermute, a PCS witness, testified he created the “rework” list by placing items on it when he was told to do so by Lockerbie & Hole employees.

[368] The trial judge clearly understood that the “rework” list evidence was unreliable, and it was reasonable for her to conclude, on that basis, that PCS had failed to substantiate its claim of \$1.45 million for Comstock deficiencies.

[369] The trial judge’s legal conclusion is, in any event, entirely correct based on the applicable law.

[370] She relied on a line of cases including *Jozsa v. Charlwood-Sebazco*, 2016 BCSC 78, [2016] B.C.J. No. 75 (QL), and *Obad (c.o.b. Rockwood Drywall) v. Ontario Housing Corp.*, [1981] O.J. No. 282 (QL). She did not find that there is a common law right of repair as PCS alleges, nor does her decision rest upon any such finding.

[371] In *Obad*, the prime contractor demanded, without cause, that a subcontractor leave the work site, thereby preventing the subcontractor from remedying deficiencies. The evidence was that the subcontractor had been remedying deficiencies throughout the contract and remained willing to complete his work, but other subcontractors were delaying completion of his work. The subcontractor sued for damages arising from the prime contractor’s breach of contract. The portion of the prime contractor’s set-off claim relating to deficiencies was dismissed, with the court holding:

With respect to the claim for damages resting on expenditures to correct the plaintiffs work, it would seem that, although the defendant, Ducharme, is entitled to have a set-off for defective work, its obligation to mitigate its damages would require that it allow the plaintiff to continue, having in mind the reasonable probability that the plaintiff would correct its own work in order to obtain payment of the price. On that basis the defendant, Ducharme, is not entitled to have damages based on its own costs of correction. Alternatively, the plaintiff was obliged to correct its defective work and the defendant, Ducharme, having prevented the plaintiff from fulfilling that obligation, cannot have damages in the ordinary way based on its having undertaken itself to carry out such corrections.

It would appear, therefore, that the most accurate and satisfactory approach to deficiencies in the plaintiff's work, is to consider, as stated above, that deduction of proper amounts has already been made in the calculation of percentages shown in the progress claims.

[Emphasis added; paras. 48, 50]

[372] In *Wiebe v. Braun*, 2011 MBQB 157, [2011] M.J. No. 218 (QL), where the homeowner, who had hired the plaintiff contractor, terminated the contractor's services, the court found the homeowner's actions to be a fundamental breach of the contract. The court also found that the homeowner's actions interfered with the contractor's ability to remedy any deficiencies, which were claimed by way of set-off. The court commented, relying on *Obad*:

It is accepted law that an owner is entitled to set off the costs of repairing deficiencies under a construction contract. The contractor has the corresponding right to remedy any defects in the work himself. In the situation where the owner of property denies the contractor the right to remedy any alleged deficiencies, the owner's right of set off may be somewhat curtailed. [...]

[Emphasis added; para. 32]

[373] In *Jozsa*, the defendant homeowner was found to have repudiated a contract with the plaintiff contractor when, through a representative, she told the plaintiff that he was no longer welcome on her property to complete the agreed upon work. Before

the contract was repudiated, the plaintiff had accepted responsibility for certain deficiencies and agreed to correct them. He was prevented from doing so when he was barred from the defendant's property. The court relied, in part, on *Obad* in rejecting most of the defendant's deficiency claims as they were items that the plaintiff was willing to correct and could have completed had the defendant not barred him from the work site.

[374] *Obad, Wiebe* and *Jozsa* all share a common feature: the plaintiffs were wrongly removed from the work site before being given an opportunity to remedy any deficiencies. That was also the situation with Comstock, as the trial judge found as a fact in respect of PCS' set-off claim. Her reliance on this line of cases was appropriate and correct.

[375] In any event, it is not necessary to resolve whether there is a stand-alone common law "right to remedy deficiencies" in this case given the contract language set out above that clearly required that PCS notify Comstock of the deficiencies and provide it with the opportunity to remedy the same. In other words, there was a clear contractual basis supporting the trial judge's conclusion that set-off for deficiencies was not available to PCS in the circumstances of this case.

## VI. Disposition

[376] For these reasons, I would dismiss both appeals. On the matter of costs, as noted, the trial judge retained jurisdiction to hear the parties on the issues of pre-judgment interest and costs (Trial decision, para. 1150). By the time these appeals were heard, the trial costs had not been assessed. However, the decision on trial costs and pre-judgment interest was subsequently rendered by the judge on March 17, 2022. PCS has appealed the award of pre-judgment interest.

[377] In addition to the submissions on costs made by the parties at the hearing, two of them have asked the Court to make further submissions with respect to costs on

appeal. I would order a further hearing be held on that issue concurrently with the hearing of PCS's appeal relating to pre-judgment interest.

## GENERAL CONDITIONS

**12.4** ENGINEER may, by notice to CONTRACTOR, authorize a representative who shall have authority to perform those duties and to exercise those powers of ENGINEER as specified in the notice.

**19.2.1** Unless otherwise stipulated, CONTRACTOR shall, within 14 Days of the date on which CONTRACTOR received notification of the award of the Contract, prepare and forward to ENGINEER for approval a detailed Working schedule for the Work. The schedule shall be prepared within the framework of OWNER'S Contract Schedule for the Work, if any, contained in the Contract, or within the period set forth in the Contract for the Final Completion of the Work if OWNER has no schedule for the Work, ENGINEER, within seven Days, shall approve or recommend Changes to CONTRACTOR'S proposed schedule. CONTRACTOR shall revise and resubmit a schedule reflecting recommendations made by ENGINEER. If approved by ENGINEER in writing, CONTRACTOR'S detailed Working schedule shall become the Construction Schedule for the Contract. ENGINEER'S approval of the Construction Schedule shall be for general compliance with the requirements of the Contract and overall Project coordination and does not indicate approval of, or assumption of any responsibility, for correctness or adequacy of, the program shown in the schedule.

**19.3.1** CONTRACTOR'S Construction Schedule shall:

- a) conform to and show OWNER's milestones and constraints;
- b) be prepared in the Critical Path Method;
- c) show each activity duration in a level of detail of two weeks or less, unless it is an ongoing task;
- d) be based on early start and early finish logic for each activity/task;
- e) show the start, finish and Commissioning dates and duration for each activity/task;
- f) show the float for each activity/task;
- g) include an estimate of the number of workers required per week, by major area, by trade, necessary to meet the schedule;
- h) have the estimated manhours per task shown;

- i) include the cost loading by task or group of tasks;
- j) recovery or time import analysis.

**19.3.5** CONTRACTOR shall update the Construction Schedule on a weekly and Monthly basis to indicate progress against the original approved Construction Schedule logic, durations and planned progress.

**20.3.2.1** CONTRACTOR shall submit a weekly report including, without limitation:

- a) A three week “windowed” bar graph schedule for Work in both print form and Primavera electronic file copy. The three week breakdown shall show the planned versus actual for previous week, and the planned Work for current week and following week. The activity breakdown should be such that no activity is longer than 10 Days, and should include all Subcontractor’s Work;
- b) Explanations, in point form, for planned activities that did not take place during the previous week and the remedial action planned to ensure the overall schedule is maintained;
- c) Planned activities on the forthcoming two week period that are dependent on outstanding Engineering information, Materials deliveries, or OWNER information should be clearly identified;
- d) A compilation/distillation of the information contained in the daily reports;
- e) Other information as ENGINEER may require.

**G.C. 22.0 ACCELERATION OF THE WORK**

**22.1 CONTRACTOR’S OBLIGATION TO MAINTAIN SCHEDULE**

If CONTRACTOR fails to complete any part of the Work in the time specified in the Construction Schedule, or if it becomes apparent to ENGINEER that the Work will not be completed in the time specified in the Contract, and if the failure is due in whole or in part to any fault of CONTRACTOR, then ENGINEER may require that CONTRACTOR expedite the Work and may require CONTRACTOR to Work overtime, to add additional shifts, to increase the Workforce or to provide additional equipment to accomplish the Work on schedule. The premium for the overtime and for the additional shifts and the cost of employing additional

labour or equipment, together with any other additional costs thereby incurred shall be at CONTRACTOR's sole expense.

## **22.2 EARLIER COMPLETION OF THE WORK**

ENGINEER shall have the right to require CONTRACTOR to complete the Work or any part thereof before the date set forth in the Construction Schedule, or to require CONTRACTOR to complete the Work according to the Construction Schedule when CONTRACTOR'S claim for a delay has been ruled valid by ENGINEER pursuant to G.C. 23.7. CONTRACTOR may submit a claim for reimbursement of any additional labour costs incurred that can be shown to be the direct result of the exercise of such right by ENGINEER and is agreed to by OWNER. The additional costs shall include the premium part of the costs of additional shifts or overtime if CONTRACTOR is required by a labour Agreement to pay a premium over and above the wage rates for regular time on the Work, and any mandatory extra labour additives. The additional costs may likewise include the premium part of the costs of supervisory and clerical staff, if, and to the extent approved by ENGINEER, payment for overtime is required under the terms of employment of CONTRACTOR'S staff. Under no circumstances will CONTRACTOR be entitled to a markup for profit and overhead on any portion of the additional Costs.

## **22.3 REVISED SCHEDULE AND ADDITIONAL COSTS**

**22.3.1** In the event ENGINEER directs CONTRACTOR to accelerate the Work pursuant to C.G. 22.2, then in addition to complying with the directive, CONTRACTOR shall within seven Days provide ENGINEER with:

- a) a revised Construction Schedule pursuant to G.C. 19.3, and, in addition to the requirements of G.C. 19.3.4, setting out the Work through to Final Completion;
- b) a revised detailed weighted schedule of values item list pursuant to G.C. 20.1; and
- c) the additional costs to be incurred as a consequence of the acceleration reported in the same depth of detail required for the schedule of values.

## **23.3 DELAY GIVING RISE TO SCHEDULE ADJUSTMENT**

In addition to submitting the notice required under G.C. 23.2, if CONTRACTOR believes that the alleged delay was occasioned through no fault of CONTRACTOR, then CONTRACTOR may also submit a written quantified request to ENGINEER for a revision to the

Construction Schedule And for an extension of time for competing the Work. The request shall include complete details of the alleged delay and shall state the effect on the Construction Schedule And the completion date, if any.

**23.8 CRITICAL PATH DELAYS**

No request will be allowed under G.C. 23.3 for an extension of the completion date for the Work unless the event or circumstance on which the claim is based adversely affects the critical path of the Construction Schedule for achieving Substantial Performance.

**23.11 DELAY WITHIN CONTRACTOR'S CONTROL**

**23.11.1** If CONTRACTOR is obstructed or delayed by CONTRACTOR's own acts or neglect, CONTRACTOR is not entitled to any time extension or additional payment.

**23.11.2** Delays in the performance of the Work resulting from a labour Dispute or disruption, actual or threatened, caused by CONTRACTOR's employees, Subcontractors, Suppliers, agents or their employees shall be considered and construed as a delay by a cause within CONTRACTOR's control and a material default by CONTRACTOR of CONTRACTOR's obligations under the Contract, for which OWNER may, at OWNER's sole discretion, terminate the Contract for default under G.C. 46.5, and CONTRACTOR is not entitled to any time extension or additional payment.

**36.6** If any part of the Work depends for its proper execution or result upon the Work of Other CONTRACTORs, CONTRACTOR shall report promptly, in writing, to ENGINEER any defects or deficiencies in the Work of or equipment or Materials supplied by Other CONTRACTORs that interfere with or hinder the proper execution of the Work. CONTRACTOR's failure to report any problem shall constitute an acceptance by CONTRACTOR of the Work of the Other CONTRACTORs as it relates to the Work.

**46.2 TERMINATION FOR CONVENIENCE**

Notwithstanding any other provision of the Contract, OWNER may, for any reason, without prior notice, without cause, subject to remuneration set forth in G.C. 46.3, terminate the Contract by giving CONTRACTOR seven Days' written notice to that effect and at the end of the notice period all Work under the Contract shall cease. During the notice period, CONTRACTOR shall perform such Work as may be ordered by ENGINEER to preserve the Work already completed, Within five

Working Days after the Work has ceased, CONTRACTOR and ENGINEER shall meet to negotiate and agree to a sum, which shall be the complete and final settlement OWNER is obligated to pay CONTRACTOR for terminating the Contract.

#### **46.5 TERMINATION FOR DEFAULT BY CONTRACTOR**

**46.5.1** if, in the opinion of ENGINEER:

- a) CONTRACTOR fails or is failing to prosecute the Work diligently in any particular manner; or
- b) CONTRACTOR fails or is failing to provide sufficient skilled and qualified labour and supervision; or
- c) CONTRACTOR fails or is failing to provide sufficient Plant or Materials or services;
- d) CONTRACTOR fails or is failing to complete the Work by the completion dates in the Progress Schedule; or
- e) CONTRACTOR performs the Work in a negligent or inefficient manner; or
- f) CONTRACTOR fails to recommence the Work in a timely fashion after a suspension; or
- g) CONTRACTOR fails to comply in any respect with the instructions of ENGINEER; or
- h) CONTRACTOR consistently or flagrantly fails to comply either with the legislated *Occupational Health and Safety Act* and Regulations, the PCS Penobscuis General Safety Rules and Procedures, in Exhibit 1, and procedures or standards as set forth in the Project Safety Manual; or
- i) CONTRACTOR fails to comply with relevant Federal, (Provincial, Territorial), or Municipal environmental statutes and regulations or with OWNER's environmental protection procedures; or
- j) CONTRACTOR commits any other breach of the Contract, or abandons the Work or any part thereof,

ENGINEER will notify CONTRACTOR that CONTRACTOR is in default of CONTRACTOR's Contractual obligations and instruct

CONTRACTOR to correct the default in the 10 Working Days immediately following the receipt of the notice.

**46.5.2** If CONTRACTOR fails to correct the default in the 10 Working Days specified, OWNER may, without prejudice to any other right or remedy OWNER may have, suspend or terminate CONTRACTOR's right to continue with the Work or terminate the Contract

**47.4.2** If a Change in the Work in the opinion of CONTRACTOR justifies a claim for an addition to the Contract Sum, CONTRACTOR shall present the claim in writing to ENGINEER within seven Days of the date of receiving the written order for the Change, or of the date of receiving the Construction Drawings showing the Change. If the claim is not presented to ENGINEER within that time, CONTRACTOR shall not be entitled to compensation from OWNER. Upon receipt of the claim, ENGINEER will decide whether the claim is valid. If ENGINEER decides the claim is valid, the valuation of the claim shall be determined pursuant to G.C. 48.0.

**47.6.1** Each notice of claim by CONTRACTOR shall be numbered sequentially and shall contain the following information:

- a) Whether the claim is for adjustment of the Contract Price or the Contract Schedule or both;
- b) A description of the Change in the Work, which may be by reference to Construction Drawings, Specifications or instructions issued by OWNER or ENGINEER;
- c) The method of valuation and the value of the adjustment to the Contract Price and the adjustment to the Contract Schedule claimed, with reasonable particulars and supporting Documentation, to the extent that necessary information is available to CONTRACTOR or would be available by the exercise of reasonable diligence, or if not so available, then an estimate of the adjustments claimed, in detail sufficient to enable ENGINEER to evaluate the proposed adjustments;
- d) A revised detailed schedule, reflecting the proposed change, if any, in the Construction Schedule.

**47.9.1** Any major or significant Change to the Scope of Work or Changes to the terms of the Contract shall be authorized, documented, executed and incorporated into the Construction Documents by direct issue of a Contract Change Order. All costs shall be authorized, controlled and processed as if for the original Scope of Work.

**47.9.3** ENGINEER will determine the validity of any claim submitted by CONTRACTOR when sufficient information and Documentation has been received. If ENGINEER determines the claim to be valid, with or without adjustments, ENGINEER shall issue a Contract Change Order. Each Contract Change Order shall be numbered sequentially and signed by both parties. Each Contract Change Order shall specify:

- a) The Change in the Work, which may be by reference to Construction Drawings, Specifications or other instructions;
- b) The adjustment, if any, to the Contract Price, including the method of valuation, and to the Contract Schedule.

**55.10 REMEDIES**

If CONTRACTOR cannot, or does not, modify, adjust, repair or replace defective Work promptly after written notice of the defect is received by CONTRACTOR, or if any emergency exists rendering it impossible or impractical for OWNER to have the Work performed by CONTRACTOR, OWNER may, at OWNER's option, after notice to CONTRACTOR and without prejudice to any other rights or remedies which may be available to OWNER, make or cause to be made such modification, adjustment, repair or replacement, in which case CONTRACTOR shall reimburse OWNER for OWNER's actual direct cost.

## TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Introduction</u>	1
A. <i>Les actions faisant l'objet des appels</i>	1
(1) <u>La première action</u>	3
(2) <u>La seconde action</u>	9
B. <i>La décision</i>	10
II. <u>Contexte factuel</u>	14
A. <i>Le contrat Comstock</i>	28
B. <i>Le processus applicable aux ordres de modification et l'établissement du calendrier</i>	34
C. <i>Les réunions de coordination hebdomadaires</i>	44
III. <u>Les appels</u>	141
IV. <u>Normes de contrôle</u>	144
V. <u>Analyse</u>	148
<u>Appel de Comstock</u>	
A. <i>AMEC aurait-elle dû être tenue de dommages-intérêts envers Comstock?</i>	148
B. <i>AMEC est-elle responsable de collusion ou de conduite de mauvaise foi par rapport à sa revendication d'un privilège de l'intérêt commun avec PCS?</i>	182
<u>La revendication d'un privilège de l'intérêt commun ne justifie pas l'attribution de responsabilité pour collusion</u>	182
<i>L'affirmation que la revendication du privilège de l'intérêt commun doit créer une inférence défavorable de collusion ou de conduite qui constituerait un manquement à l'obligation</i>	183

<i>contractuelle d'agir de bonne foi n'a aucun fondement</i>	
<i>Aucune preuve de collusion ou de conduite de mauvaise foi</i>	188
C. <i>AMEC a-t-elle commis le délit d'incitation à la rupture d'un contrat?</i>	190
D. <i>Y a-t-il des motifs pour adjuger des dommages-intérêts punitifs contre AMEC ou PCS?</i>	208
E. <i>Réclamations de Comstock liées aux retards</i>	229
(1) <u>Méthode acceptée pour évaluer les coûts liés à la durée du chantier</u>	231
(2) <u>Application correcte de la méthode</u>	240
(3) <u>Autres coûts liés aux retards</u>	262
(4) <u>Modifications apportées aux travaux</u>	279
(5) <u>Effet du temps froid</u>	286
(6) <u>Accessibilité à certaines zones</u>	294
<u>Appel interjeté par PCS</u>	298
F. <i>La juge de première instance aurait-elle dû tirer une inférence défavorable contre Comstock par suite de son défaut d'appeler Geoffrey Birkbeck à témoigner?</i>	298
(1) <u>Critères applicables aux inférences défavorables</u>	299
(2) <u>Critères à remplir pour que soit tirée une inférence défavorable</u>	300
(3) <u>Aucune preuve substantielle</u>	302
G. <i>La juge de première instance a-t-elle commis une erreur dans son analyse des motifs invoqués par PCS pour résilier le contrat Comstock en confondant la question du défaut de Comstock d'apporter les modifications aux travaux avec diligence et la question de savoir si ce défaut constituait un refus d'exécuter les</i>	310

<i>travaux?</i>	
H. <i>La juge de première instance a-t-elle commis une erreur dans son appréciation de la connaissance qu'avait Comstock des faits particuliers justifiant la résiliation du contrat Comstock par PCS?</i>	323
<u>M. McLellan a témoigné que Comstock ne savait pas à quoi l'avis de défaut d'exécution faisait référence, et ce témoignage n'a pas été contesté</u>	336
I. <i>PCS pouvait-elle résilier le contrat Comstock sur le fondement de la doctrine de la violation fondamentale?</i>	343
<u>Critères pour établir une violation fondamentale</u>	346
J. <i>La juge de première instance a-t-elle commis une erreur de droit en n'autorisant pas une compensation contre la réclamation de Comstock à l'égard des travaux non conformes allégués par PCS à la suite de la résiliation du contrat?</i>	360
<u>PCS n'a pas établi sa réclamation pour les travaux de reprise</u>	366
VI. <u>Dispositif</u>	376
Appendice : Conditions générales	Page 124

LE JUGE LEBLOND

I. Introduction

A. *Les actions faisant l'objet des appels*

[1] Les actions qui sous-tendent les deux appels déposés en l'espèce concernent la construction d'une usine de compactage à la mine de potasse de Potash Corporation of Saskatchewan Inc. (PCS) située à Penobsquis/Picadilly, au Nouveau-Brunswick. Tant dans la décision de première instance que dans les présents motifs, le projet est parfois désigné par le sigle « UC-15 ». Le contrat de construction a été accordé à Comstock Canada Ltd. (le contrat Comstock). Après que PCS eut résilié le contrat Comstock et avant que le procès sous-jacent ait lieu, HB Construction Company Ltd., en vertu d'une ordonnance d'approbation et de dévolution de la Cour supérieure de justice de l'Ontario datée du 13 décembre 2013, a acquis certains éléments d'actif de Comstock, notamment les droits relatifs à l'action qu'elle a intentée en première instance, conformément à un plan de transaction ou d'arrangement pris par Comstock sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, ensemble ses modifications. Partout dans les motifs de décision de la juge de première instance, l'entrepreneur est désigné par le nom Comstock, et cette même désignation sera utilisée dans les présents motifs pour assurer la continuité.

[2] PCS avait un contrat distinct avec AMEC Amériques Limitée concernant les services d'ingénierie, d'approvisionnement, de conception et de gestion de la construction relativement au projet. D'intérêt particulier pour les appels dont notre Cour est saisie, AMEC était chargée d'évaluer les demandes de paiement additionnel présentées par Comstock par l'entremise du processus d'ordres de modification prévu dans le contrat. AMEC était aussi chargée d'évaluer toute demande présentée par Comstock visant une prolongation du délai d'exécution des travaux. Comstock était

consciente du rôle d'AMEC dès l'étape de l'appel d'offres. La raison sociale d'AMEC a depuis changé, la société s'appelant maintenant Wood Canada Limitée, mais, encore une fois, afin d'assurer la continuité avec la décision de première instance, celle-ci sera désignée par le nom AMEC dans les présents motifs.

(1) La première action

[3] Dans la première action, Comstock réclamait des dommages-intérêts à la fois contre PCS et contre AMEC. S'agissant de PCS, elle demandait ce qui suit :

- 1) des dommages-intérêts de 4 581 195 \$ pour rupture de contrat;
- 2) des dommages-intérêts additionnels de 13 500 613 \$ pour rupture de contrat, pour violations de garanties accessoires, pour manquement à l'obligation d'agir de bonne foi, pour assertions inexactes et pour assertions négligentes et inexactes;
- 3) subsidiairement, un dédommagement de 18 081 808 \$ selon le *quantum meruit* pour la répudiation injustifiée du contrat Comstock ou indépendamment du contrat;
- 4) subsidiairement encore, un dédommagement ou une restitution de 18 081 808 \$.

[4] S'agissant d'AMEC, Comstock réclamait des dommages-intérêts du même montant de 18 081 808 \$, pour les motifs suivants :

- 1) atteinte délictueuse aux relations contractuelles et aux intérêts économiques;
- 2) subsidiairement, incitation à la rupture de contrat;

- 3) subsidiairement encore, assertions inexactes ou assertions négligentes et inexactes;
- 4) en outre, manquement à l'obligation d'agir de bonne foi.

[5] En plus de ce qui précède, Comstock réclamait ce qui suit, à la fois contre PCS et contre AMEC :

- 1) des dommages-intérêts pour appropriation illicite de ses biens personnels, dommages-intérêts qui sont inclus dans la somme de 18 081 808 \$ indiquée ci-dessus;
- 2) des dommages-intérêts punitifs, majorés ou exemplaires.

[6] En dernier lieu, Comstock réclamait des intérêts et la TVH sur tous les dommages-intérêts, ainsi que les dépens.

[7] PCS a formé une demande reconventionnelle contre Comstock pour rupture de contrat. Elle réclamait ce qui suit :

- 1) des dommages-intérêts représentant les coûts supplémentaires engagés pour retenir les services d'un nouvel entrepreneur pour achever l'UC-15;
- 2) des dommages-intérêts pour l'indemniser des coûts engagés pour remédier aux travaux défectueux effectués par Comstock.

[8] Au procès, PCS a chiffré sa réclamation à 17 565 735 \$. Elle a en outre fait valoir un droit de compensation dans sa défense aux demandes présentées par Comstock. Enfin, elle a aussi réclamé des intérêts et les dépens.

(2) La seconde action

[9] La seconde action est l'action intentée par Comstock contre PCS sous le régime de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-6. Comstock a fait valoir son droit de revendiquer un privilège pour la somme que lui devait PCS à titre de propriétaire au sens de la *Loi*. Elle réclamait le paiement d'une somme de 47 714 977 \$ plus la TVH, les intérêts et les dépens. En cas de défaut de paiement par PCS, elle réclamait le redressement prévu par la *Loi* sur le droit de tenure ou autre droit que PCS possédait sur ses biens-fonds, ainsi qu'il est prévu dans la *Loi*.

B. *La décision*

[10] La juge de première instance a accordé à Comstock des dommages-intérêts de 6 731 289 \$, répartis ainsi :

- 1) 2 059 676,84 \$ (somme exigible pour la retenue impayée au titre de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*)
- 2) 683 908,61 \$ (somme exigible pour les travaux effectués en juin 2010)
- 3) 625 245,09 \$ (somme exigible pour les travaux effectués en juillet 2010)
- 4) 1 660 500,00 \$ (dommages-intérêts pour la perte de productivité du travail)
- 5) 677 662,00 \$ (dommages-intérêts pour augmentation des coûts indirects)
- 6) 58 249,53 \$ (dommages-intérêts au titre des coûts directs supplémentaires)
- 7) 29 129,76 \$ (suppléments au titre des coûts directs supplémentaires)

- 8) 264 951,00 \$ (frais attribuables à la résiliation du contrat)
- 9) 134 524,60 \$ (profit de 5 % sur la somme de 2 690 492 \$, total des postes 4 à 8 ci-dessus)
- 10) 537 442,10 \$ (TVH de 13 % sur 4 134 170 \$, total des postes 2 à 9 ci-dessus)

[11] La juge a rejeté dans leur intégralité la demande reconventionnelle de PCS et l'action intentée par Comstock contre AMEC.

[12] La décision ne traite ni des dépens afférents à l'une quelconque des demandes ni des intérêts payables sur les dommages-intérêts accordés. La juge est demeurée saisie de l'affaire pour trancher ces questions à la demande des parties. Elle a rendu sa décision sur les questions des dépens et des intérêts après l'audition des présents appels : *HB Construction c. Potash Corporation et autres*, 2022 NBBR 59, [2022] A.N.-B. n° 114 (QL). PCS a interjeté appel de l'attribution d'intérêts avant jugement. Bien que la question des dépens ait été débattue lors de l'audition des appels, deux des parties ont sollicité l'autorisation de faire des observations complémentaires à ce sujet. La Cour entendra les parties sur la question des dépens en appel au moment d'entendre l'appel de la décision précitée.

[13] La décision ne traite pas non plus de toutes les mesures de redressement demandées par Comstock dans son action fondée sur le privilège. L'appel de cette partie de la décision est traité dans les motifs connexes publiés en même temps que les présents motifs : *HB Construction Company Ltd. c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2022 NBCA 40.

## II. Contexte factuel

[14] En 2007, PCS a décidé d'étendre ses activités à la mine Penobsquis/Picadilly. La valeur estimée de l'expansion proposée était de 1,7 milliard de dollars, somme qui comprenait le contrat qu'elle accorderait à Comstock pour une partie de l'expansion. En fait, la construction de l'usine de compactage était évaluée à 120 000 000 \$, ce qui comprenait le contrat Comstock. D'autres entrepreneurs participeraient à la construction d'autres composantes du projet, le tout sous la supervision et la gestion d'AMEC. Cet investissement majeur était motivé par un fort marché international pour la potasse et pour les produits de potasse compactée, et PCS souhaitait que le projet soit achevé dans les meilleurs délais.

[15] Dans son témoignage, Clark Bailey, vice-président principal de PCS à l'époque, a confirmé que PCS préférerait un contrat à prix forfaitaire ou à prix fixe pour la construction de l'UC-15, de sorte que l'entrepreneur éventuel assume la plus grande part possible du risque associé à la construction. Cependant, au moment où PCS souhaitait lancer un appel d'offres à la fin 2008, les travaux techniques et les dessins que préparait AMEC n'étaient pas suffisamment avancés pour que PCS puisse demander des soumissions à prix forfaitaire; ils donnaient toutefois assez d'information pour que les entrepreneurs puissent soumissionner selon la méthode du prix de revient majoré. En conséquence, il a été décidé de demander des soumissions à prix coûtant majoré.

[16] AMEC était responsable du processus d'appel d'offres. Afin de pouvoir soumissionner, les entrepreneurs intéressés étaient invités à faire des présentations à AMEC et à PCS, et une décision serait alors prise quant à savoir qui serait invité à soumissionner. Dans sa présentation, Comstock s'est présentée comme étant un entrepreneur averti et bien établi qui s'y connaissait dans ce type d'industrie particulier, et elle a indiqué qu'elle était disposée à installer le chantier dès que les travaux techniques seraient achevés à 70 %. L'UC-15 exigeait des travaux de mécanique, de chauffage, de ventilation et de climatisation, de tuyauterie, d'électricité et d'appareillage.

Comstock savait que les plans et devis connexes seraient volumineux et continueraient à être produits et révisés au fur et à mesure que la construction avançait.

[17] La demande de propositions a été publiée le 10 février 2009. Comstock figurait parmi quatre entrepreneurs qui avaient été invités à soumissionner. Tous ont assisté à une rencontre de présoumission et ont participé à une visite du chantier le 18 février 2009. La construction des éléments structurels de l'UC-15 était déjà en cours, mais les dessins concernant les travaux à effectuer en application du futur contrat Comstock n'étaient pas tous prêts pour les fins de la construction. Cependant, comme je l'ai mentionné, ils étaient suffisamment avancés pour que l'on puisse demander des soumissions selon la méthode du prix coûtant majoré.

[18] Le 3 avril 2009, Comstock a présenté sa soumission avec un prix [TRADUCTION] « cible » de 34 943 169 \$. Elle a inclus dans sa soumission ce qu'elle a qualifié de [TRADUCTION] « systèmes de primes » liés à divers jalons d'exécution. Il ne s'agissait pas d'une soumission à prix coûtant majoré typique; il s'agissait plutôt d'un prix cible [TRADUCTION] « qui servirait strictement à des fins comptables et comparatives ».

[19] Le 17 avril 2009, Comstock a réduit son prix à 33 937 381 \$, en raison d'une remise obtenue de l'un de ses sous-traitants. Cette réduction en faisait la troisième plus basse soumission à prix coûtant majoré des quatre.

[20] Le 20 avril 2009, AMEC a demandé des soumissions révisées à la lumière de précisions apportées à l'énoncé du travail et aux travaux techniques, précisions qui étaient reflétées sur des dessins révisés. Cependant, le 30 avril 2009, avant qu'elles ne reçoivent les soumissions révisées, AMEC et PCS ont eu une rencontre sur le chantier avec des représentants de Comstock afin d'obtenir des précisions sur la soumission de Comstock. Une autre visite du chantier a eu lieu. Pendant la rencontre, PCS a avisé Comstock qu'elle avait décidé de demander aux quatre soumissionnaires de présenter de nouvelles soumissions à prix forfaitaire. Comme l'expert de PCS l'a expliqué au procès,

lorsque l'on demande des soumissions à prix forfaitaire, les entrepreneurs sont en droit de tenir pour acquis que l'énoncé du travail est suffisamment avancé, en termes de travaux techniques et de conception, pour permettre une soumission à prix forfaitaire. La juge du procès a conclu que PCS et AMEC étaient convaincues qu'il en était ainsi (par. 13). Peter Semmens, vice-président directeur de Comstock, a indiqué que Comstock était disposée à soumissionner selon cette méthode.

[21] Le 1<sup>er</sup> mai 2009, AMEC a envoyé aux quatre soumissionnaires à prix coûtant majoré une lettre d'éclaircissement de l'appel d'offres, leur demandant s'ils souhaitaient présenter une soumission à prix forfaitaire ou à prix fixe. Les quatre ont confirmé leur intérêt, et une invitation officielle à soumissionner a été lancée le 30 mai 2009, la date de clôture étant le 19 juin 2009. L'attribution du contrat devait avoir lieu le 31 juillet 2009, et la date d'achèvement des travaux était fixée au 14 mai 2010. AMEC a remis d'autres dessins révisés pendant ce processus, jusqu'au 13 juin 2009. La date limite de réception des soumissions a été reportée au 3 juillet 2009.

[22] Le 10 juin 2009, les quatre soumissionnaires ont tous assisté à une autre rencontre sur le chantier et à une visite des lieux. Il s'agissait d'une dernière occasion pour eux de poser leurs questions à AMEC, de demander des éclaircissements et d'examiner le dossier d'appel d'offres.

[23] Le 3 juillet 2009, Comstock a présenté la soumission à prix forfaitaire la plus basse, à 34 479 169,41 \$. À la grande surprise de PCS et d'AMEC, la soumission était en fait plus basse que sa soumission initiale à prix coûtant majoré et presque la même que sa soumission révisée. Comme je l'ai mentionné, un fait généralement bien connu dans l'industrie de la construction, reconnu par toutes les parties, est qu'un contrat à prix forfaitaire comporte moins de risque pour le propriétaire, puisque l'entrepreneur assume la majeure partie du risque de dépassements de coûts, qui sont imprévus mais généralement prévisibles. Il est une pratique acceptée dans l'industrie, ce qui n'est pas contesté en l'espèce, que le prix d'une soumission à prix forfaitaire sera plus élevé que

celui d'une soumission à prix coûtant majoré, afin que l'entrepreneur puisse se protéger autant que possible des risques accrus.

[24] Le 9 juillet 2009, AMEC a écrit à Comstock pour demander des précisions sur sa soumission à prix forfaitaire. Une autre rencontre a eu lieu sur le chantier, avec une autre visite des lieux. Le processus de clarification, qui comprenait l'examen de dessins révisés supplémentaires remis par AMEC, a mené à un rajustement du prix proposé par Comstock le 23 juillet 2009, le faisant passer à 36 279 170 \$, et à une nouvelle date d'achèvement des travaux du 30 mai 2010. Cette soumission était néanmoins 7,6 millions de dollars de moins que la prochaine soumission la plus proche. Voici le détail des quatre soumissions à prix coûtant majoré et à prix forfaitaire, ainsi que les différences entre les deux types de soumissions :

<b>Entrepreneur</b>	<b>Soumission à prix coûtant majoré</b>	<b>Soumission à prix forfaitaire</b>	<b>Augmentation</b>
Comstock	35 496 997 \$	36 279 170 \$	782 173 \$ (2 %)
Entrepreneur n° 2	33 678 343 \$	43 841 202 \$	10 162 859 \$ (30 %)
Entrepreneur n° 3	36 783 897 \$	45 912 278 \$	9 128 381 \$ (25 %)
Entrepreneur n° 4	30 870 869 \$	48 374 166 \$	17 503 297 \$ (57 %)

[25] Le dossier n'indique pas clairement si PCS et AMEC étaient préoccupées du fait que la soumission à prix forfaitaire de Comstock était beaucoup moindre en comparaison des autres soumissions, mais il n'y a aucun doute qu'il incombait à Comstock d'effectuer sa recherche et son contrôle préalable avant de présenter sa soumission, afin de s'assurer que ses hypothèses en matière de coûts étaient exactes et qu'il n'y avait pas d'omissions graves. Comme nous le verrons, les erreurs que comportait la soumission de Comstock ont été découvertes longtemps après l'attribution du contrat, mais il n'y a rien au dossier qui montre que PCS et AMEC en étaient conscientes avant l'attribution du contrat.

[26] Le plan d'exécution que Comstock a présenté avec sa soumission prévoyait que le chantier serait installé au plus tard le 17 août 2009. Il est significatif, comme nous le verrons, que Comstock prévoyait utiliser des ponts roulants appartenant à

PCS qui devaient être certifiés et remis à Comstock pour utilisation pendant la construction. L'établissement du calendrier d'une bonne partie des travaux dépendait de la remise des ponts roulants en temps opportun.

[27] PCS et AMEC ont décidé d'accorder le contrat à Comstock, Clark Bailey étant la dernière personne à signifier son accord sur le choix le 11 août 2009. Le lendemain, le 12 août, PCS a écrit à Comstock pour confirmer l'attribution du contrat pour la somme de 36 279 170 \$ plus la TVH, mais le contrat n'a été signé que le 18 décembre 2009. Les parties reconnaissent que le contrat a pris effet le 14 août 2009. Les travaux devaient débuter le 30 août, la date limite de l'achèvement substantiel étant fixée au 15 avril 2010 et celle de l'achèvement définitif au 30 mai 2010.

A. *Le contrat Comstock*

[28] L'article 1 du document signé mentionné ci-dessus précisait que le contrat comprenait un nombre de documents additionnels, tels les dessins, les devis, les conditions générales (CG) énoncées dans le contrat et le calendrier des travaux. Les CG dont il faut tenir compte pour les appels et qui sont traitées dans les présents motifs sont jointes comme appendice A. Le calendrier proposé par Comstock, y compris sa version [TRADUCTION] « de référence », a été incorporé au contrat et approuvé par AMEC. En application du contrat, Comstock devait faire la mise à jour continue du calendrier pour approbation par AMEC. Les documents contractuels comprenaient aussi le [TRADUCTION] « plan d'exécution » de Comstock, qui précisait que l'on utiliserait un pont roulant de 10 tonnes et un pont roulant de 25 tonnes pour transporter les matériaux et l'équipement pendant la construction. PCS et AMEC devaient fournir les ponts roulants et les installer. Le contrat Comstock comprenait d'autres documents, mais les documents mentionnés sont les plus susceptibles d'éclairer les questions en litige.

