



S.G. Revay

Il ressort d'un récent sondage mené auprès des lecteurs du Bulletin Revay que l'analyse du problème du retard est le sujet qui leur tient le plus à coeur. Ce sujet a été traité plusieurs fois dans ce Bulletin, la dernière fois en juin 1994 dans le numéro 2 du volume 13. Néan-

moins, l'intérêt qu'il suscite se comprend, vu l'évolution rapide des techniques à notre disposition et compte tenu, surtout, de la façon dont les tribunaux ont abordé la question. Pas étonnant qu'il n'y ait, à ce jour, aucun régime qui soit généralement reconnu. On a souvent affirmé que l'analyse du problème du retard relevait du domaine de l'art, et non de la technique scientifique. Si cette affirmation vaut pour le problème du retard en général, combien plus vaut-elle pour le problème des retards concourants! Dans le présent article, nous nous proposons d'ébaucher une solution éventuelle, susceptible d'être développée à l'avenir.

Pour ceux d'entre vous qui ne le connaîtraient pas, Me Bruce Reynolds, coauteur de cet article, est chef du Groupe professionnel en matière de construction et de cautionnement au sein de Borden Ladner Gervais LLP, cabinet d'avocats à vocation nationale. Selon l'annuaire Canadian Legal Lexpert Directory 2000, il compte parmi les plaideurs « les plus recherchés » dans le domaine de la construction à Toronto. Il est coauteur de l'ouvrage Scott and Reynolds on Surety Bonds et a signé de nombreux articles et exposés sur le droit de la construction et du cautionnement. De plus, il est l'ancien président et coordonnateur législatif de la section du Droit de la construction de l'Association du barreau canadien (Ontario), ainsi qu'un fondateur et l'ancien trésorier (1999-2000) du Canadian College of Construction Lawyers. Depuis 18 ans (il a été admis au barreau en 1983), il exerce le droit dans le domaine de la construction et du cautionnement, notamment en matière de demandes d'indemnité et de sinistres.

Me Reynolds tient à remercier ses collègues, Mes Sharon Vogel et Dan Boan, pour l'aide qu'ils lui ont apportée dans la rédaction de cet article.

S.G. Revay



R.B. Reynolds

Retards concourants : une modeste proposition

R.B. Reynolds et S.G. Revay

1. INTRODUCTION

Il y a concomitance de retards dans un projet de construction lorsque surviennent, dans un intervalle de temps donné, deux ou plusieurs retards distincts qui compromettent, indépendamment l'un de l'autre, la date d'achèvement. Ces retards peuvent résulter de l'action ou de l'inaction du propriétaire, de l'entrepreneur, de sous-traitants ou du projeteur et, lorsqu'ils se produisent, ils entraînent des demandes de délais supplémentaires ou de fonds additionnels. Il n'est pas rare de s'opposer à de telles demandes en invoquant un retard concourant, retard attribué au demandeur ou à un autre participant au projet et susceptible d'empêcher le demandeur d'établir un lien de causalité entre le retard et son préjudice.

La majeure partie de la littérature qui traite de la concomitance de retards nous provient des États-Unis, et presque toute la littérature américaine se fonde sur des jugements rendus en matière de marchés fédéraux. En règle générale, lorsqu'on se place du point de vue de la relation entre le propriétaire et l'entrepreneur général, la jurisprudence américaine nous livre les principes suivants :

- lorsqu'un retard excusable (en cas de force majeure, par exemple) ou un retard indemnisable coïncident avec un retard non excusable, le retard est assimilé à un retard excusable ;

- lorsqu'un retard excusable coïncide avec un retard indemnisable, le retard est excusable sans être indemnisable.

En principe, le retard non excusable résulte d'un événement qui dépend de la volonté de l'entrepreneur. L'exécution tardive des travaux par les sous-traitants, l'approvisionnement tardif par les fournisseurs, les vices de construction, les grèves provoquées par l'entrepreneur, etc. (cf. T.J. Trauner, *Construction Delays* (Kingston, MA : R.S. Means Company, Inc., 1990) à la page 4) sont autant d'exemples de retards non excusables.

La jurisprudence américaine développée au cours des dernières années continue d'aborder la question du retard en privilégiant l'analyse du chemin critique (à titre d'exemple, *Williams Enterprises Inc. c. Strait Manufacturing and Welding Inc.*, 728 F. Supp. 12 (D.D.C. 1990) ; *Wilner c. United States*, 23 Cl. Ct. 241 (1991) ; *PCL Construction Services Inc. c. United States*, 47 Fed. Cl. 745 (2000)). Il va sans dire que cette méthode est toute désignée pour encourager la présentation d'une défense fondée sur le retard concourant.

Pour comprendre le raisonnement qui sous-tend les principes tirés de la jurisprudence américaine, il faut savoir que la défense fondée sur le retard concourant naît, comme nous l'avons déjà vu, lorsqu'un demandeur, qui prétend que certaines actions ou omissions de la part du défendeur ont donné lieu à

un retard indemnisable, se voit opposer la prétention qu'il est, lui-même, responsable d'un retard concourant, excusable ou non, ou encore qu'un autre participant au projet est à l'origine d'un retard concourant, excusable ou non. Essentiellement, le défendeur admet qu'il ait pu retarder l'achèvement du projet, mais affirme que le demandeur aurait, de toute façon, subi le même préjudice à cause d'un retard concourant affectant le chemin critique sur une autre partie du projet et que, par conséquent, le demandeur est incapable de démontrer que le défendeur est la cause du préjudice.

Le caractère inéquitable de cette défense, lorsqu'elle est recevable, tient à ce qu'elle permet à l'auteur du délit d'échapper aux conséquences de ses actions. Dans la situation classique, un demandeur sans blâme se voit confronté à deux ou plusieurs auteurs de délits, qui prétendent que celui-ci doit supporter sa perte, car il est incapable de démontrer lequel des défendeurs est la cause immédiate du dommage. Il est intéressant de noter que, bien que cette défense soit largement employée par les plus grands experts-conseils en réclamations au Canada, les tribunaux canadiens qui entendent les causes en matière de construction ne nous proposent aucun moyen clair d'aborder cette importante question.

Il importe de noter que les tribunaux canadiens ont reconnu la notion générale de la concomitance de retards : à titre d'exemple, l'arrêt *Continental Breweries Inc. c. 707517 Ontario Ltd. (C.O.B. Northern Algonquin Brewing Co.)*, [1993] O.J. No. 2395 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). Dans cet arrêt, Northern, le propriétaire, avait conclu un contrat avec Continental Breweries Inc. (« CBI »), l'entrepreneur, pour la construction d'une brasserie. Les travaux ont accusé un retard et l'usine n'a pu être mise en marche qu'un an après la date d'achèvement prévue par le contrat d'origine. En conséquence, CBI a actionné Northern en recouvrement des frais entraînés par les travaux et les matériaux fournis et pour cause de retard. Northern a rétorqué en introduisant une demande reconventionnelle pour recouvrer le manque à gagner causé par le retard. Après avoir apprécié l'ensemble de la preuve relative au retard, le juge Davidson a décidé que la responsabilité principale du retard appartenait à CBI, que celle-ci n'avait jamais respecté les calendriers initiaux pour cause de main-d'oeuvre inadéquate, de manque de dessins détaillés, de passation tardive de commandes de matériaux, de manque général d'expé-

rience en matière de projets d'une telle envergure et complexité, de manque d'encaisse et d'incapacité à organiser l'installation de base des éléments connectés et interdépendants nécessaires. Le juge a conclu, en outre, à la coresponsabilité de Northern, qui avait demandé des modifications au design des étiquettes, exigé l'obtention de renseignements adéquats sur l'étiquetage et fait changer les filtres : autant de changements qui avaient concouru au retard de CBI. En conséquence, le juge Davidson a décidé que le retard était, à un moindre degré, imputable à Northern, bien que la totalité du retard imputable à cette dernière ne s'élevait qu'à 12 semaines : soit 12 semaines pour la modification du design et l'obtention de renseignements adéquats et six semaines, qui coïncidaient avec le retard de 12 semaines, pour le changement de filtre. En conséquence, le juge Davidson a imputé 80 % du retard à CBI et 20 % à Northern, et a déclaré recevable la demande reconventionnelle intentée par cette dernière pour manque à gagner, tout en la réduisant de 20 %, soit la proportion attribuable au retard causé par Northern.

De même, dans l'arrêt *Foundation Co. of Canada c. United Grain Growers Ltd.* (1996), 25 C.L.R. (2d) 1 (B.C.S.C.), modifié (1997), 33 C.L.R. (2d) 159 (C.A.), *United Grain Growers Ltd.* (« UGG ») avait conclu un contrat avec *Foundation Co. of Canada* (« Foundation ») pour la rénovation de son terminal céréalier. CWMM était l'ingénieur d'UGG. Foundation a sous-traité le tôlage à *Crosstown Metal Industries Ltd.* (« Crosstown »). Les travaux de construction ont accusé un retard et Foundation a actionné UGG et CWMM pour cause de rupture de contrat et de déclaration inexacte faite par négligence, revendiquant, en outre, des frais supplémentaires. Crosstown a intenté une action en dommages et intérêts contre Foundation pour rupture de contrat, bien que la plupart de ces réclamations renvoyaient aux actions et omissions d'UGG et de CWMM, auxquels Foundation réclamait une contribution et une indemnité. UGG a introduit une demande reconventionnelle contre Foundation pour pertes financières causées par le retard de cette dernière. En première instance, le juge Brenner a considéré chaque étape du projet ayant, selon les parties, provoqué un retard et a décidé que le retard de trois mois sur le calendrier, accusé par Foundation, était imputable aux actions et omissions d'UGG et (ou) de CWMM. Il a décidé également que Foundation avait

pu démontrer d'autres retards imputables à UGG et (ou) à CWMM et qui avaient probablement retardé Foundation, mais qu'il s'agissait de retards concourants n'ayant pu prolonger la durée du retard accordée à Foundation. Pour ce qui est de Crosstown, le juge a statué que Foundation avait contribué au retard subi par celle-ci. Ainsi, dans son appréciation de l'étendue de l'indemnité revenant à Crosstown, il a imputé, à raison de 75 % à CWMM et à UGG et de 25 % à Foundation, la responsabilité des retards ayant donné lieu au droit à l'indemnisation de Crosstown.

