COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

140-13-CA

B E T W E E N:

CONSOLIDATED DEVELOPMENT CO. LTD.

(Defendant) APPELLANT

- and -

EVARISTE M. DIOTTE and E.M. DIOTTE CONSTRUCTION INC.

(Plaintiffs) RESPONDENTS

A N D B E T W E E N:

CONSOLIDATED DEVELOPMENT CO. LTD.

(Plaintiff) APPELLANT

- and -

EVARISTE M. DIOTTE and E.M. DIOTTE CONSTRUCTION INC.

(Defendants) RESPONDENTS

E N T R E :

CONSOLIDATED DEVELOPMENT CO. LTD.

(défenderesse) APPELANTE

- et -

EVARISTE M. DIOTTE et E.M. DIOTTE CONSTRUCTION INC.

(demandeurs) INTIMÉS

E T E N T R E :

CONSOLIDATED DEVELOPMENT CO. LTD.

(demanderesse) APPELANTE

- et -

EVARISTE M. DIOTTE et E.M. DIOTTE CONSTRUCTION INC.

(défendeurs) INTIMÉS

Consolidated Development Co. Ltd. v. Evariste M. Diotte and E.M. Diotte Construction Inc., 2014 NBCA 55

CORAM:
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
December 2, 2013

History of Case:

Decision under appeal:
2013 NBQB 386

Consolidated Development Co. Ltd. c. Evariste M. Diotte et E.M. Diotte Construction Inc., 2014 NBCA 55

CORAM :
l'honorable juge Robertson
l'honorable juge Bell
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 2 décembre 2013

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2013 NBBR 386

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
June 10, 2014

Judgment rendered:
August 28, 2014

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Basile Chiasson, Q.C.

For the respondents:
Jeffrey Delaney

LA COUR

The appeal was dismissed from the Bench, with costs, and with reasons to follow. These are the reasons of the Court. Costs are fixed at $7,500.

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 10 juin 2014

Jugement rendu :
le 28 août 2014

Motifs de jugement :
l'honorable juge Robertson

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Bell
l'honorable juge Green

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Basile Chiasson, c.r.

Pour les intimés :
Jeffrey Delaney

LA COUR

L'appel a été rejeté séance tenante avec dépens, les motifs devant suivre. Voici les motifs de la décision de la Cour. Les dépens sont fixés à 7 500 $.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

I. Introduction

[1] After hearing from the parties, we dismissed the appeal with costs and reasons to follow. While the appellant pursued four grounds of appeal, only one requires a sustained analysis. The others can be dealt with summarily in light of the trial judge's unassailable findings of fact. The outstanding issue stems from the respondent builder's failure to construct a garage that met the "square footage" requirement of the underlying contract. That document specified 150 sq. meters. The deficiency equaled 6.5 sq. meters (70 sq. feet). The builder admitted that 4 of the 6.5 square meter loss is attributable to the foundation protruding into the floor space. The appellant owner sought damages of $53,932.51, the amount required to pay for the remedial work needed to achieve compliance with the contract specifications. Instead, the trial judge awarded nominal damages of $2,000.

[2] This case forces us to revisit the well-established common law rule governing the assessment of damages for breach of contract. The normal measure for breach of a building contract is the cost of remedying the deficiency, thereby placing the innocent party in the position he or she would have been in had there been contract compliance (the expectation principle). Thus, the "cost of performance" or "cost of reinstatement" is the usual measure of recovery. But the law makes room for other methods of assessment. Damages may be awarded for any "diminution in value" of the property caused by the breach. Alternatively, nominal damages may be awarded for what is commonly referred to as a "loss of amenity", a "personal preference" or a "consumer surplus". Finally, there is the option of seeking to recover the contractor's gain in those cases where the breach resulted in a cost-saving.

[3] Ultimately, we must decide whether the appellant owner is entitled to damages equal to the cost of reinstatement ($54,000) or the nominal amount awarded at trial ($2,000). The search for the answer takes us back to the seminal decision of Cardozo J. in *Jacob & Youngs, Inc. v. Kent*, 129 N.E. 889 (N.Y. 1921), and then forward to the equally influential, and more recent, decision of the House of Lords in *Ruxley Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth*, [1995] UKHL 8. While those precedents provide the starting point of any legal analysis, the jurisprudence reveals there is still work to be done.

[4] Having regard to the established legal principles, I find no basis to intervene with the trial judge's award of nominal damages. Most certainly, this is not a case where it has been shown the cost of reinstatement is the appropriate measure: that is to say, reasonable. Above all, no evidence was led to establish the fair market value of the property was less than it would have been had there been no breach. The reality is that we do not know whether the breach of contract diminished the value of the garage. As there is no evidence the contract deviation resulted in a cost-saving to the builder, we are left with the trial judge's nominal award. That award is justified in terms of either lost expectation or a presumed diminishment in the property's value. That the trial judge was able to reach the right result without counsel providing her with the relevant jurisprudence is a testament to how common sense and the common law go hand-in-hand. What follows are my formal reasons for dismissing the appeal and awarding costs on appeal of $7,500.

II. Distillation of Facts and Issues

[5] As the trial judge's comprehensive reasons are now reported, I need only summarize the essential facts: see 2013 NBQB 386, [2013] N.B.J. No. 424 (QL). The parties entered into a building contract in which the respondent builder (hereinafter "Diotte") agreed to erect an office building and garage for the appellant owner (hereinafter "Consolidated"). The buildings were to be constructed in accordance with the specifications of the federal Department of Fisheries and Oceans, which had agreed to

lease the buildings. The cost of construction was initially fixed at $318,500, and then $378,377.67. During the course of construction, Diotte periodically invoiced Consolidated and Consolidated paid the invoiced amounts. At no time did Consolidated dispute any of the work or the invoices, which also took into account "extras". On February 4, 2009, Diotte provided Consolidated with the last invoice. That document confirmed the original contract price, and extras of $100,819.49, for a total of $479,197.16. Of that amount, Consolidated had already paid $433,903.43; all that remained owing was $51,181.91, inclusive of HST. Consolidated refused to pay the amount owing, ostensibly on the ground the "office building fit-ups" were the responsibility of Diotte and should not have been billed to Consolidated.

[6] I pause here to note that the justification offered for the refusal to pay is contradicted by a series of other established facts. Diotte had quoted $68,438 for the "fit-ups". On March 25, 2008, Diotte invoiced Consolidated for $47,419 with respect to that work. The invoice was paid without protest. Another invoice issued on April 28, 2008. That invoice was also paid. It was only after the last invoice was sent on February 4, 2009 that Consolidated alleged, for the first time, that it was Diotte who was contractually obligated to absorb the cost of that work.