[29] À la suite de l'attribution du contrat, Comstock a tenu une réunion interne le 17 août 2009 pour examiner le calendrier des travaux, la gestion des ordres de modification et d'autres questions. Le compte rendu de cette réunion indique que l'on

s'attendait à de nombreux ordres de modification pour ce projet et qu'il fallait les gérer efficacement dès le début. Pour ce faire, Comstock savait qu'elle devait avoir un excellent personnel affecté aux ordres de modification, afin de gérer tous les gens de métier, y compris les mécaniciens et les électriciens, ce qui était nécessaire pour se tenir au courant des changements envisagés aux plans et autres au fur et à mesure de l'avancement des travaux et pour se conformer aux exigences du contrat touchant les demandes d'ordres de modification.

[30] Le 20 août 2009, Comstock a assisté à une rencontre de lancement du projet avec des représentants de PCS et AMEC, au cours de laquelle l'énoncé du travail, les dessins et le calendrier ont été discutés.

[31] Comstock s'est installée sur le chantier et a commencé les travaux le 31 août 2009. Deux jours plus tard, soit le 2 septembre, elle a reçu d'AMEC une nouvelle série de dessins mis à jour qui reflétaient d'autres changements aux travaux. Comstock n'était sur le chantier que depuis deux jours et envisageait déjà de préparer une soumission en vue d'une augmentation du prix du contrat. Cette question est traitée en plus de détail ci-après, mais, avant que l'on examine cette première question concernant les ordres de modification, il faut préciser les faits de la préparation du premier calendrier proposé par Comstock, étant donné que les ordres de modification et les calendriers sont étroitement liés pour ce qui est de savoir si un ordre de modification, s'il est justifié, a une incidence sur le calendrier des travaux.

[32] En application de la CG 19.2.1, Comstock devait soumettre son calendrier de construction de référence au plus tard à la fin août 2009. Le coordonnateur de la construction d'AMEC n'a toutefois remis à Comstock l'information à jour dont elle avait besoin pour le faire que le 1<sup>er</sup> septembre 2009, et la date limite pour la remise du calendrier a été reportée au 8 septembre 2009. Comstock a présenté un calendrier préliminaire le 10 septembre 2009 et a indiqué qu'un ordonnanceur travaillait au calendrier de référence. En fin de compte, le calendrier de référence a été présenté le

25 septembre et accepté par AMEC le 29 septembre 2009, près d'un mois après le début de la période de neuf mois prévue pour la construction.

[33] Le 25 septembre, soit le même jour que le calendrier a été présenté, Comstock a présenté à AMEC une demande d'ordre de modification de 1 172 771 \$ pour les changements au prix découlant des dessins révisés. La demande a été rejetée et, après une série d'échanges sur le prix révisé, au cours desquels le prix demandé par Comstock est passé à 1 465 243 \$, les parties ont fini par s'entendre sur la somme de 911 000 \$ le 18 novembre 2009, comme le montre l'ordre de modification préparé par AMEC ce jour-là. Le prix du contrat est passé à 37 190 170,35 \$. L'ordre de modification officiel n'a toutefois été remis à Comstock qu'en février 2010, en grande partie en raison du retard mis par PCS à l'approuver.

B. *Le processus applicable aux ordres de modification et l'établissement du calendrier*

[34] Les principales questions en litige en l'espèce sont l'établissement du calendrier, la productivité et les ordres de modification. Bon nombre des demandes qui figurent dans l'action intentée par Comstock et dans la demande reconventionnelle de PCS y sont liées. Elles sont à l'origine de bon nombre des moyens d'appel. PCS et AMEC ne cessaient de se plaindre du fait que Comstock n'avait jamais assez de personnel expérimenté sur le chantier pour s'occuper efficacement des ordres de modification et des calendriers des travaux de construction.

[35] Dans un contrat à prix forfaitaire, le prix du contrat et la date d'achèvement des travaux demeurent inchangés à moins d'être modifiés par un ordre de modification approuvé. Les modifications sont une partie normale et attendue du processus de construction. Le contrat Comstock prévoyait que Comstock pouvait demander des ordres de modification pour augmenter le prix du contrat ou reporter la date d'achèvement des travaux lorsqu'AMEC présentait des dessins révisés qui augmentaient les coûts ou le temps requis pour effectuer les travaux; la demande devait

toutefois être accompagnée de pièces justificatives montrant pourquoi les plans révisés entraîneraient pour Comstock des coûts plus élevés ou des délais plus longs.

[36] Comstock, PCS et AMEC prévoyaient toutes qu'il y aurait de nombreuses modifications au cours du projet. Lorsqu'une modification était apportée aux travaux, Comstock devait se conformer aux clauses de son contrat et démontrer que la modification avait une incidence sur le prix ou sur le calendrier des travaux.

[37] Dans la mesure où Comstock jugeait qu'une modification initiée par AMEC ou PCS justifiait une modification du prix ou du calendrier, elle devait, conformément à la CG 47.4.2, présenter un avis de demande à AMEC par écrit dans les sept jours suivant la réception d'un ordre concernant les travaux sur le chantier, d'un ordre de modification du contrat ou d'un dessin de construction révisé. Le contrat prévoyait que Comstock n'aurait droit à un paiement supplémentaire ou à une prolongation de délai de la part de PCS que si elle présentait l'avis dans le délai prévu par la CG 47.4.2. L'avis présenté par Comstock devait comprendre une description de la modification des travaux et une explication de la modification que Comstock proposait dans la valeur du prix du contrat ou dans le calendrier des travaux, selon le cas.

[38] En application du contrat, Comstock devait apporter les modifications aux travaux indépendamment des décisions d'AMEC sur ses demandes. Si Comstock était insatisfaite de la décision d'AMEC à l'égard d'une demande donnée, elle pouvait indiquer qu'elle effectuait les travaux sous protêt.

[39] Les dirigeants de Comstock savaient qu'il fallait un gestionnaire général des ordres de modification ainsi que deux autres gestionnaires des ordres de modification affectés aux métiers d'électriciens et de mécaniciens. Comstock n'a toutefois employé qu'un seul gestionnaire des ordres de modification, qui a quitté le chantier en novembre 2009.

[40] À la suite de ce départ, le seul gestionnaire des ordres de modification dont disposait Comstock était le gestionnaire de projet, Brian McLellan, qui avait moins d'expérience. Il a donc commencé à superviser la préparation de toutes les demandes d'ordres de modification.

[41] Comstock n'a jamais eu d'ordonnanceur à temps plein affecté au projet. Les deux ordonnanceurs à temps partiel qui travaillaient sur le projet visitaient rarement le chantier, effectuant la majeure partie de leur travail à l'extérieur de la province, à partir du siège social de Comstock à Burlington, en Ontario. Les livres de paie de Comstock montrent que ses ordonnanceurs travaillaient sporadiquement sur le projet, et non à temps plein, contrairement à la recommandation d'AMEC.

[42] Au fur et à mesure de l'avancement du projet, Comstock a commencé à présenter des demandes de paiements supplémentaires hors le processus applicable aux ordres de modification prévu dans le contrat. Des représentants de PCS et d'AMEC avisaient sans cesse Comstock que les modifications au contrat étaient régies par les clauses du contrat et que les demandes devaient être présentées à AMEC conformément au processus d'ordres de modification et être accompagnées des pièces justificatives requises.

[43] Selon le témoignage de Brian McLellan, Comstock ne suivait pas toujours le processus applicable aux ordres de modification, notamment en ce qui a trait à la présentation des avis de demande dans les délais prévus.

C. *Les réunions de coordination hebdomadaires*

[44] Les comptes rendus des réunions de chantier hebdomadaires, qui ont été introduits en preuve au procès, donnent une chronologie des événements se rapportant aux questions en appel. Ils ont été rédigés par AMEC et signés pour approbation par Comstock et PCS. Des représentants des trois parties assistaient habituellement à toutes

ces réunions. Selon les comptes rendus, les obligations de Comstock, en matière de calendrier et de productivité, ont été discutées pour la première fois tôt dans le projet.

[45] Comstock a discuté du calendrier en interne et savait que le calendrier faisait partie intégrante du contrat. La preuve confirme que, dès le début du processus d'appel d'offres, les dirigeants de Comstock savaient que le calendrier était ambitieux et qu'il faudrait y porter une attention particulière, notamment en y consacrant une plus grande gestion de la construction et du calendrier, comme le recommandait AMEC. M. McLellan a toutefois indiqué dans son témoignage que les dirigeants de Comstock ne lui ont jamais communiqué cette information.

[46] Selon le contrat, Comstock devait présenter son calendrier initial quatorze jours après l'avis d'attribution du contrat, soit le 26 août 2009 (14 jours après la lettre d'intention du 12 août).

[47] Au 8 septembre 2009, Comstock n'avait pas encore soumis de calendrier, et AMEC en a fait la demande. Comstock a présenté le calendrier de référence qu'elle proposait et a rencontré AMEC pour en discuter le 17 septembre 2009. L'ordonnanceur de Comstock n'a pas participé à la rencontre. La semaine suivante, le 25 septembre 2009, Comstock a présenté un autre calendrier de référence, indiquant une date d'achèvement du 31 mai 2010, calendrier qu'AMEC a accepté le 29 septembre 2009.

[48] En application du contrat, après l'approbation du calendrier de référence, Comstock devait présenter à AMEC des mises à jour hebdomadaires et mensuelles du calendrier pour approbation et afin de suivre l'avancement du projet (CG 19.3.5). En fait, le calendrier de référence du 25 septembre 2009 serait le seul calendrier approuvé par AMEC pendant la durée du projet.

[49] Dès le 6 octobre 2009 (et à de nombreuses occasions pendant toute la durée du projet), AMEC a avisé Comstock que les calendriers qu'elle présentait ne

comprenaient pas l'information requise. En outre, Comstock n'a pas soumis ses calendriers hebdomadaires et mensuels comme le prescrivait le contrat.

[50] Comme la juge du procès l'a fait remarquer à partir d'un rapport rédigé par Richard Fogarasi, un ingénieur qui travaillait sous l'autorité d'AMEC :

[TRADUCTION]

En application de la CG 19.3.1, le calendrier devait répondre à un certain nombre de conditions, dont les suivantes : être établi selon la méthode du chemin critique; indiquer la durée de chaque activité avec un niveau de détails pour une période de deux semaines ou moins, sauf s'il s'agit d'une tâche continue; reposer sur une logique de démarrage hâtif et d'achèvement au plus tôt pour chaque activité/tâche; indiquer les dates de début, de fin et de mise en service ainsi que la durée de chaque activité/tâche; indiquer la marge pour chaque activité/tâche; inclure une estimation du nombre de travailleurs requis par semaine et indiquer le nombre d'heures-personnes prévues par tâche.

L'acceptation par AMEC du calendrier de référence soumis le 25 septembre 2009 signifiait qu'AMEC le reconnaissait comme étant, en général, conforme aux exigences du contrat; cette acceptation n'indiquait toutefois pas qu'AMEC reconnaissait l'exactitude ou le caractère adéquat du programme indiqué dans le calendrier (CG 19.2.1). [Décision de première instance, par. 674 et 675]

[51] Le dossier montre que, le 15 octobre 2009, AMEC a constaté que Comstock continuait à soumettre des calendriers non conformes et a demandé à Comstock d'amener son ordonnanceur sur le chantier jusqu'à ce que le problème de l'ordonnancement des travaux soit convenablement réglé. Malgré cette demande, Comstock n'a pas envoyé ses ordonnanceurs au chantier avant la période d'avril à juin 2010, alors qu'ils ont commencé à se présenter au chantier à temps partiel.

[52] Le premier calendrier hebdomadaire a été présenté et discuté à la réunion du 27 octobre 2009, mais le rapport de productivité n'avait pas encore été présenté. En application des CG 20.1.1 et 20.3.2.2, ce rapport devait être présenté chaque semaine. Il

devait faire état de l'avancement des travaux selon les paramètres établis dans la CG 20.1.1 ainsi que du temps consacré par rapport au temps prévu et du pourcentage des travaux achevés pour chaque élément. Les comptes rendus hebdomadaires des réunions de chantier qui ont suivi et les événements connexes confirment l'avancement du contrat Comstock à partir de ce moment. Seules les parties des comptes rendus de réunions qui sont utiles pour l'appel sont mentionnées.

Le 17 novembre 2009

[53] Le calendrier de référence ne correspondait pas au calendrier hebdomadaire soumis par Comstock, qui accusait déjà un retard dans certains secteurs par suite de problèmes d'accessibilité imputables en grande partie à PCS ou à AMEC. Le gestionnaire de projet de Comstock sur le chantier, M. McLellan, a écrit à AMEC. Dans sa correspondance intitulée [TRADUCTION] « Avis de retards », il a soulevé des préoccupations touchant l'accès au centre de commande des machines (CCM), les fondations des tours de refroidissement et les retards dans l'accès aux ponts roulants de 25 tonnes et de 10 tonnes que PCS devait fournir pour utilisation par Comstock dans l'exécution des travaux. M. McLellan a prévenu AMEC que ces retards pourraient avoir une incidence sur le calendrier des travaux, mais il a indiqué que Comstock ferait ce qu'elle pourrait pour en atténuer les effets. Le coordonnateur local d'AMEC a nié que ces éléments auraient une incidence sur le calendrier.

Le 24 novembre 2009

[54] Le 23 novembre, Comstock a soumis un calendrier pour discussion à la réunion du lendemain; AMEC n'a toutefois pas accepté ce calendrier puisque certains éléments affichaient déjà des dates d'achèvement postérieures au 31 mai 2010. On a demandé à Comstock de le soumettre de nouveau. La première discussion concernant un processus de demande a eu lieu à cette réunion.

Le 1<sup>er</sup> décembre 2009

- [55] Le problème précédent concernant l'établissement d'un calendrier n'a pas été réglé, et AMEC a insisté pour que l'on présente des rapports de productivité.

Le 8 décembre 2009

- [56] Un nouveau calendrier a été soumis qui indiquait que les problèmes liés aux ponts roulants pourraient entraîner des retards par rapport au calendrier. Comstock a indiqué qu'elle était en train d'évaluer l'effet des retards causés par le manque d'accès aux ponts roulants, qui constituait une violation à une exigence du contrat. AMEC a de nouveau demandé des rapports de productivité.

Le 15 décembre 2009

- [57] AMEC a réitéré sa demande de rapports de productivité.

Le 5 janvier 2010

- [58] Comstock a indiqué qu'elle soumettrait un calendrier révisé au cours de la semaine. Elle n'avait pu travailler que quarante heures par semaine au cours des deux semaines précédentes, contrairement aux cinquante heures que prévoyait le contrat.

Le 12 janvier 2010

- [59] Les équipes de Comstock travaillaient encore quarante heures par semaine, mais Comstock a indiqué que cette situation n'aurait aucun effet sur le calendrier. Elle prétendait [TRADUCTION] « suivre [le calendrier] de près » de façon continue et estimait que les travaux étaient alors achevés à 30 %.

Le 19 janvier 2010

- [60] La seule mention à signaler dans le compte rendu de cette réunion est le fait que Comstock devait, encore une fois, fournir une mise à jour du calendrier.

Le 26 janvier 2010

- [61] Comstock prétendait que, selon le calendrier actuel, les travaux étaient achevés à 35 %; AMEC a toutefois indiqué que le calendrier ne contenait pas toute l'information requise et Comstock a accepté de le réviser. À ce moment, Comstock envisageait d'augmenter ses heures hebdomadaires et d'établir un quart de nuit. AMEC a rejeté sa proposition visant le 7 juin 2010 comme nouvelle date d'achèvement des travaux.

Le 2 février 2010

- [62] Selon AMEC, le calendrier soumis par Comstock présentait toujours des lacunes. Il indiquait un taux d'achèvement de 38,5 %, mais AMEC était d'avis que Comstock accusait un retard de 10 %. AMEC a de nouveau insisté pour obtenir un calendrier hebdomadaire pour examen. Comstock a demandé des délais de traitement plus serrés pour l'approbation des ordres de modification, afin d'éviter des retards par rapport au calendrier, bien qu'elle ait reconnu que le traitement des ordres de modification n'avait pas jusqu'alors retardé les travaux. AMEC a toutefois demandé de l'information à l'appui des prétentions de Comstock selon lesquelles les problèmes liés aux ponts roulants entraînaient des retards. Comstock a estimé à 1 547 475 \$ la [TRADUCTION] « demande liée aux conséquences de l'accès tardif aux ponts roulants », qui concernait surtout le déplacement d'équipement et de matériaux (décision de première instance, par. 89). Comstock a indiqué que le calendrier serait ajusté pour refléter le retard mis à rendre les ponts roulants en état de marche, mais elle prévoyait un retard de deux semaines pour achever les travaux mécaniques prévus au contrat.

Le 9 février 2010

[63] On a reconnu que le calendrier devait être examiné et révisé. Le dernier calendrier accepté par AMEC était le calendrier de référence, qui affichait alors un taux d'achèvement de 40 %. AMEC a indiqué qu'elle estimait toujours que Comstock accusait un retard de 10 % par rapport au calendrier, mais qu'elle ne pouvait pas se prononcer de façon définitive sans disposer des calendriers actualisés exacts de Comstock, qui devaient être soumis à temps pour chaque réunion hebdomadaire. Il y avait une perte ou un écart de 30 000 heures-personnes entre le calendrier de référence et le calendrier actualisé. Ce sont les travaux d'électricité qui causaient le plus de soucis. Comstock a indiqué que le quart de nuit commencerait à tirer des câbles le soir même. On pensait qu'il fallait augmenter les heures-personnes gagnées pour respecter le calendrier, et qu'il faudrait 12 000 heures-personnes par semaine pour les six prochaines semaines. Il y avait un grand nombre d'ordres de modification en circulation, et Comstock a de nouveau demandé une approbation plus rapide afin d'éviter des retards par rapport au calendrier. Cependant, Comstock a encore une fois admis qu'aucun des ordres de modification en suspens n'avait encore retardé les travaux. AMEC a rappelé à Comstock que les dessins émis pour la construction autorisaient Comstock à poursuivre les travaux et que l'approbation des ordres de modification n'était requise que pour les travaux non autorisés, ainsi qu'il était prévu dans les modalités et les conditions générales du contrat Comstock. Comstock n'était pas du même avis. AMEC était encore à examiner la demande concernant les ponts roulants lorsque Comstock a confirmé qu'il n'y avait pas d'autres demandes en suspens ou envisagées, à condition que les ordres de modification en suspens soient approuvés en temps opportun.

Le 16 février 2010

[64] Le calendrier actualisé soumis par Comstock affichait un taux d'achèvement de 38 % et Comstock prétendait qu'elle atteignait un taux d'achèvement de 3 % par semaine. AMEC estimait que ce calendrier n'était pas réaliste et a indiqué qu'il fallait un ordonnanceur sur le chantier à temps plein pour produire des calendriers plus

réalistes. Le débat sur les ordres de modification a continué, et l'état de la demande liée aux ponts roulants est demeuré inchangé.

Le 23 février 2010

[65] Comstock prétendait maintenant que les travaux étaient achevés à 47 %, mais AMEC a encore une fois contesté l'exactitude de cette assertion en l'absence d'un calendrier révisé. AMEC a de nouveau demandé des rapports de productivité afin de pouvoir faire une comparaison avec le calendrier révisé, lorsque celui-ci serait soumis. De nombreux ordres de modification avaient été approuvés, pour environ 960 000 \$, et des modifications supplémentaires chiffrées à 500 000 \$ attendaient toujours l'approbation de PCS. La demande relative aux ponts roulants était toujours à l'étude; cependant, le 19 février 2010, AMEC a reconnu que la livraison tardive des ponts roulants avait eu une incidence sur les coûts et a offert de régler cette demande pour 457 000 \$, [TRADUCTION] « sous toutes réserves ». Le 23 février 2010, Comstock a fait une contre-proposition de 1 253 673 \$, mais AMEC a refusé de modifier son offre.

Le 2 mars 2010

[66] AMEC a de nouveau demandé un calendrier actualisé exact, un plan de redressement et l'incidence sur les coûts. AMEC estimait que Comstock avait achevé les travaux à 38 %, mais Comstock prétendait qu'ils étaient achevés à 42 %, les deux chiffres étant inférieurs aux chiffres que Comstock avait présentés à la réunion du 23 février 2010. La nouvelle date d'achèvement proposée par Comstock, soit le 7 juillet 2010, devait être examinée, mais, encore une fois, AMEC voulait que l'ordonnanceur de Comstock soit sur le chantier à temps plein.

[67] Plus tard au mois de mars, il est devenu évident que Comstock était en difficulté et ne pouvait pas achever les travaux dans le délai prévu. AMEC a indiqué qu'il fallait que les dirigeants de Comstock interviennent. Comstock a envoyé des estimateurs

additionnels ainsi que son vice-président principal, Brian Guite, au chantier pour superviser le projet et aider à gérer le contrat.

Le 9 mars 2010

[68] Une discussion importante sur le calendrier a eu lieu pendant cette réunion. AMEC a indiqué que, selon les observations sur le terrain, le degré d'achèvement des travaux que Comstock prétendait avoir atteint était inexact. De l'équipement important ne figurait pas sur le calendrier, et l'on ne faisait pas de liens entre les activités. La discussion a alors porté sur les heures de travail. Le compte rendu fait état de 117 959 heures gagnées à date, de 186 229 heures effectuées à date, et de 280 056 heures à effectuer pour l'achèvement des travaux selon le budget, le nombre d'heures effectuées à la date d'achèvement des travaux étant estimé à 442 426. Cela signifiait que Comstock prenait beaucoup plus de temps à effectuer le travail que ce qu'elle avait initialement envisagé au moment de soumissionner pour le contrat. Comstock a déclaré qu'elle avait atteint un taux d'achèvement gagné de 42,1 % par rapport au contrat de base pour la semaine précédente, et un taux global d'achèvement de 38 %. Pour la semaine en cours, elle prétendait avoir atteint un taux d'achèvement de 45 % par rapport au contrat de base et un degré d'achèvement global de 41 %. Elle a établi sa productivité à 63,3 %. AMEC a fait remarquer que le dernier calendrier de référence qui avait été accepté remontait à septembre 2009 et que, sans mise à jour exacte, il n'était pas possible de planifier les activités. AMEC a de nouveau dit à Comstock d'amener son ordonnanceur à temps plein sur le chantier, et elle a rappelé à Comstock les [TRADUCTION] « promesses » contenues dans sa proposition initiale, qui lui avaient valu le contrat et qui n'avaient pas été remplies. Ces promesses comprenaient notamment la présence d'un ordonnanceur à temps plein sur le chantier. Comstock a donné l'assurance que, à l'avenir, cette personne serait sur le chantier les lundis et les mardis. Comstock a présenté d'autres renseignements à l'appui de sa demande concernant les ponts roulants. AMEC a examiné cette information et a fait une contre-offre au dernier chiffre proposé par Comstock. Les négociations se sont poursuivies, mais la demande est demeurée non résolue.

Le 16 mars 2010

[69] Il a été convenu qu'une réunion distincte sur l'établissement du calendrier aurait lieu le lendemain; toutefois, comme nous le verrons ci-après, cette réunion n'a eu lieu que le 24 mars. AMEC a néanmoins rejeté le calendrier révisé proposé par Comstock, qui indiquait une date d'achèvement des travaux du 11 août 2010. Il n'y a eu aucune autre mention de la demande concernant les ponts roulants.

Le 23 mars 2010

[70] Comstock devait fournir à l'équipe de construction un plan de deux semaines en date du 1<sup>er</sup> avril 2010.

Le 24 mars 2010

[71] AMEC a fait état de sérieuses préoccupations lors de cette réunion spéciale sur l'établissement du calendrier. Elle a dit que, si le calendrier établi par Comstock était exact, le projet dans son ensemble était en grande difficulté. Comstock admettait maintenant avoir commis une erreur importante relativement aux 30,000 heures prévues pour l'échafaudage et la main-d'œuvre, qui n'auraient pas dû faire partie du calendrier. Cette erreur avait pour effet de reporter la date d'achèvement des travaux au mois d'août 2010, mais Comstock a insisté sur le fait qu'elle pouvait achever les travaux au plus tard le 15 juillet 2010. Elle a promis de présenter un calendrier réalisable au plus tard le 27 mars. AMEC a rejeté le 15 juillet comme date d'achèvement des travaux.

Le 29 mars 2010

[72] Il y a eu une autre réunion portant sur l'établissement du calendrier, au cours de laquelle AMEC a mis en doute l'estimation faite par Comstock selon laquelle les travaux étaient achevés à 59 %.

Le 30 mars 2010

[73] Comstock disait maintenant que les travaux étaient achevés à 50 %, mais AMEC était d'avis que le chiffre était moindre. AMEC a de nouveau demandé à quel moment elle pouvait s'attendre à recevoir les rapports de productivité, et Comstock a indiqué qu'elle [TRADUCTION] « commencerait » à les soumettre la semaine suivante. AMEC avait reçu la réponse de Comstock sur la demande concernant les ponts roulants, et le compte rendu indiquait que l'on s'attendait à ce que la demande soit réglée. Une nouvelle date d'achèvement a été fixée au 15 juillet 2010, mais AMEC a demandé à Comstock de fournir le détail de tous les coûts associés à la nécessité de rester sur le chantier au-delà de la date initiale d'achèvement des travaux, soit le 31 mai 2010, ainsi que le coût du redressement et le détail des coûts éventuels associés aux mesures nécessaires pour ramener le calendrier à la date d'achèvement initiale, en application de la CG 22 (Accélération des travaux). AMEC a indiqué que, si Comstock estimait qu'AMEC était responsable d'une partie quelconque de ces coûts, elle devait indiquer de quelle portion il s'agissait et la raison pour laquelle AMEC en était responsable. Le dossier indique que le représentant de Comstock n'a pas approuvé ce compte rendu. Le 1<sup>er</sup> avril, Comstock a soumis un calendrier révisé indiquant une date d'achèvement du 16 juillet 2010.

Le 6 avril 2010

[74] On s'attendait à ce que le quart de nuit ait fini de tirer les câbles à la fin avril. Ce travail était achevé à 50 %. Les rapports de productivité ont été remis à AMEC et Comstock a indiqué qu'elle fournirait plus tard les coûts associés à la prolongation du calendrier. De nombreux autres ordres de modification étaient à l'étude et la demande concernant les ponts roulants n'était toujours pas réglée. Jusqu'alors, les comptes rendus avaient toujours indiqué que l'on ne prévoyait pas d'autres demandes en attendant l'approbation des ordres de modification en temps opportun. On ne retrouve cette mention ni dans ce compte rendu ni dans les comptes rendus subséquents. Toutes les

autres demandes en suspens ont été renvoyées à Brian Guite, de Comstock, qui devait répondre après cette réunion.

Le 13 avril 2010

[75] Comstock a fait savoir que les rapports de productivité étaient disponibles pour examen par AMEC. Elle a indiqué que le quart de nuit continuerait jusqu'à ce que l'on atteigne les dates d'achèvement. La date actuelle d'achèvement du projet était fixée au 15 juillet 2010, ce qui voulait dire qu'il restait quatorze semaines. Comstock avait ajouté cent personnes à ses effectifs la semaine précédente. Elle n'avait pas atteint le degré d'achèvement qu'elle souhaitait, et elle examinait ses résultats. Ceux-ci montraient un degré d'achèvement global de 56,45 %, et Comstock poursuivait les travaux avec l'objectif de les achever le 15 juillet. Il y avait encore un grand nombre d'ordres de modification en suspens. Comstock indiquait alors que toute autre décision tardive pourrait avoir une incidence sur le calendrier puisque la date d'achèvement approchait. Il n'y avait toujours pas de changement par rapport à la demande concernant les ponts roulants. Comstock n'avait toujours pas soumis son analyse de l'incidence de la prolongation du calendrier sur les coûts. Brian Guite a fait savoir qu'il n'y avait pas d'autres demandes en suspens ou envisagées. Cependant, il a pris une position différente trois jours plus tard, dans sa lettre du 16 avril 2010.

La lettre de M. Guite du 16 avril 2010

[76] Dans la lettre qu'il a adressée aux gestionnaires de projet et aux gestionnaires de la construction d'AMEC ainsi qu'au vice-président principal de PCS le 16 avril 2010, M. Guite a réclamé des dommages-intérêts d'environ 8,5 millions de dollars, qui comprenaient des dépassements de coûts de 2 millions de dollars des sous-traitants et un retard net dans le projet de trois mois au-delà du 15 juillet 2010. Il attribuait les retards à un certain nombre d'éléments, dont aucun, à son avis, n'était attribuable à Comstock. Parmi ces éléments, on trouve notamment le manque de qualité et de fiabilité des documents d'appel d'offres (quelque douze mois après les faits), le

manque de disponibilité des ponts roulants et les nombreuses pannes de ceux-ci après qu'on les ait rendus disponibles, le manque d'accès à un calendrier directeur de projet et les retards associés au centre de commande des machines. M. Guite prétendait aussi dans sa lettre qu'AMEC s'était placée dans une situation de conflit d'intérêts et devait être exclue de toute participation future, puisque les discussions à venir porteraient sur le règlement des demandes et des prolongations de délais qui étaient demandées par suite de mesures prises par AMEC. Il a demandé que les différends soient soumis à la médiation et a indiqué que, à défaut de règlement, Comstock et PCS pourraient soumettre l'affaire à l'arbitrage. Une copie de cette lettre a été envoyée à l'avocat de Comstock.

Le 20 avril 2010

[77] AMEC a rejeté la date d'achèvement proposée du 15 juillet 2010. Comstock prétendait avoir atteint un degré d'achèvement de 60,89 %, et un taux d'achèvement de 4,4 % la semaine précédente. Elle prétendait qu'elle surveillait et révisait constamment le calendrier. AMEC a fait état de préoccupations concernant la possibilité d'atteindre la date d'achèvement du 31 mai 2010 et a signalé qu'elle n'avait jamais approuvé officiellement la date du 15 juillet. Comstock a indiqué qu'elle continuerait son quart de nuit jusqu'à ce que l'on ait atteint les dates repères. On continuait à inscrire la même mention que dans les comptes rendus antérieurs relativement aux nombreux ordres de modification en suspens et aux décisions tardives qui avaient une incidence sur le calendrier au fur et à mesure qu'approchait la date d'achèvement définitif. On a indiqué que la demande concernant l'incidence des ponts roulants était incluse dans la demande concernant l'incidence de la prolongation du calendrier sur les coûts qui était mentionnée dans la lettre du 16 avril 2010 envoyée par M. Guite.

Le 27 avril 2010

[78] AMEC a confirmé son rejet de la date d'achèvement du 15 juillet 2010 et réaffirmé la date du 31 mai 2010. Comstock prétendait maintenant avoir achevé 64,15 %

des travaux et a signalé qu'elle avait atteint 3,2 % la semaine précédente. AMEC a demandé à Comstock de l'aviser immédiatement s'il n'était pas possible de respecter la date d'achèvement du 15 juillet qui avait été proposée, et Comstock a indiqué qu'elle estimait être en mesure de respecter cette date. Le compte rendu n'indique pas clairement ce qui devenait alors de la lettre envoyée par M. Guite le 16 avril 2010. Les principales préoccupations de Comstock portaient sur le système de gaines et l'isolant. Comstock a signalé qu'elle [TRADUCTION] « faisait beaucoup d'efforts ». AMEC s'est dite préoccupée par le fait que l'on reportait les dates d'achèvement de certaines activités au point où il ne restait plus de [TRADUCTION] « marge » dans le calendrier global, ce qui enlevait rapidement du calendrier du temps pour achever des travaux en retard et rattraper le temps perdu. Il y avait encore une fois un grand nombre d'ordres de modification en suspens. Comme je l'ai mentionné précédemment, toutes les demandes en suspens et envisagées ont été abordées dans la lettre envoyée par M. Guite le 16 avril, qui a été remplacée par sa lettre du 28 avril 2010.

#### La lettre envoyée par M. Guite le 28 avril 2010

[79] Le 28 avril 2010, M. Guite a de nouveau écrit à AMEC et à PCS, sollicitant cette fois des prolongations de délais précis. Il a demandé vingt semaines relativement aux problèmes de disponibilité et de pannes des ponts roulants, douze semaines pour les modifications apportées aux dessins émis pour la construction et pour leur remise tardive, huit semaines pour les ordres de modification non réglés et six semaines pour la manutention de matériaux supplémentaire. AMEC a répondu le 4 mai 2010 et a demandé des précisions concernant ces coûts et l'incidence sur le calendrier ainsi qu'un calendrier révisé et la quantification des coûts additionnels.

[80] Ce jour-là, le 4 mai, M. Guite a donné à AMEC par écrit les précisions suivantes concernant la réclamation de Comstock :

1. Problèmes liés aux ponts roulants : 1 547 475 \$
2. Coûts associés à la prolongation de la durée : 1 600 000 \$

3. Modification des dessins entre la soumission et la construction : 1 500 000 \$
4. Ordres de modification non réglés : 1 300 525 \$
5. Heures supplémentaires additionnelles / accélération des travaux : 3 500 000 \$
6. Quantités prévues dans l'appel d'offres par opposition à l'ouvrage fini : 800 000 \$
7. Manutention de matériaux supplémentaire : 1 100 000 \$
8. Sous-traitants : 2 500 000 \$
9. Frais généraux et divers : 1 560 000 \$
10. Réponses tardives et éléments critiques : 600 000 \$

[81] Il est vrai que la plupart des précisions semblent être des chiffres « arrondis », mais, quoi qu'il en soit, la réclamation totale s'élevait alors à un peu plus de 16 000 000 \$, soit près du double de la somme réclamée deux semaines plus tôt dans la lettre du 16 avril. M. Guite a offert de se conformer à ce qu'il a appelé la date d'achèvement en régime accéléré indiquée par PCS, mais il a avisé AMEC que, puisque des effectifs additionnels seraient requis pour y arriver, effectifs qu'il estimait à plus de 400 personnes, par opposition aux 180 personnes que Comstock avait prévues au budget, il serait déraisonnable et injuste de s'attendre à ce que Comstock continue à dépenser des millions de dollars pour faire ces travaux supplémentaires ou modifiés sans approuver des ordres de modification justes et raisonnables. Il a fait remarquer qu'AMEC n'avait jusqu'alors approuvé aucun ordre de modification prévoyant même une seule journée de prolongation et n'avait pas traité les demandes concernant ce qu'il a qualifié de [TRADUCTION] « retards énormes et de conditions modifiées liés à l'accès tardif aux ponts roulants et aux dessins modifiés ».

Le 4 mai 2010

[82] Le compte rendu de cette réunion ne fait essentiellement aucune mention des événements qui s'étaient déroulés quelques jours auparavant, tels qu'ils sont mentionnés ci-dessus. Il continue simplement à faire état du fait que la date d'achèvement

du 15 juillet n'était pas acceptable pour AMEC et que Comstock indiquait avoir atteint un taux d'achèvement de 66,01 %, et un taux d'achèvement de 1,88 % la semaine précédente. On y mentionne le même avis donné par AMEC pour obtenir des précisions complémentaires à l'égard des demandes.

[83] En outre, le 4 mai, Comstock a soumis une lettre dans laquelle elle demandait une prolongation de cinq mois de l'échéancier du projet et réitérait sa réclamation en vue d'obtenir un paiement additionnel de 16 millions de dollars.

[84] Le 5 mai, M. Bailey, de PCS, et M. Semmens, de Comstock, ont eu trois conversations téléphoniques. M. Bailey a inscrit dans ses notes personnelles que M. Semmens avait fait savoir que Comstock n'accepterait pas de poursuivre les travaux selon un régime d'ordres de modification et un contrat à prix fixe. Il a toutefois noté que, dans la dernière conversation, quelque dix minutes après celle qu'il venait de mentionner, M. Semmens avait rappelé et l'avait avisé qu'il avait changé d'avis et que Comstock continuerait à exécuter le contrat Comstock. M. Semmens a toutefois expliqué que Comstock accusait un déficit de 9 millions de dollars relativement au projet et prévoyait une perte de 15 millions de dollars à l'achèvement du projet. PCS se demandait si Comstock continuerait les travaux, mais Comstock lui a assuré qu'elle respecterait les clauses du contrat.

[85] Le 6 mai 2010, Comstock a écrit à PCS et à AMEC et a proposé deux options :

1. achever les travaux au plus tard le 15 juillet 2010, avec un ordre de modification de 5,2 millions de dollars;
2. retourner à une semaine de travail « normale » et achever les travaux le 26 novembre 2010, à un coût additionnel estimé à 2,6 millions de dollars.

[86] Le 7 mai 2010, PCS envisageait, pour la première fois, de résilier le contrat Comstock et de retenir les services d'un autre entrepreneur pour achever le projet. Ce jour-là, au cours de cette discussion, AMEC a avisé Comstock que la date du 26 novembre 2010 n'était pas acceptable et qu'il fallait des renseignements supplémentaires pour justifier la première option. L'avis écrit d'AMEC a été envoyé conformément aux CG 47.9.1 et 47.9.3, qui traitent des ordres de modification et de leur approbation. Ces conditions prévoient ce qui suit :

[TRADUCTION]

**47.9.1** Tout changement majeur ou important à l'énoncé du travail ou aux conditions du contrat doit être autorisé, consigné par écrit, signé et incorporé au dossier du projet de construction au moyen de l'émission directe d'un ordre de modification du contrat. Tous les coûts sont autorisés, vérifiés et traités comme s'ils se rapportaient à l'énoncé du travail initial.