L'absence, en jurisprudence canadienne sur le droit de la construction, d'un régime définitif encadrant la défense fondée sur le retard concourant pose un épineux problème. Dans sa décision sur une requête pour jugement dans l'arrêt *Pacific Coast Construction Co. Ltd. c. Greater Vancouver Regional Hospital District* (1986), 23 C.L.R. 35 (B.C. S.C.), le juge Walker fait ressortir le contexte qui, normalement, donne naissance au débat sur la concomitance de retards :

Je conclus que l'entrepreneur a droit aux frais supportés par lui par suite du retard de trois semaines causé par le propriétaire. Cependant, le calcul de ces frais d'impact est une affaire très complexe qui ne peut être accomplie, si tant est qu'elle puisse l'être, que dans le cadre d'un procès. J'ai devant moi la preuve du délai qu'il faudrait à un entrepreneur raisonnable pour exécuter le contrat, par comparaison au délai réel d'exécution. Pour établir avec précision les frais entraînés par le retard, il faudrait analyser l'état d'avancement des travaux et préciser à quel point les différents facteurs de causalité, tels le retard de l'entrepreneur, le retard inévitable et le retard du propriétaire, ont contribué au retard global accusé par l'entrepreneur. Il faudrait également apprécier la validité du calendrier prévu par le contrat original de l'entrepreneur ainsi que le calendrier de « l'entrepreneur raisonnable ».

Toutefois, le juge Wallace se dérobe à l'analyse qu'il évoque, estimant qu'une telle opération dépasse le cadre d'une requête pour jugement. Malheureusement, trop peu de tribunaux canadiens se sont penchés sur la question de la défense fondée sur le retard concourant. Trop peu se sont adonnés à l'analyse évoquée par le juge Wallace pour établir le partage de la responsabilité en cas de concomitance de retards.

Pour pouvoir comprendre le contexte dans lequel les experts-conseils en réclamations analysent la concomitance de retards, il est utile de connaître les diverses méthodes analytiques dont ils disposent.

2. MÉTHODES ANALYTIQUES DE RÉOLUTION DU PROBLÈME DE LA CONCOMITANCE

L'expert-conseil en réclamations dispose de plusieurs méthodes analytiques pour lui permettre de fonder une réclamation basée sur le retard :

2.1 Méthode de l'instantané

Dans les poursuites complexes, il y a lieu de simplifier en divisant le projet par blocs de temps. Chaque bloc s'analyse séparément.

L'établissement du calendrier est un processus dynamique. Pour que le calendrier soit utile et acceptable aux fins d'une analyse valable du retard, il doit être à jour et refléter au fur et à mesure les retards et les gains ainsi que la planification (par ex. le jalonnement et l'attribution des ressources) des travaux de l'entrepreneur, telle qu'elle existe à l'époque (cf. *Fortec Constructors c. U.S. 760 F. 2d 1268 (Fed. Cir. 1985)*). Les calendriers qui ne sont pas toujours actuels (c.-à-d. qui ne font pas l'objet d'une mise à jour périodique pour refléter précisément l'état actuel du projet à différentes étapes) ne sont pas considérés comme un moyen valable d'analyse du retard.

Parce que l'analyse de l'instantané se concentre sur des étapes précises du projet et s'emploie à mesurer les gains ou les retards à la lumière du chemin critique en vigueur à l'époque, elle est la technique toute désignée aux fins voulues, à la condition, toutefois, que les blocs de temps choisis soient suffisamment courts pour permettre de bien capter toute modification appréciable du chemin critique et de vérifier que l'état d'avancement à la fin de la période traduit bien l'avancement réel et non l'avancement désiré (donc inutile).

Le terme « instantané », employé pour décrire cette technique, souligne le besoin de se fonder uniquement sur des données factuelles plutôt que fictives.

Le parcours du calendrier à la fin du bloc de temps (c.-à-d. le calendrier « instantané ») doit traduire l'avance-

ment réel des travaux ainsi que les retards (durée d'activité prolongée) et les gains (réduction de la durée d'activité) survenus au cours du bloc de temps. Compte tenu de ces révisions de la durée d'activité et de l'avancement réel, la date d'achèvement révisée est recalculée en appliquant la planification d'origine (c.-à-d. la logique du calendrier en vigueur au début du bloc de temps) à l'étape du calendrier couvrant les travaux à accomplir après la fin du bloc de temps, y compris les activités interrompues ou le reliquat des activités accomplies en partie durant le bloc de temps.

Lorsqu'elle est comparée à la date d'achèvement projetée par le calendrier interrompu (le calendrier tel qu'il a été planifié au début du bloc de temps), la date d'achèvement projetée par ce calendrier « instantané » donne la somme globale des retards ou des gains résultant de l'avancement réel ou du manque d'avancement.

Bien que le calendrier « instantané » serve parfois de calendrier définitif (*as-planned*) pour le prochain bloc de temps, il est plus souvent révisé par suite de la modification du jalonnement des activités ou de l'introduction d'autres mesures de rapprochement de l'échéance, ce qui aura probablement pour effet de modifier le chemin critique. Dans la plupart des cas, la date d'achèvement projetée du calendrier « révisé » ou « mis à jour » est différente (habituellement rapprochée) de la date d'achèvement du calendrier « instantané ». À cause du rapprochement de l'échéance susceptible d'avoir été provoqué par des mises à jour ultérieures, la mesure du projet global, qui doit être déterminée afin d'apprécier la responsabilité pour les retards et (ou) d'établir l'ampleur du droit au coût du rapprochement de l'échéance, est le total cumulatif des retards ou des gains déterminés pour chaque instantané. L'imputation de la responsabilité pour les retards doit, évidemment, procéder séparément pour chaque bloc de temps. (Cette opération peut se faire selon le bon sens, ou encore se fonder sur l'analyse de la « cause dominante » ou l'analyse du « plan définitif comprimé » (*collapsed as-built schedule*), décrites ci-après.

La décision qui fait le plus autorité en matière de méthode de l'instantané est peut-être celle rendue par le *Armed Services Board of Contract Appeals* dans l'arrêt *Gulf Contracting, Inc., ASBCA Nos. 195, et al., 89-Z-BCA* (analysée dans le Bulletin Revay no 2, volume 13).

2.2 Méthode de la cause dominante

Le raisonnement adopté par le tribunal dans l'arrêt *Williams*, précité, ressemble beaucoup au principe privilégié par les tribunaux anglais et dénommé « méthode de la cause dominante ». Selon cette méthode, le demandeur a droit au dédommagement s'il est en mesure de démontrer que le retard imputable au défendeur est la cause première ou « dominante » du préjudice. L'établissement de la prédominance d'une cause est une question de fait, qui ne dépend pas du seul ordre de survenance, mais qui doit se résoudre en fonction de principes de bon sens. Par exemple, si une partie des travaux est interrompue un lundi parce qu'un appareil fourni par le propriétaire n'arrivera pas avant dix jours, on peut donc conclure sans risque d'erreur, en l'absence de tout autre retard, que les frais supportés par l'entrepreneur par suite de l'interruption incombent au propriétaire. Or, si un violent orage déclenche, mercredi, des inondations qui empêchent pendant plusieurs jours la reprise des travaux sur l'ensemble du site de construction, l'entrepreneur a-t-il toujours droit à une indemnisation pour l'entière de son préjudice? Selon la méthode de la « cause dominante », il aurait droit à tous les coûts entraînés par le retard dans la partie des travaux ayant fait l'objet de l'interruption. Toutefois, il n'aurait pas droit aux frais entraînés par l'inondation des autres parties des travaux.

Il existe, en jurisprudence anglaise, une application constante de la méthode de la cause dominante, à commencer par l'arrêt *Leyland Shipping Co. Ltd. c. Norwich Union Fire Insurance Society Ltd., [1918] A.C. 350 (H.L.)* et allant jusqu'à *Galoo Limited c. Bright Grahame Murray, [1995] 1 All E.R. 16 (C.A.)*. Tous ces arrêts, auxquels on pourrait probablement ajouter l'arrêt *Williams*, traitent de problèmes relativement simples, qui se prêtent facilement à l'analyse selon les principes de « bon sens ». Malheureusement, tous les cas ne sont pas aussi simples. Les projets comportant des modifications plurales et chevauchantes ou des retards de longue durée (y compris des retards concourants), comme cela se voit assez souvent dans la construction d'installations hydroélectriques ou de traitement, ne se prêtent pas toujours à l'analyse de la « cause dominante » ni à aucune autre méthode fondée sur le sens commun à cause de toutes les hypothèses que l'on doit établir concernant l'impact du retard sur les durées d'activités restantes, sans même parler de

l'éventuelle relocalisation du cheminement critique.

2.3 Méthode du plan définitif comprimé

La méthode du plan définitif comprimé, connue également sous le nom de méthode du « facteur déterminant » (*but-for method*), a acquis ces dernières années une popularité de plus en plus grande, surtout en raison de sa simplicité. Selon cette méthode, on examine le plan définitif, on établit l'impact des retards causés par une ou plusieurs parties (habituellement le ou les défendeurs), et on fait abstraction de cet impact sur le plan définitif. La durée restante est censée représenter le calendrier suivant lequel le demandeur aurait pu achever le projet, n'eût été (*but for*) les fautes (actions ou omissions) du défendeur. Bien que cette simplicité apparente comporte des dangers intrinsèques (la méthode peut facilement faire l'objet d'un emploi abusif), elle peut quand même servir de véhicule pour l'application des principes de la négligence concourante à l'analyse du retard, comme nous le verrons ci-après.