[7] On March 11, 2009, Diotte filed a claim for a lien under the *Mechanics' Lien Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-6. As was the practice prior to this Court's decision in *SNC-SNAM, G.P., a partnership between SNC-LAVALIN INC. and SNAMPROGETTI CANADA INC. v. Opron Maritimes Construction Ltd. et al.*, 2011 NBCA 60, 386 N.B.R. (2d) 1, Consolidated started its own action, claiming deficiencies in the work and the right to set off (hence the dual style of cause). At trial, Consolidated not only pursued the issue of office building fit-ups, but an additional 11 issues tied to other alleged deficiencies. Those deficiencies were identified by Consolidated's expert who was retained after the Mechanics' Lien was filed. The trial lasted six days. Four experts were called: two from each side. All of the issues were decided in favour of Diotte, save for two. As noted, the trial judge awarded $2,000 with respect to the "loss of square footage". An additional $8,000 was awarded with respect to the cost of "strengthening"

one of the garage walls. After assessing costs, and once the math was done, the trial judge concluded Diotte had a valid lien for $52,318.91.

[8] The Amended Notice of Appeal withdraws eight of the grounds of appeal set out in the original notice, thereby leaving for consideration the remaining four. Each of those is framed in terms of the trial judge committing a palpable error by ignoring or failing to consider evidence. To the extent the issues raise a question of fact or mixed law and fact, the reality is that the trial judge did not ignore relevant evidence. She weighed the documentary evidence and the testimony of the witnesses, and made findings that resonate with clarity and persuasiveness. There was and is no palpable and overriding error. However, the issues raised on this appeal are not inconsequential when quantified in monetary terms. A brief explanation is required.

[9] Consolidated argued the trial judge erred in rejecting its contention that the two buildings were not built at a "sufficient elevation". The cost of remedying this deficiency was estimated to be $31,579. The cost of remedying the deficiency with respect to the size of the garage was said to be $53,932. Finally, there is the ground of appeal alleging the trial judge erred in holding the 1995 National Building Code applied to the construction project and not the 2005 Code, which was not in force at the time of construction. Consolidated tendered evidence it would cost $98,972 to retrofit the buildings to comply with the newest Code. Those three amounts total $184,483 and as noted earlier, the parties had agreed to a contract price of $378,000.

[10] I find no merit to the grounds of appeal alleging the trial judge erred in not holding that: (1) the buildings were not built to the proper elevation; (2) the buildings should have been constructed in accordance with the 2005 National Building Code; and (3) Consolidated was entitled to an engineer's certificate that the buildings meet the requirements of the 2005 Code. The trial judge's reasons for decision speak for themselves (see paras. 66 to 69 and para. 83 of her reasons). This leaves for consideration the contention that the trial judge erred in limiting the damage award, with respect to the deficiency in the size of the garage, to $2,000, when the cost of remedying the deficiency

was estimated to be $53,932.51. To the extent the assessment of damages issue requires consideration of the relevant legal principles, the issue qualifies as a question of law, and, therefore, the notion of judicial deference does not come into play.

III. The Common Law Framework

[11] The common law rule is that where a party sustains a loss by reason of a breach of contract, that party is to be placed, so far as money is concerned, in the same position as if the contract had been performed. Applying that rule, it follows that Consolidated is entitled to the $54,000 needed to undertake remedial work to achieve compliance with the contract specifications. In short, damages are equal to the "the cost of reinstatement". However, the rule is not absolute and, in the case of building contracts, there are other possible bases for assessing damages. One option is to determine the "diminution in the value" of the work. For example, damages may be assessed having regard to the difference between the fair market value of the land/building with and without the breach. If there is no measurable discrepancy between the two valuations, nominal damages may still be awarded. Typically, however, nominal damages are assessed for "loss of amenity" in those cases where the owner's "personal preference" is not met. Finally, there is the option of assessing damages by reference to any cost saving which accrues to the builder because of the deviation from the contract specifications. For example, if the builder uses less costly materials than those specified in the contract, the owner could seek damages based on the cost differential. Intuitively, this option seeks to prevent the builder's unjust enrichment. Having regard to the facts of the present case, there is no need to discuss that assessment option, other than to refer the reader to Professor Swan's analysis of that topic: see Angela Swan, *Canadian Contract Law*, 2d ed. (Markham, ON: LexisNexis Canada, 2009) at 372 and 478.

[12] With one exception, Canadian authors acknowledge the contribution of Cardozo J., then of the New York Court of Appeals, to the jurisprudence. His majority reasons in *Jacob & Youngs, Inc. v. Kent* are of the stuff which animate classroom discussion and the writings of academic and judicial commentators, even to this day: see

Richard A. Posner, *Cardozo: A Study in Reputation* (Chicago: The University of Chicago Press, 1990) and Lawrence A. Cunningham, "Cardozo and Posner: A Study in Contracts" (1995) 36 Wm. & Mary L. Rev. 1379. As to the Canadian texts, see Swan at 573, McCamus (John D. McCamus, *The Law of Contracts*, 2d ed. (Toronto: Irwin Law, 2012) at 900), Waddams (S.M. Waddams, *The Law of Contracts*, 6th ed. (Toronto: Canada Law Book, 2010) at 764) and the exception being G.H.L. Fridman, *The Law of Contract in Canada*, 5th ed. (Toronto: Thomson Canada Limited, 2006).

[13] In *Jacob & Youngs*, the plaintiff builder had failed to install the contractually specified brand of pipe ("Reading") in a country residence. The residence had been built for the defendant owner at a cost of $77,000 (an immense sum in 1914). The owner entered into occupation only to learn that the specified pipe had not been used throughout the residence. He demanded that the non-compliant pipe, most of which was now encased within the walls of the residence, be removed and replaced by the brand contractually specified. The builder refused to comply as compliance meant demolition, at great expense, of substantial parts of the completed structure. In response, the owner refused to pay the balance owing on the contract ($3,500). The builder sued.

[14] The evidence established that the failure to use the specified pipe was neither fraudulent nor wilful, but the result of "oversight and inattention" on the part of the builder. At trial, the builder sought to show that the brand of pipe installed was of the same quality in appearance, market value and cost as the brand specified in the contract; his evidence was excluded and he lost at trial. That decision was reversed by the "Appellate Division" and a new trial ordered. On further appeal to the Court of Appeals of New York, the majority affirmed the intermediate appellate court's decision. Cardozo J. observed that if the excluded evidence had been admitted, it "would have supplied some basis for the inference that the defect was insignificant in its relation to the project" (p. 241). However, the majority opinion went much further.