**47.9.3** L'INGÉNIEUR détermine la validité de toute demande présentée par l'ENTREPRENEUR après avoir reçu suffisamment de renseignements et de pièces justificatives. S'il juge que la demande est valable, avec ou sans rajustement, l'INGÉNIEUR délivre un ordre de modification du contrat. Chaque ordre de modification du contrat est numéroté en séquence et signé par les deux parties. Chaque ordre de modification du contrat doit préciser ce qui suit :

- a) la modification à apporter aux travaux, ce qui peut se faire par voie de renvoi aux dessins d'exécution, au devis ou à d'autres directives;
- b) le rajustement, le cas échéant, du prix du contrat, y compris la méthode d'évaluation, et du calendrier des travaux.

[87] Le 8 mai 2010, M. Guite a répondu à AMEC et l'a avisée qu'il était d'avis qu'AMEC avait toute l'information dont elle avait besoin pour prendre une décision sur la première option. Il a accusé AMEC de temporiser, ce qui, à son avis, constituait de la mauvaise foi dans sa gestion du contrat.

Le 11 mai 2010

[88] Le compte rendu de cette réunion indique que le calendrier le plus récent présenté par Comstock montrait toujours la date d'achèvement du 15 juillet 2010, ce qui continuait à être inacceptable pour AMEC. Comstock faisait état d'un taux d'achèvement de 68,46 %, et d'un taux d'achèvement de 2,45 % la semaine précédente. On n'explique pas pourquoi les taux d'achèvement hebdomadaires ne concordent pas d'une semaine à l'autre.

[89] La mention la plus importante pour les fins du présent appel est l'avis verbal que Comstock a donné à cette réunion portant que la date d'achèvement était reportée au 26 novembre 2010 et que Comstock licencierait 200 personnes avec effet immédiat et mettrait fin au quart de nuit. On ne s'accordait pas au procès sur la question de savoir si la réduction de 200 personnes avait effectivement été discutée. AMEC a demandé un avis écrit de cette nouvelle information et de l'ajustement des effectifs. Comstock a fait savoir qu'elle poursuivait la seconde option décrite ci-dessus. Elle a accepté, à la demande d'AMEC, de soumettre un nouveau calendrier prévoyant une nouvelle date d'achèvement du 26 novembre. Toutes les autres discussions ont été reportées en attendant de recevoir le nouveau calendrier. M. Guite a aussi fait savoir qu'on pouvait s'attendre à d'autres réclamations.

[90] Le 13 mai 2010, AMEC a répondu à la lettre de Comstock du 8 mai 2010. Dans cette lettre, AMEC expliquait pourquoi il fallait suffisamment de pièces justificatives pour pouvoir autoriser un ordre de modification. AMEC a précisé que le tableau d'une page qui résumait des coûts de 5,2 millions de dollars ne respectait pas les clauses du contrat. AMEC a en outre précisé que sa lettre du 7 mai 2010 n'était pas un refus, mais une description des pièces justificatives nécessaires pour valider les réclamations de Comstock.

[91] Le 17 mai 2010, Comstock a rédigé une lettre en réponse à la réponse donnée par AMEC le 13 mai 2010. Dans cette lettre, Comstock renvoyait AMEC à sa

correspondance antérieure et à sa soumission initiale comme étant les pièces justificatives. Aucun autre document n'a été remis.

[92] Comstock a présenté un nouveau calendrier le 16 mai, mais il ne mentionne pas la date d'achèvement du 26 novembre. Comstock maintenait la date d'achèvement du 15 juillet pour le moment, indiquant qu'elle attendait toujours l'approbation des ordres de modification en suspens, composait avec des modifications techniques continues, et attendait que les ponts roulants soient disponibles et que reviennent les pièces qui avaient été retournées aux fabricants en raison de défauts.

[93] Le 17 mai, AMEC a écrit à Comstock pour faire état de ses préoccupations concernant la capacité de Comstock de respecter même la date limite du 15 juillet qu'elle avait proposée. Elle demandait à Comstock de soumettre des rapports hebdomadaires avec des calendriers hebdomadaires qui feraient la comparaison du travail réel de la semaine précédente et du travail qui avait été planifié pour cette semaine-là et qui indiqueraient le travail planifié pour les deux semaines suivantes. AMEC a demandé des précisions concernant le travail qui avait été planifié, mais qui n'avait pas été effectué, et les mesures correctives qui permettraient de rattraper les retards. Elle demandait d'indiquer les activités planifiées qui dépendaient de la réception d'information en provenance d'AMEC et, enfin, une ventilation des effectifs quotidiens par corps de métier. Comstock a indiqué en réponse qu'elle serait heureuse d'ajouter des ressources pour répondre à ces requêtes, mais qu'elle voulait d'abord un ordre de modification approuvé. Elle a confirmé que, à défaut, il ne serait pas possible de respecter l'échéance du 15 juillet. AMEC a avisé que l'information demandée ne s'ajoutait pas à ce qui était prévu dans le contrat, mais que cette information était demandée en application de la CG 20.3.2.1., qui est libellé ainsi :

[TRADUCTION]

**20.3.2.1** L'ENTREPRENEUR soumet un rapport hebdomadaire qui comprend notamment ce qui suit :

- a) un calendrier des travaux, sous forme de graphique en « mosaïque » de trois semaines, en

format d'impression et avec une copie en fichier électronique Primavera. La ventilation de trois semaines doit indiquer les travaux réalisés par rapport aux travaux planifiés pour la semaine précédente, ainsi que les travaux planifiés pour la semaine en cours et la semaine suivante. La ventilation des activités ne doit pas prévoir d'activité d'une durée supérieure à dix jours et doit comprendre tous les travaux des sous-traitants;

- b) des explications, en style télégraphique, concernant les activités planifiées qui n'ont pas eu lieu au cours de la semaine précédente et les mesures correctives envisagées pour assurer le respect du calendrier global;
- c) les activités planifiées pour les deux semaines à venir qui dépendent de renseignements techniques, de livraisons de matériaux ou de renseignements provenant du PROPRIÉTAIRE qui sont en suspens doivent être clairement indiquées;
- d) une compilation ou un rassemblement de l'information contenue dans les rapports journaliers;
- e) toute autre information que l'INGÉNIEUR peut exiger.

[94] Le 17 mai 2010, Comstock a demandé une prolongation du calendrier de 12 semaines. Cette demande a été provoquée par un devis de 67 604 \$ qu'elle avait envoyé à AMEC pour enlever et installer des alimentateurs, et elle était accompagnée d'une demande d'ordre de modification. Comstock a fait savoir qu'il y aurait des frais additionnels pour des coûts indirects du chantier après le 31 mai 2010. Dans les jours qui ont suivi, Comstock allait soumettre d'autres devis de ce genre, tous liés aux mêmes conditions. AMEC a continué à répondre que Comstock devait poursuivre les travaux selon le contrat Comstock. Une prolongation de six semaines par rapport à la date d'achèvement du 31 mai a toutefois été approuvée, mais seulement pour les travaux liés à la réinstallation des pompes de refroidissement.

Le 18 mai 2010

[95] Le compte rendu de cette journée-là indique que Comstock disposait d'environ 350 travailleurs sur le chantier, mais qu'elle s'apprêtait à licencier 75 personnes au cours de la semaine. Elle s'apprêtait aussi à annuler le quart de nuit le lendemain. Les rapports journaliers de Comstock faisaient état d'un nombre plus élevé de travailleurs sur le chantier que le nombre réel, et elle a accepté de réexaminer la situation. Comstock a fait savoir qu'elle continuerait à réduire ses effectifs, étant donné qu'AMEC n'avait jamais accepté le 15 juillet comme date d'achèvement des travaux. Elle a indiqué qu'elle continuerait à viser une date d'achèvement du 26 novembre, selon la seconde option. Le calendrier actuel de Comstock montrait un taux d'achèvement de 71,93 %, et un taux d'achèvement de 3,47 % la semaine précédente. Encore une fois, AMEC a contesté ces chiffres. AMEC a demandé à Comstock pourquoi elle prenait la peine de soumettre un calendrier révisé si elle savait que celui-ci n'était pas réalisable en regard d'une date d'achèvement du 15 juillet. On ne trouve aucune mention de la réponse de Comstock dans le compte rendu, mais Comstock a fait savoir qu'il fallait s'attendre à d'autres réclamations. Ce compte rendu n'a pas été signé.

[96] Le 19 mai 2010, Comstock a fait savoir que le retard à approuver quatre ordres de modification avait entraîné des retards de 24 à 55 jours dans les travaux de construction, retards qui, à son avis, constituaient une violation du contrat par PCS. Comstock était d'avis que ces retards constituaient de nouvelles réclamations et que les pertes continueraient.

[97] Le 20 mai 2010, Comstock a demandé à AMEC et à PCS de veiller à ce que leurs ingénieurs-concepteurs participent aux réunions hebdomadaires de coordination afin de gérer les modifications techniques continues.

[98] Des dirigeants et des cadres supérieurs de Comstock et de PCS se sont rencontrés le 21 mai 2010. Aucun représentant d'AMEC n'était présent. Le but de cette

rencontre était de permettre à PCS de prendre connaissance des préoccupations de Comstock de première main. Bob Quinn, alors président de Comstock, a indiqué que Comstock croyait qu'il s'agissait d'un projet de 60 millions de dollars et qu'il était devenu un projet entièrement différent du projet sur lequel elle avait soumissionné. Comstock a demandé à être payée pour les travaux effectués jusqu'alors et a offert de réaliser le reste des travaux selon un arrangement temps et matériaux, sans quoi, si l'on ne faisait rien, Comstock retournerait à une semaine de 40 heures avec 250 travailleurs, ce qui reporterait la date d'achèvement à 2011. M. Quinn a fait savoir que Comstock n'avait aucune intention d'abandonner le projet, mais qu'elle réduirait ses effectifs.

[99] M. Bailey, de PCS, a indiqué qu'il voyait trois options qui pourraient être considérées :

1. mettre fin au contrat Comstock immédiatement pour raisons de commodité et faire achever les travaux par un autre entrepreneur;
2. poursuivre le contrat Comstock et suivre le processus des ordres de modification;
3. accepter la recommandation de Comstock de payer les travaux effectués jusqu'alors et d'achever le projet selon un arrangement temps et matériaux.

Le 25 mai 2010

[100] Le compte rendu indique que Comstock n'a pas soumis de calendrier révisé pour cette réunion et qu'elle a fait savoir qu'elle ne savait pas quand on pouvait s'attendre à en recevoir un.

[101] Le 30 mai 2010, Comstock a soumis un nouveau calendrier, qui indiquait une date d'achèvement du 6 octobre 2010. Comstock a de nouveau indiqué qu'elle ne pouvait prendre en compte le volume et la cadence des modifications et le temps requis

par AMEC ou PCS pour approuver les modifications. Elle a aussi demandé à AMEC d'indiquer où en étaient les révisions techniques. Elle a fait savoir qu'elle ne pouvait pas produire un calendrier raisonnable sans cette information. La CG 19 prévoyait que les délais étaient de rigueur, et Comstock était d'avis que PCS avait violé cette condition, étant donné les longs retards qu'elle avait causés.

[102] La date limite pour l'achèvement des travaux prévue au contrat, soit le 31 mai 2010, est passée.

Le 1<sup>er</sup> juin 2010

[103] À cette réunion hebdomadaire, Comstock a de nouveau demandé un délai de traitement rapide relativement aux travaux techniques et aux dessins afin de poursuivre les travaux. AMEC a indiqué que les approbations seraient données dans les meilleurs délais. Il a été discuté du calendrier actualisé montrant le 6 octobre 2010 comme date d'achèvement. AMEC a indiqué qu'il fallait réviser ce calendrier, puisque le nombre de travailleurs indiqué pour le chemin critique à venir n'était pas clair. Ils ont convenu que les ordonnanceurs de Comstock et d'AMEC se rencontreraient sur le chantier pour travailler ensemble.

[104] Le 3 juin 2010, M. Bailey et M. Semmens se sont de nouveau parlé au téléphone. M. Semmens a fait savoir qu'il prévoyait que les ordres de modification envisagés pourraient atteindre 55 ou 56 millions de dollars. Il cherchait toujours à passer du contrat Comstock à prix fixe à un arrangement à prix coûtant majoré, mais il avait compris que PCS ne changerait pas d'avis à cet égard. Ils ont aussi abordé la question de la date d'achèvement du 6 octobre 2010, que les deux croyaient réalisable. M. Bailey estimait toutefois que la productivité de Comstock devait augmenter. Il a demandé à M. Semmens si Comstock voulait achever le projet ou cesser les travaux et limiter ses pertes. M. Semmens a répondu que Comstock voulait achever le projet et revenir [TRADUCTION] « dans les bonnes grâces » de PCS et AMEC.

[105] On a demandé à Mark Neis, un ingénieur et employé d'AMEC, de faire un examen indépendant de la réclamation de Comstock et de présenter une recommandation pour régler la question conformément au contrat. M. Neis est arrivé sur le chantier le 6 juin pour entamer ce processus. L'avocat de PCS a retenu les services d'Owen McElhinney pour examiner certaines des réclamations de Comstock et faire des recommandations à leur égard. M. Neis croyait qu'ils travailleraient tous les deux ensemble. M. McElhinney a installé son bureau dans la roulotte de chantier d'AMEC.

[106] Une troisième personne, Phil MacKenzie, un préposé aux devis d'AMEC, s'est également rendu sur le chantier quelques jours avant le 9 juin et a préparé un rapport sommaire des coûts, qui indiquait que les coûts prévus pour achever l'UC-15 s'élevaient à 42 805 854 \$, abstraction faite de la plupart des réclamations de Comstock. Le total estimé par M. MacKenzie, en supposant une prolongation du calendrier de cinq mois, jusqu'à la nouvelle date d'achèvement en octobre, était de 58 813 854 \$ selon les chiffres donnés par Comstock et de 49 604 679 \$ selon les chiffres d'AMEC. AMEC était d'avis que Comstock devait ajouter 172 100 heures-personnes pour achever le projet. Afin d'achever les travaux dans les cinq mois menant à l'achèvement en octobre, Comstock aurait besoin de 173 personnes sur le chantier chaque jour pendant toute la durée des travaux.

#### Le 8 juin 2010

[107] La seule mention à faire est le fait qu'AMEC était toujours en train d'examiner le calendrier.

[108] Le 11 juin 2010, il y a eu une réunion à laquelle ont participé des représentants de Comstock, d'AMEC et de PCS; des cadres supérieurs et des gestionnaires des trois parties étaient présents. La réunion avait été convoquée par Comstock pour discuter des [TRADUCTION] « questions non résolues ». L'ordre du jour comprenait une série de réclamations, qui totalisaient alors 25,6 millions de dollars, dont la plus grande portion se rapportait à des coûts engagés et à engager par suite de

prétendues assertions inexactes quant à l'état d'achèvement des plans au moment de l'appel d'offres et de modifications techniques majeures apportées depuis lors, que Comstock chiffrait à 19 547 700 \$. Comstock réclamait également la somme de 4 576 552 \$ pour couvrir les coûts liés à la durée supplémentaire des travaux résultant des retards et des modifications. Les options que Comstock a présentées en vue de la discussion étaient les suivantes : un contrat à prix fixe renégocié; la conversion à un modèle à prix coûtant majoré; un hybride des deux. À défaut d'acceptation de l'une de ces options, Comstock a menacé d'abandonner le projet et d'intenter une poursuite. Comstock a toutefois reconfirmé son engagement à achever les travaux au plus tard le 6 octobre. AMEC ne croyait pas que c'était possible sans changements importants au niveau de la gestion chez Comstock. M. Neis a demandé à AMEC d'examiner la proposition de Comstock et de faire une recommandation. Comstock a remis cinq cartables de documents à l'appui de sa position. Le 15 juin 2010, cependant, AMEC a confié cet examen à M. Neis, conformément à la CG 12.4. M. Neis a également été chargé de négocier toutes les réclamations faites conformément au contrat.

Le 15 juin 2010

[109] L'examen de M. Neis étant en cours, le compte rendu de cette réunion indique que le calendrier révisé n'avait pas encore été approuvé par AMEC. Il indique cependant que plusieurs activités étaient alors achevées à 100 %, mais qu'AMEC n'était pas disposée à donner son approbation à cet égard. En conséquence, Comstock a demandé à AMEC de fournir sa [TRADUCTION] « liste de travaux à compléter », ce qu'AMEC a refusé de faire, indiquant qu'il appartenait à Comstock de faire son propre examen. Comstock voulait également qu'AMEC approuve sa facture du 27 mai 2010, mais AMEC a indiqué qu'il lui fallait en discuter davantage avant de pouvoir donner son approbation.

Le 22 juin 2010

[110] La mise à jour du calendrier faite par Comstock le 18 juin montrait toujours une date d'achèvement du 6 octobre 2010, mais Comstock a indiqué à cette réunion qu'elle essayait d'achever les travaux plus tôt. Encore une fois, AMEC n'a pas accepté le calendrier, et Comstock a fait savoir qu'elle n'était pas disposée à affecter plus de ressources au calendrier si l'on n'était pas disposé à l'accepter. AMEC a indiqué qu'elle ne pouvait l'accepter sans connaître les répercussions sur les coûts.

[111] Le compte rendu indique que le calendrier montrait un taux d'achèvement de 80 %, mais AMEC était toujours en train d'examiner ces données.

Le rapport de M. Neis du 23 juin 2010

[112] À la suite de la réunion du 11 juin 2010, M. Neis a examiné en détail les documents relatifs à l'UC-15 et les réclamations de Comstock. Il a travaillé de façon indépendante pour examiner autant de documents soumis par Comstock qu'il lui était possible de réviser afin de faire une évaluation impartiale des réclamations de celle-ci. En fin de compte, M. Neis a conclu, à partir de son examen, que Comstock n'avait pas établi qu'elle avait droit aux sommes réclamées au titre du contrat parce qu'elle n'avait pas fait de lien entre ses dépenses supplémentaires et un changement quelconque dans la portée des travaux ou des conséquences indépendantes de sa volonté. Étant donné que les principaux paramètres du projet n'avaient pas changé, il jugeait troublant le fait que les réclamations actuelles de Comstock étaient presque l'équivalent de son prix initial pour le contrat.

[113] M. Neis a conclu que Comstock pourrait avoir droit à une indemnisation relativement aux plans et devis modifiés, à la disponibilité tardive des ponts roulants, aux coûts additionnels liés aux heures supplémentaires et à l'accélération importante pour achever les travaux. Son estimation de la réclamation était de 5 466 609 \$, par opposition

à la somme de 26 552 459 \$ réclamée par Comstock. Il a calculé que Comstock avait droit à un paiement initial de 51 %, soit 2 803 226 \$.

[114] Il était d'avis que Comstock n'avait pas fourni de pièces justificatives pour étayer une prolongation du délai d'achèvement conformément aux exigences du contrat, notamment un calendrier montrant les causes et les effets sur le chemin critique. Selon l'information dont il disposait, il pouvait, au mieux, recommander une prolongation d'un mois, jusqu'au 30 juin 2010.

[115] M. Neis a alors rédigé une lettre que devait signer AMEC, recommandant que PCS fasse trois paiements de 1 million de dollars chacun et accorde la prolongation d'un mois. Les paiements ne seraient faits que si Comstock s'engageait à achever le projet dans les meilleurs délais, et une décision finale sur l'ensemble des réclamations serait prise lorsque Comstock aurait soumis des pièces justificatives complètes et définitives. M. Neis a alors quitté le chantier pour trois semaines.

[116] Le 26 juin, AMEC a fait savoir à Comstock qu'elle était disposée à recommander que PCS paie une somme additionnelle de 2,8 millions de dollars, en signe de bonne foi, sous réserve d'une retenue rattachée à l'issue définitive du processus d'achèvement des travaux; elle n'a toutefois pas offert de reporter la date d'achèvement. AMEC a indiqué clairement que les clauses du contrat Comstock ne seraient pas modifiées. Elle a demandé des explications pour la réduction actuelle des effectifs et pour le défaut de Comstock d'exécuter les travaux présentés dans les demandes d'ordres de modification ou dans les directives de chantier, et elle a de nouveau demandé qu'on explique la [TRADUCTION] « logique » du calendrier qui avait été présenté et qui montrait une date d'achèvement du 6 octobre.

[117] Le 29 juin, AMEC a de nouveau demandé à Comstock de fournir la documentation qui manquait relativement à son calendrier, notamment le calendrier [TRADUCTION] « prévisionnel » des activités sur une période de dix jours, des explications concernant les travaux qui n'avaient pas été achevés la semaine précédente

et le plan de mesures correctives. Elle a aussi demandé des renseignements concernant les activités qui dépendaient d'éléments tels que de l'information technique qui manquait et des livraisons de matériaux. Essentiellement, AMEC cherchait toujours à obtenir la documentation ou l'information visée dans le contrat Comstock qu'elle demandait.

[118] Comstock a répondu le lendemain, et la réponse était sèche. Si Comstock ne recevait pas l'ordre de modification qu'elle avait demandé plus tôt dans le mois et le paiement immédiat de 6 millions de dollars sur ses réclamations, elle ne serait pas en mesure de fournir quelque partie que ce soit de l'information demandée.

Le 29 juin 2010

[119] Le compte rendu de cette réunion indique que Comstock n'a pas soumis de mise à jour du calendrier. Selon le contrat, Comstock devait travailler 50 heures par semaine, et le compte rendu indique qu'elle travaillait cinq jours de huit heures et qu'elle était sur le point de réduire l'horaire à seulement quatre heures par jour la semaine suivante. Comstock était passée d'un maximum de 400 personnes sur le chantier à 100 travailleurs embauchés directement et 76 travailleurs relevant de sous-traitants. Encore une fois, on indique que Comstock a déclaré qu'elle attendait l'ordre de modification pour poursuivre les travaux conformément aux clauses du contrat et qu'elle traiterait toutes les questions liées aux effectifs et au calendrier dans une lettre qu'elle enverrait prochainement à AMEC. Elle avait commencé à enlever des outils et des roulottes du chantier, et les rapports journaliers de son contremaître montraient que le moral et la productivité des travailleurs étaient à leur plus bas.

[120] Le 30 juin 2010, M. Semmens a écrit une lettre de six pages aux dirigeants et gestionnaires de PCS et AMEC en réponse à l'offre de « bonne foi » présentée par AMEC le 26 juin. Il a répété la position de Comstock, selon laquelle PCS l'avait induite en erreur en l'amenant à croire que PCS voulait régler le problème par l'entremise d'AMEC, qui continuait à être en situation de conflit d'intérêts. Il a renvoyé à la réunion du 10 mai, qui avait eu lieu avec PCS en l'absence d'AMEC, et il a répété les trois

options que M. Bailey, de PCS, avait présentées. Il a prétendu qu'AMEC n'avait pas tenu compte comme il se doit de la documentation de plus de 2 500 pages que Comstock avait produite à l'appui de sa réclamation de plus de 25 millions de dollars lorsqu'elle est arrivée à une évaluation préliminaire de 2,8 millions de dollars. Il a demandé à M. Bailey d'indiquer laquelle des trois options il souhaitait poursuivre. En attendant, il a demandé que les factures de Comstock pour les mois de mai et juin soient payées et qu'une somme additionnelle de 6 millions de dollars soit affectée au règlement des réclamations, au lieu des 2,8 millions de dollars proposés par AMEC.

L'avis de défaut d'exécution du 30 juin 2010

[121] Le lendemain de la réunion du 29 juin, AMEC a envoyé à Comstock un avis de défaut d'exécution des obligations contractuelles, dont voici les éléments saillants :

[TRADUCTION]

La présente constitue un avis du défaut par Comstock Canada Ltd. (l'entrepreneur) de se conformer aux obligations contractuelles prévues dans le contrat mentionné ci-dessus, ainsi qu'une intimation de corriger le manquement dans les dix (10) jours ouvrables suivant immédiatement la réception du présent avis.

Plus précisément, s'agissant des conditions générales du contrat, CG 46.5.1, l'ingénieur est d'avis que :

1. l'entrepreneur n'a pas exécuté ou n'exécute pas les travaux avec diligence;
2. l'entrepreneur n'a pas assuré ou n'assure pas suffisamment de main-d'œuvre et de supervision compétentes et qualifiées;
3. l'entrepreneur n'a pas assuré ou n'assure pas suffisamment d'équipement, de matériaux ou de services;

4. l'entrepreneur n'a pas achevé ou n'achève pas les travaux dans les délais d'achèvement prévus dans le calendrier des travaux de construction;
5. l'entrepreneur exécute les travaux de manière inefficace;
6. l'entrepreneur ne s'est pas conformé aux directives de l'ingénieur concernant le format du calendrier des travaux de construction et les précisions requises [CG 19.3.1] et concernant le contenu des avis de réclamations [CG 47.6.1] requis par le contrat.

Il est par les présentes enjoint à Comstock Canada Ltd. de corriger les manquements au plus tard le 15 juillet 2010, à défaut de quoi PCS pourra, sans renoncer à tout autre droit ou recours qu'elle peut avoir, suspendre le droit de Comstock de poursuivre les travaux ou y mettre fin, ou résilier le contrat.

[122] La réponse de Comstock était une lettre de 29 pages rédigée par M. Semmens, dans laquelle celui-ci indiquait que l'avis de défaut d'exécution ne contenait pas suffisamment de détails quant aux éléments qui devaient être traités, comme l'exige le contrat Comstock. Il a continué en sollicitant une prolongation d'au moins 10 mois nets pour achever les travaux, à un coût total prévu de 25 millions de dollars, en plus des sommes qu'il prétendait être alors dues, qu'il estimait à 3,174 millions de dollars. Il a demandé un paiement immédiat de 10 millions de dollars. Il a fait savoir que, à défaut d'acceptation de ces conditions, Comstock intenterait une poursuite dans les quatre-vingt-dix jours qui suivraient.

#### Le 6 juillet 2010

[123] Le compte rendu de cette réunion indique que Comstock n'a pas présenté de mise à jour du calendrier. Comstock a confirmé qu'elle retournerait à une semaine de travail de 50 heures et que, en attendant une réponse à la lettre envoyée par M. Semmens, le tout était en attente. AMEC a toutefois envoyé à Comstock un rappel de son obligation

contractuelle de fournir un calendrier actualisé malgré l'avis de défaut d'exécution et la menace subséquente de poursuite de la part de Comstock.

[124] À la suite des demandes formées par AMEC les 7 et 9 juillet 2010 en vue d'obtenir un calendrier actualisé, Comstock en a présenté un le 12 juillet, qui donnait comme date d'achèvement le 29 octobre 2010. La lettre d'accompagnement prévoyait en partie ce qui suit :

[TRADUCTION]

Faisant suite à votre demande, vous trouverez ci-joint une copie de notre calendrier actualisé. Nous attirons votre attention aux éléments suivants, que nous ne pouvons établir ou adéquatement refléter dans notre calendrier actualisé à ce moment. À savoir :

1. Malgré de nombreuses demandes répétées d'ordres de modification en vue d'obtenir des prolongations des délais prévus dans le contrat initial, pas une seule journée de prolongation ne nous a encore été accordée.
2. Des modifications techniques continues empêchent d'établir des dates d'achèvement réalistes. Veuillez confirmer à quel moment Comstock recevra ces données qu'elle attend toujours.
3. Des ordres de modification totalisant plus de 4 millions de dollars ont déjà été approuvés ou attestés, et d'autres totalisant 2,6 millions de dollars sont en suspens, c'est-à-dire des modifications d'une valeur d'environ 7 millions de dollars; toutefois, pas une seule journée de prolongation de délai n'a été accordée à Comstock. Soyez également avisé que de telles modifications ne peuvent être établies et correctement inscrites au calendrier avant que nous recevions les ordres de modification et des prolongations équitables.
4. En date du 12 juillet 2010, quelques mois après la date d'achèvement prévue à l'origine, de nombreuses demandes d'information demeurent

en suspens, ce qui crée des « blocages » dans plusieurs zones de travail. Encore une fois, il n'est pas possible de bien refléter de telles interruptions tardives et frustrantes dans notre calendrier ci-joint.

5. Nos précédentes demandes d'accélération des travaux / heures supplémentaires n'ont pas été acceptées ou traitées; en conséquence, nous ne pouvons pas refléter de telles mesures d'atténuation dans notre calendrier.

En résumé, nous réitérons le fait qu'il n'est pas possible de préparer des calendriers définitifs ou exacts sans données techniques justes, adéquates et raisonnables, c'est-à-dire :

1. Les ordres de modification
2. Les dessins définitifs et les dessins révisés émis pour la construction
3. Le devis définitif et le devis révisé pour la construction
4. Des réponses raisonnables et en temps opportun aux demandes d'information
5. Un avis de la date à laquelle les données de construction définitives seront fournies
6. Une confirmation des travaux éliminés
7. Une confirmation de tout travail additionnel

Nous vous demandons respectueusement de nous fournir en toute urgence l'information énumérée ci-dessus afin que nous soyons en mesure de déterminer l'état exact du projet et d'établir un calendrier révisé exact. Une liste détaillée des blocages, des demandes d'information tardives et des ordres de modification en suspens sera dressée et remise plus tard cette semaine.

[Décision de première instance, par. 173]

Le 13 juillet 2010

[125] Le compte rendu de cette réunion mentionne la nouvelle date d'achèvement du 29 octobre 2010. Le taux d'achèvement avait légèrement baissé par rapport à la réunion précédente. Comstock et AMEC ont toutefois continué à se jeter mutuellement le blâme. Comstock insistait pour obtenir des réponses plus rapides à ses demandes d'ordres de modification, tandis qu'AMEC insistait pour que Comstock réponde plus rapidement à ses demandes d'information. À ce stade, des ordres de modification totalisant 4,5 millions de dollars avaient été approuvés, dont la plupart concernaient des modifications techniques. La mise sous tension de l'usine de compactage devait avoir lieu le 20 août 2010.

[126] Dans une lettre datée du 16 juillet 2010, le gestionnaire de projet d'AMEC, Tony Vecchio, a réagi au calendrier présenté par Comstock le 12 juillet 2010 :

[TRADUCTION]

Permettez-nous de vous rappeler que le but du calendrier des travaux est de fournir, avec les calendriers prévisionnels de trois semaines et les rapports journaliers, hebdomadaires et mensuels, l'information requise pour planifier l'achèvement des travaux.

AMEC a examiné votre liste de « points » et juge que ceux-ci n'ont aucun rapport avec la présentation d'un calendrier actualisé des travaux.

En reprenant le système de numérotation que vous avez utilisé dans votre lettre du 12 juillet 2010, voici nos réponses :

1. La date d'achèvement des travaux n'a pas été reportée parce que Comstock n'a pas produit de demande chiffrée en vue d'obtenir une prolongation du délai d'achèvement qui répond aux exigences de la CG 23.3 ou qui satisfait aux conditions de la CG 23.8 – Retards dans le chemin critique.

2. Le calendrier peut être mis à jour à partir du dossier de projet connu à ce moment-là.
3. Le calendrier peut être mis à jour en fonction des travaux à achever, ce qui comprend les modifications apportées aux travaux. Il n'est pas nécessaire d'attendre que les ordres de modification soient finalisés.
4. Le calendrier peut être mis à jour pour indiquer la date à laquelle les « blocages » doivent être levés pour que cette partie des travaux puisse être faite.
5. L'entrepreneur est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour achever les travaux dans les meilleurs délais à ses propres frais, à moins de directives contraires de la part de l'ingénieur.

En conséquence, AMEC n'accepte pas qu'il ne soit pas possible de préparer un calendrier actualisé des travaux à achever. Comstock a été avisée le 30 juin 2010 de son défaut de respecter le contrat relativement à la présentation de calendriers, et Comstock doit corriger ce défaut immédiatement. [par. 175]

[127] De plus, le 16 juillet, M. Bailey a répondu à la lettre envoyée par Comstock le 30 juin et a exprimé son désaccord avec l'allégation faite par Comstock que PCS l'avait [TRADUCTION] « induite en erreur » en affirmant qu'il y avait eu accord relativement aux réclamations de Comstock ou qu'AMEC était en position de conflit d'intérêts. Il a demandé que toute correspondance future soit adressée à AMEC, conformément au contrat. Il a conclu en disant que PCS ne voyait pas d'un bon œil [TRADUCTION] « la répudiation du contrat [par Comstock] et son utilisation abusive de discussions ayant eu lieu “sous réserve” » et que la façon de s'y prendre de Comstock pour régler les réclamations ne témoignait pas de bonne foi et n'était pas susceptible d'aboutir au règlement des réclamations.

[128] Le 17 juillet 2010, M. Neis a écrit à M. Bailey pour confirmer que l'avis de défaut d'exécution signifié à Comstock présentait des problèmes. Dans sa lettre, il dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Notre lettre n° 8.6.1 E156930-Ltr022, datée du 30 juin 2010, attribue à l'entrepreneur des défauts d'exécution sans donner de détails. Cependant, à ma connaissance, les méthodes de construction de l'entrepreneur ont été constantes pendant toute la durée du contrat.

Même si le rendement de l'entrepreneur a été [médiocre] et même s'il est peu probable que celui-ci achève les travaux d'ici la fin octobre (sans amélioration importante du rendement), il faut plus de détails pour résilier le contrat pour défauts d'exécution par l'entrepreneur.

Je signalerais aussi ce qui suit :

- i. La « CG 46.2 – Résiliation pour raisons de commodité » prévoit une période de sept (7) jours pendant laquelle les travaux se poursuivent et cinq (5) jours pour finaliser le montant du contrat.
- ii. La « CG 46.5.1 – Résiliation pour défaut d'exécution par l'entrepreneur » prend effet **immédiatement**, dès l'émission d'un avis de suspension ou de résiliation.

Ainsi, la résiliation effectuée en application de la CG 46.5.1 permettrait à Comstock de tout simplement partir et abandonner le tout!

Je me suis promené sur le chantier hier et aujourd'hui. Il est possible d'achever les travaux d'ici la fin octobre, mais pas de la manière dont les travaux sont faits par Comstock. Je reconnais qu'il faut apporter des changements pour assurer l'achèvement des travaux dans les meilleurs délais.

[129] M. Neis était réticent à recommander la résiliation du contrat en raison des coûts y associés.

[130] Le 19 juillet 2010, Comstock a soumis un calendrier incomplet, qui était susceptible de révision et de modification et qui ne comprenait pas de calendrier d'achèvement des travaux.

[131] Le 20 juillet 2010, Comstock a demandé que les factures du 11 juin 2010, totalisant 27 millions de dollars, soient payées. Une des factures portait sur des coûts liés à la prolongation du temps passé sur le chantier qui n'avaient pas encore été engagés.

#### Le 20 juillet 2010

[132] La dernière réunion hebdomadaire de coordination a eu lieu le 20 juillet 2010. On indique qu'AMEC était en train d'examiner le calendrier le plus récent soumis par Comstock. Le compte rendu indique que Comstock devait présenter un calendrier d'achèvement des travaux avec l'aide d'un consultant, Bill Sargeant, de Navigant, qui avait été retenu par Comstock pour s'occuper de toutes les « plaintes » d'AMEC. Toutefois, aucun calendrier d'achèvement des travaux ne serait présenté, puisque PCS a résilié le contrat Comstock le lendemain.

#### Résiliation du contrat Comstock le 21 juillet 2010

[133] Le 21 juillet 2010, M. Neis estimait que la seule option ouverte à PCS était de résilier le contrat Comstock. M. Bailey a témoigné qu'il avait hésité à opter pour la résiliation en raison des coûts associés à l'embauche d'un entrepreneur pour achever les travaux. Il avait toutefois perdu toute confiance dans la capacité de Comstock d'achever le projet et, en fait, il estimait que Comstock ne maîtrisait même pas la situation. En remettant l'avis écrit de résiliation à Comstock, le représentant d'AMEC a demandé à Comstock de quitter le chantier au plus tard à 16 h 30 le jour même. L'avis de résiliation est rédigé ainsi :

[TRADUCTION]

Nous vous écrivons pour faire suite à la lettre qu'AMEC vous a adressée le 30 juin 2010 (n° 8.6.1 E156930-Ltr022), avisant Comstock de ses manquements à ses obligations contractuelles. En consultation avec l'ingénieur, nous avons conclu que Comstock n'a pas corrigé les manquements dans les dix jours ouvrables suivant la réception de cette lettre.

Malgré les efforts faits par PCS et AMEC pour travailler avec vous, particulièrement au cours des trois derniers mois, vous n'avez pas exécuté les travaux de manière conforme aux clauses du contrat. En raison d'un certain nombre de telles violations du contrat, qui continuent à se produire, nous ne croyons pas que vous avez la capacité ou l'intention de vous acquitter de vos obligations prévues au contrat de manière rapide et économique. Le fait que la date d'achèvement prévue dans le calendrier soit passée signifie que PCS subira des pertes importantes qui ne peuvent être atténuées que par l'achèvement des travaux sans plus de retards. À notre avis, cela ne peut se faire que par la résiliation de notre contrat et l'embauche d'un tiers pour faire le reste des travaux.

En conséquence, PCS résilie le contrat avec Comstock en vertu de l'article 46.5.2 du contrat, avec effet immédiat.

Cette résiliation ne constitue pas une renonciation à tout autre droit ou recours que PCS peut avoir. Afin d'assurer une transition ordonnée, nous vous demandons de bien vouloir adresser toute communication future à [...] Mark Neis, d'AMEC, y compris les demandes d'accès au chantier et les demandes concernant le retour d'équipement [...]