3. RÈGLE GÉNÉRALE D'APPRECIATION DU PRÉJUDICE AU CANADA

En considérant la légitimité de la défense fondée sur le retard concourant, et le régime que l'on devrait appliquer à cette défense au Canada, il n'est pas inutile de revoir le contexte juridique dans lequel cette défense fonctionne, c.-à-d. comme empêchement à l'indemnisation. En règle générale, les tribunaux canadiens ont suivi le principe selon lequel un tribunal doit « faire de son mieux » pour fixer les dommages et intérêts lorsqu'il conclut au préjudice subi par le demandeur.

À cet égard, l'auteur S.M. Waddams, dans son ouvrage intitulé *The Law of Damages*, looseleaf ed. (Toronto : Canada Law Book Inc., 1942+) écrit, aux clauses 13.10 à 13.30 :

En principe, la charge de la preuve incombe au demandeur, à qui il appartient d'établir son grief et de faire la preuve du préjudice dont il demande à être dédommagé. Souvent, ce préjudice est tributaire d'incertitudes. Elles sont de deux sortes : premièrement, une connaissance imparfaite de faits théoriquement susceptibles d'être connus ; deuxièmement, l'incer-

taine tentative d'estimer dans quel état le demandeur se serait retrouvé dans des conditions hypothétiques, c'est-à-dire dans l'hypothèse où le tort dont il se plaint n'aurait pas eu lieu.

Le droit américain a eu d'énormes difficultés à résoudre ce deuxième type d'incertitude. Les tribunaux ont invoqué le principe de la certitude pour empêcher ou annuler des décisions de jury jugées excessives et ont, à cet égard, établi des normes rigoureuses. En conséquence, lorsqu'un tribunal estime que le recouvrement est justifié, il doit s'évertuer à concilier le résultat voulu avec des précédents restrictifs.

En revanche, en droit anglo-canadien, peut-être à cause du déclin de l'emploi du jury, les tribunaux ont constamment statué que, *si le demandeur établit la probabilité de son préjudice, la difficulté de monnayer ce préjudice ne peut jamais dispenser l'auteur du délit de payer des dommages et intérêts. S'il est difficile de fixer la somme, le tribunal doit tout simplement faire de son mieux avec les éléments dont il dispose.* Bien sûr, à défaut par le demandeur de faire la preuve qu'il aurait dû faire si sa réclamation était solide, l'omission jouera contre lui. Dans l'arrêt *Ratcliffe c. Evans*, le juge Bowen s'exprime ainsi :

Il faut, tant au niveau de la plaidoirie que de la preuve du préjudice, insister sur la plus grande certitude et le plus grand nombre de détails, tout en demeurant raisonnable, compte tenu des circonstances et de la nature des actes ayant donné lieu au préjudice. En demander moins reviendrait à assouplir des principes anciens et sensés. En demander plus relèverait du pédantisme le plus vain.

Ce principe a été appliqué par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Wood c. Grand Valley R. Co.* (1915), 51 R.C.S. 283. Dans cet arrêt, la Cour fait référence à l'arrêt *Chaplin c. Hicks* [1911] 2 K.B. 786, à la page 289 :

Il était manifestement impossible, vu les faits, d'estimer avec la moindre précision mathématique le préjudice subi par les demandeurs. Toutefois, il me semble clairement établi par les savants juges qu'une telle impossibilité ne devait « décharger l'auteur du délit de son

obligation de payer des dommages et intérêts pour cause de rupture de contrat » et que, d'autre part, *le tribunal, soit juge ou jury, doit « faire de son mieux » dans les circonstances pour estimer de tels dommages et intérêts, et son jugement ne sera pas cassé, même si le montant fixé relève de la conjecture.*

La question a été revue par la Cour suprême dans l'arrêt *Penvidic Contracting Co. c. International Nickel Co. of Canada*, [1976] 1 R.C.S. 267. Dans cet arrêt, Penvidic avait conclu un accord avec International Nickel pour faire le ballastage et poser la voie d'un chemin de fer construit par International Nickel. Or, celle-ci n'avait pas achevé les travaux préparatoires, qui consistaient à préparer le site en construisant une voie de raccordement. Penvidic a dû alors modifier sa méthode de construction, ce qui lui a occasionné un retard et des coûts supplémentaires. La preuve a démontré qu'International Nickel avait rompu son contrat avec Penvidic et que celle-ci avait subi un préjudice. Penvidic a estimé son préjudice en faisant la preuve des coûts du ballastage additionnel par tonne supplémentaire, plutôt que d'établir avec précision chaque poste de dépenses tel qu'il figurait dans ses registres. Le juge de première instance a adopté cette méthode pour apprécier le préjudice. En appel, la Cour suprême du Canada cite la proposition tirée de l'arrêt *Wood c. Grand Valley Railway Company*, précité, selon laquelle le tribunal doit « faire de son mieux » pour établir le préjudice, et statue que, vu l'état des choses, le demandeur a droit au dédommagement fixé à juste titre par le juge de première instance.

Un autre exemple d'un tribunal faisant « de son mieux » se trouve dans l'arrêt *Potter Station Power Co. c. Inco Ltd.* (1998), 43 C.L.R. (2d) 53 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). Bluebird Construction (le prédécesseur de Potter Station) avait conclu un accord avec Inco. Au cours de l'exécution du contrat, il est survenu plusieurs problèmes, dont des problèmes d'ingérence et de retard. En conséquence, Bluebird a actionné Inco en dommages et intérêts, notamment en recouvrement des coûts d'impact, des frais généraux relatifs au siège social et à l'administration, et des frais de perte de productivité. Dans son appréciation des coûts d'impact et de perte de productivité, le juge Rosenberg écrit, à la page 61 :

Il me semble, compte tenu de l'ensemble des problèmes, qu'il est

impossible de calculer les coûts d'impact et de perte de productivité attribuables à chaque problème. Lorsqu'une partie des travaux est retardée, il n'est pas possible d'en établir l'impact et la perte de productivité. Tout au plus peut-on calculer l'impact global de l'ensemble des problèmes et des frais supplémentaires sur la productivité et l'efficacité.

Plus loin, à la page 65 :

Inco prétend que, pour chaque ordre de service en cause, il faut inclure le montant de la perte de productivité et de l'impact. Cela pourrait s'envisager s'il n'y avait eu que quelques modifications et quelques retards dans l'exécution du contrat. Or, il y en a eu des centaines. Il n'existe donc aucun moyen pratique de procéder ainsi. Si un appareil doit arriver le 1er juin et qu'Inco informe Bluebird qu'on l'attend maintenant pour le 15 juin, puis pour le 1er juillet, et ainsi de suite, Bluebird ne peut pas établir, lorsque de tels incidents se comptent par centaines, que tel incident précis a occasionné tant de dollars au titre de l'impact et de la perte de productivité. Le seul moyen pratique de mesurer l'incidence et la perte de productivité globales est de suivre l'exemple de Mme Tardif, soit d'attribuer à la perte de productivité et à l'impact les heures supplémentaires qui dépassent les heures estimatives (sous réserve de la preuve d'estimations raisonnables).

Et le juge de statuer à la page 71 : « bien qu'il me soit impossible de mesurer avec précision, la meilleure estimation que je puisse faire c'est qu'Inco n'est pas tenue de 40 % du retard sur le projet par suite de démarrage tardif, de grèves, etc. ».

Si l'on considère le problème de la concomitance de retards à la lumière des autorités citées ci-dessus, on peut soutenir que, dans les causes où il est difficile d'apprécier le préjudice, y compris en cas de retards concurrents, le tribunal est tenu de « faire de son mieux » pour évaluer ce préjudice dès lors que le demandeur réussit à démontrer que le défendeur est fautif, qu'il a largement contribué au retard et que le demandeur a éprouvé un préjudice. Il faut, bien sûr, reconnaître que les jugements cités ci-dessus ne traitent pas explicitement de la question de la concomitance de retards. Toutefois, ils donnent à entendre que, dans des

situations factuelles relativement complexes où il est, dans une certaine mesure, souvent question de concomitance de retards, les tribunaux canadiens ont eu tendance à répartir la responsabilité de façon assez schématique.

4. PARTAGE DE LA RESPONSABILITÉ

La notion de partage de la responsabilité peut fournir un moyen plus direct d'aborder la défense fondée sur le retard concourant.

Un outil permettant de répartir la responsabilité pour le retard, et dont disposent les tribunaux de certaines provinces de *common law*, est prévu par les lois portant sur le partage de la responsabilité pour négligence.