[15] Writing for the majority, Cardozo J. held that "[i]n the circumstances of this case, we think the measure of the allowance is not the cost of replacement, which

would be great, but the difference in value, which would be either nominal or nothing" (p. 244). The following passage represents the essence of Judge Cardozo's approach to the issue at hand. It is one woven into the fabric of the jurisprudence of many a common law jurisdiction:

> It is true that in most cases the cost of replacement is the measure. The owner is entitled to the money which will permit him to complete, unless the cost of completion is grossly and unfairly out of proportion to the good to be attained. When that is true, the measure is the difference in value. Specifications call, let us say, for a foundation built of granite quarried in Vermont. On the completion of the building, the owner learns that through the blunder of a subcontractor part of the foundation has been built of granite of the same quality quarried in New Hampshire. The measure of allowance is not the cost of reconstruction. "There may be omissions of that which could not afterwards be supplied exactly as called for by the contract without taking down the building to its foundations, and at the same time the omission may not affect the value of the building for use or otherwise, except so slightly as to be hardly appreciable". The rule that gives a remedy in cases of substantial performance with compensation for defects of trivial or inappreciable importance, has been developed by the courts as an instrument of justice. The measure of the allowance must be shaped to the same end. [pp. 244-45, citations omitted]

[16] Over time, the jurisprudence would focus on the first two sentences of the above passage. The general rule is that non-compliance with contract specifications entitles the owner to damages equal to the "cost of completion" or "replacement", or as it is more commonly labeled, the "cost of reinstatement". The exceptional case is one in which the cost of reinstatement is "grossly and unfairly out of proportion to the good to be attained".

[17] The reasons of Cardozo J. have not been lost on commentators who are struck by his willingness to resort to notions of "equity" to temper the harshness of the common law (see Posner at 105). And there are those who turn to the trial record of

Jacob & Youngs to point out that the underlying building contract contained the following clause, which failed to make its way into either the majority or dissenting opinions (see Cunningham at 1440, note 337, and Posner at 106):

> Any work furnished by the Contractor, the material or workmanship of which is defective or which is not fully in accordance with the drawings and specifications, in every respect, will be rejected and is to be immediately torn down, removed and remade or replaced in accordance with the drawings and specifications, whenever discovered.

[18] Whether the above contractual provision would have overridden, or should override, the application of equitable notions or common law rules must be left for others to argue and decide. On the facts of the present case, there is no such contractual provision. What remains of importance is the idea that damages based on the cost of reinstatement may be displaced, if that cost is grossly and unfairly disproportionate to the benefit which would otherwise accrue to the innocent party. But what are the damages if the home owner contracts for a row of blue bricks, but the builder inadvertently uses ones that are yellow? And what are the damages if the contract requires a pool that is seven feet in depth, but the contractor builds one that is deficient by 9 inches? These are the questions the House of Lords canvassed in *Ruxley Electronics*, decided 74 years after the release of *Jacob & Youngs*.

[19] The essential facts of *Ruxley Electronics* are as follows. The homeowner contracted with a builder to build an enclosed swimming pool for £70,000. The parties agreed the pool would be built to a depth of 7 feet 6 inches. During construction, the relationship between the parties became strained and eventually the builder sued to recover the £10,000 owing on the contract. Having discovered that the pool had been built to a depth of 6 feet 9 inches, the homeowner counterclaimed for the cost of reinstatement, that is to say the cost of demolishing and rebuilding the pool such that it complied with the contract specifications. The cost of reinstatement was £21,560. However, the trial judge concluded the pool, as constructed, was safe for diving, and therefore, the shortfall in depth did not decrease the value of the pool.

[20] The trial judge in *Ruxley* held the cost of rebuilding the pool was wholly disproportionate to any prospective benefit and, therefore, unreasonable. His conclusion was bolstered by the omission to offer evidence that the homeowner would use the damage award to rebuild the pool. [By the time the case reached the Court of Appeal, the homeowner had given an undertaking to do so.] While the trial judge was not prepared to award damages equal to the cost of reinstatement, he did award the homeowner £2,500 for the loss of an amenity brought about by the shortfall in the pool's depth. The trial judge also awarded £750 for general "inconvenience and disturbance".

[21] The majority of the Court of Appeal reversed the trial decision and awarded damages equal to the cost of reinstatement. In dissent, Dillon L.J. endorsed the reasons of the trial judge. Staughton L.J., on the other hand, held that as there was no alternative that would provide the homeowner with what he contracted for, or one that cost less, damages had to equal the cost of reinstatement. Moreover, it made no difference whether the homeowner intended to rebuild the pool. The third member of the panel, Mann L.J., took what the House of Lords would later describe as a "middle course". He accepted that there may be cases where it would be unreasonable to award the cost of reinstatement, but this was not such a case, since the bargain was for "a personal preference". In brief, the homeowner was entitled to have his "personal preference satisfied", and the only way that could be achieved was by rebuilding the pool.

[22] Five judges sat on the appeal to the House of Lords. While their Lordships were unanimous in reinstating the result achieved at trial, each adhered to the custom of rendering a separate opinion. For the sake of completeness and to show how a deceptively simple legal question can become complex, it is worth revisiting each set of reasons. Invariably commentators focus on one of three sets of reasons. I leave it to the legal gymnast to determine the true ratio of their Lordships' decision. As Canadian courts are no longer bound by English precedents, we remain free to fashion a legal framework that builds upon the insights provided by those courts who have addressed the issue at hand.

[23] Lord Keith took the shortcut to judicial decision-making and simply agreed with Lords Jauncey, Mustill and Lloyd. While Lord Bridge did likewise, he emphasized that the law relating to damages for breach of contract had developed almost exclusively in a commercial context and, therefore, the legal criteria to be applied continued to measure loss in purely economic terms. However, His Lordship observed that the law did not foreclose an award of damages in those cases where the landowner complained of work that does not satisfy a "personal preference" in terms of "amenity, convenience or aesthetic satisfaction". For this reason, Lord Bridge expressly adopted the reasoning of Lord Mustill in regard to upholding the trial judge's decision to award damages for loss of amenity. Lord Bridge ended his analysis with the observation that an award of damages equal to the cost of reinstatement, on the facts of the case, would "fly in the face of common sense".