[134]

La CG 46.5.2 est libellée ainsi :

**46.5.2** Si l'ENTREPRENEUR ne remédie pas au manquement dans les dix jours ouvrables prévus, le PROPRIÉTAIRE peut, sans renoncer à tout autre droit ou recours qu'il peut avoir, suspendre le droit de l'ENTREPRENEUR de poursuivre les travaux ou y mettre fin ou résilier le contrat.

[135] À la suite de la résiliation du contrat, Comstock a soumis des factures révisées, réclamant maintenant un total de 47,5 millions de dollars en plus du prix du contrat. À ce stade, le contrat Comstock, y compris les ordres de modification qui avaient été approuvés, totalisait 40 712 654 \$. À la date de résiliation, Comstock avait reçu 31 396 728 \$, TVH comprise, moins le montant de la retenue prescrite par la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*.

[136] Dans l'exposé de la demande qu'elle a déposée deux semaines plus tard, le 3 août 2010, Comstock réclamait des dommages-intérêts de 47 714 977 \$, une augmentation de plus de 20 millions de dollars depuis la demande qu'elle avait faite deux mois plus tôt. Tel qu'il est indiqué ci-dessus, la demande de Comstock a été réduite considérablement, à 18 081 808 \$ plus la TVH, à l'ouverture du procès.

Entrepreneur retenu pour l'achèvement des travaux

[137] Un appel d'offres a été lancé pour l'achèvement du contrat, et le contrat a été accordé à Lockerbie & Hole Eastern Inc. selon un arrangement temps et matériaux. En plus de l'achèvement du contrat Comstock, Lockerbie devait refaire une partie du travail défectueux effectué par Comstock. Elle a également réalisé des travaux qui n'étaient pas prévus dans le contrat Comstock, à la demande de PCS.

[138] Le coût des travaux supplémentaires s'élevait à 8 903 396 \$. La reprise des travaux faits par Comstock a coûté 1 459 956 \$. Au total, PCS a payé 34 655 798 \$ à Lockerbie. En réponse à l'action intentée par Comstock, PCS, dans sa demande reconventionnelle, a demandé un droit de compensation de ses coûts additionnels, de 17 565 736 \$, calculés ainsi :

34 655 798 \$	Somme totale payée à Lockerbie
Moins (8 186 666 \$)	Somme non payée du contrat Comstock :
	40 712 654 \$ (prix du contrat Comstock)
	32 525 988 \$ (somme versée à Comstock, plus la retenue, moins la TVH)

Moins (8 903 396 \$)	Travaux supplémentaires non prévus dans le contrat Comstock
17 565 736 \$	Comprend le coût de 1 459 956 \$ pour corriger le travail défectueux effectué par Comstock

Conclusions de la juge de première instance

[139] Dans sa décision, la juge de première instance a tiré les conclusions suivantes, qui doivent être prises en considération pour trancher le présent appel.

S'agissant d'AMEC :

1. Comstock n'a pas démontré qu'AMEC avait manqué à son obligation de diligence (par. 329).
2. Malgré les problèmes associés à l'exactitude des calendriers présentés par Comstock, particulièrement à partir de mars 2010, le refus de les accepter reposait sur la réticence d'AMEC à accepter un calendrier montrant une date d'achèvement qui dépassait le 31 mai 2010 et sur le refus conséquent de formaliser une prolongation du délai d'achèvement (par. 687 et 722).
3. AMEC a manqué à ses obligations contractuelles en agissant de façon arbitraire et injuste en n'accordant pas à Comstock une prolongation du délai d'achèvement des travaux (par. 736).
4. La preuve n'a pas établi qu'AMEC avait avisé Comstock que celle-ci n'exécutait pas les travaux avec diligence (par. 747).
5. AMEC a manqué à son obligation de bonne foi envers Comstock en ne donnant pas à celle-ci l'évaluation indépendante de sa conformité avec le contrat, évaluation qui était prescrite au contrat, ce qui constituait un autre motif pour annuler l'avis de défaut d'exécution (par. 933).

S'agissant de Comstock :

6. La conception de l'UC-15 n'a pas changé de façon importante pendant la construction par rapport à ce qui était envisagé au moment de l'appel d'offres (par. 372).
7. L'horaire de travail hebdomadaire réduit adopté par Comstock après avril 2010 a eu une incidence sur sa productivité (par. 641).
8. Le retard dans l'accès au centre de commande des machines n'a pas entraîné de retard par rapport au calendrier (par. 697).
9. Comstock n'a pas démontré que le lent traitement des ordres de modification avait eu une incidence précise sur le calendrier (par. 704).

S'agissant de PCS :

10. Les ponts roulants n'ont pas été mis à la disposition de Comstock comme le prévoyait le calendrier de référence. Cette obligation incombait à PCS, qui n'a pas respecté le contrat. Ce manquement et les ordres de modification tardifs sont les seules violations qui ont causé des pertes à Comstock pour ce qui est de l'incidence sur sa productivité et les retards dans l'achèvement des travaux qui en ont découlé (par. 458, 459, 599 et 723).
11. PCS a aussi manqué à son obligation contractuelle en ne rendant pas le centre de commande des machines accessible au niveau 141, ce qui a entraîné des retards par rapport au calendrier (par. 473).
12. Le traitement tardif des ordres de modification constituait une violation du contrat, mais seulement en ce qui a trait aux ordres de modification qui

obligeaient Comstock à poursuivre les travaux se rapportant aux modifications techniques autres que celles liées aux dessins émis pour la construction (par. 546).

13. Les demandes d'ordres de modification présentées par Comstock après qu'elle eut reçu des dessins émis pour la construction révisés ou modifiés ne constituaient pas un refus d'exécuter les travaux (par. 748).
14. Comstock a manqué à ses obligations contractuelles en refusant de présenter, en juin 2010, un calendrier révisé à moins de recevoir un ordre de modification; le manquement a toutefois été corrigé dans le délai prévu dans l'avis de défaut d'exécution (par. 769 et 770).
15. Comstock a violé le contrat en ne présentant pas de rapports hebdomadaires comme l'exigeait la CG 20.3.2.1 (par. 793 et 794). C'est le seul motif valide de défaut d'exécution (par. 818). On ne pouvait toutefois pas raisonnablement conclure que le défaut de fournir les rapports hebdomadaires constituait un défaut de fournir [TRADUCTION] « suffisamment d'équipement, de matériaux et de services ». En conséquence, l'avis de défaut d'exécution n'était pas suffisant pour justifier la résiliation (par. 828 et 829).
16. Le défaut de Comstock de respecter la date limite du 31 mai 2010 ne constituait pas un motif valide de défaut d'exécution (par. 798).
17. Les dispositions contractuelles touchant la résiliation n'ont pas remplacé le droit de PCS de résilier le contrat en common law (par. 835).
18. Les réclamations de Comstock n'ont pas fait obstacle à l'objet commercial du contrat (par. 842). PCS n'a pas été privée de la quasi-totalité de l'avantage découlant du contrat (par. 871).

19. PCS a violé le contrat en le résiliant sans motifs valables et en l'absence d'une violation fondamentale ou répudiatoire (par. 872).

S'agissant de Comstock et de PCS :

20. Malgré la preuve défectueuse, Comstock n'était pas la seule responsable du dépassement de la date limite du 31 mai 2010; PCS et AMEC n'en sont pas non plus entièrement responsables. Tout compte fait, les problèmes de productivité de Comstock et les retards de PCS ou d'AMEC à rendre les ponts roulants accessibles et à donner des ordres de modification les rendent responsables à parts égales du retard de 51 jours entre le 31 mai et le 21 juillet 2010. Chacune est donc responsable de 25,5 jours civils (par. 726 et 727).

S'agissant d'AMEC et de PCS :

21. Le défaut de Comstock de soumettre des calendriers révisés ne constituait pas un motif permettant à AMEC de conclure que Comstock avait violé le contrat. Aucun avis d'un tel défaut d'exécution n'a été donné en avril ou en mai 2010 (par. 767).
22. Le refus d'AMEC de reporter la date d'achèvement était fondé sur son omission d'évaluer les réclamations de Comstock. Cependant, c'est PCS, et non AMEC, qui a décidé de donner l'avis de résiliation. L'acte d'AMEC n'a donc pas causé la violation du contrat liée à la résiliation, bien qu'AMEC ait été consciente du fait que son omission d'évaluer les réclamations comme il se devait pouvait entraîner une violation du contrat par PCS (par. 942, 943 et 946). Même si AMEC était consciente de ce fait, aucune preuve n'indique qu'elle a agi par malice ou malveillance du fait que, même si son acte a provoqué une violation du contrat, il ne s'agissait pas d'une fin en soi du

point de vue d'AMEC. De plus, il ne s'agissait pas d'un moyen d'arriver à ses fins, puisqu'AMEC n'avait aucun avantage économique ou commercial à tirer de la violation ou de la résiliation du contrat Comstock (par. 948 et 951 à 953).

[140] Comme le démontrera l'analyse ci-dessous, même si la preuve aurait pu mener à des conclusions différentes à certains égards, toutes les conclusions de la juge de première instance trouvent appui dans la preuve, et je ne constate aucune erreur manifeste et dominante justifiant l'intervention en appel à l'égard de l'une quelconque d'entre elles.

### III. Les appels

#### Appel de Comstock

[141] Comstock affirme que la juge a commis les erreurs suivantes :

1. Une erreur de droit en ne tenant pas AMEC passible de dommages-intérêts malgré le fait qu'elle a conclu qu'AMEC :
  - a) avait un lien de proximité avec Comstock;
  - b) a agi de façon arbitraire et injuste en refusant d'accorder à Comstock une prolongation de délai pour achever ses travaux;
  - c) a achevé les modifications techniques tardivement;
  - d) a manqué à son obligation de bonne foi en ne fournissant pas des évaluations indépendantes des réclamations de Comstock;
  - e) a, par sa conduite, porté atteinte à la capacité de Comstock d'achever les travaux;
  - f) était responsable en partie de la décision de PCS de résilier le contrat Comstock sans motifs valables.
  
2. Une erreur de droit ou une erreur mixte de fait et de droit :

- a) en ne concluant pas qu'AMEC et PCS avaient comploté contre Comstock, malgré le fait qu'elle a conclu qu'elles bénéficiaient du privilège de l'intérêt commun sur certains documents;
  - b) en ne tenant pas PCS responsable d'un manquement à son obligation de bonne foi relativement au complot;
  - c) en ne tenant pas AMEC responsable d'avoir incité PCS à violer le contrat Comstock du fait qu'AMEC n'avait pas agi par malice et n'avait pas tiré avantage de la violation du contrat par PCS.
3. Une erreur de fait dans l'évaluation des coûts supportés par Comstock relativement à la durée du chantier, en retenant l'avis de l'expert de Comstock concernant le droit aux coûts indirects journaliers, mais en imputant plus de la moitié de ces coûts à Comstock par suite d'une interprétation erronée de la preuve.
  4. Une erreur de fait en n'accordant pas des coûts indirects pour une quelconque journée avant le 31 mai 2010, malgré le fait qu'elle a conclu que certains retards avaient été causés par PCS ou AMEC avant cette date.
  5. Une erreur de fait en accordant des coûts indirects en fonction d'un achèvement des travaux inférieur à 83,75 %, malgré le fait qu'AMEC avait attesté ce taux d'achèvement.
  6. Une erreur de fait en imputant à Comstock des retards par rapport au chemin critique sans preuve qu'ils lui étaient attribuables et malgré qu'elle ait conclu que deux retards par rapport au chemin critique avaient été causés par PCS ou AMEC.
  7. Une erreur de fait en imputant des pertes de productivité à Comstock :

- a) sans conclure que Comstock n'avait pas assuré une main-d'œuvre et une supervision suffisamment compétentes et qualifiées;
  - b) sans faire état des mécanismes contractuels dont PCS disposait pour traiter les problèmes de productivité;
  - c) sans mentionner le témoignage de l'entrepreneur de remplacement, selon lequel il connaissait une productivité médiocre en utilisant essentiellement les mêmes effectifs;
  - d) malgré le fait qu'elle n'a pas conclu que des modifications non techniques avaient causé des pertes à Comstock, même si une preuve non contredite montrait qu'elle avait subi de telles pertes;
  - e) sans tenir compte des éléments de preuve faisant état des conséquences du temps froid;
  - f) sans tenir compte de la preuve présentée par Comstock concernant l'accès limité au centre de commande des machines;
  - g) sans tenir compte du témoignage de l'expert de Comstock selon lequel les modifications techniques et non techniques provoquées par AMEC avaient eu une incidence sur la productivité de Comstock.
8. Une erreur en n'accordant pas de dommages-intérêts punitifs ou majorés et en n'abordant pas les questions liées à la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*.

#### Appel de PCS

[142]

PCS affirme que la juge :

- 1. a négligé de tirer une inférence défavorable contre Comstock par suite du défaut de celle-ci d'appeler Geoffrey Birkbeck à témoigner;
- 2. a commis une erreur de fait dans son appréciation des motifs qu'avait PCS pour résilier le contrat Comstock en confondant la question de savoir si

Comstock ne poursuivait pas les modifications aux travaux avec diligence et la question de savoir si cette conduite constituait un refus d'exécuter les travaux;

3. a commis une erreur de fait en interprétant de façon erronée la preuve concernant la connaissance qu'avait Comstock de la conduite qui lui était reprochée lorsqu'elle a examiné la question de savoir si l'avis de défaut d'exécution était suffisamment détaillé pour justifier la résiliation;
4. a commis une erreur de fait en ne tenant pas compte, dans son analyse de la question de savoir s'il y avait eu violation fondamentale du contrat, de la preuve d'inexécution substantielle de la part de Comstock ou de la preuve que PCS avait été privée de la quasi-totalité de l'avantage découlant du contrat Comstock;
5. a commis une erreur de fait lorsqu'elle a accordé à Comstock des dommages-intérêts de 677 662 \$ relativement aux coûts indirects;
6. a commis une erreur de droit dans l'application d'un principe du droit en matière de dommages-intérêts en n'accordant pas de compensation pour les travaux non conformes évalués à 1,45 million de dollars.

[143] On peut facilement décrire de la façon suivante ce que recherche chacune des parties aux appels dont nous sommes saisis :

- a) Comstock a reçu à peu près un tiers de sa réclamation et cherche à augmenter le montant de sa réparation;
- b) PCS demande que la décision relative à la résiliation du contrat Comstock soit infirmée afin qu'elle puisse demander que soit opérée contre les

dommages-intérêts accordés à Comstock une compensation pour les coûts liés à l'achèvement du projet par Lockerbie;

- c) AMEC demande le maintien du statu quo, à savoir qu'il n'y a aucune réclamation contre elle puisqu'il n'y a aucun contrat entre elle et Comstock et puisqu'il n'y a aucun fondement pour une réclamation contre elle en responsabilité délictuelle.

#### IV. Normes de contrôle

[144] Comme je l'ai indiqué, pour l'essentiel, le résultat recherché par Comstock exigerait que nous concluions à l'existence d'une erreur manifeste et dominante dans un grand nombre de conclusions de fait tirées par la juge. Je ne constate aucune erreur de ce genre et, pour les motifs exposés ci-après, je rejetterais l'appel de Comstock.

[145] PCS ne peut obtenir ce qu'elle recherche que s'il y a, par rapport aux conclusions de fait ou aux conclusions mixtes de fait et de droit tirées par la juge relativement à la résiliation du contrat Comstock, une erreur justifiant l'infirmité de la décision. Encore ici, je ne constate aucune erreur de ce genre et je rejetterais son appel.

[146] Par contre, AMEC a obtenu ce qu'elle recherchait. Bien que la juge ait conclu qu'elle avait manqué à certaines de ses obligations envers Comstock, en droit, ces manquements n'ouvrent pas droit à des dommages-intérêts contre AMEC. Pour les motifs exposés ci-après, je rejetterais l'appel formé par Comstock sur cette question, puisque la juge a appliqué les bons principes de droit lorsqu'elle a conclu qu'aucuns dommages-intérêts ne pouvaient être adjugés contre AMEC.

[147] Plusieurs des moyens invoqués se chevauchent ou commandent une analyse commune. À cette fin, ils ont été groupés sous les rubriques générales suivantes.

V. Analyse

Appel de Comstock

A. *AMEC aurait-elle dû être tenue de dommages-intérêts envers Comstock?*

[148] La juge de première instance a expressément conclu qu'AMEC avait manqué à [TRADUCTION] « son obligation de bonne foi à titre d'administratrice du contrat » en n'effectuant pas d'évaluation indépendante du respect du contrat par Comstock avant de délivrer l'avis de défaut d'exécution (par. 933). Elle a aussi conclu qu'AMEC avait [TRADUCTION] « manqué à ses obligations prévues au contrat en agissant de façon arbitraire et injuste dans son refus d'accorder à Comstock une prolongation de la date d'achèvement globale » (par. 736). La juge de première instance n'a toutefois pas imputé de dommages-intérêts à AMEC pour ce manquement à ses obligations. Comstock prétend que, lorsqu'il y a violation d'une obligation juridique, le droit doit prévoir un cadre juridique pour que le transgresseur soit tenu responsable. Elle affirme qu'il aurait fallu tenir AMEC responsable d'avoir incité une violation du contrat et d'avoir manqué à son obligation d'agir de bonne foi.

[149] L'analyse commence par le rôle d'un ingénieur-conseil au sein de la pyramide des travaux de construction.

[150] Bien qu'il soit payé par le propriétaire, l'ingénieur a aussi des obligations envers l'entrepreneur et les corps d'état du second œuvre, et le propriétaire ne peut passer outre au jugement professionnel de l'ingénieur. L'ingénieur doit [TRADUCTION] « trancher de manière impartiale les questions que le contrat lui renvoie pour jugement professionnel » (voir l'arrêt *D.W. Matheson & Sons Contracting Ltd. c. Canada (Attorney General)*, [1999] N.S.J. No. 163 (QL), p. 76 et 77, confirmé par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *D.W. Matheson & Sons Contracting Ltd. c. Canada (Attorney General)*, 2000 NSCA 44, [2000] N.S.J. No. 96 (QL)). Comme l'a écrit B.M. McLachlin (avant sa nomination à la Cour suprême) dans *The Canadian Law of Architecture and*

*Engineering*, W.J. Wallace & A.M. Grant, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Butterworths, 1994) :

[TRADUCTION]

Les architectes et les ingénieurs peuvent exercer plusieurs types de fonctions différents, selon le contrat entre le propriétaire et l'entrepreneur. Premièrement, pour plusieurs questions, ils agissent purement à titre de mandataires du propriétaire. À ce titre, ils doivent agir selon les directives données par leur client, qu'ils soient d'accord avec celles-ci ou non. Deuxièmement, lorsqu'ils prennent des décisions conformément au contrat sur des questions telles que des modifications, des prolongations de délais, des travaux défectueux et des certificats autorisant le paiement, les architectes ou les ingénieurs affectés au projet agissent à la fois comme décideurs impartiaux et mandataires du propriétaire. À ce titre, ils sont tenus d'agir de manière équitable et impartiale, assurant l'équilibre entre le propriétaire et l'entrepreneur; cette obligation est implicite dans le contrat qui attribue la prise de telles décisions à l'architecte ou l'ingénieur. [Soulignement ajouté; p. 207]

Voir aussi Beverly M. McLachlin & Arthur M. Grant, *The Canadian Law of Architecture and Engineering*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto : LexisNexis Canada, 2020) :

[TRADUCTION]

L'obligation fondamentale d'un architecte ou d'un ingénieur qui tranche des questions opposant le propriétaire et l'entrepreneur est d'agir de manière impartiale et équitable et avec compétence professionnelle. [p. 275]

[151] Dans *Heintzman, West and Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 5<sup>e</sup> éd. (Toronto : Carswell, 2021), les auteurs donnent une explication complète du rôle habituel des ingénieurs qui agissent à titre d'experts-conseils dans le cadre de projets de construction et de leurs rapports de travail avec les entrepreneurs :

[TRADUCTION]

Bien que l'expert-conseil joue un rôle important pendant la durée de la construction et qu'il ait souvent des contacts journaliers avec l'entrepreneur et ses effectifs, il n'y a habituellement pas de relation contractuelle entre l'expert-conseil et l'entrepreneur. En ce qui concerne l'entrepreneur, l'expert-conseil est soit le mandataire du

propriétaire, soit un représentant à qui, au titre du contrat entre l'entrepreneur et le propriétaire, le propriétaire a délégué la prise de décisions que le propriétaire aurait par ailleurs le droit ou l'obligation de prendre. Ainsi, par rapport à l'entrepreneur, l'autorité de l'expert-conseil doit se trouver dans le contrat de construction entre l'entrepreneur et le propriétaire.

Habituellement, l'entrepreneur n'est pas au fait du contrat par lequel l'expert-conseil est embauché par le propriétaire ou de la portée exacte de son autorité. À moins qu'il ait été avisé d'une limite à l'autorité de l'expert-conseil, l'entrepreneur est en droit de tenir pour acquis que l'expert-conseil est autorisé à faire tout ce qui relève du pouvoir habituel de l'expert-conseil et qui est raisonnablement nécessaire pour que celui-ci puisse faire ce que le contrat de construction l'autorise à faire.

[Soulignement ajouté; Heintzman et autres, §13:6]

[152] Dans l'affaire qui nous occupe, il n'y avait pas de lien contractuel entre AMEC et Comstock. La relation entre Comstock et le propriétaire (PCS) était plutôt régie par le contrat Comstock, tandis qu'AMEC et PCS avaient une relation contractuelle distincte. Comme il est mentionné dans le texte ci-dessus, c'est la norme dans les relations contractuelles dans le contexte de la construction.

[153] La juge de première instance a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Au même moment, AMEC était liée par un contrat avec PCS et fournissait des services d'ingénierie à l'égard du projet. Elle avait l'obligation, qui découlait de son rôle bivalent dans le cadre du contrat, d'agir de manière « judiciaire », ainsi qu'il est indiqué dans *Kamlee Construction Ltd. c. Oakville (Town)* (1960), 26 D.L.R. (2d) 166 (C.S.C.), à la page 180 :

[TRADUCTION]

[...] Comme le juge de première instance et la Cour d'appel l'ont tous deux affirmé, l'ingénieur qui est partie à un tel contrat a l'obligation d'agir de manière « judiciaire » (voir *Hickman & Company c. Roberts et al.*, (1913) A.C., p. 229 et 239), et j'en

déduis que cela signifie que les décisions qu'il prend doivent être dictées par son meilleur jugement quant à la manière la plus efficace et efficiente d'exécuter le contrat, et qu'il ne doit pas être influencé par des considérations étrangères; en particulier, le fait qu'il soit payé par le propriétaire ne doit avoir aucun effet sur son jugement [...]

Comme la Cour d'appel de Terre-Neuve[-et-Labrador] l'a dit et expliqué dans *Welcon (1976) Limited c. South River (Town)*, 2009 NLCA 59, 2009 CarswellNfld 269, 181 A.C.W.S. (3d) 922, 291[Nfld. & P.E.I.R. 25] :

[TRADUCTION]

[75] Dans *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, précité, on trouve un résumé de l'obligation de l'ingénieur envers l'entrepreneur découlant du contrat de construction habituel où l'on prévoit que certaines questions qui opposent les parties seront tranchées par l'ingénieur. Les auteurs écrivent ce qui suit, aux pages 8-3 et 8-4 :

[TRADUCTION]

Bien que l'architecte ou l'ingénieur soit retenu par le propriétaire et agisse généralement comme le mandataire de ce dernier, chargé par les parties, aux termes du contrat, de trancher certaines questions, il doit agir de manière impartiale et se trouve dans une position analogue à celle d'un arbitre. À condition que l'ingénieur agisse de manière judiciaire dans de telles circonstances, c'est-à-dire selon son meilleur jugement et sans être influencé par des considérations étrangères, l'entrepreneur, tout comme le propriétaire, sera lié par la décision de l'ingénieur. Une erreur de jugement ou un manque de compétence n'auront pas pour effet de rendre l'ingénieur inhabile. L'entrepreneur ne sera toutefois pas lié par une décision quelconque, si l'ingénieur ne respecte pas les clauses du contrat et agit de manière arbitraire, s'il n'exerce pas ses fonctions de bonne foi

ou n'agit pas de manière impartiale ou s'il prend sa décision sous l'influence du propriétaire. Si le contrat prévoit que la décision de l'architecte ou de l'ingénieur est susceptible d'arbitrage, la partie qui est insatisfaite de la décision peut renvoyer l'affaire à l'arbitrage. Si, par contre, le contrat prévoit que la décision est définitive et péremptoire, celle-ci lie les parties et, à condition que la décision soit par ailleurs incontestable, les tribunaux n'interviendront pas.

Bien que l'architecte ou l'ingénieur n'ait pas d'obligations contractuelles envers l'entrepreneur, il peut, dans certaines situations, se placer dans une telle relation par rapport à l'entrepreneur, ou peut-être par rapport à d'autres personnes lésées, de manière à être responsable de négligence ou de fraude. (Soulignement dans l'original.)

Pour obtenir une prolongation de délai, Comstock devait se conformer aux dispositions contractuelles, notamment les conditions touchant la notification. En outre, aux termes de la CG 23.8 :

[TRADUCTION]

Aucune demande de prolongation du délai d'achèvement des travaux ne sera accordée au titre de la CG 23.3, à moins que l'événement ou la situation donnant lieu à la demande ait une incidence négative sur le chemin critique du calendrier des travaux de construction pour l'achèvement substantiel des travaux.

L'explication que M. Fogarasi a donnée du [TRADUCTION] « chemin critique du calendrier des travaux de construction », à la page 27 de son rapport, ne semble pas être contestée :

[TRADUCTION]

La notion de chemin critique dans les calendriers des travaux de construction habituels est relativement simple : il s'agit de la séquence

d'activités la plus longue figurant dans le calendrier qui doit être achevée dans les délais prévus pour que le projet soit achevé à la date butoir. Les activités qui constituent cette séquence du début jusqu'à la fin du projet sont qualifiées d'activités critiques. On ne peut commencer une activité qui se trouve sur le chemin critique avant que l'activité précédente ait été achevée, et tout décalage ou retard dans l'achèvement des activités critiques entraînera un retard par rapport à la date d'achèvement du projet. Par exemple, si une activité critique accuse un retard de cinq jours, le projet dans son ensemble, et donc la date d'achèvement, sera également retardé de cinq jours, à moins que des mesures d'atténuation (par exemple l'accélération des activités critiques subséquentes) soient prises pour éviter le retard.

La notion de [TRADUCTION] « marge » se rapporte au chemin critique. En termes simples, la marge représente le retard que peut accuser une tâche ou une activité avant d'avoir une incidence sur d'autres tâches. Si le calendrier prévoit une date de fin qui correspond à la date d'achèvement prévue dans le contrat, toutes les activités sur le chemin critique n'ont alors, par définition, aucune marge. Les activités non critiques auront alors une certaine marge, qui pourrait permettre un retard (d'une durée qui n'excède pas la durée de la marge) sans retarder le projet. Par exemple, une activité non critique qui a une marge de 15 jours peut accuser un retard de 15 jours avant de devenir une activité critique, et tout retard qui dépasse la marge entraînera un retard d'une durée équivalente par rapport à l'achèvement du projet.

M. Fogarasi dit ce qui suit, à la page 28 de son rapport :

[TRADUCTION]

[...] Ce ne sont pas tous les retards qui entraînent un retard dans l'achèvement du projet. On s'attend à ce que des retards qui ont une incidence sur le chemin critique du projet entraînent des retards dans l'achèvement du projet, et on les qualifie alors de retards critiques, tandis que les retards liés à des activités non critiques n'entraînent pas de retards critiques, sauf si la durée du retard est supérieure à

la marge associée à cette activité.

[Décision de première instance, par. 669 à 672]

[154] Pendant de nombreuses années, les tribunaux ont réglé de manière efficace les différends qui opposent les parties dans le cadre de tels projets. L'ouvrage de Heintzman et autres poursuit en énumérant les divers moyens qui permettent de régler ces différends, notamment d'éventuelles réclamations en responsabilité délictuelle contre l'ingénieur-conseil :

[TRADUCTION]

(ii) Responsabilité délictuelle éventuelle envers l'entrepreneur relativement au contrat de construction

Normalement, un expert-conseil n'a aucune obligation de diligence envers un entrepreneur et aucune obligation de dire à ce dernier comment effectuer son travail ou s'il est possible d'obtenir des permis. Cependant, si une relation spéciale naît entre les deux, l'expert-conseil pourrait alors avoir une obligation de diligence envers l'entrepreneur et encourir une responsabilité envers celui-ci pour négligence ou pour déclaration inexacte et négligente.

[...]

Dès que l'entrepreneur et le propriétaire concluent un contrat, le fait pour l'expert-conseil d'avoir une relation particulière avec l'entrepreneur et d'avoir envers celui-ci une obligation de diligence par rapport à sa gestion du contrat de construction pose plus de problèmes. L'expert-conseil est un mandataire du propriétaire, et c'est envers le propriétaire qu'il a des obligations, notamment l'obligation de gérer le contrat de construction de manière équitable et professionnelle. Dans cette situation, l'expert-conseil n'assume habituellement pas de responsabilité conflictuelle de protéger les intérêts de l'entrepreneur.

L'entrepreneur est plutôt en droit de recouvrer du propriétaire les sommes qui lui sont dues par suite du non-respect du contrat par le propriétaire, notamment les violations causées par la conduite de l'expert-conseil. Dans de telles situations, dès qu'il y a un contrat entre l'entrepreneur et le propriétaire, il est peu probable qu'une relation spéciale et une obligation de diligence entre

l'expert-conseil et l'entrepreneur surgissent relativement à la gestion du contrat. [...] En outre, si l'entrepreneur a une réclamation contre le propriétaire au titre du contrat de construction, la réclamation de l'entrepreneur contre l'expert-conseil peut alors, dans cette mesure, être satisfaite par le redressement qu'il obtiendra du propriétaire.

[Soulignement ajouté; Heintzman et autres, §13:7 (b)(i), *Potential Tort Liability to the Contractor in Relation to the Building Contract*]

[155] Les auteurs poursuivent en expliquant la fonction normale de prise de décision des experts-conseils dans le cadre de contrats de construction :

[TRADUCTION]

Normalement, le contrat de construction entre le propriétaire et l'entrepreneur prévoit que certains droits, qui sont essentiellement les droits du propriétaire, peuvent être exercés par l'expert-conseil au nom du propriétaire. À ces fins, l'expert-conseil est le mandataire du propriétaire et est soumis au droit des mandats [...]

Le contrat de construction peut autoriser l'expert-conseil à trancher certaines questions qui opposent le propriétaire et l'entrepreneur et qui se rapportent à la gestion du contrat, y compris la délivrance des certificats de paiements dus à l'entrepreneur, les mesures, les travaux et frais supplémentaires, les changements de circonstances ou l'interprétation du contrat. À ces fins, l'expert-conseil doit appliquer les clauses du contrat et, ce faisant, il doit exercer un jugement juste et indépendant.

Dans l'exercice de ses fonctions administratives prévues au contrat de construction, l'expert-conseil n'agit pas comme arbitre et ne jouit pas de l'immunité absolue d'un auxiliaire de la Cour, sauf s'il est expressément désigné comme tel. L'expert-conseil a plutôt envers le propriétaire l'obligation d'être raisonnablement compétent et d'agir de manière équitable et impartiale entre le propriétaire et l'entrepreneur dans la gestion du contrat de construction, et le contrat de construction est fondé sur cette prémisse. Le rôle de l'expert-conseil est de veiller à l'exécution du contrat de construction, ce qui ne peut se faire que si les paiements dus à l'entrepreneur, l'attestation du travail de l'entrepreneur et la détermination des frais ou des travaux supplémentaires se font de manière équitable et impartiale

pendant la durée du projet. [...]

[Soulignement ajouté; Heintzman et autres, §13:9, *The Nature and Effect of the Consultant's Decisions Under the Building Contract*]

[156] Les obligations contractuelles d'AMEC, s'il en est, étaient envers le propriétaire, PCS, et découlait du contrat entre AMEC et PCS. La juge de première instance a reconnu ces obligations entre AMEC et PCS :

[TRADUCTION]

Je reconnais que le contrat entre PCS et AMEC prévoit qu'AMEC est responsable du préjudice, des pertes, des coûts ou des dépenses subis ou engagés par PCS par suite des transgressions ou de la négligence (y compris les erreurs ou omissions négligentes) d'AMEC. Cependant, si AMEC a refusé à tort de se prononcer sur les demandes de Comstock comme elle se devait, et si, en conséquence, PCS a été condamnée à payer des dommages-intérêts pour rupture de contrat, cette situation n'a rien fait pour limiter la responsabilité d'AMEC envers PCS et est plus susceptible d'avoir créé une responsabilité envers celle-ci.

[Décision de première instance, par. 951]

[157] Il est depuis longtemps reconnu en droit qu'un ingénieur peut rendre son client, la partie contractante, responsable du défaut d'agir de manière équitable ou impartiale dans l'exercice de ses fonctions décisionnelles prévues au contrat de construction :

[TRADUCTION]

Sauf pour les situations dans lesquelles on demande à l'expert-conseil de n'exercer que des fonctions de gestion contractuelle neutres, l'expert-conseil agit souvent en lieu et place du propriétaire à l'égard des fonctions que le propriétaire lui a, de manière expresse ou implicite, déléguées. Pour ces fins, l'expert-conseil est le mandataire du propriétaire et est soumis au droit des mandats [...]

En raison de la relation de mandataire entre l'expert-conseil et le propriétaire, l'expert-conseil peut, dans l'exercice de ses fonctions, effectivement causer une violation du contrat de construction, ou sa conduite peut constituer une conduite négligente de la part du propriétaire ou des motifs de

recouvrement fondés en equity contre le propriétaire. Dans de telles situations, le propriétaire sera responsable du préjudice subi par l'entrepreneur qui a été causé par l'expert-conseil. [Soulignement ajouté; Heintzman et autres, §13:9, *The Nature and Effect of the Consultant's Decisions Under the Building Contract*]

[158] En d'autres termes, tout défaut allégué de la part d'AMEC d'agir de manière équitable ou impartiale en vertu du contrat Comstock mènerait à la conclusion que PCS, et non AMEC, serait responsable des pertes subies par Comstock.

[159] À l'appui de sa réclamation contre AMEC, Comstock cite la décision que notre Cour a rendue dans *Walsh c. Nicholls et CGU, Compagnie d'Assurance du Canada*, 2004 NBCA 59, 273 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 203. Dans cette affaire-là, la Cour s'est penchée sur la question de savoir si une experte en sinistres qui avait refusé des indemnités à un assuré en violation de l'obligation de l'assureur d'agir de bonne foi et équitablement pouvait être tenue responsable d'avoir incité l'assureur à violer le contrat d'assurance ou d'avoir manqué à l'obligation d'agir de bonne foi et équitablement.

[160] Le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) a fait remarquer que « quelque chose ne tourne pas rond » lorsqu'une règle de droit accorde une « immunité judiciaire à quelqu'un qui a peut-être provoqué intentionnellement, sans aucune justification légale, une violation des droits légaux d'une tierce personne » (par. 35). Cette préoccupation est exacerbée lorsqu'il y a une inégalité de pouvoir qui pèse en faveur du transgresseur présumé.

[161] Dans l'arrêt *Walsh*, le juge en chef Drapeau a conclu que la demande fondée sur l'incitation à la rupture de contrat répondait au besoin d'attribuer la responsabilité pour les transgressions des experts en sinistres. Il a toutefois fait remarquer que, si la doctrine d'incitation à la rupture de contrat ne permettait pas d'atteindre l'objectif, notre Cour pourrait alors réexaminer la question de savoir si l'obligation d'agir de bonne foi et équitablement devrait s'étendre aux experts en sinistres. En fin de compte, la Cour a rejeté la demande visant à étendre le délit de manquement à l'obligation d'agir

de bonne foi et équitablement. Elle a plutôt conclu que les délits civils intentionnels (incitation à la rupture de contrat dans l'arrêt *Walsh*) sont suffisamment larges pour englober les actes de mauvaise foi commis par un expert en sinistres.

[162] Comstock prétend cependant qu'AMEC, tout comme l'experte en sinistres dans l'affaire *Walsh*, ne devrait pas être exonérée de responsabilité pour son manquement à l'obligation d'agir de bonne foi et équitablement et affirme que notre Cour devrait reconnaître une nouvelle catégorie d'obligation contractuelle de diligence même s'il n'y a pas de contrat liant Comstock et AMEC. L'argument de Comstock sur l'obligation contractuelle d'agir de bonne foi est essentiellement identique à l'argument présenté dans l'affaire *Walsh*. Je rejeterais cet argument pour les mêmes motifs que la Cour a donnés dans l'arrêt *Walsh*.

[163] Il n'y a pas de motif juridique justifiant d'étendre l'obligation contractuelle d'agir de bonne foi. Le principe qui guide cette obligation est axé sur l'exécution de bonne foi des contrats et non sur la création d'une obligation générale de bonne conduite. Tel qu'il est indiqué ci-après, à moins que Comstock puisse lier une obligation d'agir de bonne foi à une autre cause d'action contre AMEC, la demande ne peut être accueillie.