Tous les ressorts de *common law* canadiens ont adopté des lois établissant la responsabilité solidaire entre plusieurs auteurs de délits et permettant le partage de la responsabilité pour négligence (cf. *Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1990, c. N-1 ; *Loi sur la négligence contributive*, L.R.N.-B. 1973, c. C-19 ; *Contributory Negligence Act*, L.R.Y. 1986, c.32 ; *Loi sur les auteurs de délits civils et la négligence contributive*, L.R.M. 1987, c. T-90 ; *Negligence Act*, L.R.C.-B. 1996, c.333 ; *Contributory Negligence Act*, L.R.A. 1970, c. C-23 ; *Contributory Negligence Act*, L.R.T.-N. 1990, c. C-33 ; *Loi sur la négligence de la victime*, L.R.T.N.-O. 1988, c. C-18 ; *Loi sur la négligence de la victime*, L.R.T.N.-O. 1988, c. C-18, reproduite dans la *Loi sur le Nunavut*, L. C. 1993, c. 28 et ses modifications ; *Contributory Negligence Act*, L.R.N.-É. 1989, c.95 et la *Tortfeasors Act*, L.R.N.-É. 1989, c. 471 ; *Contributory Negligence Act*, L.R.Î.-P.-E. 1988, c. C-1 ; et *The Contributory Negligence Act*, L.R.S. 1978, c. C-31). Ces lois permettent aux tribunaux de répartir la responsabilité entre les demandeurs coresponsables et les auteurs de délits ainsi qu'entre coauteurs de délits (qui demeurent solidairement responsables envers le demandeur malgré le partage de la responsabilité prononcé par le tribunal). (Toutes ces lois sont ci-après dénommées les « lois en matière de négligence concourante ».)

Les auteurs H.D. Pitch et R.M. Snyder soulignent que « malgré les similitudes entre ces lois, leur application aux poursuites contractuelles par les tribunaux varie d'une province à l'autre » ; cf. H.D. Pitch & R.M. Snyder, *Damages for Breach of Contract*, 2nd ed. (looseleaf) (Toronto : Carswell, 1989+), à

la page 9, al. 3(b). Il existe toujours en Alberta, au Manitoba, au Nouveau-Brunswick, à Terre-Neuve, en Ontario, à l'Île-du-Prince-Édouard et en Saskatchewan des restrictions d'ordre technique qui limitent l'application de ces lois au problème de la négligence. En revanche, les tribunaux de la Colombie-Britannique et de la Nouvelle-Écosse se sont fondés sur les lois en matière de négligence concourante pour disposer de poursuites contractuelles (cf. Pitch & Snyder, *Damages for Breach of Contract*, précité, à la page 9, al. 3(b)(i) à (viii)). Cependant, vu la façon dont les tribunaux de *common law* canadiens abordent, en général, l'application à la responsabilité contractuelle des principes renfermés dans les lois en matière de négligence concourante, la distinction quant à l'applicabilité directe de ces lois est de peu d'importance.

Un exemple du partage de la responsabilité entre un demandeur et un défendeur en matière contractuelle est l'arrêt *Coopers & Lybrand c. H.E. Kane Agencies Ltd.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 695 rendu par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick. Dans cet arrêt, Coopers, un cabinet comptable, était le vérificateur de Kane et menait chaque année une vérification de cette société. Dans son action, Kane a reproché à Coopers d'avoir failli à son obligation de diligence raisonnable, ou subsidiairement, d'avoir fait preuve de négligence dans l'exécution de ses obligations envers Kane. Le cabinet avait laissé passer un système conçu par Charles Kane, principal intéressé de la société, et selon lequel un client de la société avait bénéficié de crédits excessifs. Le client a été mis sous séquestre et Kane a été incapable de récupérer une partie de sa dette. La Cour d'appel a repris à son compte le jugement de première instance selon lequel Coopers avait failli à l'obligation de diligence qui lui incombait dans les circonstances. La Cour a décidé également que le manque de jugement dont avait fait preuve Charles Kane était une cause immédiate de la perte subie par la société, bien que cette conclusion ne permettait pas à Coopers de se dégager de toute responsabilité. Pour ce qui est du partage de la responsabilité, le juge Stratton s'exprime au nom de la Cour, à la page 708 :

Je suis persuadé que l'obligation qui incombait à Coopers & Lybrand est née du contrat qui l'engageait envers Kane. Que l'on accepte l'argument voulant qu'en *common law* la faute puisse être partagée tant

dans une action en responsabilité contractuelle que dans une action en responsabilité délictuelle, et que la *Loi sur la négligence contributive*, L.R.N.-B. 1973, C. c-19 trouve application par analogie, ou que l'on adopte plutôt la théorie de l'expectative raisonnable des parties, ou encore la notion de confiance restreinte ou déraisonnable, ou que l'on soutienne tout simplement que l'équité et la justice exigent que la responsabilité soit partagée, je ne crois pas, vu les circonstances en l'espèce, que le juge de première instance se soit trompé en statuant que les actes de Harold Kane, président de la société, et de Charles Kane, son employé, ont contribué au préjudice subi par la société. Je ne puis non plus affirmer que l'imputation de degrés de faute à chaque partie soit erronée.

Cf. également *Doiron c. Caisse populaire D'Inkderman Ltee.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 660 (N.B.C.A.) pour son excellente analyse de ce domaine de la loi par le juge LaForest.

Le problème du partage de la responsabilité entre un demandeur et un défendeur dans une action en responsabilité contractuelle est également le sujet de l'arrêt *Tompkins Hardware Ltd. c. North Western Flying Services Ltd. et al.* (1982), 139 D.L.R. (3d) 329 (Ont. H.C.J.). Dans cet arrêt, le demandeur avait confié son avion au défendeur pour entretien et remplacement des ballons par des skis. Les sandows existants ont été remplacés par de nouveaux cordons élastiques. Le résultat a fait l'objet d'une inspection menée par un ingénieur en aéronautique au service du défendeur et l'appareil a été certifié en état de navigabilité. Après avoir récupéré son appareil, le pilote du demandeur s'est envolé pour son camp. Il a eu du mal à maîtriser son appareil et a fait quelques réparations temporaires en fixant au train d'atterrissage des dispositifs d'arrimage provisoires. Reparti le lendemain, il a dû faire un atterrissage forcé et l'appareil a subi des dommages importants. Le demandeur a actionné le défendeur en responsabilité contractuelle et délictuelle. Le juge Saunders a décidé que le défendeur avait failli à son obligation d'assurer l'entretien selon les règles de l'art, et que le pilote avait fait preuve de négligence puisqu'il aurait dû raisonnablement remettre l'appareil au défendeur après le premier incident. Le demandeur a prétendu que l'éventuelle négligence du pilote ne pouvait réduire la responsabilité contractuelle du

défendeur. Le juge Saunders se prononce sur cet argument, aux pages 340-341 :

Le principe selon lequel un homme qui contribue à son propre préjudice ne peut appeler une autre partie à le dédommager entièrement a longtemps été reconnu comme étant d'application en matière de responsabilité délictuelle : cf. *Nance c. B.C. Electric R. Co.*, [1951] 3 D.L.R. 705 à la p. 711, [1951] A.C. 601 à la p. 611, 2 W.W.R. (N.-É.) 665. Je ne vois aucune objection à ce que ce principe soit également d'application en matière de responsabilité contractuelle [...] Mosbeck (le pilote) a fait preuve de négligence en s'envolant avec l'appareil et a créé une situation où l'appareil a pu être endommagé parce que les sandows installés par le défendeur étaient inadéquats. En tel cas, il doit, selon moi, y avoir partage de la responsabilité, que ce soit en matière de responsabilité contractuelle ou délictuelle.

En partageant la responsabilité, le juge Saunders ne se fonde pas sur la *Loi sur la négligence contributive*, mais décide plutôt que « les principes énoncés à l'article 2 de [cette loi] s'appliquent à juste titre à une action en responsabilité contractuelle, même si la loi elle-même n'y trouve pas application » (page 341).

Le jugement du juge Saunders dans l'arrêt *Tompkins* a servi de précédent à la décision du juge Grange dans l'arrêt *Ribic c. Weinstein* (1982), 140 D.L.R. (3d) 258 (Ont. H.C.J.). En outre, dans l'arrêt *Cosyns c. Smith et al.* (1983), 41 O.R. (2d) 488 (C.A.), la Cour d'appel fait en passant les observations suivantes sur le raisonnement du juge Saunders dans l'arrêt *Tompkins*, raisonnement adopté par le juge Grange dans l'affaire *Ribic* :

Je suis persuadé qu'en l'espèce l'obligation des défendeurs est née du contrat. Il n'y a pas lieu de décider si le droit de la responsabilité civile délictuelle a, lui aussi, donné lieu à une obligation. En tout état de cause, je ne crois pas devoir me prononcer sur la séduisante conclusion du juge Saunders, adoptée par le juge Grange. Je le dis à cause de ma conclusion sur la deuxième question, à savoir, la validité juridique de l'imputation de négligence concourante au demandeur en l'espèce. [La Cour d'appel a décidé que le demandeur n'avait pas fait preuve de négligence.]

De même, dans l'arrêt *Wells Construction Ltd. c. Thomas Fuller Construction*

Company (1958) Ltd. (1986), 22 C.L.R. 144 (Nfld. S.C.), Thomas Fuller avait conclu un contrat de construction d'immeubles avec Sa Majesté du chef du Canada. M. Fuller, de son côté, avait sous-traité à Wells les travaux d'excavation, de remblayage, de dérochement, de déblayage, d'essouchement, de nivellement du terrain et de forage. Wells a connu des difficultés financières, qu'il attribua au non-paiement des factures remises à Thomas Fuller pour travaux accomplis. Wells a donc retiré ses ouvriers et a informé Thomas Fuller qu'il ne reviendrait pas sur le site tant que ses acomptes demeuraient impayés. Le différend n'a pu être réglé et Thomas Fuller a achevé les travaux prévus par le contrat de sous-traitance. Wells a actionné Thomas Fuller et la caution en recouvrement du solde dû pour main-d'oeuvre, matériaux, matériel et services rendus en vertu du contrat de sous-traitance. Pour sa part, Thomas Fuller a introduit une demande reconventionnelle fondée en partie sur le préjudice qu'il avait subi en ayant eu à achever les travaux de remblayage, préjudice qui, selon Wells, devait être partagé. S'exprimant sur cette partie de la demande reconventionnelle, le juge Woolridge s'est dit d'accord avec la décision du juge Saunders dans l'arrêt *Tompkins Hardware Ltd. c. North Western Flying Services Ltd.*, statuant que les principes énoncés à l'article 2 de *The Contributory Negligence Act*, L.R.T.-N. 1970, c.61 pouvaient, à juste titre, s'appliquer à une action en responsabilité contractuelle. Le juge a décidé que Thomas Fuller était responsable à raison de 80 % et Wells à raison de 20 % des coûts des travaux de remblayage.