[24] By contrast, the remaining three judges offered detailed reasons for decision. Lord Jauncey's analysis embraces cases such as *Jacob & Youngs*. There is also an extensive discussion of the English jurisprudence, including for example, *Tito v. Waddell* (No.2), [1977] 1 Ch. 106. Therein it was held that if the plaintiff has suffered no monetary loss in the reduction of the value of his land, and the plaintiff has no intention of applying the damage award against the cost of rebuilding in accordance with the contract specifications, damages should not be awarded. As Megarry V-C aptly stated: "[i]t would be a mere pretence to say that this cost [of reinstatement] was a loss and so should be recoverable" (p. 332). Lord Jauncey also addressed the hypothetical case in which the homeowner contracts for the "lower courses of brick" to be blue and the builder uses yellow ones instead. In these circumstances, His Lordship opined that it would be clearly unreasonable to award to the owner the cost of tearing out all of the bricks so as to achieve the contractual specification that the "lower course" bricks be blue. The owner's loss is the "the lack of aesthetic pleasure which he might have derived from the sight of blue bricks" (p. 358 of *Ruxley Electronics*). By analogy, Lord Jauncey reasoned that as the homeowner had a useable pool and, therefore, there was no need to construct a new one, damages based on the cost of reinstatement could not be considered compensation for a loss, but rather a "very substantial gratuitous benefit".

[25] Lord Jauncey's reasons for decision are noteworthy in three other respects. First, he speaks of those cases where a building is constructed "so defectively" that it is of no use for its designed purpose. In such cases the owner would have little difficulty in establishing the loss as being equal to the cost of reinstatement. I shall return to the matter of defective construction below. For the moment, it is important to recognize that a distinction can be drawn between those cases where there is a failure to meet contract specifications, and those involving defective or shoddy workmanship. Second, in response to the argument that the cost of reinstatement should only be allowed where the innocent party intends to carry out the remedial work, Lord Jauncey noted that generally the law is not concerned with how that party will spend the money. He observed: "[i]ntention, or lack of it, to reinstate can have relevance only to reasonableness and hence to the extent of the loss which has been sustained. Once that loss has been established intention as to the subsequent use of the damages ceases to be relevant" (p. 359). Finally, Lord Jauncey found it unnecessary to deal with the question of whether the trial judge erred in awarding £2,500 for the "loss of amenity" as the appellant had not challenged the award. Parenthetically, it must be assumed that his Lordship was speaking of the amount of the award and not the right to seek damages under this heading. I say this because the homeowner's principal argument was that the law obligated a damage award for the cost of reinstatement in cases where there is no diminution in value of the property (*e.g.*, pool).

[26] Lord Mustill agreed with the reasons offered by Lord Jauncey and Lord Lloyd. But, His Lordship recognized that in those cases where the underlying contract was to fulfill a purely commercial purpose, very often the loss for deviation from the contract or improper workmanship could be assessed in accordance with the cost of reinstatement or diminution in value of the property. Lord Mustill also focused on the "everyday practical importance to householders who have engaged contractors to carry out small building works" in those cases where the contractor has fallen short with respect to what was promised. Acknowledging that the loss of amenity award had not been challenged on appeal, Lord Mustill declared something would be "wrong" if the cost of reinstatement and diminution in value were the only two methods available for

assessing damages. Hence, he was prepared to recognize a third option: an award incapable of precise determination, as is true of any loss with respect to an intangible. The third option meant that it was no longer necessary "to remedy the injustice of awarding too little, by unjustly awarding far too much". At the same time, Lord Mustill accepted that the test of reasonableness plays a central part in determining the basis of recovery, and should be decisive in those cases where the cost of reinstatement is wholly disproportionate to the "non-monetary" loss suffered.

[27] It was Lord Lloyd who penned the most comprehensive set of reasons. He outlined the homeowner's central argument as follows. The trial judge was obligated to assess damages in accordance with the cost of reinstatement or the diminution in value. In those cases where non-compliance with the contract specifications did not have the effect of lowering the value of the property, the trial judge had no alternative but to award damages based on the cost of reinstatement. Lord Lloyd rejected that argument. His reasons addressed two themes, which ran throughout Staughton L.J.'s judgment in the Court of Appeal. One of the themes was placed under the heading of "reasonableness", the other under the heading of "intention".

[28] Lord Lloyd's reasonableness analysis begins with a restatement of classical rules to be applied when assessing damages for breaches of contract. With respect to building contracts the pecuniary loss is almost always measured in one of two ways: the difference in the value of the work done or the cost of reinstatement. Where the cost of reinstatement is less than the difference in value, the measure of damages is invariably the cost of reinstatement. Furthermore, in the ordinary case, where reinstatement presents no problem, the cost of such will be the ordinary measure of damages for "defective performance" under a building contract. But Lord Lloyd also recognized the need for exceptions having regard to Cardozo J.'s analysis in *Jacob & Youngs*. His Lordship cited that decision as standing for two principles: (1) the cost of reinstatement is not the appropriate measure of damages if the expenditure would be out of all proportion to the benefit to be obtained; and (2) the appropriate measure of

damages in such a case is the difference in value even though it would result in a nominal award.

[29] Lord Lloyd's reasonableness analysis extends to the Australian High Court's decision in *Bellgrove v. Eldridge,* [1954] H.C.A. 36. That was a case in which the builder constructed a home with defective foundations and, as a result, the house was unstable. While the homeowner was successful in obtaining damages equal to the cost of reinstatement, the High Court went further by discussing the hypothetical case in which the homeowner had contracted for external walls to be built from second-hand bricks and the builder used ones that were new. The Court opined that in those circumstances, the work of demolition and re-erection would be "quite unreasonable". At the same time, the High Court was prepared to recognize a right to cost of reinstatement in those cases where the homeowner obtained a structure "quite different in character from that called for by the contract". This led Lord Lloyd to hold: "I am far from saying that personal preferences are irrelevant when choosing the appropriate measure of damages" (p. 370). But he also held that: "… such cases should not be elevated into a separate category with special rules".

[30] The second theme dealt with in Lord Lloyd's reasons is that of "intention". Acknowledging that courts are not normally concerned with what a plaintiff does with a damage award, His Lordship held intention to be a relevant consideration with respect to the question of reasonableness and a claim for damages for reinstatement. In short, if the breach has not brought about a diminution in the value of the property, and the owner has no intention of applying any damage award against the cost of doing the work in conformity with the construction contract, there is no reason why the plaintiff should recover the cost of reinstatement. On the other hand, if the plaintiff demonstrates a genuine desire to undertake the remedial work, this factor "may be relevant" when assessing the reasonableness of the claim for the cost of reinstatement. On the facts, Lord Lloyd held that the homeowner's undertaking to spend any damage award on the rebuilding of the pool made no difference with respect to the outcome of the case. Lord

Lloyd reasoned: "[Mr. Forsyth] cannot be allowed to create a loss, which does not exist, in order to punish the defendants for their breach of contract" (p. 373).