[164] Dans *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, la Cour suprême a reconnu l'obligation d'agir de bonne foi comme un principe directeur général du droit des contrats. Elle a décrit cette obligation en ces termes :

Les parties commerciales s'attendent raisonnablement dans leurs opérations contractuelles à un niveau minimal d'honnêteté et de bonne foi. Bien qu'elles n'entretiennent aucun lien de dépendance et ne soient pas assujetties à des obligations de nature fiduciaire, un niveau minimal de conduite honnête est nécessaire à la bonne conduite des affaires. L'augmentation du nombre des contrats relationnels à long terme fondés sur un élément de confiance et de coopération exige manifestement un apport d'honnêteté sur le plan de l'exécution, alors que même dans les échanges transactionnels, la tromperie et une conduite dolosive seraient contraires aux attentes des parties : voir *Swan et Adamski*, § 1.24. [par. 60]

[165] D'abord, l'obligation contractuelle d'agir de bonne foi ne constitue pas un délit indépendant susceptible d'action. Le principe directeur de bonne foi dans les relations contractuelles qu'invoque Comstock se rapporte aux obligations contractuelles reconnues par la Cour suprême dans l'arrêt *Bhasin*, aux par. 63 à 66.

[166] Il ne faut pas confondre les obligations contractuelles d'agir de bonne foi et d'exécution honnête reconnues dans l'arrêt *Bhasin*, qui représentaient un changement progressif du droit des contrats entre deux parties contractantes, et les obligations qui incombent à un expert-conseil qui agit comme décideur pour le compte du mandant contractant, en l'espèce PCS, selon un contrat de construction. En principe, dans la mesure où AMEC pourrait avoir manqué à une obligation quelconque, elle l'a fait pendant qu'elle agissait pour le compte de PCS, de sorte que toute perte en découlant pourrait à juste titre faire l'objet d'une action en contrat opposant PCS et Comstock. La juge de première instance a déjà tenu compte de la conduite d'AMEC, agissant pour le compte de PCS, dans le calcul des dommages-intérêts qu'elle a adjugés.

[167] Dans l'arrêt *Bhasin*, la Cour suprême a reconnu un principe directeur général de bonne foi en droit des contrats, principe qui prévoit que les parties contractantes doivent exécuter leurs obligations contractuelles de manière honnête et raisonnable, et non de façon abusive ou arbitraire. Le principe directeur n'est pas une règle distincte ou une cause d'action autonome; il se manifeste plutôt dans des doctrines existantes dans les genres de situations et de relations reconnues en droit. Cependant, comme je l'ai mentionné, la Cour suprême a aussi indiqué clairement que le principe directeur était une étape modeste élaborée de façon progressive, et qu'il devait être appliqué de manière à ne pas créer d'incertitude commerciale. Il n'impose pas de devoir de loyauté ou de divulgation ni n'exige d'une partie qu'elle renonce à des avantages découlant du contrat.

[168] Dans l'affaire qui nous occupe, il n'y a aucun fait, aucun argument ou aucun fondement de politique pour étendre l'obligation contractuelle d'agir de bonne foi

à des parties extracontractuelles. En fait, Comstock demande à notre Cour de reconnaître une nouvelle obligation générale d’agir de bonne foi qui fait abstraction de la relativité contractuelle. La Cour suprême a spécifiquement mis en garde contre l’extension exagérée de l’obligation d’agir de bonne foi : « L’évolution du principe de la bonne foi doit éviter clairement de se transformer en une forme de moralisme judiciaire ponctuel ou en une justice au cas par cas » (soulignement ajouté; *Bhasin*, par. 70).

[169] En outre, et en ce qui concerne l’affaire qui nous occupe, il ne faut pas confondre l’obligation contractuelle d’agir de bonne foi et les obligations préexistantes des ingénieurs qui agissent à titre de tiers décideurs dans le cadre d’un contrat de construction. Si AMEC a violé une obligation quelconque alors qu’elle agissait pour le compte de PCS, les pertes qui en ont résulté peuvent, à juste titre, faire l’objet d’une action opposant PCS et Comstock – et non d’une action intentée par Comstock contre AMEC.

[170] Depuis la publication de la décision de première instance, la Cour suprême a précisé le contenu de l’obligation contractuelle d’agir de bonne foi. Notamment, dans *C.M. Callow Inc. c. Zollinger*, 2020 CSC 45, [2020] A.C.S. n° 45 (QL), le juge Kasirer a écrit ce qui suit, au nom des juges majoritaires :

En outre, je note que même si l’obligation d’exécution honnête a des similitudes avec les doctrines de common law préexistantes de fraude civile et de préclusion, ces doctrines n’aident pas à l’analyse du lien requis à l’exécution du contrat. L’obligation d’exécution honnête est une doctrine du droit des contrats (*Bhasin*, par. 74). Y manquer ne constitue pas un délit civil. C’est sa nature de doctrine du droit des contrats qui donne naissance à l’exigence d’un lien avec la relation contractuelle. Bien que certains aspects d’autres domaines du droit relatif à la malhonnêteté puissent être utiles pour comprendre ce que signifie être malhonnête, ils ne fournissent aucune aide évidente pour déterminer ce qui est ou non directement lié à l’exécution d’un contrat. [Soulignement ajouté; par. 66]

[171] Depuis l’arrêt *Bhasin*, d’autres tribunaux ont clairement reconnu que le

manquement à l'obligation contractuelle d'agir de bonne foi dans l'abstrait ne donne pas de droit d'action. Il n'y a pas de délit de mauvaise foi (voir *Scott & Associates Engineering Ltd. c. Finavera Renewables Inc.*, 2015 ABCA 51, [2015] A.J. No. 144 (QL), par. 31, autorisation de pourvoi refusée [2015] C.S.C.R. n° 138; *McDonald c. Brookfield Asset Management Inc.*, 2016 ABCA 375, [2016] A.J. No. 1263 (QL), par. 57 et 58, autorisation de pourvoi refusée [2017] C.S.C.R. n° 52; *Facchini c. Canada (Attorney General)*, 2020 ONCA 454, [2020] O.J. No. 3043 (QL), par. 20).

[172] Dans l'arrêt *McDonald*, la Cour d'appel de l'Alberta a clairement approuvé le principe selon lequel le manquement à l'obligation contractuelle d'agir de bonne foi n'ouvre droit à des dommages-intérêts que si la cause d'action applicable fait état d'une rupture de contrat :

[TRADUCTION]

Le demandeur souhaite invoquer ce que l'on appelle « la doctrine de la bonne foi ». La réponse simple à cet argument est qu'il n'y a pas de telle cause d'action autonome et que la doctrine de la bonne foi n'est qu'un « principe directeur général de la common law en matière de contrats ». La cause d'action reconnue par la Cour suprême est la « rupture du contrat ». Dans *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494 (C.S.C.), la Cour suprême du Canada a conclu que les parties contractantes ont l'obligation générale de s'acquitter de leurs obligations contractuelles honnêtement. Les situations dans lesquelles cette doctrine s'appliquera sont rares, mais elle ne s'appliquera jamais en l'absence d'un contrat. S'il n'y a pas de contrat, il n'y a pas d'obligations contractuelles à exécuter. S'il n'y a rien à exécuter, il n'y a rien à exécuter de mauvaise foi.

[Soulignement ajouté; par. 57]

[173] La juge de première instance a tiré deux conclusions décisives contre AMEC sur la question de la « bonne foi » :

- a) AMEC a agi de manière arbitraire et injuste en n'accordant pas à Comstock une prolongation du délai d'achèvement initial;

- b) AMEC a manqué à son obligation d'agir de bonne foi à titre d'administratrice du contrat dans son « évaluation » du respect du contrat Comstock par Comstock et dans sa décision sur la question de savoir s'il y avait des motifs de résiliation.

[174] Malgré ces conclusions, la juge de première instance n'a pas conclu qu'AMEC était responsable envers Comstock en responsabilité contractuelle. Cette conclusion ne justifie pas une intervention en appel.

[175] En conséquence, la seule manière que Comstock pourrait établir une cause d'action contre AMEC pour « mauvaise foi » serait de lier ce moyen à une action en responsabilité délictuelle. Bien que le troisième exposé de la demande modifié de Comstock renferme de nombreuses allégations de négligence professionnelle à l'endroit d'AMEC, il en faut davantage pour établir la cause d'action qu'elle prétend faire valoir contre celle-ci. En outre, pour établir une cause d'action en négligence professionnelle, il faut habituellement que le demandeur présente une preuve de la norme de diligence applicable, car le juge de première instance ne devrait pas imputer les qualités requises d'un professionnel en termes de compétence, de diligence ou de connaissances. Ce principe fondamental est énoncé par la Cour d'appel de l'Alberta dans *Tran c. Kerr*, 2014 ABCA 350, [2014] A.J. No. 1189 (QL) :

[TRADUCTION]

Lorsqu'une action est intentée pour motif de faute professionnelle (soit sous forme de demande pour rupture de contrat, soit pour négligence), il est d'usage, et habituellement nécessaire, de présenter un témoignage d'expert quant à la norme de diligence : *Krawchuk c. Scherbak*, 2011 ONCA 352, par. 130, 106 O.R. (3d) 598; *Kopp c. Halford*, 2013 SKQB 128, par. 102, 418 Sask. R. 1. [...] [par. 21]

[176] Au procès, Comstock n'a présenté aucune preuve quant à la norme de diligence applicable aux ingénieurs dans le contexte de l'espèce. Son seul expert n'était pas un ingénieur, et celui-ci a admis qu'il n'avait pas examiné les dessins faits par AMEC. Sur ce point, la juge de première instance a conclu ainsi :

[TRADUCTION]

Comstock n'a présenté aucune preuve d'expert portant spécifiquement sur la norme de diligence applicable à AMEC ou sur la norme applicable à une firme d'ingénierie compétente entreprenant des travaux semblables. Je reconnais qu'il y a des exemples d'erreurs et de modifications techniques remises tardivement. Cependant, j'estime que Comstock n'a pas démontré que les dessins et travaux techniques réalisés par AMEC ne respectaient pas la norme applicable à une firme d'ingénierie compétente ou à des ingénieurs entreprenant des travaux semblables.

[...]

Comstock ne formule aucune demande « autonome » en négligence contre AMEC. La question de la norme de diligence est soulevée dans les plaidoiries comme un exposé des faits substantiels à l'appui de la demande de Comstock en rupture de contrat, au paragraphe 24 :

[TRADUCTION]

PCS ou AMEC n'ont pas fourni à Comstock, dans les documents afférents au projet, des dessins techniques clairs, logiques, coordonnés, non ambigus et complets, notamment des dessins techniques émis pour la construction, des plans et devis précisant la portée des travaux à réaliser par Comstock, et de plus, ou subsidiairement, a fourni des dessins techniques qui ne respectaient pas la norme applicable à une firme d'ingénierie compétente ou à des ingénieurs entreprenant des travaux semblables.

Comme je l'ai conclu ci-dessus, Comstock n'a pas démontré qu'AMEC avait manqué à la norme de diligence qui lui était applicable.

[Décision de première instance, par. 265, 328 et 329]

[177] En outre, Comstock n'avait pas de cause d'action contre AMEC pour résiliation transgressive du contrat, et cette cause d'action contre AMEC n'a pas été débattue au procès.

[178] Comme il est indiqué dans la décision de première instance,

[TRADUCTION] « c'est PCS, et non AMEC, qui a pris la décision de donner l'avis de résiliation. Je n'estime pas que l'acte d'AMEC a causé la violation du contrat liée à la résiliation » (par. 943).

[179] La juge du procès a fait des observations sur les différentes évaluations que les représentants d'AMEC ont faites des réclamations de Comstock malgré le fait qu'AMEC continuait à prétendre qu'elle n'avait pas l'information nécessaire pour le faire :

- a) Au début juin 2010, Phil MacKenzie a préparé une analyse dans laquelle il évaluait la demande de Comstock à 6 798 825 \$, en supposant un [TRADUCTION] « dépassement du calendrier » de cinq mois, mais il n'y avait pas de recommandation de payer cette somme, en totalité ou en partie (par. 136 à 139).
- b) Comme il a été mentionné, Mark Neis a rédigé une analyse de la demande de Comstock, qui contenait une décision initiale portant que l'on devrait verser 2,8 millions de dollars à Comstock et lui accorder une prolongation d'un mois (par. 899 à 904).
- c) Le 26 juin 2010, un autre employé d'AMEC, Tony Vecchio, a remis à Comstock un document qui se voulait une [TRADUCTION] « décision préliminaire » sur la demande de Comstock. Ce document contenait une recommandation assortie de réserves importantes de verser à Comstock une indemnité additionnelle d'environ 2,8 millions de dollars sans prolongation de délai (par. 157, 158 et 905).

[180] Ces « évaluations internes » n'étaient que des estimations préliminaires, et AMEC n'a fait que fournir des décisions préliminaires sur les demandes de Comstock en même temps que celles-ci. La juge de première instance a conclu à juste titre que [TRADUCTION] « [...] ni le rapport Mackenzie ni le rapport Neis n'ont conclu que

Comstock avait établi son droit à une indemnisation ou à une prolongation de délai [...] » (par. 911). Comstock n'a jamais satisfait à l'obligation de présenter de l'information adéquate à établir son droit.

[181] En fin de compte, la juge de première instance a indiqué qu'aucune de ces sommes n'a été payée.

B. *AMEC est-elle responsable de collusion ou de conduite de mauvaise foi par rapport à sa revendication d'un privilège de l'intérêt commun avec PCS?*

La revendication d'un privilège de l'intérêt commun ne justifie pas l'attribution de responsabilité pour collusion

[182] La juge de première instance a rejeté l'allégation de collusion. Ce faisant, elle a examiné les arguments de Comstock et analysé la preuve dont elle disposait. Je confirmerais sa décision pour les motifs suivants :

- a) l'affirmation que la revendication du privilège de l'intérêt commun doit créer une inférence défavorable de collusion ou de conduite qui constituerait un manquement à l'obligation contractuelle d'agir de bonne foi n'a aucun fondement;
- b) il n'y a au dossier aucune preuve de collusion ou de conduite de mauvaise foi se rapportant à la revendication du privilège de l'intérêt commun.

*L'affirmation que la revendication du privilège de l'intérêt commun doit créer une inférence défavorable de collusion ou de conduite qui constituerait un manquement à l'obligation contractuelle d'agir de bonne foi n'a aucun fondement*

[183] Il n'y a aucune loi et aucun fondement rationnel prescrivant que la revendication d'un privilège de l'intérêt commun doive mener à une inférence

défavorable que les parties ont agi de concert ou qu'une personne pourrait être tenue responsable d'un manquement à l'obligation contractuelle d'agir de bonne foi ou autre par suite d'une telle revendication.

[184] Le privilège de l'intérêt commun est une règle de preuve qui permet aux parties de se communiquer des documents privilégiés lorsqu'elles ont un intérêt commun dans une instance prévue. On trouve une explication de cette règle de preuve dans Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant & Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 5<sup>e</sup> éd. (Toronto : LexisNexis Canada, 2018) :

[TRADUCTION]

En général, la communication d'information privilégiée à des tiers constitue un abandon du privilège. Il peut cependant être nécessaire pour certains tiers, tels un coaccusé et un avocat, d'être présents pour aider à préparer la défense d'un client. De fait, ce privilège englobe un échange d'information confidentielle entre des personnes qui ont un intérêt commun dans une instance prévue. [...]

[§ 14.168]

[185] Le juge Cumming, de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, a expliqué l'objet de ce privilège, dans *CC&L Dedicated Enterprise Fund (Trustee of) c. Fisherman*, [2001] O.J. No. 637 (QL) :

[TRADUCTION]

[...] Des instances complexes de cette nature exigent que les parties et leurs avocats puissent partager de l'information et dévoiler leur position à certains, mais pas à tous, les participants. Cette démarche facilite le peaufinage et la diminution du nombre de questions en litige, assure des économies en matière de recherche et de frais, favorise des règlements ou des compromis éventuels et permet à l'instance d'avancer équitablement et rapidement. Les parties ne doivent pas être assujetties à de prétendues règles de renonciation archaïques et rigides. [...] [par. 32]

[186] Le privilège de l'intérêt commun peut exister même s'il est possible que les parties qui se partagent l'information deviennent des parties adverses dans le futur.

[187] La revendication du privilège de l'intérêt commun ne mène pas automatiquement à une inférence que les deux parties agissent de concert ou de manière à manquer à leur obligation contractuelle d'agir de bonne foi.

*Aucune preuve de collusion ou de conduite de mauvaise foi*

[188] La revendication par AMEC du privilège de l'intérêt commun ne visait qu'une infime portion des dizaines de milliers de documents qu'elle a divulgués dans le cadre de la présente instance. Comstock a contesté un seul document à l'égard duquel AMEC revendiquait le privilège de l'intérêt commun, soit une pièce jointe à une série de courriels datés du 30 juin 2010.

[189] L'argument voulant que la revendication du privilège de l'intérêt commun qui n'est pas contestée doive aboutir à l'imputation de responsabilité contre AMEC n'a aucun fondement, en fait ou en droit. Une revendication de privilège ne soulève pas d'inférence défavorable de collusion ou de conduite de mauvaise foi et ne constitue pas un délit.

C. *AMEC a-t-elle commis le délit d'incitation à la rupture d'un contrat?*

[190] La juge du procès a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

En résumé, Comstock prétend qu'AMEC a incité PCS à violer le contrat à deux égards :

- i) en refusant d'évaluer équitablement les demandes de Comstock en vue d'obtenir une indemnisation additionnelle et une prolongation du délai d'achèvement des travaux, elle a incité PCS à manquer à son obligation contractuelle d'indemniser Comstock pour le travail additionnel, les retards et les modifications;
- ii) en poussant PCS à résilier le contrat Comstock

pour motif valable alors qu'elle savait qu'il n'y avait pas eu de violation du contrat.

Les éléments du délit d'incitation à la rupture d'un contrat ont été énoncés par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans *SAR Petroleum et autres c. Société de fiducie Peace Hills*, 2010 NBCA 22, au paragraphe 40 :

Après mûre réflexion et par excès de prudence, j'ai retenu huit éléments : (1) il doit y avoir eu un contrat valide et exécutoire entre le demandeur et un tiers; (2) il faut que le tiers ait rompu le contrat qu'il avait passé avec le demandeur; (3) les actes du défendeur doivent avoir causé cette rupture; (4) le défendeur doit avoir été au courant de l'existence du contrat; (5) le défendeur doit avoir su qu'il incitait quelqu'un à rompre son contrat; (6) il faut que le défendeur ait eu l'intention de provoquer la rupture du contrat en ce sens que la rupture était une fin voulue en soi ou un moyen de parvenir à une fin; (7) le demandeur doit établir qu'il a subi des dommages par suite de la rupture; et (8) si l'on satisfait à ces éléments, le défendeur a le droit d'invoquer la défense de « justification ».

[Décision de première instance, par. 935 et 936]

[191] La juge de première instance a appliqué le critère qui s'imposait, notamment en ce qui a trait à l'étape six de l'analyse effectuée dans *SAR Petroleum* qui est décrite ci-dessus. L'incitation à la rupture d'un contrat nécessite la preuve d'un profit ou d'un avantage qui échoit au défendeur pour que l'on puisse imputer une telle intention, sauf si le défendeur agit par malveillance. La seule preuve de conduite ne suffit pas.

[192] La juge de première instance s'est fondée à juste titre sur *SAR Petroleum et autres c. Société de fiducie Peace Hills*, 2010 NBCA 22, 357 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 202, étant donné le fondement factuel de la présente instance et le fait que, dans *Sar Petroleum*, la Cour a expressément examiné la décision rendue dans l'affaire *Walsh* et pris celle-ci comme fondement.

[193] Dans *SAR Petroleum*, notre Cour a expliqué l'analyse de l'intention qui doit être menée à l'étape six de l'analyse. Le juge Robertson y a écrit ce qui suit :

En résumé, si la rupture du contrat n'était ni une fin en soi ni un moyen de parvenir à une fin, on doit conclure qu'elle n'était pas voulue. Donc, si le défendeur n'a pas agi par malveillance ou dans le but d'obtenir un avantage financier par suite de la rupture, il devrait s'ensuivre que l'intention requise n'est pas présente et que l'action en responsabilité délictuelle doit être rejetée. Lord Hoffman mentionne une instance qui illustre clairement la façon dont le critère ressortissant à l'intention doit être appliqué. Cette instance est l'arrêt *Millar c. Basse*y, [1993] E.W.J. No. 5409, [1994] E.M.L.R. 44 (C.A.). Il ne fait aucun doute que la conséquence prévisible de la rupture par Shirley Basse

y de son contrat avec la maison de disques était que la maison de disques romprait les contrats qu'elle avait passés avec les musiciens qui devaient l'accompagner. En somme, elle était au courant ou était réputée avoir été au courant de l'existence des contrats passés avec ces musiciens. Toutefois, comme l'a fait observer lord Hoffman, la rupture de ces contrats n'était ni une fin voulue par M<sup>me</sup> Basse

y ni un moyen de parvenir à cette fin. Plus précisément, M<sup>me</sup> Basse

y n'avait pas cherché à obtenir un profit ou un avantage qui serait par ailleurs accru aux musiciens si elle n'avait pas rompu son contrat. Elle avait tout simplement décidé de résilier son contrat et de subir le sort que le droit réserve à quiconque rompt son contrat : payer des dommages-intérêts.

Si j'applique le cadre susmentionné aux faits incontestés de la présente instance, il ne fait aucun doute que Peace Hills n'avait pas l'intention requise, savoir celle d'inciter quelqu'un à rompre le contrat de construction. Premièrement, SAR Petroleum reconnaît à juste titre que Peace Hills n'a pas agi par malveillance. Autrement dit, la rupture du contrat de construction n'était pas une fin en soi. Cela nous amène à nous demander si la rupture était un moyen de parvenir à une fin, mais la réponse est tout aussi claire : Peace Hills n'a obtenu aucun profit ou avantage financier distinct par suite de la rupture du contrat de construction intervenu entre Eel River et SAR Petroleum. Autrement dit, Peace Hills n'a obtenu aucun avantage autre que celui auquel elle avait droit aux termes de la convention de prêt qu'elle avait passée avec Eel River. À n'en pas douter, Peace Hills n'a pas profité de la rupture de

la façon dont M. Gye aurait profité de la rupture du contrat de M<sup>me</sup> Wagner avec M. Lumley n'eût été l'injonction de la Cour. Rien de ce que Peace Hills a fait n'est assimilable à un comportement répréhensible ou opportuniste. Par conséquent, on n'a pas satisfait à l'élément qu'est l'intention et l'action en responsabilité délictuelle doit être rejetée. [par. 55 et 56]

Voir aussi la décision de première instance, au par. 947.

[194] La juge de première instance a conclu sans équivoque qu'AMEC n'avait pas agi par malveillance. En conséquence, la question qu'elle devait trancher était celle de savoir si AMEC avait incité à la rupture du contrat comme « moyen » de parvenir à une autre « fin » quelconque. Autrement dit, elle devait décider s'il y avait de la preuve d'un profit ou d'un avantage recherché par AMEC qui lui permettrait d'inférer qu'AMEC avait incité PCS à violer le contrat Comstock comme moyen de parvenir à cette fin (ce profit ou cet avantage financier).

[195] Le critère ressortissant à l'intention, en ce qui a trait au délit d'incitation à la rupture d'un contrat, oblige nécessairement à déterminer si le défendeur recherchait un profit ou un avantage financier. *SAR Petroleum* le confirme :

Il ne m'a pas échappé que le critère ressortissant à l'intention, tel que formulé par lord Hoffman, peut être converti en un critère permettant de déterminer si le défendeur a agi dans un but illégitime (par malveillance ou par opportunisme). Il faut, à l'inverse, se demander si le défendeur a agi dans un but légitime. Comme nous l'avons vu, il devrait s'ensuivre que si le défendeur n'a pas agi dans un but illégitime, il a forcément agi dans un but légitime. Si nous interprétons le critère ressortissant à l'intention comme un critère qui consiste à savoir si la rupture voulue était un moyen de parvenir à une fin ou une fin en soi, et si nous mettons de côté les cas de malveillance, il nous reste à décider si le défendeur a cherché à obtenir un avantage commercial ou financier qui a franchi la limite qui sépare le comportement de nature commerciale qui est acceptable de celui qui est inacceptable ou opportuniste. Si le défendeur n'a pas franchi cette limite, c'est parce qu'il a agi dans ce

qui est considéré être, en droit, un but légitime. Bien entendu, le plus difficile est d'arriver à un consensus en ce qui concerne la question de savoir ce qui constitue un but ou une fin légitime par opposition à un but ou une fin illégitime. Heureusement, [afin] de trancher le présent appel, nous pouvons tenir pour acquis, sans crainte de nous tromper, qu'un défendeur est fondé à adopter une ligne de conduite qui vise à protéger les droits contractuels ou propriétéaux légitimes et existants que lui confère un contrat passé avec le tiers. En résumé, dès lors que l'on pose en principe que le critère ressortissant à l'intention suppose que le défendeur n'a pas agi dans un but illégitime (un moyen de parvenir à une fin), il n'est que logique que le défendeur veuille établir qu'il a agi dans un but légitime : l'exercice et la préservation des droits existants qui lui sont conférés par un contrat passé avec le tiers. [par. 57]

[196] Pour déterminer si AMEC recherchait un profit ou un avantage, la juge de première instance devait déterminer si la rupture du contrat procurerait effectivement un profit ou un avantage à AMEC. À cet égard, elle a indiqué très clairement qu'AMEC ne tirerait aucun profit ou avantage de la rupture du contrat par PCS, mais qu'en fait, elle courait le risque que sa responsabilité soit engagée. Comme je l'ai mentionné ci-dessus, elle a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION]

Je reconnais que le contrat entre PCS et AMEC prévoit qu'AMEC est responsable du préjudice, des pertes, des coûts ou des dépenses subis ou engagés par PCS par suite des transgressions ou de la négligence (y compris les erreurs ou omissions négligentes) d'AMEC. Cependant, si AMEC a refusé à tort de se prononcer sur les demandes de Comstock comme elle se devait, et si, en conséquence, PCS a été condamnée à payer des dommages-intérêts pour rupture de contrat, cette situation n'a rien fait pour limiter la responsabilité d'AMEC envers PCS et est plus susceptible d'avoir créé une responsabilité envers celle-ci.

Je ne vois pas en quel sens on peut dire qu'AMEC a tiré un avantage financier ou commercial particulier par suite de l'incitation à la rupture du contrat qui liait PCS et Comstock. [Décision de première instance, par. 951 et 952]

[197] L'incitation à la rupture d'un contrat constitue un délit intentionnel. Le demandeur doit démontrer que le défendeur a voulu le résultat (la rupture du contrat), par opposition au délit de négligence, qui oblige le demandeur à démontrer simplement que le résultat était raisonnablement prévisible. Une simple fin illégitime ne suffit pas pour établir l'intention pour ce qui est du délit d'incitation à la rupture d'un contrat. Le juge Robertson a illustré ceci dans *SAR Petroleum*, en faisant référence à l'arrêt *Millar c. Bassey*, [1993] E.W.J. No. 5409 (QL) (par. 55, cité ci-dessus).

[198] L'intégralité du rôle d'AMEC par rapport à Comstock est décrite dans le contrat Comstock. On y prévoyait que c'est à AMEC que revenait spécifiquement le rôle de décideur en première instance. En conséquence, un tel critère ne permettrait pas de conclure à l'existence d'une intention d'inciter PCS à violer le contrat Comstock.

[199] La décision de résilier le contrat relevait de PCS. En cas de défaut d'exécution de la part de Comstock, PCS pouvait soit suspendre le droit de Comstock de poursuivre les travaux, soit résilier le contrat.

[200] La résiliation est un mécanisme contractuel, et le pouvoir discrétionnaire de l'exercer appartenait à PCS seule. Selon les témoignages incontestés des témoins qu'elle a appelés au procès, PCS a effectivement exercé ce pouvoir discrétionnaire de son propre gré. Par exemple, Clark Bailey (PCS) a confirmé qu'il avait résilié le contrat malgré les recommandations de Mark Neis (AMEC) :

[TRADUCTION]

Q. Alors, Monsieur, l'avis de défaut d'exécution, c'est – malgré la recommandation de M. Neis, vous avez néanmoins résilié le contrat, c'est exact?

R. Nous avons résilié le contrat le 21 juillet.

Q. – D'accord. Et vous n'avez pas tenu compte de ce que M. Neis vous avait dit, c'est exact?

R. Évidemment.

[Transcription, le 8 mai 2019, p. 5412, ll. 6 à 12]

[201] Je ferais remarquer, entre parenthèses, que la CG 36.6 prévoit que PCS ne peut imputer aucune responsabilité à AMEC pour les conséquences de tout acte ou toute omission de la part de PCS, à titre de propriétaire, en lien avec le projet qui est contraire à la recommandation écrite de l'ingénieur, AMEC.

[202] Le témoignage de M. Bailey confirmait la réalité que les parties au contrat étaient PCS et Comstock et que seule PCS pouvait décider de le résilier :

[TRADUCTION]

Q. – Alors, monsieur – puisqu'il s'agit de votre – ce n'est pas AMEC qui écrit la lettre. C'est ce que vous dites être le cas, c'est exact? Cela vient de PCS?

R. C'est un contrat avec moi, PCS.

[...]

Q. – Monsieur, non, je vous parle de la lettre que vous avez écrite, monsieur?

R. Bien, il fallait que j'écrive la lettre parce qu'il y a un contrat entre moi et Comstock. Je n'ai pas écrit l'avis de défaut d'exécution. J'ai écrit la [lettre de] résiliation. [Transcription, le 8 mai 2019, p. 5413, ll. 21 à 24, et p. 5417, ll. 3 à 7]

[203] Si les décisions prises par AMEC ne convenaient pas à Comstock, cette dernière avait le droit contractuel de contester ces décisions de la manière prévue au contrat Comstock, et elle a décidé de ne pas le faire.

[204] Le délit d'incitation à la rupture d'un contrat est un délit de responsabilité « subsidiaire » ou « accessoire » : la responsabilité principale incombe à la partie qui a violé le contrat. Le prétendu auteur du délit assume simplement la responsabilité subsidiaire pour sa complicité dans la violation. Le délit a été créé pour intervenir lorsqu'il n'y a pas de recours contre la partie contractante ou lorsque ce recours est difficilement applicable, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Comme on l'a expliqué dans

*SAR Petroleum :*

Il vaut la peine de mentionner la raison de principe qui sous-tend le droit d'une partie à un contrat qui a été rompu de poursuivre un tiers pour incitation à la rupture de ce contrat. En droit contractuel, le droit général ou la capacité générale d'une partie de refuser d'exécuter est reconnu sous réserve, bien entendu, de l'obligation d'indemniser la partie non défaillante (en cas, par exemple, de violation anticipative). Ainsi, M<sup>me</sup> Wagner avait la possibilité de rompre son contrat de représentation qu'elle y ait ou non été incitée par un tiers. En quoi cela importe-t-il que la décision de rompre le contrat ait ou non été encouragée ou influencée par l'opinion d'autres personnes? L'arrêt *Lumley c. Gye* nous apporte une réponse toute faite. Le recours fondé sur le contrat pourrait ne pas suffire lorsque la personne qui a rompu le contrat (M<sup>me</sup> Wagner) pourrait être incapable de payer les dommages que le demandeur a réellement subis. Bien que la responsabilité « principale » incombât à M<sup>me</sup> Wagner, la responsabilité « subsidiaire » de M. Gye était engagée pour la perte subie par suite des actes qu'il avait commis en l'incitant à rompre le contrat. Non seulement il se peut que le recours fondé sur le contrat ne suffise pas mais en outre, il se pourrait que les dommages-intérêts délictuels soient plus importants que les dommages-intérêts contractuels (voir les motifs du juge Erle). Chose curieuse, les règles de droit relatives à l'incitation à rupture de contrat n'ont jamais été axées sur ce point. Au lieu de cela, le droit établit simplement que pour que le défendeur soit tenu responsable envers le demandeur, le tiers doit également être responsable envers le demandeur. D'où la distinction entre la responsabilité principale et la responsabilité subsidiaire. [...] [par. 33]

[205] En somme, la raison d'être de ce délit est d'offrir un recours dans des situations où : a) la partie contractante (en l'espèce, PCS) n'est pas en mesure de payer le préjudice subi; b) la mesure des dommages-intérêts est différente en contrats et en délits. Ce délit n'est pas censé être invoqué dans des situations comme celle qui nous occupe, où la partie contractante fait déjà l'objet d'une poursuite visant le recouvrement du même préjudice. Comstock n'a pas prétendu que ses réclamations contre AMEC en responsabilité délictuelle étaient plus importantes que ses réclamations contre PCS en responsabilité contractuelle – en fait, Comstock a prétendu que les dommages-intérêts

sont identiques. L'objet de la réclamation en responsabilité délictuelle dans de telles circonstances n'est pas tenable, puisque cette réclamation est redondante ou soulève des préoccupations en matière de double recouvrement. En outre, je fais remarquer que la juge d'appel Baird, dans sa décision préliminaire publiée au [2021] A.N.-B. n° 238 (QL), a ordonné à PCS de déposer auprès de la registraire de la Cour une sûreté couvrant le plein montant du jugement obtenu par Comstock en contrepartie de la suspension d'exécution du jugement. Le paiement du jugement obtenu par Comstock n'est donc pas à risque.

[206] En fin de compte, c'est la résiliation injustifiée du contrat par PCS, à laquelle la juge de première instance a conclu, qui constitue la violation de contrat dont découle la totalité du préjudice subi par Comstock. C'est une décision que PCS a prise par elle-même et pour laquelle Comstock a intenté une action en responsabilité contractuelle contre PCS et a obtenu des dommages-intérêts, annulant ainsi la perte même pour laquelle Comstock a intenté une action en responsabilité délictuelle contre AMEC et qu'elle ne peut recouvrer qu'une fois.

[207] Puisqu'AMEC n'est pas partie au contrat entre PCS et Comstock, tout retard causé par la conduite d'AMEC dans le cadre de ses fonctions d'administratrice du contrat est réputé être, comme l'a conclu la juge de première instance, un retard imputable à PCS et pour lequel la juge de première instance a adjugé des dommages-intérêts contre celle-ci.

D. *Y a-t-il des motifs pour adjuger des dommages-intérêts punitifs contre AMEC ou PCS?*

[208] Dans *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, [1995] A.C.S. n° 64 (QL), la Cour suprême a expliqué en détail les circonstances dans lesquelles les demandeurs peuvent obtenir des dommages-intérêts punitifs au Canada :

On peut accorder des dommages-intérêts punitifs lorsque la mauvaise conduite du défendeur est si malveillante,

opprimante et abusive qu'elle choque le sens de dignité de la cour. Les dommages-intérêts punitifs n'ont aucun lien avec ce que le demandeur est fondé à recevoir au titre d'une compensation. Ils visent non pas à compenser le demandeur, mais à punir le défendeur. C'est le moyen par lequel le jury ou le juge exprime son outrage à l'égard du comportement inacceptable du défendeur. Ils revêtent le caractère d'une amende destinée à dissuader le défendeur et les autres d'agir ainsi. Il importe de souligner que les dommages-intérêts punitifs ne devraient être accordés que dans les situations où les dommages-intérêts généraux et majorés réunis ne permettent pas d'atteindre l'objectif qui consiste à punir et à dissuader.

[...] Le contrôle en appel devrait consister à déterminer si les dommages-intérêts punitifs servent un objectif rationnel. En d'autres termes, la mauvaise conduite du défendeur était-elle si outrageante qu'il était rationnellement nécessaire d'accorder des dommages-intérêts punitifs dans un but de dissuasion?

[par. 196 et 197]

[209] Dans *512842 N.B. Inc., Roger Landry, Cape Bald Packers, Limited, Patrice Landry et Denis Carrier c. Delphinium Ltée et Louis Schofield*, 2008 NBCA 56, [2008] A.N.-B. n° 302 (QL), notre Cour a établi un cadre d'analyse pour l'examen de l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Bien que la juge de première instance n'ait pas adjugé de tels dommages-intérêts, l'analyse demeure pertinente :

L'examen d'un octroi de dommages-intérêts punitifs nécessite l'application du critère de la rationalité énoncé dans l'arrêt *Whiten*. Il s'agit de déterminer si de tels dommages-intérêts sont rationnels en ce sens qu'ils sont nécessaires pour atteindre leurs objectifs, à savoir dissuader, dénoncer et punir. De plus, comme l'a souligné la juge d'appel Charron (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Ferme Gérald Laplante & Fils Ltée c. Grenville Patron Mutual Fire Insurance Co.* (2002), 61 O.R. (3d) 481 (C.A.), [2002] O.J. No. 3588 (QL), au par. 110, les dommages-intérêts punitifs ne seront rationnels que s'ils sont proportionnels. On détermine la proportionnalité en examinant au moins les facteurs suivants : (1) la gravité de la conduite du défendeur; (2) le degré de vulnérabilité du demandeur; (3) le préjudice causé au demandeur; (4) le

besoin de dissuasion; (5) les autres amendes ou sanctions susceptibles d'être infligées au défendeur et (6) les avantages indûment tirés par le défendeur.

Ensuite, afin de déterminer si les dommages-intérêts punitifs sont adéquats, il faut répondre à la question suivante : la conduite des appelants était-elle si outrageante qu'il était rationnellement nécessaire d'accorder des dommages-intérêts punitifs dans un but de dissuasion, de dénonciation et de châtement? [par. 49 et 50]

[210] La « rationalité » guide à la fois l'analyse de la question de savoir si des dommages-intérêts punitifs sont justifiés et la détermination du montant des dommages-intérêts à adjuger. L'analyse consiste donc à déterminer si la conduite d'AMEC ou de PCS « représent[e] un écart marqué par rapport aux normes ordinaires en matière de comportement acceptable » (voir *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678, par. 79; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595, par. 36). Aucune preuve ne permet de conclure en ce sens, et c'est à bon droit que la juge de première instance a rejeté ces demandes.