Dans l'arrêt *Convert-A-Wall Ltd. c. Brampton Hydro-Electric Commission* (1988), 65 O.R. (2d) 385 (Div. Ct.), la société Convert-A-Wall (l'« entrepreneur ») avait conclu un contrat avec Brampton pour la construction d'ajouts et de modifications à ses bureaux et entrepôts de Brampton. Les travaux ont accusé un retard, que l'entrepreneur attribua à Brampton et à son architecte. Par conséquent, les travaux retardaient sur le calendrier. De plus, les fournisseurs de matériaux et de services ont publié des privilèges dont Brampton a retenu la somme. L'entrepreneur a connu des problèmes de manque de liquidités et Brampton a continué de retenir les sommes correspondant aux privilèges qui lui avaient été notifiés. La situation s'est empirée progressivement et Brampton a fini par résilier le contrat. La cour a statué que le seul reproche que l'on pouvait faire à l'en-

trepreneur était son défaut d'achever les travaux dans les délais impartis. Brampton était responsable d'un certain retard et le juge de première instance a accordé des dommages et intérêts à l'entrepreneur en conséquence. Le juge a conclu également que Brampton avait droit aux coûts d'achèvement des travaux. Selon le juge, le retard causé par le propriétaire avait, au moins en partie, provoqué le défaut de l'entrepreneur. Toutefois, le juge a décidé qu'il incombait à l'entrepreneur d'exécuter le contrat conformément à ses dispositions et qu'un entrepreneur raisonnable aurait vu venir les problèmes financiers et les éventuels retards. Dans les faits, le juge de première instance a réparti les coûts d'achèvement des travaux entre Brampton et l'entrepreneur en accordant à celui-ci des dommages et intérêts pour cause de retard et à celui-là une partie de ses coûts d'achèvement des travaux. En appel, le juge Saunders affirme à la page 393 :

Le recouvrement des coûts d'achèvement des travaux revient à obtenir des dommages et intérêts. Une telle décision a pour effet de dédommager le propriétaire de frais qu'il n'aurait pas eu à engager. Si le propriétaire est en partie responsable de l'engagement de ces frais, il est juste de partager la responsabilité dans les mêmes proportions que dans le cadre d'une action en responsabilité civile délictuelle.

[...]

Le partage de la responsabilité ne peut se calculer de façon précise. En effet, le savant juge de première instance a réparti la responsabilité en refusant d'accorder au propriétaire les honoraires d'architectes et d'avocats, bien qu'il ne se soit pas exprimé ainsi. Résultat : les coûts d'achèvement des travaux sont à la charge de l'entrepreneur et du propriétaire, dans des proportions respectives d'environ 77 % et 23 %.

Dans l'arrêt *Dartmouth (City) c. Acres Consulting Ltd.* (1995), 138 N.S.R. (2d)163 (S.C.), la ville de Dartmouth avait engagé les services d'Acres et l'avait chargé de préparer les plans et devis pour la construction de rampes d'embarquement et de docks flottants pour la gare maritime des traversiers du port de Dartmouth. La ville a retenu également les services de McAlpine à titre d'entrepreneur général. McAlpine a sous-traité à Semper la fourniture de la main-d'oeuvre, des matériaux et du

matériel destinés à l'installation de la couverture. Semper, de son côté, a sous-traité à Connor la fourniture et l'installation de la couverture conformément aux plans et devis. La construction a été menée à terme, mais, cinq ans plus tard, des fuites d'eau se sont déclarées dans le plafond de l'une des rampes. La ville a fait enquête et a découvert que la toiture était en état de pourriture et exigeait d'importantes réparations. Elle a intenté une action en recouvrement des frais de réparation. La preuve a démontré qu'il s'était accumulé beaucoup d'eau et de vapeur à l'intérieur du revêtement d'étanchéité du toit et que celles-ci entraînaient la pourriture du bois et du pare-vapeur. Le juge Grant a examiné plusieurs causes susceptibles d'avoir provoqué l'endommagement du toit et a conclu que McAlpine et Connor ne s'étaient pas conformés aux plans et devis. En conséquence, il a écarté la négligence d'Acres et l'a déchargé de toute responsabilité. Le juge Grant ne s'est pas penché sur le droit en matière de partage de la responsabilité tel qu'il s'applique aux actions en responsabilité contractuelle et délictuelle. Néanmoins, il a réparti la responsabilité à raison de 20 % pour la ville (10 % pour avoir accepté des matériaux de remplacement et 10 % pour les travaux effectués par des employés municipaux) et de 80 % pour McAlpine (20 % pour cause de négligence dans les travaux de charpente et 60 % pour vices de construction de la couverture). Le juge Grant a statué, en outre, que la ville devait être indemnisée par son ingénieur-conseil à raison de 10 % pour cause d'acceptation de matériaux de remplacement. De plus, McAlpine devait être dédommagé par Connors à raison de 60 % des dommages résultant des vices de construction, étant donné que les travaux sur le toit avaient été accomplis par Connor.

Il est clair que les principes développés dans les arrêts *Coopers & Lybrand, Tompkins* et *Convert-A-Wall*, lorsqu'ils sont applicables, apportent une certaine souplesse à l'analyse de la responsabilité partagée pour dommages et intérêts contractuels, y compris, à notre avis, les dommages et intérêts pour cause de retard, surtout lorsque le demandeur a lui-même contribué au retard.

Il faut voir cette méthode à la lumière des arrêts américains, tels que *Coath & Goss, Inc., A Corporation c. The United States*, 101 Ct. Cl. 702 (1944), et *Blinderman Construction Co., Inc. c. The United States*, 695 F.2d 552 (U.S.C.A., 1982), aux

termes desquels on ne permet le partage de la responsabilité que lorsque la preuve établit clairement que le retard et les frais sont imputables à chaque partie.

Cependant, les tribunaux canadiens, encore une fois, ne semblent pas s'être penchés explicitement sur la question de la défense fondée sur le retard concourant dans les arrêts cités ci-dessus. Autrement dit, lorsqu'il est clair qu'il y a eu retard concourant et que la défense est expressément invoquée, le partage de la responsabilité, tel qu'il a été appliqué jusqu'ici en matière de construction, ne concerne pas directement la question fondamentale de la causalité propre à cette défense.

Fait important : l'arrêt *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, 140 D.L.R. (4th) 235, rendu par la Cour suprême du Canada, peut être mis à contribution (par analogie) dans ce contexte. L'arrêt porte sur un préjudice corporel. Toutefois, le juge Lee, dans l'arrêt *The City of Edmonton c. Lovat Tunnel Equipment Inc.* (2000), 3 C.C.L.T. (3d) 78 (Alta Q.B.) examine, dans le contexte du retard concourant, les principes énoncés dans l'arrêt *Athey c. Leonati*.

Dans son jugement, le juge Lee répond à la ville d'Edmonton, qui prétend que l'analyse du retard suivant le « plan définitif comprimé » faite par son expert en établissement des calendriers était conforme au test adopté par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Athey c. Leonati* :

[520] La Cour, dans l'arrêt *Athey c. Leonati*, a confirmé que la causalité est établie si le demandeur prouve, suivant la prépondérance des probabilités, que le défendeur a causé le préjudice ou y a contribué. Le critère général en matière de causalité est celui du facteur déterminant (*but-for test*), selon lequel le demandeur est tenu de prouver que le préjudice dont il se plaint ne serait pas survenu sans (*but for*) la négligence du défendeur.

[521] Dans certaines circonstances, les tribunaux reconnaîtront que la causalité peut être établie si la négligence du défendeur a contribué de façon appréciable au préjudice. Lorsque plusieurs facteurs concourent à la réalisation de la blessure, le défendeur sera tenu de toutes les blessures causées par sa négligence ou auxquelles sa négligence a contribué de façon appréciable.

L'arrêt *Athey c. Leonati* (de la plume du juge Major), et les arrêts qui l'ont précédé, apportent un puissant soutien canadien à l'application du critère de la « contribution appréciable » à la répartition des dommages et intérêts en matière de négligence et, croyons nous, en matière contractuelle.

Le juge Major, traitant de la question du partage de la responsabilité dans l'arrêt *Athey c. Leonati*, établit une très nette distinction entre les causes délictuelles et les causes non délictuelles :

La répartition de la responsabilité entre les causes délictuelles est expressément permise par les lois provinciales en matière de négligence, et une telle mesure est conforme aux principes généraux du droit de la responsabilité civile délictuelle. Le demandeur obtient quand même une indemnité complète, et il est rétabli dans la situation où il aurait été n'eût été la négligence du défendeur. Chacun des défendeurs reste pleinement responsable du préjudice subi par le demandeur, puisque chacun a été une cause du préjudice. Les textes de loi permettent simplement à chacun des défendeurs de demander d'être indemnisé par les autres, suivant leur part de responsabilité à l'égard du préjudice.

En l'espèce, la répartition suggérée vise les causes délictuelles et non délictuelles. Une telle répartition est contraire aux principes de la responsabilité délictuelle parce que le défendeur échapperait ainsi à la pleine responsabilité, même s'il a causé ou contribué à causer la totalité du préjudice subi par le demandeur. Ce dernier ne serait pas indemnisé suffisamment, puisqu'il ne serait pas rétabli dans la situation où il aurait été n'eût été la négligence du défendeur.