[31] Additionally, Lord Lloyd touched on the trial judge's decision to award £2,500 for loss of amenity. On appeal to the Court of Appeal, the homeowner sought to have the amount increased, but the issue was not dealt with in light of the appellate court's decision to award the cost of reinstatement. When the case reached the House of Lords, the homeowner did not pursue the argument. Instead, he argued the law did not make room for damages for that type of loss, having regard to the seminal decision in *Addis v. Gramophone Co. Ltd*., [1909] UKHL 1 (damages for injured feelings). Accordingly, the only issue was whether damages for the cost of reinstatement were available in those cases where there was no diminution in value flowing from the breach of the underlying construction contract. Lord Lloyd held he was prepared to recognize awards for lost amenities as an exception to the *Addis* decision in the same way that plaintiffs may recover damages for disappointment, as where a tour operator breaches its contract: see *Jarvis v. Swan Tours Ltd*., [1973] 1 Q.B. 233 (C.A.), and *Jackson v. Horizon Holidays Ltd*., [1975] 1 W.L.R. 1468. Finally, Lord Lloyd ventured further. Even if damages were not available for loss of amenity, he asked whether the law is so inflexible as to not provide compensation for "disappointed expectations".

[32] To summarize, their Lordships are in agreement that for breach of contract, the assessment of damages begins with measuring the actual loss suffered from the unfulfilled bargain. The damage award is to place the claimant in as good a situation as if the contract had been performed. Thus, as stated by Lord Lloyd with respect to building cases, the loss is "almost always measured in one of two ways: either the difference in the value of the work done or the cost of reinstatement" (p. 366). Reasonableness informs the assessment, resulting in cases such as *Ruxley*, where it would "fly in the face of common sense" to award the cost of reinstatement, but where the difference in the value of the work done amounts to nil. It is in such cases of contract deviation that their Lordships diverge somewhat in approach. However, whether referred to as a personal preference, a consumer surplus, or the loss of an amenity, each judgment

rendered in *Ruxley* recognizes that a non-monetary loss, arising from a deviation from contract specifications, is real and deserving of compensation, despite not being easily measurable in economic terms. Taken together, the various approaches make it evident that the law of damages allows some flexibility in constructing an appropriate award.

IV. Analysis

[33] In cases of first impression, care must be taken not to lay down rules or frameworks that are too distant from the trial judge's factual determinations. Appellate judges are aware that reasons for decision should respond to those issues squarely raised within the factual matrix presented. While these reasons seek compliance with that caution, the substantive issue at hand forces the writer to make general observations with respect to matters that may become relevant in future cases. Experience teaches that the articulation or development of legal rules or principles or legal frameworks is rarely achieved with the issuance of a solitary set of reasons. These reasons for decision should be interpreted accordingly. As they are to be released on the eve of my retirement, the task of ensuring a solid foundation to the law of New Brunswick is left with my colleagues.

[34] My formal analysis rests on the understanding that the issue at hand arises from a building contract in which the breach is tied to the builder's failure to adhere to the contract specifications. In *Jacob & Youngs* the builder failed to use pipe of a specified manufacturer and, in *Ruxley*, the builder was short 9 inches with respect to the depth of the pool. In the present case, the building failed to meet the size requirement by 6.5 square meters of 150. This case does not raise allegations that the work performed was defective in the sense that it involved shoddy workmanship, below the "industry standard".

[35] I draw attention to this distinction because at least two of the judges in *Ruxley* wrote in a manner that could be interpreted to mean that the rules applicable to the assessment of damages for contract deviation are also applicable in cases involving

defective workmanship (Lords Jauncey and Mustill). Most certainly, damages equal to the cost of reinstatement are justified in those instances where the deviation or defect poses a risk to personal safety or the structural integrity of the building and the like (*e.g.*, a foundation or wall that is structurally unsound). But what of those cases where the quality of workmanship falls below a trade standard so as to offend the aesthetic sensibilities of any owner? Intuitively, one is driven to expect that the law would expect the contractor to redo the work or, alternatively, provide the owner with compensation equal to the cost of reinstatement. The reasons of Lord Lloyd in *Ruxley* appear to support that understanding of the law: see also *Al Vogel Construction Ltd. v. Forbes*, [1998] S.J. No. 696 (Q.B.) (QL), affirmed 2000 SKCA 10, [2000] S.J. No. 57 (QL).

[36] On the other hand, the distinction between contract deviation and defective workmanship may be one without a difference. An appraiser may well conclude that it is not difficult to justify a diminution in value of property, due to slapdash workmanship, by reference to the cost of reinstatement. I say no more of the perceived distinction other than to point out that the law should be careful not to craft rules that serve as an incentive for builders to depart from their contractual obligations. See generally: *Pioneer Co-operative Association Ltd. v. Horseshoe Lodge Inc*., 2000 SKQB 228, [2000] S.J. No. 314 (QL); *A.J. Hustins Enterprises Ltd. v. Byrne Architects Inc*., [2000] N.S.J. No. 470 (S.C.) (QL), affirmed 2003 NSCA 21, [2003] N.S.J. No. 32 (QL) and *PSR & Construction v. Dagenais*, [2014] O.J. No. 2741 (Sup. Ct. J.) (QL).

[37] It is also open to ask whether the law should segregate those cases, where the innocent party is a consumer who complains of contract deviation, from those in which both the owner and builder are commercial parties. I raise this possibility because, in *Ruxley*, Lords Bridge and Mustill expressed concern over the application of common law rules that were developed in a commercial context and potentially unresponsive to the circumstances that often confront homeowners. On the other hand, Lord Lloyd expressly rejected the understanding that there should be two sets of rules for damage assessment: one for homeowners and another for commercial owners. That said, there can

be no doubt the more difficult assessment cases are those involving homeowners. As Professor Swan so aptly stated:

> The compensation principle works well when the parties can be described as merchants, *i.e.*, as parties who make contracts because they lead to profits. A person like the owner who has a swimming pool built on his or her property, does not enter into the contract for its construction because it will enhance the value of the property (at least to the extent of the cost of building the pool), but because it will enhance the owner's enjoyment of it. From an economic perspective we can describe the owner's enjoyment as representing a "consumer surplus", *i.e.*, an interest in the thing that justifies paying more than the amount by which the market value of the property is increased. The existence of the surplus explains why people renovate their houses, build swimming pools and have their property landscaped even though the increase in value of the house will be far less than the cost of what has been done to it. [p. 371]