[211] Alors que l'art. 3 de la *Loi sur la réforme du droit*, L.R.N.-B. 2011, ch. 184, élimine l'obligation de démontrer l'existence d'une « faute donnant ouverture à une poursuite civile » qui est indépendante de la faute alléguée pour laquelle la procédure est intentée pour réclamer des dommages-intérêts punitifs, l'attribution de ceux-ci continue à être éclairée par le principe de la rationalité considéré dans le contexte de la conduite du défendeur.

[212] Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas chose courante et, dans le cas de différends contractuels, les tribunaux ont reconnu qu'il est « rare que les circonstances justifient l'attribution de dommages-intérêts punitifs pour violation de contrat en l'absence d'actions constituant également un délit » (voir *Banque Royale du Canada c. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 408, [1999] A.C.S. n° 59 (QL), par. 26).

[213] Le facteur primordial dans l'attribution de dommages-intérêts punitifs est la question de savoir si la conduite du défendeur est suffisamment grave pour que de tels dommages-intérêts soient logiquement nécessaires pour punir le défendeur. Dans l'arrêt *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, [1989] A.C.S. n° 46, la Cour suprême a décrit ainsi le genre de conduite requise :

[...] il n'est possible d'accorder des dommages-intérêts punitifs qu'à l'égard d'un comportement qui justifie une peine parce qu'il est essentiellement dur, vengeur, répréhensible et malicieux. Je ne prétends pas avoir énuméré tous les qualificatifs aptes à décrire un comportement susceptible de justifier l'attribution de dommages-intérêts punitifs, mais de toute façon, pour que de tels dommages-intérêts soient accordés, il faut que le comportement soit de nature extrême et mérite, selon toute norme raisonnable, d'être condamné et puni. [...]

[p. 1107 et 1108]

[214] L'argument de Comstock est fondé sur la prémisse qu'elle a subi [TRADUCTION] « un préjudice important ». La juge de première instance a conclu que Comstock avait droit à des dommages-intérêts de 6 731 289 \$, dont 2 059 676,84 \$ représentaient la somme due au titre de la retenue prescrite par la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*.

[215] À l'origine, Comstock réclamait plus de 47 millions de dollars plus des dommages-intérêts punitifs à compter de l'été 2010 jusqu'au premier jour du procès, le 7 janvier 2019, soit une période de plus de huit ans, avant de réduire sa réclamation à 18 millions de dollars plus des dommages-intérêts punitifs.

[216] Comstock laisse en outre entendre que son insolvabilité, pour laquelle elle n'a présenté sa demande que trois ans après avoir été exclue du projet, était une conséquence directe de la conduite imputée à AMEC ou à PCS.

[217] Cependant, dans *Comstock Canada Ltd. (Re)*, 2013 ONSC 4756, [2013] O.J. No. 3324 (QL), la Cour supérieure de justice de l'Ontario (en matière de faillite et d'insolvabilité) a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le 27 juin 2013, l'avocat fait savoir que Chrysler Canada a empêché Comstock d'exécuter son contrat à ses installations en Ontario, et le 2 juillet 2013, elle a menacé de résilier tous les contrats et commandes d'achat existants avec Comstock. Le 3 juillet 2013, Chrysler Canada a donné à Comstock un avis formel de résiliation du contrat.

Le 5 juillet 2013, La Compagnie d'Assurance Travelers du Canada a donné à Comstock des avis de résiliation à l'égard de certains contrats, avec prise d'effet dans 30 jours.

Dans la semaine du 1<sup>er</sup> juillet 2013, TLS Fleet Management a avisé Comstock qu'elle n'autoriserait plus d'achats relativement à la location, au service et à l'entretien de véhicules, et relativement aux frais de gestion, à moins que Comstock paie les sommes en souffrance et fournisse un dépôt de sûreté.

[...]

L'avocat de Comstock a fait savoir qu'en réponse au lock-out décrété par Chrysler Canada et par suite de négociations infructueuses avec un fournisseur éventuel de crédit-relais, le conseil d'administration de Comstock avait décidé que le groupe Comstock n'avait pas d'autre option immédiatement réalisable que de déposer des avis d'intention de faire une proposition (les avis d'intention) en vertu du paragraphe 50.4(1) de la [*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*] le 28 juin 2013 (la procédure relative au dépôt de l'avis d'intention), afin de préserver le statu quo et se préparer en vue d'une restructuration sous le régime de la [*Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*]. [par. 20 à 22 et 26]

[218] Il faut examiner l'affirmation de Comstock portant que le projet lui a fait subir [TRADUCTION] « d'énormes pertes » en tenant compte de l'extrait cité au par. 217 ci-dessus.

[219] PCS ne souhaitait pas résilier le contrat Comstock et ne le voyait que comme solution de dernier ressort. Clark Bailey, de PCS, a témoigné que, avant le 21 juillet 2010, il hésitait à résilier le contrat Comstock en raison des difficultés associées à [TRADUCTION] « la reprise des travaux avec » un nouvel entrepreneur (transcription, le 25 février 2019, p. 4966, ll. 4 et 5). M. Bailey a toutefois conclu que PCS n'avait pas d'autre choix que de résilier le contrat Comstock, parce que PCS ne croyait pas que Comstock comprenait quand et comment le projet serait achevé.

[220] M. Neis, d'AMEC, a aussi témoigné que, en date du 17 juillet 2010, il hésitait à recommander la résiliation, en raison des coûts associés à la résiliation d'un contrat avec un entrepreneur à mi-contrat, mais, au 21 juillet 2010, il estimait que PCS n'avait d'autre option que de résilier le contrat Comstock.

[221] L'argument de Comstock selon lequel des dommages-intérêts punitifs sont rationnels et nécessaires est donc sans fondement, puisqu'il part de la fausse prémisse qu'un élément de dissuasion est nécessaire.

[222] Ayant résilié le contrat Comstock, PCS a dû retenir les services d'un nouvel entrepreneur, Lockerbie & Hole, pour achever les travaux entrepris par Comstock et pour rectifier les travaux non conformes effectués par Comstock.

[223] PCS a payé à Lockerbie & Hole la somme totale de 34 655 708 \$, dont 17 565 735,70 \$ ont été supportés par PCS à titre de coûts supplémentaires liés à l'achèvement des travaux entrepris par Comstock.

[224] Cette somme contraste avec la somme de 8 186 666,19 \$ que PCS aurait eu à verser à Comstock pour achever les travaux en application du contrat à prix forfaitaire.

[225] L'argument de Comstock selon lequel des dommages-intérêts punitifs sont rationnels et nécessaires est donc, encore une fois, sans fondement, étant donné qu'il part de la fausse prémisse que PCS a tiré à tort un avantage de la résiliation du contrat Comstock.

[226] L'allégation de privilège de l'intérêt commun ou de collusion que Comstock porte contre PCS et AMEC n'étaye pas une demande de dommages-intérêts punitifs. PCS a revendiqué un privilège relatif au litige sur les communications confidentielles avec son conseiller en sinistres, M. McElhinney, qui ont eu lieu après le 18 avril 2010, soit la date à laquelle on envisageait la possibilité d'intenter une action. Dans la mesure où les documents privilégiés ont été partagés avec AMEC, PCS a revendiqué le privilège de l'intérêt commun.

[227] À l'interrogatoire préalable, l'avocat d'AMEC a aussi fait valoir le privilège de l'intérêt commun sur ces documents au motif que des décisions prises par l'expert de PCS, M. McElhinney, avaient une incidence sur la position juridique à la fois d'AMEC et de PCS.

[228] Comme je l'ai mentionné ci-dessus, PCS et AMEC n'ont prétendu ni que leurs intérêts étaient convergents ni qu'elles étaient alliées contre Comstock. La raison pour laquelle le privilège de l'intérêt commun a été invoqué, raison qui n'a jamais été contestée par Comstock ni, plus tard, par HB, était que les décisions du conseiller en sinistres de PCS avaient une incidence sur la position juridique à la fois d'AMEC et de PCS.

E. *Réclamations de Comstock liées aux retards*

[229] Sur cette question, la juge de première instance a énoncé le droit applicable de la façon suivante :

[TRADUCTION]

Dans *Brule Construction Ltd. c. Ottawa (City)*,  
1989 CarswellOnt 688, [1989] O.J. No. 330, 14 A.C.W.S.

(3d) 121, la Cour a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

25 Lorsque l'exécution d'un contrat est retardée, l'entrepreneur peut subir de nombreuses pertes conséquentes. Ces pertes sont décrites dans I.N. Duncan Wallace éd., *Hudson's Building & Engineering Contracts*, 10<sup>e</sup> éd. (London : Sweet & Maxwell, 1970), p. 597 et 598 :

[TRADUCTION]

(a) Lorsque l'achèvement d'un projet entier est retardé, l'entrepreneur subit habituellement les pertes suivantes :

(i) une perte qui résulte du fait que ses coûts indirects hors chantier, qui seront en partie indépendants des coûts réels liés au chantier ou même du temps qu'il faut pour achever les travaux (tels que le loyer du siège social) et qui peuvent en être en partie tributaires (tels que les frais de gestion supplémentaires associés à un contrat désorganisé et de plus longue durée), auront soit augmenté, dans le dernier cas, ou devront être récupérés à partir d'un chiffre d'affaires annuel inférieur à celui qui avait été prévu au budget, dans le premier cas;

(ii) la perte par l'organisation contractuelle particulière en cause de la capacité de réaliser des bénéfices en raison du fait qu'elle est retenue sur le projet pendant plus longtemps sans augmentation correspondante de l'avantage monétaire gagné et sans possibilité de se déplacer ailleurs pour gagner le profit, comme elle pourrait le faire par ailleurs;

(iii) une majoration des coûts liés aux coûts indirects qu'il supporte sur le chantier, c'est-à-dire la partie des

coûts qui sont directement imputables au contrat et qui sont tributaires du temps et sont indépendants du volume de travail effectué – par exemple les coûts liés à la supervision, les coûts liés à l'équipement permanent, tel que les baraques de chantier, et certains équipements spéciaux requis pendant la durée des travaux;

(iv) dans un contrat qui ne contient pas de clause applicable relative aux fluctuations, les hausses du coût de la main-d'œuvre ou des matériaux liées à l'inflation ou autres hausses (moins les baisses éventuelles) qu'il n'aurait pas subies n'eût été le retard.

(b) Qu'il en résulte un retard dans l'achèvement des travaux ou non, la perturbation de l'avancement des travaux ou de la planification prévue par l'entrepreneur peut aussi entraîner une perte de productivité de la part de l'équipement ou des effectifs de l'entrepreneur.

Comstock a-t-elle droit à des dommages-intérêts au titre de réclamations liées aux retards?

Dans *Nordic Construction Ltd. c. Hope Brook Gold Inc.*, 1991 CanLII 7538 (NL SC), la Cour a dit ce qui suit au sujet de dispositions contractuelles touchant les prolongations de délais et leur incidence sur une action en dommages-intérêts pour retards intentée par l'entrepreneur :

[TRADUCTION]

[43] Par application de la CG-33, lorsque le gestionnaire décide qu'un retard est imprévisible, indépendant de la volonté de l'entrepreneur et non attribuable à la faute ou à la négligence de la part de ce dernier, le délai d'exécution du contrat est prolongé. Cette clause n'aborde pas la question de l'indemnisation pour la perte subie par suite du

retard et ne tente pas de limiter le droit de l'entrepreneur de réclamer une indemnité pour cette perte. Je suis convaincu que la tendance de la jurisprudence va dans le sens d'une interprétation restrictive de ce type de clause de « retard », et que l'entrepreneur ne serait privé du droit à des dommages-intérêts par suite d'un retard causé par le propriétaire que lorsque le libellé est clair. (Voir Goldsmith, *Building Contracts* (4<sup>e</sup> éd.), p. 5 à 7, et les arrêts qui y sont cités; *Foundation Co. of Alberta Ltd. c. Alberta*, 1986 ABCA 120 (CanLII), (1986), 69 A.R. 372; 45 Alta. L.R. (2d) 77, 21 C.L.R. 74; *Interprovincial Concrete Ltd. c. Robert McAlpine Ltd.*, 14 C.L.R. 121 (C.B.R. Alb.).)

[44] On peut distinguer la CG-33 de clauses telles que celle que l'on trouve dans *Perini Pacific Ltd. c. Greater Vancouver Sewerage and Drainage District*, 1967 CanLII 104 (SCC), [1967] R.C.S. 189, 60 D.L.R. (2d) 385, où la clause prévoit spécifiquement que le retard n'ouvre droit à aucune réclamation ou à aucun droit d'action en dommages-intérêts contre la société, que le retard ait été causé par la société ou non. Dans l'affaire *Perini Pacific Limited*, précitée, la Cour a jugé que la clause faisait effectivement obstacle aux réclamations. Cependant, il est intéressant de noter que, pendant que *Perini Pacific Ltd. c. Greater Vancouver Sewerage and Drainage District* se retrouvait devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 1966 CanLII 457 (BC CA), (1967), 57 D.L.R. (2d) 307, celle-ci a eu l'occasion de se pencher sur une clause de prolongation de délai semblable à la CG-33 et a refusé d'étendre la clause formulée en termes généraux aux défauts d'exécution de la part des propriétaires, ce qui en ferait des juges de leur propre cause. Je conclus que la CG-33 ne limite pas la responsabilité du propriétaire pour les retards qu'il a causés.

La CG 23.3 prévoit que, s'il estimait que le retard allégué n'était imputable à aucun manquement de sa part, l'entrepreneur était en droit de présenter à l'ingénieur une demande écrite chiffrée en vue d'obtenir une révision du calendrier des travaux de construction et une prolongation du délai d'achèvement de l'ouvrage.

Bien que la CG 23.11 excluait la possibilité d'obtenir une prolongation de délai ou un paiement additionnel si les obstacles ou retards étaient causés par les actes ou la négligence de Comstock elle-même, le contrat ne faisait pas obstacle à une réclamation ou à un droit d'action en dommages-intérêts contre PCS pour les retards causés par PCS.

Je conclus donc que Comstock est en droit de réclamer des dommages-intérêts pour la perte de productivité et pour les retards causés par PCS/AMEC.

[Décision de première instance, par. 1011 à 1015]

[230] Je souscris tout à fait à la prétention voulant qu'il s'agisse là du fondement à partir duquel il faut déterminer si Comstock a subi des pertes en raison de retards. La première demande à cet égard porte sur l'évaluation faite par la juge des coûts supportés par Comstock relativement à la durée du chantier.

(1) Méthode acceptée pour évaluer les coûts liés à la durée du chantier

[231] En application du contrat Comstock, Comstock devait recevoir des paiements mensuels pour ses coûts indirects, au prorata du degré d'achèvement des travaux prévus au contrat. Le degré d'achèvement était déterminé selon un processus d'attestation par lequel AMEC examinait et évaluait les travaux effectués par Comstock.

[232] Les coûts indirects de Comstock étaient calculés à partir d'une formule fixe : le coût du maintien des effectifs sur le chantier était multiplié par le nombre de jours qu'elle prévoyait d'être sur le chantier. Pour récupérer la totalité de ses coûts indirects, Comstock devait achever les travaux dans le nombre de jours convenu. Comstock subirait des coûts indirects supplémentaires si les travaux prenaient plus longtemps que prévu. C'est la nature même d'un contrat à prix forfaitaire. Lorsque le propriétaire ou l'ingénieur cause des coûts indirects supplémentaires en retardant l'entrepreneur ou en demandant à l'entrepreneur de travailler un plus grand nombre de jours sur le chantier, l'entrepreneur est en droit de récupérer ces coûts. Cette proposition

fondamentale n'a pas été contestée au procès et a été retenue par la juge de première instance.

[233] Malgré cette méthode acceptée, les défenderesses et la juge de première instance n'étaient pas du même avis en ce qui a trait au calcul du taux quotidien des coûts indirects et à l'attribution de la responsabilité pour les retards qu'avait faits l'expert de Comstock, Michael Dean. Celui-ci a conclu que Comstock avait le droit de réclamer des coûts indirects supplémentaires pour 89 jours. La juge de première instance a tiré les conclusions suivantes à l'égard de son évaluation :

[TRADUCTION]

M. Dean établit le montant de cette réclamation à 3 662 430 \$, se fondant sur le fait que Comstock a dû demeurer sur le chantier pendant 89 jours de plus que ce qui avait été prévu, pour achever 85,6 % des travaux.

M. Dean tire les 89 jours du calcul du nombre total de jours pendant lesquels Comstock était réellement sur le chantier entre le 8 septembre 2009 et le 21 juillet 2010 (317 jours civils) moins 228 jours, soit la [TRADUCTION] « durée réellement gagnée » (266 jours civils prévus sur le chantier entre le 8 septembre 2009 et le 31 mai 2010 x 85,6 %).

Il multiplie alors 89 jours par son calcul des coûts indirects quotidiens supportés par Comstock, soit 41 150,90 \$.

M. Dean calcule les coûts indirects quotidiens en établissant le total des coûts indirects supportés par Comstock pour la totalité de la durée pendant laquelle Comstock était sur le chantier à compter du 8 septembre 2010 jusqu'à la résiliation du contrat le 21 juillet 2010 (15 892 585 \$) et en déduisant 2 847 750 \$ pour tenir compte des sommes réclamées ailleurs au titre des ordres de modification gagnés, des réclamations de coûts directs et des pertes de productivité de la main-d'œuvre. Il reste alors la somme de 13 044 835 \$, qu'il divise par 317 jours.

Les calculs effectués par M. Dean se fondent sur son évaluation selon laquelle les travaux étaient achevés à 85,6 % au moment de la résiliation, un chiffre que je n'ai pas retenu. Cependant, comme PCS le fait remarquer, si

l'on utilise un taux moindre d'achèvement à la résiliation du contrat, on arrive à une réclamation plus élevée relativement aux retards, ce qui n'est pas logique, particulièrement à la lumière du fait que ce ne sont pas tous les retards accusés par Comstock après le 31 mai 2010 qui sont imputables à PCS ou AMEC.

J'ai décidé que PCS et AMEC sont responsables de la moitié du retard de 51 jours civils subi par Comstock entre le 31 mai 2010 et le 21 juillet 2010, soit 25,5 jours. En utilisant les coûts indirects établis par M. Dean, à savoir 41 150,90 \$ par jour, pour 25,5 jours, il en résulte une somme de 1 049 348 \$ au titre des coûts indirects supplémentaires.

[...]

Le chiffre de 41 151 \$ utilisé par M. Dean est aussi bien supérieur à la somme calculée par M. McLellan préliminairement dans sa lettre du 3 mars 2010 au titre des coûts supportés par Comstock pour un calendrier prolongé. Il est arrivé à la somme de 88 775 \$ par semaine pour les coûts associés aux gestionnaires, aux agents de sécurité, à l'acheteur, aux surintendants, aux commis et aux sous-traitants et pour les coûts liés aux bâtiments et à l'équipement, ce qui équivaut à environ 12 650 \$ par jour.

Le montant des coûts indirects établi par M. Dean est élevé en comparaison avec les calculs faits par Comstock elle-même. Certains des coûts indirects inclus dans le calcul des montants quotidiens effectué par M. Dean sont variables. Comstock n'a pas démontré qu'elle a supporté ces coûts sur une base quotidienne pendant la période de trois semaines et demie pendant laquelle elle était retardée pour des raisons indépendantes de sa volonté.

Je reconnais toutefois que le calcul que Comstock a fait des coûts indirects liés au chantier en juillet 2009 et le calcul qu'elle a fait en mars 2010 n'ont peut-être pas prévu tous les coûts indirects raisonnables.

Je conclus donc qu'il convient de faire la moyenne du montant calculé par M. Dean, à savoir 41 151 \$, et de la somme de 12 000 \$, qui correspond à peu près au calcul des coûts indirects que Comstock a fait initialement. Il en résulte une somme quotidienne de 26 575 \$. J'applique

cette somme aux 25,5 jours supplémentaires que Comstock a été sur le chantier en raison de retards occasionnés par PCS et AMEC, et j'adjuge la somme totale de 677 662 \$ au titre des dommages-intérêts pour les coûts indirects supplémentaires.

[Décision de première instance, par. 1037 à 1042 et 1046 à 1049]

[234] PCS prétend que la juge de première instance aurait dû utiliser le calcul des coûts quotidiens fait par Comstock elle-même, qui, pendant toute la durée du projet, indiquait à PCS qu'ils se situaient entre 9 000 \$ et 12 682,14 \$ par jour. La preuve à l'appui peut se résumer ainsi :

- a) avant l'attribution du contrat et en date du 23 juillet 2009, Comstock estimait ses coûts indirects quotidiens à 342 172,04 \$ par mois ou 11 577 \$ par jour;
- b) le 3 mars 2010, soit environ huit mois après le début du contrat Comstock, Comstock a de nouveau communiqué ses coûts indirects à AMEC dans le cadre de l'évaluation des coûts supplémentaires du chantier qu'engendrerait la prolongation du projet au-delà du 31 mai 2010 – les coûts indirects hebdomadaires, y compris ceux afférents aux sous-traitants, étaient de 88 775 \$, soit 12 682,14 \$ par jour;
- c) le 4 mai 2010, Comstock a demandé une prolongation de six mois et le paiement des coûts de 1 600 000 \$ associés à cette prolongation, soit 266 000 \$ par mois ou 9 000 \$ par jour;
- d) le 6 mai 2010, Comstock a envoyé une autre lettre à AMEC et a établi ses coûts indirects à 300 000 \$ par mois ou 10 000 \$ par jour;
- e) le 17 mai 2010, Comstock a affirmé à AMEC que les chiffres qui figuraient dans l'annexe A qui accompagnait ses soumissions du 3 juillet 2009 et du

28 juillet 2009 étaient les chiffres qu'elle avait utilisés pour quantifier ses coûts supplémentaires; dans sa soumission du 3 juillet 2009, Comstock estimait ses coûts indirects du chantier à 312 549,83 \$ par mois ou 10 418,33 \$ par jour.

[235] PCS soutient en outre que la juge a commis une erreur manifeste et dominante dans son évaluation des dommages-intérêts afférents aux coûts indirects supplémentaires en établissant arbitrairement la moyenne de l'estimation de 41 151 \$ par jour faite par M. Dean et du calcul des coûts indirects d'environ 12 000 \$ par jour fait par Comstock. Elle prétend que la juge aurait dû utiliser la moyenne des chiffres présentés à l'origine par Comstock elle-même, chiffres qu'elle avait indiqué de manière constante pendant toute la durée du projet se situer entre 9 000 \$ et 12 682,14 \$ par jour.

[236] PCS indique que, si la juge de première instance avait utilisé les chiffres présentés par Comstock, dont la moyenne s'établit à 10 735,49 \$ par jour, Comstock aurait eu droit à des dommages-intérêts totalisant 273 755,10 \$ au titre des coûts indirects supplémentaires (sur les 25,5 jours), soit 403 906,90 \$ de moins que le montant adjugé au procès (c'est-à-dire 677 662 \$).

[237] Par contre, Comstock prétend que le chiffre de 12 000 \$ par jour utilisé par PCS était basé sur le budget des « coûts indirects » qu'elle avait inclus dans la soumission initiale et dans certains échanges.

[238] La juge de première instance a examiné la preuve et n'a retenu aucune des deux positions dans son intégralité. Elle a conclu que certains des coûts dont M. Dean a tenu compte étaient des coûts variables et que Comstock n'avait pas démontré qu'elle supportait chacun des coûts chaque jour. Elle a toutefois reconnu qu'il était possible que Comstock n'eût pas inclus tous les coûts pertinents dans la soumission initiale ou dans sa correspondance subséquente. En conséquence, elle a adjugé des dommages-intérêts en fonction de coûts quotidiens de 26 575 \$.

[239] La juge de première instance a conclu que le préjudice subi par Comstock était complexe et difficile à évaluer avec précision, mais que ce n'était pas une raison de ne pas l'indemniser. Il s'agit là d'un principe juridique bien connu, et la juge de première instance l'a appliqué correctement au calcul des coûts quotidiens supportés par Comstock. Il se peut que le résultat ne soit pas mathématiquement précis; il est toutefois juridiquement correct. Il ne s'agit pas du résultat d'une erreur manifeste et dominante.

(2) Application correcte de la méthode

[240] Lorsqu'elle a appliqué la méthode décrite ci-dessus, la juge de première instance n'a adjugé à Comstock que les coûts indirects liés aux retards qui ont eu lieu après la date d'achèvement prévue au contrat, soit le 31 mai 2010. La formule, en termes mathématiques, est la suivante :

$$\begin{array}{c} \text{nombre de jours travaillés en raison de retards après la date d'achèvement prévue} \\ \text{au contrat} \\ \times \\ 50 \%, \text{ représentant le partage égal de la responsabilité pour ces retards} \\ \times \\ \text{un taux quotidien de } 26\,575 \$ \text{ pour les coûts indirects} \end{array}$$

[241] Étant donné qu'elle n'a tenu compte que de la période écoulée après la date d'achèvement prévue au contrat, la juge de première instance a adjugé des dommages-intérêts de 677 662 \$ pour les coûts indirects liés aux retards, calculés ainsi :

$$\begin{array}{c} 51 \text{ jours entre le } 31 \text{ mai } 2010 \text{ et le } 21 \text{ juillet } 2010 \\ \times \\ 50 \%, \text{ représentant le partage égal de la responsabilité pour les retards} \\ \times \\ \text{un taux quotidien de } 26\,575 \$ \text{ pour les coûts indirects} \end{array}$$

[242] Comstock soutient que la juge de première instance a commis une erreur en appliquant cette méthode au calcul du droit aux coûts indirects supplémentaires en ne tenant compte que du coût des retards postérieurs à la date d'achèvement prévue initialement au contrat, soit le 31 mai 2010. Elle soutient que, étant donné que la juge de première instance a tenu AMEC et PCS responsables de 50 % de tous les retards dans le projet dans son ensemble, le fait de calculer les coûts associés aux retards à partir seulement de la date d'achèvement des travaux de construction initialement prévue au contrat, soit le 31 mai 2010, constituait une erreur.

[243] Son argument est sans fondement, puisqu'il suppose à tort que Comstock peut récupérer les coûts indirects supplémentaires qu'elle a supportés avant la date d'achèvement des travaux de construction du 31 mai 2010, ce qui est faux, puisque, dans le cadre d'un contrat à prix forfaitaire, il n'y a aucun retard pour lequel Comstock pourrait être indemnisée si les travaux ne s'étaient pas prolongés au-delà de la date d'achèvement.

[244] Jusqu'à la date d'achèvement des travaux de construction, les coûts indirects devaient être payés à Comstock selon le processus d'attestation prévu au contrat en fonction du taux d'achèvement attesté par AMEC, et non en fonction du temps que Comstock passait réellement sur le chantier. Il en est ainsi parce que Comstock a accepté un contrat à prix forfaitaire, qui limite les paiements aux travaux réellement achevés par l'entrepreneur, indépendamment du temps qu'il a fallu pour les réaliser, contrairement à un contrat temps et matériaux.

[245] En conséquence, l'argument de Comstock portant que la juge de première instance a appliqué de manière incorrecte la méthode reconnue pour le calcul du montant auquel elle a droit au titre des coûts indirects par suite de la prolongation de la durée du chantier est sans fondement, puisqu'il part de la fausse prémisse voulant que Comstock ait le droit de récupérer les coûts indirects supplémentaires supportés avant la date d'achèvement des travaux de construction du 31 mai 2010.

[246] La juge de première instance n'a pas conclu qu'AMEC et PCS étaient responsables de la moitié de tous les retards accusés par le projet. Comme je l'ai indiqué précédemment, elle a conclu ainsi :

[TRADUCTION]

La preuve est imparfaite. Je ne peux toutefois conclure que Comstock est la seule responsable des retards qui ont eu lieu après le 31 mai 2010. À mon avis, les problèmes de productivité de Comstock elle-même et des retards qui se sont produits tôt dans le projet ont également contribué au retard général pris par Comstock. Je ne peux non plus conclure que PCS et AMEC sont responsables de tous les retards qui ont eu lieu après le [3]1 mai 2010, vu les problèmes liés aux ponts roulants et les ordres de modification tardifs. [Soulignement ajouté; décision de première instance, par. 726]

[247] En fait, dans le paragraphe suivant de sa décision, la juge de première instance conclut spécifiquement que PCS et AMEC n'étaient responsables que de la moitié (50 %) des retards qui ont eu lieu après la date d'achèvement initiale prévue au contrat, soit le 31 mai 2010. Voici ce qu'elle a écrit :

[TRADUCTION]

Je conclus, selon la prépondérance des probabilités, que les violations de contrat dont PCS et AMEC sont responsables ont causé la moitié des retards accusés par Comstock entre le 31 mai 2010 et le 21 juillet 2010, soit 25,5 jours civils.

[Soulignement ajouté; décision de première instance, par. 727]

[248] Comstock a été exclue du chantier le 21 juillet 2010, soit 51 jours après la date d'achèvement des travaux de construction du 31 mai 2010, et c'est cette période que la juge de première instance a utilisée pour calculer le montant auquel Comstock avait droit au titre des coûts indirects supplémentaires.

[249] Au vu de cette seule conclusion de fait non contestée, la juge de première instance avait tout à fait raison de ne calculer que les coûts liés aux retards qui ont eu lieu après la date d'achèvement des travaux de construction prévue à l'origine.

[250] Pour illustrer sa position, Comstock affirme que la méthode de calcul du montant des coûts indirects auxquels elle a droit par suite de la prolongation de la durée du chantier peut s'exprimer mathématiquement de la manière suivante :

$$\begin{aligned} & \text{nombre de jours travaillés en raison de retards causés par AMEC ou PCS} \\ & \quad \times \\ & \text{taux quotidien des coûts indirects} \end{aligned}$$

[251] Pour calculer le « nombre de jours travaillés en raison de retards causés par AMEC ou PCS », Comstock multiplie le « nombre de jours travaillés en raison de retards » par « la part de la faute pour les retards imputable à AMEC ou PCS ».

[252] Le problème vient du fait que la méthode proposée par Comstock utilise la formule suivante pour calculer le « nombre de jours travaillés en raison de retards » :

$$\begin{aligned} & \text{nombre de jours que Comstock a passés sur le chantier} \\ & \quad \text{MOINS} \\ & \quad (\text{nombre de jours que Comstock prévoyait passer sur le chantier}) \\ & \quad \times \\ & \quad (\text{taux d'achèvement réel à la résiliation du contrat}) \end{aligned}$$

[253] Utilisant cette formule, elle obtient 97 comme « nombre de jours travaillés en raison de retards » :

$$\begin{aligned} & 317 - (266 \times 83 \%) \\ & = 317 - (220) \\ & = 97 \end{aligned}$$

[254] Si nous faisons abstraction pour le moment du fait que Comstock prétend

que le « taux d'achèvement réel à la résiliation du contrat » était de 83 %, la méthode de calcul en soi est défectueuse.

[255] Il n'y a aucun fondement rationnel justifiant que l'on multiplie le « nombre de jours que Comstock prévoyait passer sur le chantier » (c'est-à-dire la date d'achèvement des travaux de construction) par le « taux d'achèvement réel à la résiliation du contrat ».

[256] Le caractère défectueux de cette méthode est encore plus évident lorsque l'on considère qu'un « taux d'achèvement réel à la résiliation » moins élevé donnerait un nombre plus élevé de « jours travaillés en raison de retards ». Par exemple, si l'on prend un « taux d'achèvement réel à la résiliation » de 50 %, on obtient le résultat absurde de 184 jours travaillés en raison de retards :

$$\begin{aligned} & 317 - (266 \times 50 \%) \\ & = 317 - (133) \\ & = 184 \end{aligned}$$

[257] Ce point ressort également de l'opinion exprimée par M. Dean, l'expert de Comstock, selon qui, si on se fonde sur la position prise par Comstock selon laquelle les travaux étaient achevés à 85,6 %, Comstock aurait travaillé 89 jours en raison de retards; cependant, en utilisant le degré moindre d'achèvement de 83 %, Comstock prétendrait avoir travaillé 97 jours en raison de retards.

[258] Comme je l'ai indiqué, la juge de première instance a reconnu à juste titre les déficiences de la méthode adoptée par M. Dean :

[TRADUCTION]

Les calculs effectués par M. Dean se fondent sur son évaluation selon laquelle les travaux étaient achevés à 85,6 % au moment de la résiliation du contrat, un chiffre que je n'ai pas retenu. Cependant, comme PCS le fait remarquer, si l'on utilise un taux moindre d'achèvement à la résiliation du contrat, on arrive à une réclamation plus

élevée relativement aux retards, ce qui n'est pas logique, particulièrement à la lumière du fait que ce ne sont pas tous les retards accusés par Comstock après le 31 mai 2010 qui sont imputables à PCS ou AMEC.

[Décision de première instance, par. 1041]

[259] L'argument de Comstock voulant que la juge de première instance ait mal appliqué la méthode de calcul du montant des coûts indirects auquel elle avait droit en raison de la prolongation de la durée du chantier est donc sans fondement. C'est plutôt la méthode de calcul des coûts proposée par Comstock qui n'est pas valable.

[260] Outre la méthode erronée de calcul des coûts proposée par Comstock, les calculs qu'elle propose se fondent sur la fausse prémisse voulant que la juge de première instance ait conclu que [Comstock] avait achevé les travaux à 83 % au moment de la résiliation du contrat. La juge de première instance a rejeté sans équivoque l'argument de Comstock sur ce point en ces termes :

[TRADUCTION]

Je reconnais que Comstock était payée pour les matériaux lorsque ceux-ci étaient livrés et que le pourcentage approuvé pour paiement (82,5 % à la fin juin 2010) ne signifiait pas nécessairement que Comstock avait achevé les travaux à 82,5 %. Cependant, je n'admets pas que les travaux n'étaient achevés qu'à 50 % ou 60 % au moment de la résiliation le 21 juillet 2010 ou qu'AMEC avait, jusqu'au 31 mai 2010, approuvé des paiements qui surpayaient Comstock de manière importante pour les travaux achevés. À mon avis, les travaux étaient achevés à environ 70 % ou 80 % au moment de la résiliation.

[Décision de première instance, par. 1002]

[261] Les calculs de Comstock sont donc sans fondement, puisqu'ils partent de la prémisse voulant que la juge de première instance ait conclu que Comstock avait achevé les travaux à 83 % au moment de la résiliation, ce qui est erroné.

(3) Autres coûts liés aux retards

[262] Les autres dommages-intérêts que réclame Comstock en lien avec les retards se rapportent à deux concepts liés mais distincts, à savoir la productivité et les retards.

[263] Présumer que chaque cas de non-productivité entraîne un retard quelconque semble intuitif. Cette présomption est toutefois démentie par deux différences importantes entre les notions de productivité et de retard :

- a) Premièrement, l'entrepreneur dispose d'outils qui lui permettent de limiter, habituellement à ses propres frais, les effets de tout manque de productivité et ainsi d'éviter des retards dans le projet. En l'espèce, par exemple, Comstock a augmenté sa main-d'œuvre en ajoutant un quart de nuit à ses propres frais. M. Dean était d'avis que ce quart de nuit était suffisant pour limiter tout retard au projet que Comstock aurait pu causer – une opinion qui n'a pas été réfutée par l'expert des défenderesses, M. Fogarasi, qui a admis ne pas avoir fait d'analyse des retards.
- b) Deuxièmement, ce ne sont pas tous les retards dans les travaux qui ont pour effet de retarder le projet. Le projet n'est retardé que lorsqu'il y a des retards dans le chemin critique. Comme M. Fogarasi l'a expliqué dans son rapport :

[TRADUCTION]

La notion de chemin critique dans les calendriers des travaux de construction habituels est relativement simple : il s'agit de la séquence d'activités la plus longue figurant dans le calendrier qui doit être achevée dans les délais prévus pour que le projet soit achevé à la date butoir. [...] Par exemple, si une activité critique accuse un retard de cinq jours, le projet dans son ensemble, et donc la date d'achèvement, sera également retardé de cinq jours, à moins que des mesures d'atténuation (par exemple l'accélération des activités critiques subséquentes) soient prises pour éviter le retard.

La notion de [TRADUCTION] « marge » se rapporte au chemin critique. En termes simples, la marge représente le retard que peut accuser une tâche ou une activité avant d'avoir une incidence sur d'autres tâches. [...]

[...] Ce ne sont pas tous les retards qui entraînent un retard dans l'achèvement du projet. On s'attend à ce que des retards qui ont une incidence sur le chemin critique du projet entraînent des retards dans l'achèvement du projet, et on les qualifie alors de retards critiques, tandis que les retards liés à des activités non critiques n'entraînent pas de retards critiques, sauf si la durée du retard est supérieure à la marge associée à cette activité. [p. 27 et 28]

[264] L'argument de Comstock portant qu'il n'y a aucun fondement pour la tenir responsable de la moitié de tous les retards accusés par le projet n'est pas étayé par la preuve. L'argument est fondé sur la fausse prémisse voulant qu'il incombât à AMEC ou à PCS de démontrer que Comstock avait causé des retards dans le chemin critique.

[265] Selon le contrat à prix forfaitaire entre Comstock et PCS, Comstock devait être rémunérée en fonction du taux d'achèvement du projet et non en fonction du temps qu'elle passait réellement sur le chantier à supporter des coûts. Le contrat prévoyait en outre que, si Comstock était entravée ou retardée en raison de ses propres actes ou de sa propre négligence, elle n'avait droit à aucune prolongation de délai et à aucun paiement additionnel.

[266] Comstock assumait donc le risque de toute perte éventuelle subie par suite du défaut de progresser et d'achever le projet en temps opportun, que ce soit en raison d'hypothèses erronées (par exemple un échéancier de projet ou un budget trop agressifs), de manque de productivité ou autre cause. Tous ces retards sont non indemnisables.

[267] En application du contrat Comstock, une demande de prolongation du délai d'achèvement des travaux de la part de Comstock ne pouvait être approuvée que si l'événement ou la situation donnant lieu à la demande avait une incidence négative sur le chemin critique du calendrier des travaux de construction.