L'extrait suivant de la décision du juge Major énonce certains principes d'ordre général qui doivent être pris en compte :

La causalité est établie si le demandeur prouve, selon la norme applicable en matière civile, c.-à-d. suivant la prépondérance des probabilités, que le défendeur a causé le préjudice ou y a contribué : *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311 ; *McGhee c. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008 (H.L.).

Le critère général, quoique non décisif, en matière de causalité est celui du « facteur déterminant »

(« but for test »), selon lequel le demandeur est tenu de prouver que le préjudice ne serait pas survenu sans la négligence du défendeur : *Horsley c. MacLaren*, [1972] R.C.S. 441.

Comme le critère du facteur déterminant n'est pas applicable dans certaines circonstances, les tribunaux ont reconnu que la causalité était établie si la négligence du défendeur avait « contribué de façon appréciable » au préjudice : arrêts *Myers c. Peel County Board of Education*, [1981] 2 R.C.S. 21 ; *Bonnington Castings, Ltd. c. Wardlaw*, [1956] 1 All E.R. 615 (H.L.) ; *McGhee c. National Coal Board*, précité. Un facteur concourant est important s'il a eu une incidence plus que minimale : arrêt *Bonnington Castings, Ltd. c. Wardlaw*, précité ; voir aussi *R. c. Pinsky* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 114 (C.A.C.-B.), conf. par [1989] 2 R.C.S. 979.

[...]

Pour bien comprendre ces cas et les raisons pour lesquelles ils ne s'appliquent pas dans la présente situation, il suffit d'examiner les principes fondamentaux. L'objet essentiel, le principe le plus fondamental du droit de la responsabilité délictuelle est que le demandeur doit être rétabli dans la situation où il aurait été n'eût été la négligence du défendeur (la « situation originale »). Toutefois, le demandeur ne doit pas être placé dans une situation **meilleure** que sa situation originale. Il est donc nécessaire non seulement d'établir quelle est la situation du demandeur après le délit, mais également d'évaluer ce qu'aurait été sa « situation originale ». C'est la différence entre ces deux situations, la « situation originale » et la « situation après le préjudice », qui correspond à la perte subie par le demandeur.

Le dernier alinéa ci-dessus concorde clairement avec la méthode énoncée par le juge Wallace dans l'arrêt *Pacific Coast Construction Co. Ltd.*

Au demeurant, la Cour suprême a opéré le partage de la responsabilité entre les causes délictuelles et non délictuelles dans l'arrêt *Athey c. Leonati*.

Dans un récent arrêt de la Cour suprême du Canada rendu dans l'affaire *Walker Estate c. York Finch General Hospital*, [2001] A.C.S. No 24, la Cour reprend le critère de la « contribution appréciable » développé dans l'arrêt *Athey c. Leonati*. Dans l'arrêt *Walker*

Estate, trois demandeurs, Osborne, « M » et Walker, avaient contracté le VIH après avoir reçu du sang et des produits sanguins fournis par la Société canadienne de la Croix-Rouge (« Croix-Rouge canadienne »). Les demandeurs prétendaient que la Croix-Rouge canadienne avait fait preuve de négligence dans sa façon de procéder pour filtrer les donneurs de sang. Osborne et « M » ont eu gain de cause en première instance. Cependant, le juge a conclu que Walker n'avait pas réussi à prouver un lien de causalité. La Cour d'appel d'Ontario se rallia au jugement de première instance en ce qui concerne Osborne et « M », mais cassa le jugement à l'égard de Walker, affirmant que, si le juge de première instance avait appliqué une juste analyse de la causalité, il aurait trouvé le lien de causalité nécessaire. En rejetant l'appel de la Croix-Rouge, la Cour suprême du Canada affirme, aux alinéas 87 et 88 :

En ce qui concerne la question de la négligence dans la sélection des donneurs, les demandeurs doivent établir l'obligation de diligence et la norme de diligence que la Croix-Rouge canadienne devait respecter à leur égard. Ils doivent également démontrer que la Croix-Rouge canadienne a causé leur préjudice. Les difficultés singulières que présente l'établissement du lien de causalité rendent atypique ce domaine de la négligence. Le critère général en matière de lien de causalité qu'il convient d'appliquer dans les cas où une cause unique peut être attribuée à un préjudice est le critère du facteur déterminant. Cependant, ce critère ne s'applique pas dans certaines situations, en particulier lorsque plusieurs causes distinctes peuvent donner lieu à un seul préjudice.

Dans les affaires de négligence dans la sélection des donneurs, il peut être difficile, voire impossible d'établir de façon hypothétique ce que le donneur aurait fait s'il avait été convenablement filtré par la Croix-Rouge canadienne. Vu l'élément supplémentaire de la conduite du donneur dans ces affaires, il se pourrait que le critère du facteur déterminant entraîne un résultat injuste, niant à des demandeurs légitimes toute indemnisation. En conséquence, la question à trancher dans les affaires de négligence en matière de sélection des donneurs ne consiste pas à déterminer, selon le critère du facteur déterminant, si la conduite de la Croix-Rouge canadienne est une

condition nécessaire du préjudice des demandeurs, mais plutôt à savoir si cette conduite en est une condition suffisante. *Le critère à appliquer au lien de causalité, en matière de négligence dans la sélection des donneurs, est de savoir si la négligence du défendeur « a contribué de façon appréciable » à la survenance du préjudice. En l'espèce, il est clair que c'est le cas. Un facteur concourant est important « s'il a eu une incidence plus que minimale »* (voir *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, par. 15). Il incombe donc toujours à la demanderesse d'établir que l'omission de la Croix-Rouge de filtrer les donneurs dont le sang était contaminé a contribué de façon appréciable au fait que Mme Walker a eu le VIH après avoir reçu du sang contaminé. [C'est nous qui soulignons]

En cas de retards concourants (qu'ils soient tous non excusables, ou que certains soient excusables alors que les autres ne le sont pas), malgré toute question de causalité, il nous paraît équitable de répartir les dommages et intérêts parmi les auteurs du délit ayant contribué de façon appréciable au retard et au préjudice qui en résulte. Par exemple, en cas de pur retard concourant, où deux ou plusieurs parties accusent un retard dans l'exécution de leurs obligations au cours d'une même période, et que le demandeur innocent est incapable de démontrer laquelle des deux parties est la cause du préjudice, il serait tout à fait inéquitable de permettre aux auteurs de délits d'échapper à leur responsabilité et de faire porter l'entière responsabilité sur les épaules du demandeur innocent. Plutôt, lorsque les circonstances le permettent, les tribunaux pourraient appliquer les principes énoncés dans les lois d'application en matière de négligence concourante, que ce soit directement ou par analogie, et répartir les dommages et intérêts (éventuellement à parts égales) entre les auteurs de délits. (Là où le demandeur et le ou les défendeurs ont tous contribué au retard, il est inéquitable que le seul demandeur ou le ou les seuls défendeurs aient à supporter l'intégralité des dommages et intérêts. Dans ce cas, l'équité pourrait exiger que le tribunal répartisse les dommages et intérêts (éventuellement à parts égales)).

Comme nous le maintenons ci-dessus, la situation classique de l'injustice propre à la défense fondée sur le retard concourant survient lorsqu'il y a, à la fois, un demandeur innocent et deux ou

plusieurs autres participants au projet qui ont contribué au retard. C'est ici, encore une fois, que le droit de la responsabilité civile délictuelle, et plus précisément la notion de « contribution appréciable », trouve application. L'auteur A.M. Linden, sans son ouvrage *Canadian Tort Law*, 6th ed. (Toronto : Butterworths Canada Ltd., 1997), écrit aux pages 109 à 110 :

Le critère du facteur déterminant (*but-for test*) a connu de réelles difficultés lorsque deux ou plusieurs défendeurs ont contribué à la cause de la perte. Si l'on peut affirmer que le préjudice se serait produit même si une seule de ces causes avait été présente, il se pourrait qu'aucune des parties ne soit une cause selon le critère du « facteur déterminant ». Supposons que A et B mettent le feu par négligence à différents endroits et que les incendies se propagent jusqu'au domicile du demandeur. Tant A que B pourrait prétendre que l'incendie se serait produit sans sa négligence. En conséquence, un tribunal borné pourrait conclure qu'aucun des défendeurs, bien que tous deux négligents, n'est à l'origine de la perte parce qu'elle se serait produite de toute façon.

Un tel résultat ne saurait être toléré. Heureusement, les tribunaux se sont acquittés de leur tâche en faisant appel au bon sens. Ils ont développé le critère du facteur appréciable qui veut que, si les actes de deux personnes sont des facteurs appréciables dans la réalisation du résultat, la responsabilité incombe aux deux au motif que les deux ont « contribué de façon appréciable à l'incident ». Dans l'arrêt *Lambton c. Mellish*, deux exploitants de manèges ont été actionnés pour cause de nuisance en raison du bruit exaspérant produit par leurs orgues de barbarie. Le tribunal a prononcé une injonction contre chacun d'entre eux, individuellement. Le juge Chitty explique pourquoi :

Si les actes de deux personnes, chacune consciente des actes de l'autre, concourent à la naissance d'une faute susceptible de poursuites, chacune peut faire l'objet d'un recours contre la cause globale de la plainte. En l'espèce, les défendeurs sont, tous deux, responsables du bruit global, dans la mesure où ils cons-

tituent une nuisance qui incommode le demandeur. Donc chacun doit être restreint dans la mesure de sa part du bruit qui en résulte.