[38] The more troublesome cases are those where the builder's deviation from the contract specifications results in a loss of amenity, or in what Lord Bridge referred to as a "personal preference", and which the academic literature refers to as a "consumer surplus". Recall that in *Ruxley*, it was Lord Jauncey who outlined the hypothetical in which the homeowner asks for a row of blue bricks to be placed on the lower part of the home, and instead the builder inadvertently uses yellow ones. To insist the builder should be liable for the cost of removing all of the bricks, in order to provide the needed row of blue bricks, is a position which represents a challenge to common sense, at least in those cases where the contract deviation does not diminish the value of the property. In short, the cost of remedying the breach appears "grossly and unfairly out of proportion to the good to be attained". But what of the case where the homeowner asks for the entire home to be built using blue bricks, and instead the builder uses yellow ones, but without impacting the property's fair market value? Or what of the homeowner (or the architect of a property developer) who asks for used bricks and gets new ones? These are the cases where a damage award equal to the cost of reinstatement or reconstruction warrants further reflection. Such situations are also why the case law focuses on whether the

owner has demonstrated an intention to apply the damage award toward the cost of remediation. Once again, the law cannot be taken to promote the understanding that it is permissible for builders to deviate from unambiguous contract specifications so long as owners get most of what they paid for.

[39] Parenthetically, one cannot help but observe that, in both *Jacob & Youngs* and *Ruxley*, prior to the litigation the contractual relationship between the homeowner and builder had deteriorated to the point where the homeowner's insistence on strict compliance with the terms of the contract could be seen as punitive, as opposed to compensatory, in goal. These are the cases where it is proper to ask whether the homeowner's claim for the cost of reinstatement is motivated by factors unrelated to the loss of a personal preference.

[40] Fortunately, this is not a case where breach of the contract specifications has deprived the owner of an amenity or personal preference. This is a commercial case in which the owner (Consolidated) lost 4.33 percent of the garage's leasable floor space because of the builder's (Diotte's) failure to adhere to the contract specifications. The broad issue is whether it would have been reasonable to award damages equal to the cost of reinstatement ($54,000) or some lesser sum ($2,000). Evidence was led to demonstrate that Diotte had offered to undertake renovations that would have eliminated some of the deficiency in the size of the garage, but that Consolidated was unwilling to provide Diotte with access to the building. Evidence was also led at trial to establish that the tenant, who leased the property from Consolidated and for whom the property was being constructed, was prepared to enter into possession without compensation for the deficiency. In response, Consolidated argued that future tenants might not be as obliging. The trial judge reasoned as follows:

> In the circumstances, I accept that Consolidated is entitled to some compensation for the loss of square footage in the garage. However, to date, Consolidated has experienced no loss as a result of this missing square footage. DFO, the tenant of the building, has accepted the building as provided, and paid the rent as negotiated. Mr. Dubé speculates that this perhaps will not happen in the future,

> and he could, therefore, occasion a loss. This is speculative at best. Mr. Diotte did offer to the extent possible to enter the building and rectify the problem. Mr. Dubé denied access to the building to complete these repairs. Again, the difficult question with which the Court must grapple is what and how to compensate Consolidated for this particular loss. Under the circumstances, I accord Consolidated $2,000 for the loss of the square footage in the garage. [para. 81]

[41] In refusing to award damages equal to the cost of reinstatement, the trial judge also questioned whether Consolidated would apply the damage award to the cost of reconstruction. She observed:

> Mr. Dubé has yet to effect any of the repairs recommended by any of the experts. Mr. Dubé would not allow Diotte back onto the property to do repairs that they had offered to do. I am of the strong suspicion that even if the Court is to grant compensation to Consolidated to reinforce the garage or increase the usable space, the work will never be done. [para. 82]

[42] There are at least two approaches one might adopt to resolve the issue at hand. There is the one Cardozo J. articulated in *Jacob & Youngs*: the owner is entitled to the cost of reinstatement unless it is established that the cost of performance is grossly and unfairly out of proportion to the good to be attained. However, that approach is premised on the understanding that the contract breach has not diminished the value of the property. The second, and more general, approach is to ask, as does Professor Swan, whether it is reasonable to award damages equal to the cost of reinstatement (see Swan at 373). For purposes of deciding this appeal, this is the approach which I believe works best.

[43] As noted above, this is not a case involving a loss of amenity or personal preference. This is a case where the builder failed to deliver 70 square feet of leasable space. This is a case where the compensation principle can be applied in terms of ensuring the owner is placed in the same “economic situation” it would have been in had there been no deviation from the contract’s specifications. Therefore, we must focus on

whether the owner is entitled to damages equal to the cost of reinstatement or the diminished value of the building. Unfortunately, no appraisal evidence was led to establish the impact of the contract breach on the property's fair market value. The impact of that omission cannot be ignored. Let me explain.

[44] It is trite to acknowledge that the three principal methods for estimating a property's market value are the market comparison approach, the income approach and the depreciated cost approach. As the garage in question was built for leasing purposes, it qualifies as income producing property. Accordingly, it was reasonable to expect that Consolidated would lead appraisal evidence as to the impact of the 70 square foot deficiency on the property's value determined in accordance with either the market comparison or income approach. Correlatively, it would have been a relatively simple matter to assess damages based on the lower of the cost of reinstatement or diminution in value of the work done. Had the appraisal revealed the fair market value of the property to be lower, because of the contract deviation, and by an amount less than the cost of the reinstatement, the court would be compelled to award damages based on the property's diminished value. On the other hand, had the cost of reinstatement been lower than the diminished value of the property, the court would normally be compelled to award damages equal to the former. This understanding is consistent with Lord Lloyd's view in *Ruxley*. The fact remains, however, that we do not know whether Consolidated suffered a loss through a reduction in the value of the garage property due to the breach. By contrast, in both *Jacob & Youngs* and *Ruxley*, it was found that the contract deviation did not result in the property being worth less than it would have been had there been no breach.

[45] In the absence of expert evidence regarding the impact of the contract deviation on the property's value, it cannot be assumed that an award of damages equal to the cost of reinstatement is reasonable. However, Consolidated is entitled to an award of nominal damages, either for lost expectations or a presumed diminishment in value. That is why I am not prepared to disturb the trial judge's award. In the circumstances, it is unnecessary to dwell on the trial judge's suspicion that Consolidated would not have

applied the damage award to carry out the remedial work necessary to ensure contract compliance. Normally that type of analysis comes into play in those cases where the cost of reinstatement is obviously disproportionate to the benefit to be achieved. Similarly, I do not find it necessary to consider the impact or reasonableness of the builder's offer to undertake some of the remedial work required to achieve compliance with the size requirement set out in the building contract. Admittedly, others may view these factors as relevant to the "reasonableness" analysis.