[268] Ainsi, Comstock ne pouvait éventuellement recouvrer d'AMEC ou de PCS des pertes indemnisables liées à des retards que si elle démontrait que des violations du contrat par AMEC ou PCS avaient causé des retards dans le chemin critique. C'est à Comstock qu'il incombait de quantifier ces pertes.

[269] La juge de première instance a fait remarquer que l'expert de Comstock, M. Dean, n'avait pas quantifié l'incidence relative des différents problèmes soulevés par Comstock dans sa demande globale afférente aux retards indemnisables. Lors du débat oral, en réponse, l'avocat de Comstock a soutenu que, malgré le manque de preuve produite par Comstock, le tribunal pouvait néanmoins quantifier le préjudice en déterminant quels éléments étaient indemnisables et quels éléments ne l'étaient pas et en imputant la responsabilité en fonction d'une évaluation de leur importance relative. La transcription du procès fait état de l'échange suivant avec l'avocat de Comstock :

[TRADUCTION]

LA COUR : [...] [S]i la Cour devait examiner toutes les allégations de retards et acceptait certains retards comme indemnisables et d'autres pas, comment la Cour – comment aborderais-je – je ne peux retourner en arrière et extraire des montants quelconques de l'analyse de M. Dean, n'est-ce pas?

M<sup>e</sup> M. DUNN : [...] Alors, si la Cour devait conclure que certains retards, mais non tous, sont indemnisables, nous argumenterions que ce que l'on peut retenir de *Penvidic*, c'est que la Cour, dans une telle situation, devrait déterminer quelle portion des pertes est – quelle portion des pertes de productivité du travail comprises dans l'estimation de 2 millions de dollars faite par M. Dean peut être attribuée à des pertes indemnisables et quelle portion peut être attribuée à des causes qui ne sont pas indemnisables. Ainsi, dans une situation où, par exemple, on conclurait que – que Comstock a droit aux pertes de productivité du travail attribuables aux ponts roulants, à la modification des dessins et aux ordres de modification, mais non, par exemple, à celles causées par l'avis tardif de poursuivre les travaux, il faudrait alors évaluer l'importance de l'avis de poursuivre les travaux par rapport

aux autres éléments à ce stade-là. Et alors, le montant adjugé serait basé sur cette évaluation, d'accord? Ainsi, si 90 % des problèmes de productivité sont causés par PCS et AMEC, il faudrait alors adjuger 90 % des pertes de productivité du travail estimées par M. Dean. Et la raison pour laquelle il en est ainsi, comme vous le savez, c'est que c'est simplement – et la raison pour laquelle M. Dean a abordé la question comme il l'a fait – c'est parce que, dans le cadre d'un projet de ce genre, il s'agit de la somme d'éléments incertains. Il n'est pas possible de dire, vous savez, ce – un, en quelque sorte d'isoler chaque élément et d'y attribuer une valeur, et ce que *Penvidic* et d'autres décisions qui l'ont suivie nous enseignent, cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas de pertes et cela ne veut pas dire qu'aucune somme ne doit être adjugée. Dans de telles situations, ce que la Cour doit faire, c'est de son mieux, et le terme « deviner » est utilisé expressément, mais c'est le mieux que l'on peut faire dans les circonstances.

LA COUR : D'accord. Il n'y a donc aucune répartition – M. Dean n'a fait aucune ventilation des pourcentages. Il ne dit pas que les ponts roulants comptaient pour 50 % ou que les plans comptaient pour 85 %.

M<sup>e</sup> M. DUNN : Non.

LA COUR : Mais je – vous dites que la Cour prendrait alors un recul et dirait je vais faire la répartition moi-même, en fonction de la preuve de –

M<sup>e</sup> M. DUNN : L'importance relative des éléments, car il y a eu plusieurs éléments de preuve. Alors, si vous examinez la question de l'ordre tardif d'exécution par rapport à la question du pont roulant, d'accord, il y a plusieurs éléments de preuve concernant l'incidence de l'un comparativement à l'incidence de l'autre. Nous soutenons donc qu'il y a – il est possible de le faire en s'appuyant sur la preuve. Nous sommes bien sûr d'avis qu'il n'est pas nécessaire de le faire, mais si ça devient nécessaire, l'exercice s'appuie sur la preuve, dans la mesure où on peut l'évaluer, pour imputer la responsabilité. [Soulignement ajouté; transcription du procès, le 13 décembre 2019, p. 8128 à 8131]

pour déterminer lesquels, parmi les éléments soulevés par Comstock, avaient été causés par des retards indemnisables et lesquels avaient été causés par des retards non indemnisables, arrivant au bout du compte à la conclusion que seuls les problèmes liés aux ponts roulants (y compris les élévateurs à godets) et aux ordres de modification tardifs constituaient des retards indemnisables causés par AMEC ou PCS, ayant créé des retards dans le chemin critique.

[271] La juge de première instance a ensuite conclu, à partir de son évaluation de l'importance relative des éléments, que les violations du contrat de la part d'AMEC ou de PCS avaient causé la moitié des retards qui se sont produits après le 31 mai 2010, le reste des retards non indemnisables ayant été causés par les problèmes de productivité de Comstock elle-même et par des retards et des pertes d'effectifs qui se sont produits tôt dans le projet.

[272] Dans le cadre du présent appel, cependant, Comstock a soutenu que, pour éviter d'être tenues responsables envers Comstock pour les pertes liées aux retards, AMEC et PCS devaient démontrer que Comstock avait causé des retards dans le chemin critique. Cela est inexact. Il incombait en tout temps à Comstock de faire la preuve de retards indemnisables pour établir la responsabilité d'AMEC et de PCS, et non l'inverse.

[273] L'argument de Comstock selon lequel la preuve ne permettait pas de conclure que Comstock était responsable de la moitié de tous les retards dans le projet est donc sans fondement, parce qu'il part de l'affirmation erronée qu'il incombait à AMEC et à PCS d'établir que Comstock avait causé des retards dans le chemin critique.

[274] La juge de première instance a conclu qu'une part de responsabilité pour les retards appartenait à Comstock, et, dans ses motifs, elle a examiné la question de l'incidence de cette part sur les retards dans le projet de construction.

[275] Dans le cadre de son évaluation des retards et des pertes liées à la main-d'œuvre qui s'étaient produits tôt dans le projet, la juge de première instance a conclu que

plusieurs d'entre eux étaient imputables à Comstock. L'expert de Comstock, M. Dean, a admis ce fait, mais il n'en a pas fait de quantification.

[276] S'agissant de la question de la productivité de Comstock, la juge a conclu que diverses pertes de productivité que Comstock prétendait être indemnisables n'avaient pas été causées par PCS ou AMEC ou que celles-ci n'y avaient pas contribué, et qu'elles relevaient donc de Comstock.

[277] En répartissant la responsabilité pour les retards, la juge a finalement conclu que des problèmes de productivité de Comstock et des retards qui ont eu lieu tôt dans le projet avaient contribué au retard général accusé par le projet :

[TRADUCTION]

[...] À mon avis, les problèmes de productivité de Comstock elle-même et des retards qui se sont produits tôt dans le projet ont également contribué au retard général pris par Comstock. [...]

[Décision de première instance, par. 726]

[278] L'argument de Comstock portant qu'il n'était pas possible de la tenir responsable de la moitié des retards accusés par le projet dans son ensemble à partir de la preuve est en outre sans fondement du fait qu'il part de la fausse prémisse que la juge de première instance n'a pas conclu qu'AMEC ou PCS avaient causé certains retards additionnels (c'est-à-dire des modifications aux travaux, l'effet du temps froid et l'accessibilité à certaines zones). Ici encore, même si la preuve n'est pas parfaite, l'évaluation qu'en a fait la juge de première instance n'est pas entachée d'une erreur manifeste et dominante.

(4) Modifications apportées aux travaux

[279] Dans ses motifs, la juge de première instance a conclu que les plans n'avaient pas été modifiés de façon importante par rapport à ce qui était envisagé au moment de l'appel d'offres, et elle a fait remarquer que l'opinion de M. Dean concernant

l'augmentation totale de la valeur du contrat résultant de modifications techniques était exagérée étant donné que M. Dean n'a pas fait de revendication des modifications non techniques dans son analyse.

[280] En conséquence, la juge de première instance a conclu que Comstock n'avait pas établi le montant réel de l'augmentation du volume de travail résultant des modifications techniques.

[281] Dans le cadre du présent appel, cependant, Comstock affirme que la juge de première instance n'a pas tenu compte de l'incidence des modifications non techniques, question qui n'a pas été débattue au procès et qui ne repose sur aucune preuve d'expert.

[282] L'argument de Comstock repose en outre sur les allégations suivantes, qui ne sont pas étayées par la preuve :

- a) elle affirme que M. Dean a effectivement distingué les modifications techniques et les modifications non techniques; elle ne cite toutefois aucune preuve à l'appui de cette affirmation, et elle n'a pas interjeté appel de la conclusion contraire de la juge de première instance;
- b) elle prétend que la juge de première instance n'a pas tenu compte de l'incidence des modifications non techniques, tout en affirmant, en même temps, que la juge de première instance a conclu que les ordres de modification portant sur des modifications non techniques n'avaient eu aucune incidence sur les travaux.

[283] En outre, la juge de première instance a également conclu que Comstock n'avait pas établi en quoi consisterait un volume raisonnable de modifications dans les circonstances.

[284] Comstock n'a renvoyé à aucun élément, que ce soit de la preuve ou autre, qui permettrait rationnellement de croire que la juge de première instance a oublié ou mal interprété une preuve pertinente ou n'en a pas tenu compte.

[285] L'argument de Comstock portant que la juge de première instance n'a pas tenu compte de l'incidence de modifications non techniques est donc sans fondement.

(5) Effet du temps froid

[286] L'argument de Comstock portant que la juge de première instance a mal interprété la preuve quand elle a conclu que Comstock n'avait pas démontré l'effet du temps froid est sans fondement.

[287] La juge de première instance a conclu que Comstock n'avait produit aucune preuve d'expert pour établir que le temps froid avait eu une incidence importante sur la productivité de Comstock, encore moins pour quantifier l'incidence d'un prétendu retard dans le chemin critique.

[288] La juge a expressément tenu compte du témoignage de Brian McLellan, gestionnaire de projet de Comstock, des rapports journaliers de l'entrepreneur, des comptes rendus des réunions hebdomadaires et des entrées journalières au journal faites par le contremaître que M. Dean a mentionnées.

[289] Ici encore, Comstock n'a renvoyé à rien qui permettrait rationnellement de croire que la juge de première instance a oublié ou mal interprété une preuve pertinente ou n'en a pas tenu compte.

[290] Comstock affirme que M. Dean a [TRADUCTION] « modélisé de façon précise » les effets du temps froid; cependant, M. Dean ne fait que résumer dans un tableau et dans un graphique correspondant des mentions générales aux conditions météorologiques que l'on trouve dans les fiches journalières et les rapports de

construction de Comstock.

[291] Comstock va plus loin et affirme que l'expert des défenderesses, M. Fogarasi, a admis son allégation portant que le temps froid aurait une incidence sur la productivité, alors que celui-ci a simplement reconnu que le fait de travailler dans des conditions de froid pouvait entraîner une perte de productivité, non que ce serait nécessairement le cas.

[292] De plus, la principale raison pour laquelle la juge de première instance a rejeté l'argument de Comstock sur les effets du temps froid était qu'AMEC et PCS n'avaient pas violé le contrat en omettant de fermer le bâtiment complètement avant le 1<sup>er</sup> novembre 2009, ce qui était la présumée cause de l'incidence du temps froid.

[293] Comstock n'a pas produit de preuve établissant que la juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante, et son argument portant qu'elle a mal interprété la preuve en concluant que Comstock n'avait pas démontré l'incidence du temps froid est donc sans fondement.

(6) Accessibilité à certaines zones

[294] Comstock prétend que la juge de première instance a commis une erreur en limitant au niveau 141 de l'usine de compactage son analyse des retards causés par le manque d'accès et en n'abordant pas la question de l'accès au niveau 95.

[295] Le problème soulevé par Comstock relativement au niveau 95 n'avait aucun rapport avec un défaut quelconque de la part de PCS d'assurer à Comstock l'accès à la zone; le problème est survenu parce qu'une entreprise de revêtement travaillait près de cette zone.

[296] La juge de première instance a traité les allégations de Comstock concernant l'ingérence d'autres entrepreneurs ailleurs dans la décision, et elle a conclu

qu'il n'y avait pas eu de violation de contrat par suite de telles ingérences, notamment de la part des poseurs de revêtements extérieurs.

[297] Même si l'ingérence d'autres entrepreneurs avait constitué une violation du contrat, Comstock n'a pas démontré que le manque d'accessibilité a entraîné des retards dans le calendrier.

Appel interjeté par PCS

F. *La juge de première instance aurait-elle dû tirer une inférence défavorable contre Comstock par suite de son défaut d'appeler Geoffrey Birkbeck à témoigner?*

[298] Notre Cour a énoncé la règle générale concernant les inférences défavorables dans *Doiron c. Haché*, 2005 NBCA 75, 290 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 79, en ces termes :

La règle générale concernant les inférences défavorables est énoncée par John Sopinka, Sidney N. Lederman et Alan W. Bryant dans *The Law of Evidence in Canada*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto, Butterworths, 1999), au paragraphe 6.321 :

[TRADUCTION]

Dans les affaires civiles, on peut tirer une inférence défavorable lorsque, en l'absence d'une explication, une partie au litige ne témoigne pas, ne fournit pas de preuve par affidavit à l'égard d'une requête ou n'appelle pas un témoin qui aurait connaissance des faits et qu'on présumerait disposé à aider cette partie. Dans la même veine, on peut tirer une inférence défavorable contre une partie qui n'appelle pas un témoin clé qu'elle seule peut appeler et n'explique pas pourquoi. Une telle omission équivaut à un aveu tacite que la preuve du témoin absent serait nuisible à la cause de cette partie, ou du moins ne l'appuierait pas.

[Soulignement ajouté; par. 106]

(1) Critères applicables aux inférences défavorables

[299] PCS affirme que la juge de première instance aurait dû tirer une inférence défavorable contre Comstock du fait qu'elle n'a pas appelé Geoffrey Birkbeck à témoigner au procès. Elle soutient que la juge de première instance aurait dû inférer que, si M. Birkbeck avait témoigné, son témoignage aurait aidé la cause de PCS. Cet argument ne tient pas pour deux raisons :

1. Il n'y avait aucune preuve que M. Birkbeck avait une connaissance personnelle des événements en cause dans l'instance. M. Birkbeck était le directeur général de Comstock, une grosse entreprise de construction menant plusieurs grands projets de front à tout moment. Il n'a ni envoyé ni reçu une partie quelconque de la correspondance entre les parties; il n'a pas négocié le contrat Comstock, et il n'a pas assisté à des réunions avec PCS ou AMEC. Il n'y avait aucune raison de croire qu'il avait de la preuve pertinente, encore moins qu'il était la meilleure personne pour témoigner.
2. Quoi qu'il en soit, si PCS croyait réellement que M. Birkbeck détenait de la preuve importante, elle aurait facilement pu l'appeler à témoigner. PCS elle-même admet que M. Birkbeck était présent en cour pendant une bonne partie du procès. HB n'était pas la seule à pouvoir l'appeler à témoigner, et PCS aurait pu l'appeler à témoigner, au besoin, en lui faisant signifier un avis de comparution conformément à la règle 55 des *Règles de procédure*.

(2) Critères à remplir pour que soit tirée une inférence défavorable

[300] Les principes suivants se dégagent de l'arrêt *Doiron* :

- a) le pouvoir de tirer une inférence défavorable est un pouvoir discrétionnaire;

- b) avant de pouvoir exercer ce pouvoir discrétionnaire, le tribunal doit conclure que la partie contre laquelle l'on sollicite l'inférence était la seule à pouvoir appeler le témoin à témoigner;
- c) la preuve que le témoin pourrait produire doit être substantielle;
- d) c'est à la partie qui demande que l'on tire une inférence défavorable qu'il incombe de démontrer que le témoin était un témoin clé que seule la partie contre qui l'on sollicite l'inférence pouvait appeler à témoigner.

[301] Pour les motifs exposés ci-après, PCS n'a pas démontré que la juge de première instance a commis une erreur en ne tirant pas l'inférence défavorable qu'elle sollicite.

(3) Aucune preuve substantielle

[302] Toute partie qui demande que l'on tire une inférence défavorable doit démontrer que le témoin visé a une preuve substantielle à fournir. Il s'agit là d'une question préliminaire. Si une personne n'a pas de preuve substantielle à fournir, on ne peut tirer d'inférence défavorable.

[303] L'argument de PCS concernant l'inférence défavorable ne peut être retenu, puisque PCS n'a produit aucune preuve à l'égard de cette question préliminaire.

[304] Le principal témoin de Comstock au procès était Brian McLellan. Le témoignage de M. McLellan en interrogatoire principal s'est étendu sur plus de six jours, et il a été contre-interrogé pendant quatre jours. Pendant tout ce temps, le nom de M. Birkbeck n'a été mentionné qu'une seule fois. Cette mention est reproduite dans son intégralité ci-après :

[TRADUCTION]

Q. – Et, monsieur, vous étiez le DP, directeur de projet, je vais l'appeler le DP. De qui releviez-vous?

R. Je relevais de Keith Tuffrey.

Q. – Oui.

R. Et – bien c'est la personne de qui – je relevais, il y avait des cadres supérieurs tels que Brian Guite et Pete Semmens et, au sommet, Geoff Birkbeck.

[Transcription, le 7 janvier 2019, p. 78, ll. 17 à 23]

[305] Ainsi, M. Birkbeck était à plusieurs niveaux hiérarchiques au-dessus de la personne la plus haut placée que Comstock avait sur le chantier. Il n'y a aucune preuve que M. Birkbeck est intervenu directement dans les événements qui se sont produits sur le chantier et qui faisaient l'objet du litige. L'affirmation de PCS selon laquelle M. Birkbeck avait une connaissance directe de l'établissement du calendrier, des ordres de modification, des réclamations ou des « motifs de manquements » n'est pas étayée par la preuve.

[306] PCS prétend que M. Birkbeck disposait d'une preuve substantielle concernant la présumée tentative de Comstock de [TRADUCTION] « renégocier le contrat ». Si c'était le cas, on se serait attendu à ce que PCS, à titre d'autre partie aux négociations, présente une preuve concernant la présumée participation de M. Birkbeck. Cependant, les cadres supérieurs de PCS qui ont participé à ces négociations, à savoir Clark Bailey et Mark Fraccia, ont témoigné, et ni l'un ni l'autre n'a mentionné M. Birkbeck. Aucune correspondance entre les parties n'émanait de M. Birkbeck, et ce dernier n'a participé à aucune réunion avec AMEC ou PCS.

[307] Pire encore, PCS affirme que la juge de première instance a commis une erreur en ne tirant pas d'inférences que PCS elle-même n'a pas soulevées au procès. PCS a soutenu que M. Birkbeck pouvait « expliquer » pourquoi Comstock avait fait des réclamations substantielles au cours de la période d'avril à juillet 2010. PCS a aussi laissé entendre qu'une personne en connaissance aurait dû témoigner au sujet de la stratégie

générale qu'avait Comstock lorsqu'elle a présenté sa soumission à prix forfaitaire au prix qu'elle a proposé, et au sujet de son évaluation des gestionnaires affectés à ce projet.

[308] PCS prétend maintenant que la juge de première instance aurait dû tirer une inférence défavorable beaucoup plus large que celle qu'elle a demandée au procès. Elle affirme, par exemple, que la juge de première instance a commis une erreur en ne tirant pas une inférence défavorable portant que le témoignage de M. Birkbeck (si celui-ci avait témoigné) aurait sapé la position de Comstock concernant l'établissement du calendrier, les ordres de modification et l'avis de défaut d'exécution. Ce sont là des questions clés que PCS n'a même pas soulevées au procès. Avec égards, ce n'est pas ainsi que fonctionnent les inférences défavorables. Dans *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, le juge Binnie a dit ce qui suit : « Il faut également être précis quant à la nature exacte de l'“inférence défavorable” recherchée. » (par. 28). Au mieux, il est contre-intuitif de la part de PCS d'affirmer que la juge de première instance a commis une erreur en ne retenant pas des arguments que PCS n'a même pas présentés.

[309] Comme la Cour l'a mentionné dans *Doiron*, une inférence défavorable ne peut être tirée que lorsqu'une partie n'appelle pas un témoin « qu'elle seule peut appeler ». Comme je l'ai indiqué, M. Birkbeck était présent en cour pendant de grandes parties du procès. Le fait qu'un témoin était présent en cour durant le procès était un facteur qui a amené la Cour d'appel de l'Ontario à annuler une inférence défavorable dans *Lambert c. Quinn*, [1994] O.J. No. 3 (QL) (C.A.). Si PCS croyait sincèrement que M. Birkbeck disposait d'une preuve substantielle, elle aurait pu le sommer à témoigner en lui signifiant un avis de comparution conformément à la règle 55 des *Règles de procédure*.

G. *La juge de première instance a-t-elle commis une erreur dans son analyse des motifs invoqués par PCS pour résilier le contrat Comstock en confondant la question du défaut de Comstock d'apporter les modifications aux travaux avec diligence et la question de savoir si ce défaut constituait un refus d'exécuter les travaux?*

[310] Dans ses plaidoiries et dans ses arguments au procès, PCS a soutenu qu'elle était en droit de résilier le contrat Comstock pour défaut d'exécution, au titre des CG 46.5.1 et 46.5.2 du contrat.

[311] Le 30 juin 2010, AMEC a donné à Comstock un avis de défaut d'exécution dans lequel elle indiquait six manquements de la part de Comstock prévus à la CG 46.5.1 du contrat, notamment le fait que Comstock [TRADUCTION] « n'a pas exécuté ou n'exécut[ait] pas les travaux avec diligence ».

[312] Aux termes du contrat, [TRADUCTION] « travaux » désigne [TRADUCTION] « l'ensemble des travaux de construction et des services qui s'y rattachent exigés par le dossier du projet [...] y compris les modifications approuvées [...] ».

[313] Dans ce contexte, PCS a soutenu que le défaut de Comstock [TRADUCTION] « d'exécuter les travaux avec diligence », y compris son défaut de réaliser des travaux sans ordre de modification approuvé, l'autorisait à résilier le contrat pour défaut d'exécution.

[314] La juge de première instance a conclu à juste titre que rien n'empêchait Comstock de faire les modifications aux travaux qui figuraient sur les dessins et les dessins révisés émis pour la construction.

[315] PCS prétend que la juge de première instance a commis une erreur en rejetant son argument voulant que Comstock ait violé le contrat en n'exécutant pas les

travaux avec diligence. Contrairement à l'affirmation de PCS, la conclusion de la juge de première instance sur ce point repose sur plusieurs conclusions de fait. La juge de première instance a soigneusement examiné chacune des allégations faites par PCS à l'appui de son affirmation voulant que Comstock n'a pas exécuté les travaux avec diligence, et elle a débouté PCS sur chaque point.

[316] Ces conclusions reposaient sur l'analyse minutieuse que la juge de première instance a faite de la preuve abondante. PCS ne prétend pas que la juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante, et je conviens que l'on ne peut en déceler aucune. Les conclusions de fait tirées par la juge de première instance sont résumées ci-après.

[317] Un grand nombre de modifications – y compris un grand nombre qui ont retardé le projet – n'ont pas été communiquées au moyen de dessins révisés émis pour la construction; elles étaient plutôt le résultat de demandes faites sur le terrain.

[318] La juge de première instance a conclu que Comstock n'a pas violé le contrat de la manière alléguée par PCS, ou ne l'a pas violé du tout :

[TRADUCTION]

[...] La preuve n'établit pas qu'AMEC a à quelque moment que ce soit avisé Comstock que celle-ci n'exécutait pas les travaux avec diligence du fait qu'elle attendait de recevoir un ordre de modification avant d'effectuer les modifications.

Bien que j'aie conclu que rien n'empêchait Comstock d'effectuer les modifications aux travaux qui figuraient sur les dessins et les dessins révisés émis pour la construction avant de recevoir un ordre de modification signé, je n'estime pas que le fait que Comstock ait interprété le contrat comme exigeant un ordre de modification constituât un « refus » d'exécuter les travaux.

[Décision de première instance, par. 747 et 748]

[319] La juge de première instance a fait une analyse attentive du contrat et de la preuve et elle a conclu que Comstock n'avait pas violé le contrat en n'exécutant pas immédiatement les travaux qui figuraient sur les dessins émis pour la construction avant qu'un ordre de modification soit donné. Il s'agit là d'une conclusion de fait, et PCS ne prétend pas que cette conclusion est le résultat d'une erreur manifeste et dominante.

[320] De plus, PCS ne pouvait cerner de travaux particuliers qui n'avaient pas été exécutés avec diligence du fait que Comstock attendait un ordre de modification même si elle avait les dessins émis pour la construction. Ainsi, même si PCS avait raison, et même si Comstock avait mal interprété le contrat, il ne s'ensuit pas que Comstock n'a pas exécuté les travaux avec diligence.

[321] Tel qu'il est décrit ci-après, le fait pour Comstock de violer le contrat ne suffit pas pour justifier la résiliation du contrat. Il fallait qu'AMEC donne un avis précis de la violation à Comstock et lui offre la possibilité de remédier au manquement. La juge de première instance a conclu que Comstock n'avait pas reçu d'avis valable et que l'avis de défaut d'exécution ne suffisait pas pour justifier la résiliation pour défaut d'exécution.

[322] PCS affirme que la seule inférence raisonnable est que Comstock avait compris que, lorsqu'AMEC a indiqué qu'elle n'exécutait pas les travaux avec diligence, cela voulait dire qu'elle devait entamer les travaux indiqués sur les dessins émis pour la construction sans attendre un ordre de modification. La juge de première instance a toutefois conclu qu'AMEC n'avait jamais indiqué à Comstock que la position que celle-ci prenait à l'égard des nouveaux travaux indiqués sur les dessins émis pour la construction constituait une violation du contrat, encore moins la violation mentionnée par AMEC dans l'avis de défaut d'exécution.

H. *La juge de première instance a-t-elle commis une erreur dans son appréciation de la connaissance qu'avait Comstock des faits particuliers justifiant la résiliation du contrat Comstock par PCS?*

[323] La CG 46.5 du contrat Comstock énumère un nombre de manquements qui permettent à PCS de résilier le contrat s'il n'y est pas remédié dans les dix jours suivant la délivrance d'un avis de défaut d'exécution par AMEC.

[324] Un des manquements mentionnés dans l'avis de défaut d'exécution était le fait que Comstock [TRADUCTION] « n'a pas assuré ou n'assure pas suffisamment d'équipement, de matériaux ou de services ».

[325] Bien que la juge de première instance ait, à juste titre, conclu que Comstock avait violé le contrat en ne fournissant pas des rapports hebdomadaires détaillés, comme l'exigeait la CG 20.3.2.1, elle a également conclu à juste titre que l'avis de défaut d'exécution était insuffisant pour justifier la résiliation pour ce motif, puisqu'il n'était pas clair que le défaut de fournir des rapports hebdomadaires détaillés était compris dans le manquement indiqué dans l'avis de défaut d'exécution, à savoir [TRADUCTION] « n'assure pas suffisamment d'équipement, de matériaux ou de services ».

[326] Cependant, de façon plus générale, PCS affirme que la juge de première instance n'a pas tenu compte de la preuve établissant que Comstock avait reçu assez de précisions au sujet de ce manquement avant la délivrance de l'avis de défaut d'exécution le 30 juin 2010.

[327] Comstock savait, au moment où l'avis de défaut d'exécution a été émis le 30 juin 2010, qu'elle n'avait pas fourni à AMEC les rapports hebdomadaires exigés par le contrat, en raison des demandes précises qu'AMEC avait faites en vue d'obtenir ces rapports à plusieurs occasions, tel qu'il a été indiqué.

[328] À la suite de la remise de l'avis de défaut d'exécution, AMEC a envoyé une autre lettre le 7 juillet 2010, dans laquelle elle rappelait à Comstock les clauses du contrat. AMEC a de nouveau soulevé la CG 20.3.2.1 avec Comstock, lui signalant qu'elle devait fournir des rapports hebdomadaires.

[329] De plus, le 15 juillet 2010, cinq jours après le délai de dix jours à l'intérieur duquel Comstock devait remédier à tout manquement, M. Vecchio a envoyé une lettre à la direction de Comstock expliquant où elle pouvait trouver les précisions sur ses manquements. Cette lettre était une réponse à la lettre de vingt-neuf pages envoyée par Comstock en date du 6 juillet 2010, qui alléguait brièvement, entre autres choses, que l'avis de défaut d'exécution ne donnait pas assez de précisions.

[330] Étant donné la gravité de la résiliation d'un contrat, toute notification d'un présumé manquement doit donner assez de précisions claires pour offrir au destinataire une possibilité raisonnable de comprendre le manquement et d'y remédier. La rigueur de cette exigence est soulignée dans une décision de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, *Pioneer Hi-Bred International, Inc. c. Richardson International Limited.*, 2010 MBQB 161, [2010] M.J. No. 228 (QL) :

[TRADUCTION]

Il semblerait évident que l'objet d'une disposition relative au préavis comme celle énoncée ci-dessus est de fournir à la partie défaillante la possibilité de remédier à son manquement. Pour qu'il soit possible de remédier au manquement, il faut fournir assez de précisions sur le manquement en question pour que la partie puisse comprendre le comportement que lui reproche l'autre partie. L'avis doit être clair et concis, puisque le délai avant la résiliation a commencé à courir à la date de la remise de la lettre en question. Cette clarté ne doit laisser aucun doute dans l'esprit de l'autre partie quant aux conséquences possibles et attendues de l'omission d'obtempérer. Voir *Heep c. Thimsen*, [1941] 1 D.L.R. 424 (C.A.C.-B.), par. 6; *M.L. Baxter Equipment Ltd. c. Geac Canada Ltd.* (1982), 36 O.R. (2d) 150 (H.C.J. Ont.), par. 16 et 17.

[Soulignement ajouté; par. 58]

[331] La Cour supérieure de justice de l'Ontario a cité cet extrait, en l'approuvant, dans *Kingdom Construction Limited. c. Regional Municipality of Niagara*, 2018 ONSC 29, [2018] O.J. No. 50 (QL).

[332] Dans l'arrêt *Kingdom*, la Cour a conclu que l'avis donné à l'entrepreneur n'était pas clair et précis et que, pour cette raison, la résiliation était abusive. La partie qui résilie le contrat ne peut invoquer un manquement que si celui-ci a été précisé dans l'avis de défaut d'exécution lui-même.

[333] C'est à PCS et AMEC seules qu'il incombait de préciser clairement les manquements sur lesquels elles se fondaient, et il n'appartenait aucunement à Comstock de démontrer qu'elle n'avait pas compris les allégations de manquement. AMEC et PCS ne se sont pas acquittées de cette charge. Rien ne justifie de modifier la conclusion mûrement réfléchie de la juge de première instance portant que l'avis de défaut d'exécution ne donnait pas un préavis valable.

[334] La juge de première instance a conclu que l'on ne pouvait dire que l'avis de défaut d'exécution constituait une notification informant Comstock qu'elle avait effectivement violé le contrat du fait qu'elle n'avait pas fourni des rapports hebdomadaires détaillés. Voici ce qu'elle a dit, de façon très éloquente :

[TRADUCTION]

S'agissant du défaut de fournir les rapports hebdomadaires, PCS et AMEC indiquent qu'il aurait dû être évident pour Comstock qu'il s'agissait d'un défaut d'exécution. Cependant, je n'estime pas qu'il eût été évident pour Comstock, ou pour quiconque lirait l'avis de défaut d'exécution, que le défaut de fournir des rapports hebdomadaires constituait un [TRADUCTION] « défaut d'assurer suffisamment d'équipement, de matériaux et de services ». L'on n'indiquait pas clairement non plus ce que Comstock devait faire pour remédier aux manquements allégués. [Décision de première instance, par. 828]

[335] La conclusion de la juge de première instance était étayée par la preuve, et PCS n'a fait valoir aucun moyen pour la modifier.

M. McLellan a témoigné que Comstock ne savait pas à quoi l'avis de défaut d'exécution faisait référence, et ce témoignage n'a pas été contesté

[336] En conséquence de la décision de notre Cour dans *City of Moncton c. Aprile Contracting Ltd., Sepleo Ltd., Nileo Ltd., Franleo Ltd., Joleo Ltd. and Great American Insurance Company of New York and James F. MacLaren Ltd., MacLaren, Fennerty, Brodie and Groundwater Development Corporation Ltd. (Third Parties)* (1980), 29 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 631, [1980] A.N.-B. n° 87 (QL) (C.A.), la résiliation ne peut être valable que s'il n'y avait [TRADUCTION] « aucun doute » dans l'esprit de Comstock quant à la nature des manquements allégués dans l'avis de défaut d'exécution et quant à la manière d'y remédier. La preuve démontre que ce n'était pas le cas.

[337] M. McLellan a témoigné que Comstock ne savait pas [TRADUCTION] « de quoi [AMEC] parlait » dans l'avis de défaut d'exécution. Ce témoignage n'a pas été contesté en contre-interrogatoire et n'a pas été contredit par d'autres éléments de preuve. La juge de première instance avait raison de le retenir.

[338] La conclusion de la juge de première instance trouve également appui dans les documents et aveux émanant d'AMEC au même moment. Comstock ne savait pas ce qu'AMEC lui reprochait ni comment répondre aux allégations. Elle a donc écrit à AMEC le 6 juillet 2010 pour demander des précisions :

[TRADUCTION]

1. Manque de détails – la lettre du 30 juin 2010 manque de détails

La lettre ci-jointe, datée du 30 juin, ne contient pas assez de détails ou, plutôt, elle manque de détails et de justifications quant à la manière dont AMEC a formé son opinion. Elle cite simplement quelques dispositions de la CG 46.5.1 du contrat et ne nous donne aucune directive quant aux éléments particuliers qui, de l'avis d'AMEC, doivent être corrigés ou quant à l'information sur laquelle son opinion repose.

Par exemple :

- a. Quels équipements, matériaux ou services font défaut?
- b. Dans quel sens Comstock fait-elle défaut d'exécuter les travaux avec diligence?
- c. Dans quel sens Comstock fait-elle défaut d'assurer suffisamment de main-d'œuvre et de supervision compétentes et qualifiées?
- d. Dans quel sens Comstock exécute-t-elle les travaux de manière inefficace?

Sans avoir suffisamment de détails sur les présumés manquements de Comstock au contrat, nous ne pouvons réagir de manière utile.

[339] La demande de Comstock était raisonnable. Si AMEC et PCS avaient envoyé l'avis de défaut d'exécution pour signaler des manquements réels, la seule réponse logique aurait été de fournir les précisions demandées pour que Comstock puisse remédier aux manquements. M. Wallace Roul, d'AMEC, a admis qu'il aurait fallu fournir des précisions, mais qu'il ne savait pas si AMEC avait même répondu à la lettre de Comstock :

[TRADUCTION]

Q. [...] si l'on prétend que Comstock a fait quelque chose de mal, celle-ci doit savoir exactement ce qu'on lui reproche afin de pouvoir le corriger, n'est-ce pas?

R. C'est exact.

Q. D'accord. Et Comstock dit très clairement, nous ne savons pas ce que vous nous reprochez, n'est-ce pas?

R. D'accord.

Q. Et AMEC n'a jamais répondu, n'est-ce pas?

R. Je ne sais pas.

[Transcription, le 23 octobre 2019, p. 6048, ll. 8 à 16]

[340] AMEC a amené M. Neis sur le chantier et lui a délégué son pouvoir de traiter la réclamation de Comstock. M. Neis (qui était en vacances au moment où l'avis de défaut d'exécution a été rédigé et envoyé) a examiné l'avis de défaut d'exécution et a conclu qu'il ne contenait rien qui permettait à PCS de résilier le contrat pour motif valable. Il a communiqué cette conclusion à M. Bailey quelques jours avant la résiliation :

[TRADUCTION]

Notre lettre n° 8.6.1 E156930-Ltr022, datée du 30 juin 2010, attribue à l'entrepreneur des défauts d'exécution, sans donner de détails. Cependant, à ma connaissance, les méthodes de construction de l'entrepreneur ont été constantes pendant toute la durée du contrat.

[...] il faut plus de détails pour résilier le contrat pour défauts d'exécution de la part de l'entrepreneur.

[Soulignement ajouté; pièce 33 au procès, onglet 147]

[341] Dans son interrogatoire principal, M. Neis a confirmé que l'avis de défaut d'exécution était défectueux :

[TRADUCTION]

R. Bien, j'ai des réserves – j'avais des réserves à l'égard de cette lettre parce qu'il faut vraiment donner à l'entrepreneur une description de ce qu'il doit faire pour remédier au manquement. Alors, même si vous lui dites pendant le défaut d'exécution – si vous ne lui dites pas ce qu'il doit faire pour y remédier, l'entrepreneur ne sait pas quoi faire, et il doit vraiment savoir ce qu'il doit faire.

[Transcription, le 12 novembre 2019, p. 7275, ll. 1 à 7]

[342] Le témoignage de M. Neis, qui n'a pas été contesté, suffit pour invalider l'avis de défaut d'exécution. Il corrobore le témoignage de M. McLellan selon lequel Comstock ne savait pas quels manquements on lui reprochait ni comment y remédier. La liste des manquements a été copiée presque textuellement de la clause de résiliation du contrat Comstock. C'est précisément ce que l'arrêt *Kingdom* dit être inacceptable.