Dans l'arrêt *Corey c. Havener*, le demandeur se promenait en chariot tiré par un cheval alors qu'il s'est fait doubler par deux automobilistes, l'un à droite l'autre à gauche, conduisant à haute vitesse. Le cheval a pris peur et le demandeur a subi des blessures. Bien que les défendeurs agissaient séparément, le tribunal les a condamnés tous les deux au plein montant des dommages et intérêts au motif que, « dès lors que chacun a contribué au préjudice, cela suffit pour obliger les deux ». De même, dans l'arrêt *Arneil c. Patterson*, deux chiens ont été tenus pour responsables de l'intégralité des dommages et intérêts « parce que, au regard de la loi, chaque chien a causé la totalité du préjudice dont les poursuivants se plaignent ». Ainsi, si la négligence de deux personnes concourt au décès d'une troisième, les deux sont responsables, à parts égales, de sa mort. Un groupement de pollueurs peut être déclaré solidairement responsable bien qu'il soit impossible d'établir le dommage causé par chacun d'entre eux.

Fait important : il se peut qu'il soit possible d'imputer des degrés de faute arbitrairement aux différents auteurs de délits. Cette mesure pourrait être un outil de taille pour contrer la défense fondée sur le retard concourant. En fait, toutes les lois en matière de négligence concourante disposent que là où il n'est pas possible d'établir des degrés de fautes, le tribunal doit répartir la responsabilité à parts égales. À titre d'exemple, l'article 1, alinéa 1 de la *Loi sur la négligence contributive*, L.R.N.-B. 1973, c. C-19, avec ses modifications, dispose que :

Lorsqu'un dommage ou une perte ont été causés par la faute de deux personnes ou plus à l'une d'entre elles ou plus, la responsabilité de réparer ce dommage ou cette perte se partage entre elles proportionnellement à l'importance de leurs fautes respectives, mais si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, il n'est pas possible d'établir des différences d'importance entre leurs fautes, la responsabilité se partage entre elles à parts égales.

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, là où les tribunaux refusent d'appliquer les lois en matière de négligence concurrente aux actions en responsabilité contractuelle, on peut quand même se réclamer de certaines autorités pour appliquer les principes énoncés dans ces lois, de manière à permettre la répartition de la responsabilité contractuelle. Ainsi, la présomption du partage à parts égales de la responsabilité peut servir à surmonter le problème de la causalité propre à la défense fondée sur le retard concourant.

5. RESPONSABILITÉ CONCURRENTÉ EN MATIÈRE CONTRACTUELLE ET DÉLICTUELLE

Un autre principe important qui introduit une certaine souplesse dans l'appréciation de la responsabilité, et qui pourrait mener à une meilleure application des lois en matière de négligence concurrente, est le principe de la responsabilité concurrente, contractuelle et délictuelle.

Comme nous l'avons déjà mentionné, certains tribunaux canadiens se refusent d'appliquer les lois en matière de négligence concurrente aux actions en responsabilité contractuelle. Certains choisissent plutôt d'appliquer les principes de la négligence concurrente au problème de répartition des dommages et intérêts entre les auteurs de délits (cf. *Tompkins*, précité, et *Ribic c Weinstein* et al., précité). Il importe de noter, toutefois, que, dans les provinces où les tribunaux répugnent à appliquer ces lois directement aux actions en responsabilité contractuelle, ces tribunaux en sont néanmoins, dans certains cas, arrivés au même résultat en déclarant le défendeur responsable contractuellement et civilement à la fois (cf. *Husky Oil Operations Ltd. c. Oster* (1978), 87 D.L.R. (3d) 86 (Sask. Q.B.) ; *Canadian Western Natural Gas Co. c. Pathfinder Surveys Ltd.* (1980), 12 Alta. L.R. (2d) 135, 12 C.C.L.T. 211 (C.A.) ; et *Dominion Chain Co. Ltd. c. Eastern Construction Co. Ltd.* (1976), 12 O.R. (2d) 210 (C.A.), jugement confirmé [1978] 2 R.C.S. 1346, dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario décide que la *Loi sur la négligence* de l'Ontario ne s'applique pas aux actions en responsabilité contractuelle, mais accorde des dommages et intérêts au demandeur au motif qu'il avait intenté des poursuites en responsabilité délictuelle et contractuelle).

L'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Central Trust c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S.

147 est l'arrêt-clé sur la théorie de la responsabilité concurrente, contractuelle et délictuelle. La question principale soulevée par le pourvoi dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse* était de savoir si un avocat a envers le client qui a retenu ses services une responsabilité délictuelle aussi bien que contractuelle pour le préjudice résultant du manquement aux normes obligatoires de diligence dans la prestation desdits services. La Cour a examiné le droit en matière de responsabilité concurrente, contractuelle et délictuelle, et a rejeté la condition énoncée dans l'arrêt *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dom. Elec. Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769 et selon laquelle la responsabilité délictuelle doit naître indépendamment du contrat. La Cour a décidé plutôt que l'obligation de diligence en common law ne se limite pas aux relations qui ne tirent pas leur origine d'un contrat. Toutefois, l'effet de cette conclusion est quelque peu diminué, à la page 206 :

Une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative ne sera pas admise si elle a pour effet de permettre au demandeur de contourner ou d'éluider une clause contractuelle d'exonération ou de limitation de responsabilité pour l'acte ou l'omission qui constituerait le délit civil. Sous réserve de cette restriction, chaque fois qu'il existe simultanément une responsabilité délictuelle et une responsabilité résultant d'un contrat, il est loisible au demandeur de se prévaloir de la cause d'action qui lui paraît la plus avantageuse à l'égard d'une conséquence juridique donnée.

Dans l'arrêt *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12, British Columbia Hydro avait conclu un contrat avec Checo pour l'érection de pylônes et la pose de lignes de transport d'électricité. Les documents de l'appel d'offre prévoyaient également que Checo devait s'assurer de l'état des lieux, mais que les travaux de déboisement de l'emprise seraient effectués par d'autres. British Columbia Hydro a accordé un sous-contrat de déboisement à une autre compagnie, qui n'a pas, à sa connaissance, effectué les travaux de façon satisfaisante. Dans les faits, l'emprise n'a jamais fait l'objet d'autres travaux de déboisement, et le déboisement incomplet a, pour Checo, occasionné de nombreuses difficultés et une majoration des coûts dans l'exécution des travaux. Checo a intenté des poursuites en dommages et intérêts à

British Columbia Hydro pour déclaration inexacte faite par négligence ou, subsidiairement, pour inexécution de contrat. Le contrat prévoyait une clause d'exclusion qui limitait la responsabilité de la société hydroélectrique pour le déboisement de l'emprise. Dans son arrêt, la Cour se fonde sur sa décision dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*, aux pages 26-27 :

À notre avis, la règle générale qui ressort de l'arrêt de notre Cour *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, est que, lorsqu'un préjudice permet à première vue d'étayer une action en responsabilité contractuelle et une action en responsabilité délictuelle, la partie peut exercer l'un ou l'autre recours ou les deux, sauf lorsque le contrat indique que les parties avaient l'intention de restreindre ou d'éliminer le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle. Cette restriction à la règle générale de la concomitance est possible parce que les parties peuvent toujours limiter les obligations que la common law leur impose en matière de négligence, ou renoncer à celles-ci. Ce principe est très important pour la préservation d'un aspect de la liberté individuelle et de la souplesse commerciale.

Par conséquent, la règle générale qui ressort des arrêts *Central Trust* et *BG Checo* stipule qu'une partie peut poursuivre un défendeur en responsabilité délictuelle aussi bien qu'en responsabilité contractuelle, sauf disposition contraire du contrat à l'effet d'éliminer ou de restreindre le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle.

Dès qu'un défendeur est responsable de négligence, tous les ressorts de *common law* devraient pouvoir avoir recours aux lois et à la jurisprudence en matière de négligence concurrente.

Malheureusement, l'utilité de l'argument de la responsabilité concurrente pourrait être restreinte par la théorie de la perte purement financière, développée par la Cour suprême du Canada dans les arrêts suivants : *Canadian National Railway Co. c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021 ; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85 ; *Hercules Management Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165 ; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210 ; et *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] A.C.S. No 60.

Dans l'arrêt *Kamloops City c. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, la Cour suprême du Canada a adopté le critère établi dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.) pour déterminer si une perte purement financière était susceptible de recouvrement. La Cour a, de plus, emprunté la méthode des catégories élaborée par le professeur Feldthusen, méthode selon laquelle les catégories suivantes sont exclues de la théorie du non-recouvrement d'une perte purement financière :

- La responsabilité indépendante des autorités publiques légales ;
- La déclaration inexacte faite par négligence ;
- La prestation négligente d'un service ;
- La fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité ;
- La perte économique relationnelle.

Toutefois, la Cour suprême n'a pas limité le recouvrement aux seules causes qui correspondent à ces catégories d'exclusion ; elle a appliqué le critère établi dans l'arrêt *Anns* pour déterminer de nouveaux cas de perte purement financière qui dépassent ces catégories.

Dans le domaine de la construction, lorsqu'un demandeur intente une action pour cause de retard, fondée sur la responsabilité contractuelle et délictuelle, il pourra peut-être prétendre que son action correspond à la catégorie de « déclaration inexacte faite par négligence » ou encore à la catégorie de « prestation négligente d'un service ». Lorsqu'un entrepreneur général, par exemple, déclare faussement et par négligence qu'il achèvera le projet avant une date donnée, et qu'il manque de le faire, le propriétaire pourra prétendre qu'il est en droit de recouvrer sa perte purement financière pour cause de déclaration inexacte faite par négligence. Toutefois, le problème se corse lorsque le motif du retard n'est plus la déclaration inexacte concernant la date d'achèvement, mais la négligence du défendeur dans l'exécution de ses obligations.