[46] Putting aside my reasons for allowing the appeal, we are left with the issue of costs on appeal. In that regard, Note 1 of Tariff "A" of Rule 59 of the *Rules of Court*, states that costs on appeal "shall" be 40% of the sum awarded at trial in accordance with that Tariff. The trial judge rejected the claim for solicitor-client costs and, instead, awarded costs under Scale 5 of the Tariff, based on the amount in issue of $45,000. Accordingly, costs were fixed at $6,300, plus HST. While the respondent did not cross-appeal that costs award, it asks that this Court exercise its discretion not to award costs based on the 40% tariff. In that regard, it is clear that this Court retains the discretion to depart from Note 1. The word "shall" is "directory" rather than "mandatory": see *Brown et al v. Keenan*, 2009 NBCA 81, 351 N.B.R. (2d) 122, at para. 16, leave to appeal refused [2010] S.C.C.A. No. 9; *Doucet and Dauphinee v. Spielo Manufacturing Incorporated and Manship*, 2011 NBCA 44, 372 N.B.R. (2d) 1, at para. 119; and *Potter v. New Brunswick (Legal Aid Services Commission)*, 2013 NBCA 27, 402 N.B.R. (2d) 41, at para. 105.

[47] Having regard to the issues raised on appeal and their relative importance, the extensive submissions provided, and recent cost awards of this Court, I am of the

view that a costs award of $2,500 (40% of that awarded at trial) would not achieve the objectives underscoring Rule 59. Accordingly, I would order costs of $7,500.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE ROBERTSON

I. Introduction

[1] Après avoir entendu les parties, nous avons rejeté l'appel avec dépens et précisé que les motifs de la décision seraient fournis ultérieurement. L'appelante invoque quatre moyens d'appel, mais un seul exige une analyse approfondie. Les autres moyens peuvent être traités de façon sommaire à la lumière des conclusions de fait incontestables de la juge du procès. La question qu'il reste à trancher découle du fait que le constructeur intimé n'a pas respecté la [TRADUCTION] « superficie en pieds carrés » précisée au contrat sous-jacent pour la construction d'un garage. La superficie prévue était de 150 mètres carrés. Il manque 6,5 mètres carrés (70 pieds carrés) au bâtiment. Le constructeur a reconnu que la perte de 4 des 6,5 mètres carrés était attribuable à la partie saillante de la fondation dans la surface utile. La propriétaire appelante demande des dommages-intérêts de 53 932,51 $, soit le coût des travaux de rectification nécessaires pour rendre le bâtiment conforme aux spécifications du contrat. La juge du procès a cependant accordé des dommages-intérêts symboliques de 2 000 $.

[2] La présente affaire nous oblige à réexaminer la règle de common law bien établie en matière d'évaluation des dommages-intérêts en cas de violation de contrat. Normalement, la violation d'un contrat de construction est évaluée d'après le coût de rectification des travaux non conformes, de sorte que la partie innocente soit placée dans la position où elle se serait trouvée si le contrat avait été respecté (principe de l'intérêt-anticipation). Par conséquent, le [TRADUCTION] « coût de l'exécution » ou le [TRADUCTION] « coût de reconstruction » est la mesure de recouvrement ordinairement employée. La règle de droit se prête toutefois à d'autres méthodes d'évaluation. Des dommages-intérêts peuvent être accordés pour une [TRADUCTION] « diminution de la valeur » du bien causée par la violation du contrat. Subsidiairement, des dommages-intérêts symboliques peuvent être accordés pour ce qu'on appelle

couramment un « préjudice d'agrément », [TRADUCTION] une « préférence personnelle » ou un [TRADUCTION] « surplus du consommateur ». Enfin, il est possible de demander le recouvrement des bénéfices réalisés par l'entrepreneur dans les affaires où la violation du contrat a entraîné une économie de coûts.

[3] En fin de compte, nous devons décider si la propriétaire appelante a droit à des dommages-intérêts correspondant au coût de reconstruction (54 000 $) ou au montant symbolique accordé au procès (2 000 $). Notre analyse pour répondre à cette question nous ramène à la décision de principe du juge Cardozo dans *Jacob & Youngs, Inc. c. Kent*, 129 N.E. 889 (N.Y. 1921), puis à la décision tout aussi importante, et plus récente, de la Chambre des lords dans *Ruxley Electronics and Construction Ltd. c. Forsyth*, [1995] UKHL 8. Ces précédents peuvent servir de point de départ à une analyse juridique, mais il ressort de la jurisprudence qu'il y a encore du travail à faire.

[4] Après avoir examiné les principes juridiques applicables, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu de modifier la décision de la juge de procès d'accorder des dommages-intérêts symboliques. Il ne s'agit certainement pas d'une affaire où il a été démontré que le coût de reconstruction constitue la mesure appropriée, voire raisonnable. De surcroît, aucune preuve n'a été présentée pour établir que la juste valeur marchande du bien était inférieure à ce qu'elle aurait été s'il n'y avait pas eu violation. À vrai dire, nous ne savons pas si la violation du contrat a fait baisser la valeur du garage. Puisque rien n'indique que l'écart par rapport au contrat s'est traduit par des économies de coûts pour le constructeur, il ne reste que le montant symbolique accordé par la juge du procès. Les dommages-intérêts ainsi accordés se justifient sous l'angle de la perte d'un intérêt-anticipation ou d'une dépréciation présumée du bien. Le fait que la juge du procès soit parvenue au bon résultat sans que les avocats lui fournissent la jurisprudence pertinente démontre bien à quel point le bon sens et la common law vont de pair. Les motifs de ma décision de rejeter l'appel et d'accorder des dépens de 7 500 $ en appel sont exposés en bonne et due forme dans les paragraphes qui suivent.