I. *PCS pouvait-elle résilier le contrat Comstock sur le fondement de la doctrine de la violation fondamentale?*

[343] PCS affirme que le comportement de Comstock pendant toute la durée du projet, et particulièrement au cours du printemps 2010, constituait une violation fondamentale du contrat. Elle prétend avoir été privée de l'achèvement de l'usine de compactage dans le délai prévu et de l'avantage du contrat à prix forfaitaire qui avait été négocié, et elle ne savait pas si Comstock avait même l'intention d'achever les travaux. Elle dit que Comstock avait sans cesse tenté de renégocier le contrat Comstock et fait des demandes d'indemnisation nettement exagérées. En fin de compte, PCS affirme que c'est la multitude de manquements au contrat de la part de Comstock qui, dans leur ensemble, violaient l'esprit et la nature du contrat.

[344] PCS affirme que, dans son analyse de cette question, la juge de première instance n'a pas tenu compte des faits décrits ci-après ou les a mal interprétés :

- a) la preuve portant que l'avantage commercial d'un contrat à prix forfaitaire pour le propriétaire est la diminution du risque de dépassement des coûts que le propriétaire peut avoir à payer à l'entrepreneur;
- b) la preuve que, selon la nature commerciale d'un contrat à prix forfaitaire, le propriétaire paie un certain prix pour un résultat précis;
- c) la preuve que les réclamations faites par Comstock auraient doublé le prix de l'usine de compactage que Comstock s'était engagée par contrat à construire;
- d) PCS a versé 31 396 728,31 \$ à Comstock pour une usine de compactage non achevée, et elle a dû verser une somme additionnelle de 17 565 735,70 \$ à

l'entrepreneur qui a achevé les travaux à titre de coût supplémentaire pour achever l'ouvrage par suite de la résiliation du contrat Comstock;

- e) les témoignages de Clark Bailey et de Mark Neis portant que PCS avait dû résilier le contrat Comstock pour que l'usine de compactage soit construite.

[345] PCS affirme que ces facteurs, considérés ensemble, démontrent que, rendu au mois de juillet 2010, Comstock avait privé PCS de l'avantage commercial du contrat. Comstock avait éliminé toute certitude que le projet serait achevé selon des conditions prévisibles, ou même qu'il serait achevé du tout. Elle affirme que la conduite de Comstock équivalait à une répudiation claire du contrat, ce qui constitue une violation fondamentale. PCS prétend donc qu'elle était en droit de résilier le contrat, indépendamment des clauses de résiliation prévues au contrat.

#### Critères pour établir une violation fondamentale

[346] La violation fondamentale est une règle d'interprétation des contrats. Il s'agit d'un recours extraordinaire qui peut permettre à une partie de résilier un contrat sans se conformer aux clauses de résiliation prévues dans le contrat.

[347] Il s'ensuit qu'un lourd fardeau incombe à la partie qui allègue l'existence d'une violation fondamentale. Celle-ci doit établir que la conduite reprochée était entièrement hors de ce qui avait été envisagé par les parties. Cette conduite doit priver l'autre partie de la quasi-totalité du bénéfice qu'elle devait tirer du contrat.

[348] Il y a violation fondamentale lorsqu'une partie prive l'autre partie de la quasi-totalité du bénéfice que devait, selon l'intention des parties, lui procurer le contrat. Elle se produit lorsque le fondement même du contrat est miné et lorsque l'objet même du contrat n'est pas réalisé (voir *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426, [1989] A.C.S. n° 23 (QL), par. 137, avec renvoi à QL).

[349] La Cour d'appel du Manitoba a discuté les principes de violation fondamentale d'un contrat dans *Prairie Petroleum Products Ltd. c. Husky Oil Ltd. et al.*, 2008 MBCA 87, [2008] M.J. No. 241 (QL), aux par. 43 à 46, autorisation de pourvoi refusée, [2008] C.S.C.R. n° 427; ils peuvent se résumer ainsi :

1. une violation fondamentale peut être décrite comme une violation qui a [TRADUCTION] « contrecarré l'objet commercial de l'entreprise dans son ensemble » (par. 43, citant *Pic-A-Pop Beverages Ltd. c. G. & J. Watt Co. Ltd.*, [1975] S.J. No. 432 (QL) (C.A.), par. 13);
2. la question d'une violation fondamentale doit être analysée dans son contexte en fonction du contrat particulier dont il s'agit;
3. pour trancher la question de la violation fondamentale, le tribunal doit examiner les clauses du contrat, l'avantage prévu pour la partie innocente, l'objet du contrat et la mesure dans laquelle il peut être remédié adéquatement à la perte subie par la partie innocente par l'octroi de dommages-intérêts;
4. la notion de violation fondamentale semble transcender les questions habituelles d'interprétation contractuelle pour ce qui est de l'examen de la nature et de l'objet sous-jacents du contrat conclu par les parties et des avantages respectifs que l'entente est censée maintenir ou garantir.

[350] La violation fondamentale doit porter atteinte à l'essence même du contrat en cause. Ce critère rigoureux a été formulé dans les motifs de la juge Wilson, écrivant au nom de la majorité de la Cour sur cette question, dans l'arrêt *Hunter* :

La formulation que je préfère est celle donnée par lord Diplock dans l'arrêt *Photo Production Ltd. c. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.), à la p. 849. Il y a inexécution fondamentale [TRADUCTION] « [l]orsque l'événement qui résulte de l'omission d'une

partie de s'acquitter d'une obligation première a pour effet de priver l'autre partie de la quasi-totalité du bénéfice que devait, selon l'intention des parties, lui procurer le contrat » (je souligne). Cette définition est restrictive, et ce, à juste titre selon moi. Comme le fait observer lord Diplock, le redressement normal dans le cas d'un manquement à une obligation contractuelle « première » (l'objet du contrat) consiste en une obligation « secondaire » concomitante de verser des dommages-intérêts. Les autres obligations premières, dont les deux parties contractantes ne se sont pas encore acquittées, subsistent. Le principe de l'inexécution fondamentale représente une exception à cette règle puisqu'il accorde à la partie innocente un redressement supplémentaire, en ce sens qu'elle peut choisir de [TRADUCTION] « mettre fin à toutes les obligations premières encore inexécutées des deux parties » (p. 849). Il me semble qu'on ne devrait pouvoir obtenir ce redressement exceptionnel que dans des circonstances où le fondement même du contrat a été miné, c'est-à-dire lorsque l'objet même du contrat n'a pas été réalisé.

[Soulignement dans l'original; par. 137]

[351] Dans l'arrêt *Hunter*, la Cour a statué que l'exécution d'un contrat – même une exécution défectueuse – fera échec à une allégation de violation fondamentale.

[352] Dans le contexte de la construction, cela signifie qu'un entrepreneur ne commet pas une violation fondamentale s'il continue à travailler pour achever le contrat, puisque l'essence d'un contrat de construction est simple : l'entrepreneur s'engage à travailler, et le propriétaire s'engage à payer ce travail. D'autres manquements, le cas échéant, peuvent et doivent être traités au moyen des clauses d'inexécution et de résiliation prévues dans le contrat.

[353] La juge de première instance a manifestement compris et évalué la preuve que PCS a invoquée à l'appui de son argument portant que Comstock a commis une violation fondamentale du contrat. Cependant, la preuve établit que PCS a obtenu ce qu'elle avait négocié. Comstock s'est engagée à travailler pour faire avancer le projet. C'est exactement ce qu'elle a fait. Même si la juge a conclu que PCS avait commis des

violations du contrat, Comstock a continué à effectuer les travaux jusqu'au jour de la résiliation, inclusivement.

[354] PCS invoque un certain nombre de manquements, qui sont traités ci-après, et elle prétend que, considérés ensemble, ces manquements constituent une violation fondamentale. La juge de première instance a rejeté cet argument. Elle a conclu, à juste titre, que Comstock n'a pas commis les violations alléguées par PCS.

[355] Les tentatives d'obtenir des indemnités additionnelles ne constituaient pas une violation du contrat. PCS a prétendu que Comstock avait fait [TRADUCTION] « des tentatives continuelles et répétées en vue de renégocier le contrat » et que la juge de première instance a commis une erreur en ne concluant pas que ces tentatives avaient eu lieu. Ce n'est pas ce que la juge de première instance a conclu. En fait, elle a conclu que les réclamations de Comstock se sont [TRADUCTION] « intensifiées » en avril 2010, mais que le fait de demander une rémunération additionnelle ne constituait pas une violation du contrat, que ce soit une violation fondamentale ou autre (par. 842 et 843). PCS n'avait aucune obligation de payer des réclamations qui n'étaient pas valables, et Comstock a continué à travailler malgré le refus de PCS de reconnaître ou de payer ses réclamations. En particulier, la juge a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Je n'estime pas que le fait de poursuivre des réclamations de manière agressive entravait la réalisation de l'objet commercial du contrat ou indiquait que Comstock répudiait le contrat.

[Décision de première instance, par. 869]

[356] PCS n'a pas invoqué d'erreur à l'égard de cette conclusion et rien ne justifie une intervention en appel.

[357] PCS prétend également que Comstock a violé le contrat et que ces violations ont entraîné des retards et des coûts additionnels, qui ont eu pour effet de la priver de la quasi-totalité des avantages associés à un contrat à prix forfaitaire.

[358] PCS a négocié pour que l'on travaille sur le projet, et Comstock a travaillé en vue d'achever le projet. Les violations invoquées par PCS ouvriraient tout au plus droit à des dommages-intérêts ou à la résiliation en conformité avec le contrat, qui exigeait une notification et la possibilité de remédier au manquement.

[359] En l'espèce, Comstock n'a pas abandonné les travaux. Elle a continué à travailler jusqu'au jour de la résiliation du contrat inclusivement. Même si les violations alléguées par PCS et AMEC s'étaient produites, elles ne toucheraient pas l'essence du contrat. L'argument de PCS portant qu'il y a eu violation fondamentale du contrat ne tient donc pas, et rien ne justifie un contrôle en appel sur ce point.

J. *La juge de première instance a-t-elle commis une erreur de droit en n'autorisant pas une compensation contre la réclamation de Comstock à l'égard des travaux non conformes allégués par PCS à la suite de la résiliation du contrat?*

[360] Si Comstock avait achevé le contrat, il aurait fallu qu'elle répare les travaux défectueux à ses propres frais. Ainsi, PCS soutient qu'il est conforme aux principes généraux régissant les dommages-intérêts en matière contractuelle qu'elle ait droit à compensation pour les coûts engagés pour rectifier les travaux non conformes effectivement exécutés par Comstock ou pour les rendre conformes (voir *1520601 Ontario Inc. c. Ferreira*, 2012 ONSC 1682, [2012] O.J. No. 1133 (QL), par. 58 à 62).

[361] De plus, PCS prétend que la conclusion de la juge de première instance portant que PCS n'avait pas droit à compensation pour le coût des travaux de réfection effectués par Lockerbie & Hole, à savoir 1,45 million de dollars, a eu pour effet d'attribuer à Comstock des dommages-intérêts d'un montant supérieur à celui auquel elle aurait droit au titre du contrat et constitue une application erronée des principes applicables aux dommages-intérêts en droit des contrats.

[362] La défense de compensation opposée par PCS a été rejetée au procès pour deux raisons :

- (a) Le contrat exigeait que l'on donne à Comstock un avis des travaux non conformes allégués et la possibilité de les rectifier. Comstock n'a pas reçu d'avis des travaux non conformes allégués par PCS, encore moins la possibilité de les rectifier.
- (b) PCS n'a pas démontré qu'elle avait dépensé 1,45 million de dollars pour rectifier les travaux non conformes exécutés par Comstock.

[363] En application du contrat, Comstock était tenue de corriger les travaux défectueux sur réception d'un avis écrit du défaut. Elle devait rembourser PCS des coûts engagés par celle-ci pour corriger les travaux défectueux si – et seulement si – elle recevait un avis écrit du défaut et ne corrigeait pas celui-ci. Cette obligation est énoncée à la CG 55.10 :

[TRADUCTION]

Si l'ENTREPRENEUR ne peut modifier, ajuster, réparer ou remplacer des travaux défectueux dans les meilleurs délais après avoir reçu un avis écrit du défaut, ou s'il ne le fait pas, ou s'il existe une urgence quelconque qui fait en sorte qu'il est impossible ou peu pratique pour le PROPRIÉTAIRE de faire faire les travaux par l'ENTREPRENEUR, le PROPRIÉTAIRE peut, à son gré, après notification à l'ENTREPRENEUR et sans renoncer à tout autre droit ou recours qu'il peut avoir, faire ou faire faire ces modifications, ajustements, réparations ou remplacements, et, le cas échéant, l'ENTREPRENEUR remboursera le PROPRIÉTAIRE des coûts réels directs engagés par ce dernier.

[364] La juge de première instance a tenu pour avéré le fait que Comstock n'a pas reçu d'avis écrit des travaux non conformes allégués par PCS et qu'il n'y avait pas d'« urgence » qui nuisait à la capacité de Comstock de réparer les défauts existants. Au contraire, la juge de première instance a conclu que c'est la résiliation

injustifiée du contrat Comstock par PCS qui a empêché Comstock de rectifier les travaux non conformes existants. Il s'agit d'une conclusion de fait largement étayée par la preuve.

[365] PCS n'a donc pas établi son droit à un remboursement, de la part de Comstock, des coûts engagés pour rectifier les travaux non conformes. Il s'agissait d'une question d'interprétation contractuelle et non de l'application d'un principe juridique quelconque. Il n'en découle aucune erreur susceptible de révision.

PCS n'a pas établi sa réclamation pour les travaux de reprise

[366] PCS soutient en outre que la juge de première instance a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que PCS n'avait pas démontré que Comstock avait réalisé des travaux non conformes de l'ordre de 1 459 956,92 \$.

[367] PCS a produit une liste des [TRADUCTION] « travaux de reprise » qu'elle attribuait à Comstock; cependant, comme l'a conclu la juge de première instance, ce ne sont pas tous les travaux qui figuraient sur cette liste qui découlait des travaux non conformes de Comstock. En outre, Brent Wintermute, un témoin appelé par PCS, a témoigné qu'il avait créé la liste des [TRADUCTION] « travaux de reprise » en y inscrivant les éléments que lui signalaient les employés de Lockerbie & Hole.

[368] La juge de première instance a manifestement compris que la preuve relative à la liste des [TRADUCTION] « travaux de reprise » n'était pas fiable, et elle a raisonnablement conclu sur ce fondement que PCS n'avait pas prouvé sa réclamation de 1,45 million de dollars relativement aux travaux non conformes réalisés par Comstock.

[369] La conclusion juridique de la juge de première instance est, de toute façon, tout à fait correcte au regard du droit applicable.

[370] La juge s'est fondée sur un courant jurisprudentiel qui comprend notamment *Jozsa c. Charlwood-Sebazco*, 2016 BCSC 78, [2016] B.C.J. No. 75 (QL), et

*Obad (c.o.b. Rockwood Drywall) c. Ontario Housing Corp.*, [1981] O.J. No. 282 (QL). Elle n'a pas conclu qu'il y avait un droit de réparation en common law, comme le prétend PCS, et sa décision ne repose pas non plus sur une telle conclusion.

[371] Dans l'arrêt *Obad*, l'entrepreneur principal a exigé, sans motif, qu'un sous-traitant quitte le chantier, empêchant ainsi ce dernier de rectifier les travaux non conformes. La preuve a démontré que le sous-traitant avait rectifié les travaux non conformes tout au long du contrat et était toujours disposé à achever son travail, mais que d'autres sous-traitants retardaient l'achèvement de ses travaux. Le sous-traitant a intenté une poursuite pour les pertes découlant de la violation du contrat par l'entrepreneur principal. La partie de la demande de compensation de l'entrepreneur principal se rapportant aux travaux non conformes a été rejetée, le tribunal statuant ainsi :

[TRADUCTION]

S'agissant de la demande en dommages-intérêts afférente aux frais encourus pour corriger les travaux de la demanderesse, il semblerait que, bien que la défenderesse Ducharme ait un droit de compensation pour les travaux défectueux, son obligation de limiter ses pertes l'obligerait à permettre à la demanderesse de poursuivre les travaux, ayant à l'esprit la probabilité raisonnable que la demanderesse corrige son propre travail afin d'obtenir le paiement du prix. Sur ce fondement, la défenderesse Ducharme n'a pas droit à des dommages-intérêts établis en fonction de ses propres coûts de rectification des travaux. Subsidiairement, il incombait à la demanderesse de corriger ses travaux défectueux, et la défenderesse Ducharme, ayant empêché la demanderesse de s'acquitter de cette obligation, ne peut obtenir les dommages-intérêts habituels du fait qu'elle a entrepris de faire ces rectifications elle-même.

Il semblerait donc que l'approche la plus exacte et satisfaisante aux travaux non conformes de la demanderesse est de considérer, tel qu'indiqué ci-dessus, que les montants appropriés ont déjà été déduits dans le calcul des pourcentages indiqués dans les demandes de paiement périodiques. [Soulignement ajouté; par. 48 et 50]

[372] Dans *Wiebe c. Braun*, 2011 MBQB 157, [2011] M.J. No. 218 (QL), où le propriétaire, qui avait embauché l'entrepreneur demandeur, a mis fin aux services de ce dernier, le tribunal a conclu que les actes du propriétaire constituaient une violation fondamentale du contrat. Le tribunal a également conclu que les actions du propriétaire ont entravé la capacité de l'entrepreneur de rectifier les travaux non conformes, que l'on réclamait par voie de compensation. Le tribunal, se fondant sur l'arrêt *Obad*, a fait l'observation suivante :

[TRADUCTION]

Il est reconnu en droit que le propriétaire a droit à compensation pour les coûts engagés pour rectifier les travaux non conformes dans le cadre d'un contrat de construction. L'entrepreneur a le droit correspondant de corriger lui-même toute défectuosité dans le travail. Lorsque le propriétaire prive l'entrepreneur de son droit de rectifier les travaux non conformes allégués, le droit de compensation du propriétaire peut être réduit dans une certaine mesure. [...] [Soulignement ajouté; par. 32]

[373] Dans l'arrêt *Jozsa*, le tribunal a conclu que la propriétaire défenderesse avait répudié le contrat avec l'entrepreneur demandeur lorsque, par l'entremise d'un représentant, elle a dit au demandeur qu'il n'était plus le bienvenu sur sa propriété pour achever les travaux convenus. Avant que le contrat soit répudié, le demandeur avait pris certains travaux non conformes à son compte et avait accepté de les rectifier. Il n'a pu le faire lorsqu'il a été exclu de la propriété de la défenderesse. Le tribunal s'est fondé, en partie, sur l'arrêt *Obad* pour rejeter la majeure partie des demandes de la défenderesse liées aux travaux non conformes, puisqu'il s'agissait d'éléments que le demandeur était disposé à rectifier et qu'il aurait pu rectifier si la défenderesse ne l'avait pas exclu du chantier.

[374] Les arrêts *Obad*, *Wiebe* et *Jozsa* partagent tous un élément commun : les demandeurs avaient été exclus du chantier de manière injustifiée avant qu'on leur donne la possibilité de rectifier les travaux non conformes. C'est aussi ce qui s'est produit dans le cas de *Comstock*, comme la juge de première instance en a tiré une conclusion de fait à

l'égard de la demande de compensation formée par PCS. Il était approprié et correct pour elle de se fonder sur ce courant jurisprudentiel.

[375] Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire de trancher, en l'espèce, la question de savoir s'il existe un [TRADUCTION] « droit de rectifier les travaux non conformes » autonome en common law, vu le libellé du contrat énoncé ci-dessus qui précise clairement que PCS était tenue d'aviser Comstock des travaux non conformes et de lui offrir la possibilité de les rectifier. En d'autres termes, la conclusion de la juge de première instance portant que PCS n'avait pas droit à compensation pour les travaux non conformes en l'espèce reposait sur un fondement contractuel clair.

#### VI. Dispositif

[376] Pour ces motifs, je rejeterais les deux appels. S'agissant de la question des dépens, comme que je l'ai mentionné, la juge de première instance est demeurée saisie de l'affaire pour entendre les parties sur les questions des intérêts avant jugement et des dépens (décision première instance, par. 1150). Au moment de l'audition des présents appels, les dépens en première instance n'avaient pas été adjugés. Cependant, la juge a par la suite rendu sa décision le 17 mars 2022. PCS a interjeté appel de l'attribution d'intérêts avant jugement.

[377] Deux des parties ont sollicité l'autorisation de la Cour de faire des observations complémentaires sur la question des dépens en appel en plus des observations que les parties ont faites sur la question des dépens lors de l'audience. J'ordonnerais qu'une audience supplémentaire soit tenue sur cette question en même temps que l'audition de l'appel interjeté par PCS à l'encontre de l'attribution d'intérêts avant jugement.

## CONDITIONS GÉNÉRALES

**12.4** L'INGÉNIEUR peut, par remise d'un avis à l'ENTREPRENEUR, autoriser un représentant à exécuter les fonctions et à exercer les pouvoirs relevant de lui qui sont prévus dans l'avis.

**19.2.1** À moins de disposition contraire, dans les quatorze jours suivant la date à laquelle il reçoit l'avis d'attribution du contrat, l'ENTREPRENEUR prépare et envoie à l'INGÉNIEUR pour approbation un calendrier détaillé des travaux. Le calendrier doit être établi dans le cadre du calendrier que le PROPRIÉTAIRE a prévu pour les travaux dans le contrat, le cas échéant, ou à l'intérieur du délai prévu dans le contrat pour l'achèvement définitif des travaux si le PROPRIÉTAIRE n'a pas prévu de calendrier. Dans les sept jours qui suivent, l'INGÉNIEUR approuve le calendrier proposé par l'ENTREPRENEUR ou recommande des modifications. L'ENTREPRENEUR révisé le calendrier et présente de nouveau un calendrier qui reflète les recommandations de l'INGÉNIEUR. S'il est approuvé par l'INGÉNIEUR par écrit, le calendrier détaillé des travaux proposé par l'ENTREPRENEUR devient le calendrier des travaux de construction pour le contrat. L'approbation du calendrier des travaux de construction par l'INGÉNIEUR porte sur la conformité générale avec les exigences du contrat et la coordination générale du projet et ne constitue pas une approbation du programme prévu dans le calendrier ni une prise de responsabilité à l'égard de l'exactitude ou du caractère adéquat de celui-ci.

**19.3.1** Le calendrier des travaux de construction proposé par l'ENTREPRENEUR doit :

- a) respecter les jalons et les contraintes du PROPRIÉTAIRE et les indiquer;
- b) être établi selon la méthode du chemin critique;
- c) indiquer la durée de chaque activité avec un niveau de détails pour une période de deux semaines ou moins, sauf s'il s'agit d'une tâche continue;
- d) reposer sur une logique de démarrage hâtif et d'achèvement au plus tôt pour chaque activité/tâche;

- e) indiquer les dates de début, de fin et de mise en service ainsi que la durée de chaque activité/tâche;
- f) indiquer la marge pour chaque activité/tâche;
- g) inclure une estimation du nombre de travailleurs requis par semaine, par grand secteur et par métier pour respecter le calendrier;
- h) indiquer le nombre d'heures-personnes prévues par tâche;
- i) inclure les coûts à prendre en compte par tâche ou par groupe de tâches;
- j) inclure une analyse de l'importance du temps de récupération.

**19.3.5** L'ENTREPRENEUR fait une mise à jour hebdomadaire et mensuelle du calendrier des travaux de construction, afin de montrer l'avancement des travaux par rapport à la logique du calendrier des travaux de construction approuvé à l'origine ainsi que par rapport aux durées et à l'avancement des travaux y prévus.

**20.3.2.1** L'ENTREPRENEUR soumet un rapport hebdomadaire qui comprend notamment ce qui suit :

- a) un calendrier des travaux, sous forme de graphique en « mosaïque » de trois semaines, en format d'impression et avec une copie en fichier électronique Primavera. La ventilation de trois semaines doit indiquer les travaux réalisés par rapport aux travaux planifiés pour la semaine précédente, ainsi que les travaux planifiés pour la semaine en cours et la semaine suivante. La ventilation des activités ne doit pas prévoir d'activité d'une durée supérieure à dix jours et doit comprendre tous les travaux des sous-traitants;
- b) des explications, en style télégraphique, concernant les activités planifiées qui n'ont pas eu lieu au cours de la semaine précédente et les mesures correctives envisagées pour assurer le respect du calendrier global;
- c) les activités planifiées pour les deux semaines à venir qui dépendent de renseignements techniques, de livraisons de matériaux ou de renseignements provenant du PROPRIÉTAIRE qui sont en suspens doivent être clairement indiquées;
- d) une compilation ou un rassemblement de l'information contenue dans les rapports journaliers;

e) toute autre information que l'INGÉNIEUR peut exiger.

## **CG 22.0 ACCÉLÉRATION DES TRAVAUX**

### **22.1 OBLIGATION DE L'ENTREPRENEUR DE RESPECTER LE CALENDRIER**

Si l'ENTREPRENEUR n'achève pas une partie quelconque des travaux dans le délai prévu dans le calendrier des travaux de construction, ou s'il devient évident pour l'INGÉNIEUR que l'ouvrage ne sera pas achevé dans le délai prévu au contrat, et si le manquement est attribuable en totalité ou en partie à un manquement de la part de l'ENTREPRENEUR, l'INGÉNIEUR peut alors obliger l'ENTREPRENEUR à accélérer les travaux, et il peut obliger l'ENTREPRENEUR à travailler des heures supplémentaires, à ajouter des quarts de travail, à augmenter les effectifs ou à fournir de l'équipement additionnel afin d'achever les travaux dans le délai prévu. Le coût additionnel lié aux heures supplémentaires et aux quarts de travail supplémentaires et les coûts liés à l'ajout d'effectifs ou d'équipement, ainsi que tous les autres frais additionnels ainsi encourus, sont à la seule charge de l'ENTREPRENEUR.

### **22.2 ACHÈVEMENT ACCÉLÉRÉ DES TRAVAUX**

L'INGÉNIEUR a le droit d'obliger l'ENTREPRENEUR à achever les travaux, ou une partie quelconque de ceux-ci, avant la date prévue dans le calendrier des travaux de construction, ou il peut obliger l'ENTREPRENEUR à achever les travaux selon le calendrier des travaux de construction lorsqu'il a jugé valable la demande de prolongation de l'ENTREPRENEUR conformément à la CG 23.7. L'ENTREPRENEUR peut soumettre une demande de remboursement des coûts supplémentaires de la main-d'œuvre qu'il a supportés et qu'il peut démontrer être la conséquence directe de l'exercice de ce droit par l'INGÉNIEUR et qui est accepté par le PROPRIÉTAIRE. Les coûts additionnels comprennent la majoration du coût des quarts de travail supplémentaires ou des heures supplémentaires, si une convention collective oblige l'ENTREPRENEUR à verser une prime sur le taux de rémunération applicable aux heures normales de travail, ainsi que les ajouts obligatoires liés à la main-d'œuvre supplémentaire. De même, les coûts additionnels peuvent comprendre la majoration des coûts associés au personnel de surveillance et au personnel de bureau, si, et dans la mesure approuvée par l'INGÉNIEUR, les heures supplémentaires doivent être payées selon les conditions d'emploi du personnel de l'ENTREPRENEUR. Dans aucun cas l'ENTREPRENEUR n'aura droit à une majoration au titre des profits et des coûts indirects sur une partie quelconque des coûts additionnels.

## **22.3 CALENDRIER RÉVISÉ ET COÛTS ADDITIONNELS**

**22.3.1** Si l'INGÉNIEUR ordonne à l'ENTREPRENEUR d'accélérer les travaux en application de la CG 22.2, l'ENTREPRENEUR doit alors, dans les sept jours qui suivent et en plus de se conformer à la directive, fournir à l'INGÉNIEUR :

- a) un calendrier révisé des travaux de construction établi conformément à la CG 19.3 et indiquant, en plus des éléments prévus à la CG 19.3.4, l'échéancier des travaux jusqu'à l'achèvement définitif;
- b) une liste des valeurs détaillée et révisée, indiquant la valeur pondérée des éléments figurant dans la liste, établie conformément à la CG 20.1;
- c) les coûts additionnels qui seront supportés par suite de l'accélération des travaux, présentés avec le même niveau de détail que pour la liste des valeurs.

## **23.3 RETARD DONNANT LIEU À UN RAJUSTEMENT DU CALENDRIER**

Si l'ENTREPRENEUR estime que le retard allégué n'est imputable à aucun manquement de sa part, il peut alors, en plus de soumettre l'avis prescrit à la CG 23.2, soumettre à l'INGÉNIEUR une demande écrite chiffrée en vue d'obtenir une révision du calendrier des travaux de construction et une prolongation du délai d'achèvement des travaux. La demande doit comprendre des détails complets concernant le retard allégué et indiquer l'incidence sur le calendrier des travaux de construction et sur la date d'achèvement, le cas échéant.

## **23.8 RETARDS DANS LE CHEMIN CRITIQUE**

Aucune demande de prolongation du délai d'achèvement des travaux ne sera accordée au titre de la CG 23.3, à moins que l'événement ou la situation donnant lieu à la demande ait une incidence négative sur le chemin critique du calendrier des travaux de construction pour l'achèvement substantiel des travaux.

## **23.11 RETARDS RELEVANT DE L'ENTREPRENEUR**

**23.11.1** L'ENTREPRENEUR n'a droit à aucune prolongation de délai et à aucun paiement additionnel s'il est entravé ou retardé par ses propres actes ou sa propre négligence.

**23.11.2** Des retards dans l'exécution des travaux qui résultent d'un conflit de travail ou d'une interruption de travail, réels ou menacés, qui sont causés par les employés de l'ENTREPRENEUR, ou par ses sous-traitants, fournisseurs, mandataires ou leurs employés, sont réputés être des retards résultant d'une cause qui relève de l'ENTREPRENEUR et un manquement substantiel de la part de l'ENTREPRENEUR à ses obligations contractuelles, pour lequel le PROPRIÉTAIRE peut, à son entière discrétion, résilier le contrat pour inexécution en vertu de la CG 46.5, et l'ENTREPRENEUR n'a droit à aucune prolongation de délai et à aucun paiement additionnel.

**36.6** Si la bonne exécution ou l'aboutissement d'une partie quelconque des travaux est tributaire des travaux d'autres entrepreneurs, l'ENTREPRENEUR informe l'INGÉNIEUR par écrit dans les meilleurs délais de tout défaut ou de toute carence dans les travaux exécutés par d'autres entrepreneurs ou dans l'équipement ou les matériaux fournis par d'autres entrepreneurs qui touche ou entrave la bonne exécution des travaux. Le défaut de l'ENTREPRENEUR de signaler un problème quelconque constitue l'acceptation par l'ENTREPRENEUR des travaux exécutés par ces autres entrepreneurs en ce qui a trait aux travaux.

#### **46.2 RÉSILIATION POUR RAISONS DE COMMODITÉ**

Par dérogation à toute autre disposition du contrat, le PROPRIÉTAIRE peut, pour quelque raison que ce soit, sans préavis, sans motif valable et sous réserve de la rémunération prévue à la CG 46.3, résilier le contrat en donnant à l'ENTREPRENEUR un préavis écrit de sept jours à cet effet, et tous les travaux prévus au contrat cessent à la fin de la période de préavis. Pendant la période de préavis, l'ENTREPRENEUR exécute les travaux que peut ordonner l'INGÉNIEUR afin de préserver les travaux déjà achevés. Dans les cinq jours ouvrables suivant la cessation des travaux, l'ENTREPRENEUR et l'INGÉNIEUR se rencontrent pour négocier et s'entendre sur une somme, qui constituera le règlement complet et définitif que le PROPRIÉTAIRE est tenu de verser à l'ENTREPRENEUR par suite de la résiliation du contrat.

#### **46.5 RÉSILIATION POUR DÉFAUT D'EXÉCUTION PAR L'ENTREPRENEUR**

**46.5.1** L'INGÉNIEUR avise l'ENTREPRENEUR que celui-ci manque à ses obligations contractuelles et ordonne à l'ENTREPRENEUR de remédier au manquement dans les dix jours ouvrables suivant immédiatement la réception de l'avis, s'il est d'avis, selon le cas, que :

- a) l'ENTREPRENEUR n'a pas exécuté ou n'exécute pas les travaux avec diligence d'une manière quelconque;

- b) L'ENTREPRENEUR n'a pas assuré ou n'assure pas suffisamment de main-d'œuvre et de supervision compétentes et qualifiées;
- c) L'ENTREPRENEUR n'a pas assuré ou n'assure pas suffisamment d'équipement, de matériaux ou de services;
- d) L'ENTREPRENEUR n'a pas achevé ou n'achève pas les travaux dans les délais prévus dans le calendrier d'avancement;
- e) L'ENTREPRENEUR exécute les travaux de manière négligente ou inefficace;
- f) L'ENTREPRENEUR ne reprend pas les travaux en temps opportun après une suspension;
- g) L'ENTREPRENEUR ne se conforme pas de quelque manière aux directives de l'INGÉNIEUR;
- h) L'ENTREPRENEUR, de manière constante ou flagrante, ne se conforme pas à la *Loi sur l'hygiène et la sécurité au travail* et à ses règlements d'application, aux règles et procédures générales de PCS Penobsquis en matière de sécurité, pièce 1, et aux normes ou procédures énoncées dans le manuel de sécurité du projet;
- i) L'ENTREPRENEUR ne se conforme pas aux lois et règlements pertinents adoptés par le gouvernement fédéral (provincial, territorial) ou municipal en matière d'environnement, ou aux procédures adoptées par le PROPRIÉTAIRE en matière de protection de l'environnement;
- j) L'ENTREPRENEUR commet toute autre violation du contrat ou abandonne les travaux ou une partie quelconque de ceux-ci.

**46.5.2** Si l'ENTREPRENEUR ne remédie pas au manquement dans les dix jours ouvrables prévus, le PROPRIÉTAIRE peut, sans renoncer à tout autre droit ou recours qu'il peut avoir, suspendre le droit de l'ENTREPRENEUR de poursuivre les travaux ou y mettre fin ou résilier le contrat.

**47.4.2** S'il estime qu'une modification aux travaux justifie une demande de majoration du prix du contrat, l'ENTREPRENEUR présente sa demande à l'INGÉNIEUR par écrit dans les sept jours suivant la date de réception de l'ordre écrit de modification ou la date de réception des dessins indiquant la modification. Si la demande n'est pas présentée à l'INGÉNIEUR dans ce délai, l'ENTREPRENEUR n'a droit à aucune indemnisation de la part

du PROPRIÉTAIRE. Sur réception de la demande, l'INGÉNIEUR détermine si la demande est valable. Si l'INGÉNIEUR décide que la demande est valable, le montant de celle-ci est établi conformément à la CG 48.0.

**47.6.1** Chaque avis de demande présenté par l'ENTREPRENEUR est numéroté en séquence et contient les renseignements suivants :

- a) s'il s'agit d'une demande de rajustement du prix du contrat ou du calendrier des travaux prévus au contrat ou des deux;
- b) une description de la modification des travaux, au moyen notamment d'un renvoi aux dessins d'exécution, au devis ou aux directives données par le PROPRIÉTAIRE ou l'INGÉNIEUR;
- c) la méthode d'évaluation et la valeur du rajustement du prix du contrat et du rajustement du calendrier des travaux prévus au contrat qui sont demandés, accompagnées de précisions raisonnables et de pièces justificatives, dans la mesure où l'ENTREPRENEUR a accès aux renseignements nécessaires ou y aurait accès en exerçant une diligence raisonnable, ou, s'il n'y a pas accès, alors une estimation des rajustements demandés avec suffisamment de détails pour permettre à l'INGÉNIEUR d'évaluer les rajustements proposés;
- d) un calendrier détaillé révisé tenant compte du changement proposé au calendrier des travaux de construction, le cas échéant.

**47.9.1** Tout changement majeur ou important à l'énoncé du travail ou aux conditions du contrat doit être autorisé, consigné par écrit, signé et incorporé au dossier du projet de construction au moyen de l'émission directe d'un ordre de modification du contrat. Tous les coûts sont autorisés, vérifiés et traités comme s'ils se rapportaient à l'énoncé du travail initial.

**47.9.3** L'INGÉNIEUR détermine la validité de toute demande présentée par l'ENTREPRENEUR après avoir reçu suffisamment de renseignements et de pièces justificatives. S'il juge que la demande est valable, avec ou sans rajustement, l'INGÉNIEUR délivre un ordre de modification du contrat. Chaque ordre de modification du contrat est numéroté en séquence et signé par les deux parties. Chaque ordre de modification du contrat doit préciser ce qui suit :

- a) la modification à apporter aux travaux, ce qui peut se faire par voie de renvoi aux dessins d'exécution, au devis ou à d'autres directives;

- b) le rajustement, le cas échéant, du prix du contrat, y compris la méthode d'évaluation, et du calendrier des travaux.

#### **55.10 RECOURS**

Si l'ENTREPRENEUR ne peut modifier, ajuster, réparer ou remplacer des travaux défectueux dans les meilleurs délais après avoir reçu un avis écrit du défaut, ou s'il ne le fait pas, ou s'il existe une urgence quelconque qui fait en sorte qu'il est impossible ou peu pratique pour le PROPRIÉTAIRE de faire faire les travaux par l'ENTREPRENEUR, le PROPRIÉTAIRE peut, à son gré, après notification à l'ENTREPRENEUR et sans renoncer à tout autre droit ou recours qu'il peut avoir, faire ou faire faire ces modifications, ajustements, réparations ou remplacements, et, le cas échéant, l'ENTREPRENEUR remboursera le PROPRIÉTAIRE des coûts réels directs engagés par ce dernier.