Dans son ouvrage intitulé *Economic Negligence*, 4th ed. (Toronto : Carswell, 2000), le professeur Feldthusen établit, à la page 120, le critère qui servira à déterminer si un défendeur peut être tenu d'une perte purement financière provoquée par la prestation négligente d'un service :

En principe, les tribunaux de tous les ressorts de *common law* s'accordent pour dire que le défendeur sera tenu de la perte financière subie par le demandeur dans les conditions suivantes : 1° le défendeur s'engage volontairement à assurer un service donné au profit du demandeur ; 2° le demandeur compte sur le défendeur pour respecter son engagement ; 3° le demandeur éprouve un préjudice par suite de la prestation négligente du service.

Ainsi, lorsque, en matière de construction, un défendeur s'engage à assurer un certain service, nous estimons que, s'il est tenu pour responsable tant sur le plan contractuel que sur le plan délictuel, la catégorie de « prestation négligente d'un service » est d'application et le demandeur devrait pouvoir recouvrer sa perte purement financière.

Toutefois, lorsqu'un propriétaire actionne un sous-traitant pour cause de retard, les tribunaux pourraient arriver à une conclusion différente. À ce sujet, le professeur Feldthusen écrit aux pages 136-137 de son ouvrage *Economic Negligence* :

À la différence des autres causes portant sur la prestation de services, le propriétaire aura, au moins en théorie, un recours juridique adéquat fondé sur le contrat principal avec l'entrepreneur général. Pour cette raison, et pour d'autres motifs, l'argument qui milite en faveur d'une action directe intentée contre le sous-traitant n'est pas convaincant. En revanche, si l'obligation prévue par le sous-contrat, et qui a fait l'objet d'un manquement, est identique à l'obligation précisée dans le contrat principal, on ne perd rien à reconnaître l'action directe. L'entrepreneur général pourrait être assimilé à un simple véhicule d'obligations, et les deux contrats pourraient être comprimés en un seul, liant ainsi le propriétaire et le sous-traitant.

Il est à noter, cependant, qu'en dépit de la proposition du professeur Feldthusen, la Cour suprême de la Colombie Britannique a rejeté l'action d'un propriétaire contre des sous-traitants avec lesquels il n'avait aucun lien de droit. Dans l'arrêt *Status Electrical Corp. c. University of British Columbia*, [2000] B.C.J. No. 2569, l'université a introduit une demande reconventionnelle contre plusieurs sous-traitants engagés par l'entrepreneur général. L'université prétendait avoir subi un préjudice pour

cause de retard occasionné par la négligence de ces derniers. À la demande des défendeurs, le juge Sigurdson a débouté l'université au motif qu'il n'y avait pas lieu, en l'espèce, de créer une nouvelle catégorie de perte purement financière recouvrable ni, par ailleurs, d'étendre les catégories existantes.

Toutefois, l'arrêt *Status Electrical* ne porte pas sur la responsabilité concurrente fondée sur une obligation contractuelle et délictuelle. De plus, il est pour le moins curieux d'entendre le juge Sigurdson affirmer que l'on n'a jamais sérieusement prétendu que les faits faisaient correspondre l'action à l'une des catégories reconnues. À la lumière du critère de la prestation négligente d'un service, critère établi par le professeur Feldthusen ci-dessus, il nous semble que l'on aurait pu prétendre à la négligence du sous-traitant dans la prestation de services : les sous-traitants s'étaient engagés volontairement à assurer un service qui profitait directement à l'université, celle-ci comptait sur les sous-traitants et elle a subi un préjudice.

Cela dit, il faut reconnaître que la théorie de la perte purement financière pourrait venir restreindre l'engagement de poursuites pour cause de négligence.

6. RÉSUMÉ

Il y a retard concourant lorsque se produisent deux retards distincts dans un intervalle de temps donné et que ces deux retards ont pour effet, indépendamment l'un de l'autre, de repousser la date d'achèvement. En conséquence, les deux parties à l'origine du retard peuvent prétendre que le demandeur est incapable de satisfaire au critère du facteur déterminant (*but-for test*) et de faire la preuve d'un lien de causalité immédiat entre le retard et son préjudice, preuve qui a toujours conditionné le dédommagement. Une telle conclusion empêche le demandeur innocent de recouvrer des dommages et intérêts, ce qui, à première vue, peut paraître injuste. Même quand le demandeur a contribué de façon appréciable au retard, il peut paraître inéquitable de permettre à l'auteur du délit de se dérober à sa responsabilité en raison d'un cas fortuit.

Dans les ressorts de *common law* canadiens où les tribunaux appliquent les lois en matière de négligence concurrente aux actions en rupture de contrat, non seulement le demandeur peut prétendre que le tribunal doit « faire de son

mieux » pour opérer la répartition des dommages et intérêts entre les auteurs de délits, mais le tribunal, une fois convaincu de la « contribution appréciable » du défendeur au retard, peut invoquer ces lois pour faire échec à l'obstacle que présente le principe de la responsabilité solidaire, et procéder au partage de la responsabilité (et des dommages et intérêts). Si le tribunal est incapable de procéder à une juste répartition, on peut l'exhorter à répartir les dommages et intérêts à parts égales.

Dans les ressorts de *common law* canadiens où les tribunaux n'appliquent pas les lois en matière de négligence concurrente aux actions en rupture de contrat, le demandeur peut néanmoins prétendre que le tribunal doit « faire de son mieux » pour opérer la répartition des dommages et intérêts, et que le tribunal, une fois convaincu de la « contribution appréciable » du défendeur au retard, doit, par analogie, appliquer les principes de la négligence concurrente et procéder au partage de la responsabilité (et des dommages et intérêts) en conséquence. On peut également prétendre que le ou les défendeurs sont concurrentement responsables de négligence, ce qui donne lieu à l'exercice des pouvoirs de répartition prévus par les lois en matière de négligence concurrente.

En principe, ce n'est qu'une fois convaincu que le lien de causalité a été établi que le tribunal se penchera sur la question de l'appréciation du préjudice, de la responsabilité concurrente du demandeur, et de l'éventuel partage des dommages et intérêts entre les auteurs de délits. Ainsi, dans le contexte de l'analyse du retard, lorsque l'on considère les méthodes qui s'offrent aux experts-conseils en réclamations, la méthode du plan définitif comprimé paraît constituer le meilleur moyen d'appréciation du préjudice. Fait important : le tribunal doit être persuadé que la responsabilité doit être partagée par deux ou plusieurs auteurs de délits de sorte que la partie sans blâme puisse être pleinement dédom-

magée. Si le demandeur n'est pas sans faute, il doit lui aussi partager cette responsabilité.

Pour l'essentiel, la solution du problème de la défense fondée sur le retard concurrent tient à ce que les tribunaux reconnaissent que chaque personne responsable d'un retard non excusable concourant a « contribué de façon appréciable » au retard du chemin critique et doit, par conséquent, supporter une proportion des dommages éprouvés, peu importe que l'on puisse ou non attribuer des sommes précises à des causes distinctes.

Dans un régime juridique où convergent les théories de la responsabilité contractuelle et délictuelle, il doit être loisible au tribunal d'accueillir les outils offerts par les lois en matière de négligence concurrente et la jurisprudence connexe pour faire échec aux obstacles érigés par la méthode restrictive d'aborder le lien de causalité propre à toute défense fondée sur le retard concurrent.

Le défi fondamental que représente cette défense a été clairement exprimé en passant par le juge McLachlin (maintenant juge en chef) de la Cour suprême du Canada (dissidente dans l'arrêt) *Sunrise Co. c. Lake Winnipeg (The)*, [1991] 1 R.C.S. 3 :

[...] En outre, on peut prétendre qu'en toute logique si l'on retient cette méthode le défendeur peut se trouver dans l'impossibilité d'obtenir une indemnité lorsque son navire est endommagé par deux auteurs de délits consécutifs et que le temps requis pour effectuer les deux séries de réparations est le même.

L'exemple suivant illustre cette conclusion. Supposons que le navire ait été endommagé au cours de deux abordages fautifs séparés et distincts et que la réparation des avaries causées par chacun des abordages exige 10 jours de travaux. Le navire est donc désarmé pendant 10 jours et les deux séries de réparations sont effec-

tuées simultanément. Du point de vue du premier auteur de délit, le fait que le navire ait été désarmé pendant 10 jours pour réparer les avaries causées par le second auteur de délit empêcherait le demandeur de réclamer des dommages-intérêts pour les pertes subies au cours de l'arrêt. Il va sans dire que le second auteur de délit pourrait faire précisément la même affirmation et prétendre qu'il ne devrait pas être tenu responsable de l'arrêt puisque l'obligation de réparer les avaries causées par le premier auteur de délit signifiait que le navire n'aurait pas été « une machine lucrative » au cours de la période de réparation même en l'absence des avaries causées par le second auteur de délit. Bref, lorsqu'il existe deux causes efficaces d'arrêt, chaque partie responsable d'une cause peut prétendre qu'elle n'est pas responsable dans la mesure où l'arrêt nécessaire découle de l'acte de l'autre partie. On empêcherait ainsi le propriétaire de réclamer les pertes relatives à l'arrêt nécessaire pour que soient effectuées simultanément les réparations découlant de deux incidents distincts que le propriétaire, par défaut, finirait par supporter.

Ce résultat semblerait, *ab initio*, incorrect et particulièrement injuste lorsque toutes les avaries résultent de délits. Pour éviter un tel résultat, il est nécessaire d'appliquer un facteur autre que celui du seul lien de causalité. Il est nécessaire d'avoir une règle selon laquelle (a) l'une des deux causes de la perte commune est responsable (par ex. la règle du « premier événement dans le temps ») ou (b) le délai commun devrait être réparti entre les deux causes de la perte commune.

Dans cet arrêt, le juge McLachlin reconnaît le besoin de trouver une solution au problème de la défense fondée sur le retard concurrent. Nous prétendons respectueusement qu'elle avance une modeste proposition que nous nous sommes employés à promouvoir.