II. Exposé des faits et questions en litige

[5] Puisque les motifs complets de la décision de la juge du procès ont été publiés, il me suffit de résumer les principaux faits : voir 2013 NBBR 386, [2013] A.N.-B. n° 424 (QL). Les parties ont signé un contrat de construction dans lequel le constructeur intimé (ci-après « Diotte ») s'est engagé à bâtir un immeuble de bureaux et un garage pour la propriétaire appelante (ci-après « Consolidated »). Les bâtiments devaient être construits en conformité avec les spécifications du ministère fédéral des Pêches et des Océans, qui s'était engagé à louer les bâtiments. Le coût de la construction a été fixé d'abord à 318 500 $, puis à 378 377,67 $. Pendant la construction, Diotte facturait périodiquement les travaux, et Consolidated payait les montants facturés. Consolidated n'a jamais contesté les travaux, pas plus que les factures qui comportaient des [TRADUCTION] « suppléments ». Le 4 février 2009, Diotte a transmis la dernière facture à Consolidated. Le document confirmait le prix initial du contrat et des suppléments de 100 819,49 $, pour un montant total de 479 197,16 $. De ce montant, Consolidated avait déjà payé 433 903,43 $; tout ce qu'il restait à payer, c'était un montant de 51 181,91 $, TVH incluse. Consolidated a refusé de payer le montant dû, apparemment parce que la réalisation des [TRADUCTION] « travaux d'aménagement de l'immeuble de bureaux » incombait à Diotte et qu'ils n'auraient pas dû lui être facturés.

[6] Je m'arrête ici pour souligner que la raison invoquée pour justifier le refus de payer est contredite par une série d'autres faits qui ont été corroborés. Diotte avait fixé le coût des [TRADUCTION] « travaux d'aménagement » à 68 438 $. Le 25 mars 2008, Diotte a facturé ces travaux à Consolidated au prix de 47 419 $. La facture a été acquittée sans protestations. Une autre facture a été produite le 28 avril 2008. Celle-ci a également été réglée. Ce n'est qu'après l'envoi, en date du 4 février 2009, de la dernière facture que Consolidated a allégué, pour la première fois, que Diotte avait l'obligation en vertu du contrat d'absorber le coût de ces travaux.

[7] Le 11 mars 2009, Diotte a déposé une revendication de privilège en vertu de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, L.R.N.-B.

1973, ch. M-6. Comme le voulait la façon de procéder avant la décision de notre Cour dans *SNC-SNAM, S.E.N.C., société en nom collectif ayant comme associés SNC-LAVALIN INC. et SNAMPROGETTI CANADA INC., c. Opron Maritimes Construction Ltd. et autre*, 2011 NBCA 60, 386 R.N.-B. (2e) 1, Consolidated a intenté sa propre action, en invoquant les manquements dans l'ouvrage et le droit à compensation (d'où le double intitulé). Au procès, Consolidated a plaidé non seulement la question des travaux d'aménagement de l'immeuble de bureaux, mais aussi onze autres questions liées à d'autres manquements reprochés. Ces manquements ont été décrits par l'expert dont Consolidated a retenu les services après le dépôt du privilège de constructeur. Le procès a duré six jours. Quatre experts ont témoigné : deux pour chaque partie. Toutes les questions en litige ont été tranchées en faveur de Diotte, sauf deux. Comme nous l'avons vu, la juge du procès a accordé 2 000 $ pour la [TRADUCTION] « perte de superficie en pieds carrés ». Un montant additionnel de 8 000 $ a été accordé pour le recouvrement du coût de [TRADUCTION] « renforcement » de l'un des murs du garage. Après avoir évalué les coûts et fait les calculs, la juge du procès a conclu que le privilège de Diotte était valable et se chiffrait à 52 318,91 $.

[8] Dans l'avis d'appel modifié, huit des moyens d'appel initiaux ont été retirés; il en reste donc quatre à examiner. Chacun de ces moyens est rédigé suivant une formulation portant que la juge du procès a commis une erreur manifeste en écartant de la preuve ou en ne tenant pas compte de certains éléments de preuve. Dans la mesure où les points litigieux soulèvent une question de fait ou une question mixte de fait et de droit, la juge du procès n'a en fait pas écarté de preuve pertinente. Elle a soupesé la preuve documentaire et les déclarations des témoins et tiré des conclusions desquelles transcendent la clarté et la force de persuasion. Elle n'a commis aucune erreur manifeste et dominante. Toutefois, les questions soulevées en appel ne sont pas sans importance lorsqu'elles sont considérées du point de vue pécuniaire. Une brève explication s'impose.

[9] Consolidated a avancé que la juge du procès a commis une erreur en rejetant la prétention selon laquelle les deux bâtiments n'avaient pas [TRADUCTION] « [l']élévation suffisante ». Le coût de rectification de ces dimensions non conformes

avait été estimé à 31 579 $. On a dit que le coût de rectification des dimensions du garage jugés non conformes se chiffrait à 53 932 $. Enfin, il reste le moyen d'appel alléguant que la juge du procès a commis une erreur en soutenant que c'était le *Code national du bâtiment du Canada 1995* qui s'appliquait au projet de construction, et non l'édition de 2005, qui n'était pas en vigueur au moment de la construction. Consolidated a présenté de la preuve démontrant qu'il en coûterait 98 972 $ pour adapter les bâtiments aux exigences du *Code* le plus récent. Ces trois montants totalisent 184 483 $ et, tel qu'il a déjà été mentionné, les parties s'étaient entendues par contrat sur le prix de 378 000 $.

[10] Je considère sans fondement les moyens d'appel alléguant que la juge du procès a commis une erreur en refusant de déclarer : (1) que les bâtiments construits n'avaient pas l'élévation appropriée; (2) qu'ils auraient dû être construits en conformité avec le *Code national du bâtiment – Canada 2005*; (3) que Consolidated avait droit à un certificat par lequel un ingénieur attesterait que les bâtiments étaient conformes aux prescriptions du *Code* de 2005. Les motifs de décision de la juge du procès sont éloquents (voir les paragraphes 66 à 69 et 83 de ses motifs). Cette conclusion nous amène à examiner la prétention selon laquelle la juge du procès a commis une erreur en limitant à 2 000 $ les dommages-intérêts accordés pour les dimensions non conformes du garage, alors que le coût de rectification avait été estimé à 53 932,51 $. Dans la mesure où elle impose la prise en considération des principes juridiques pertinents, la question de l'évaluation des dommages-intérêts constitue une question de droit et, par conséquent, la notion de retenue judiciaire n'entre pas en jeu.

III. Le cadre de la common law

[11] En common law, lorsqu'une partie subit une perte par suite d'une violation de contrat, elle doit être placée, du point de vue financier du moins, dans la position où elle se serait trouvée si le contrat avait été exécuté. Si l'on applique cette règle, il s'ensuit que Consolidated a droit au montant de 54 000 $ nécessaire pour entreprendre les travaux de rectification afin de rendre l'ouvrage conforme aux spécifications du contrat. Bref, les dommages-intérêts correspondent au [TRADUCTION] « coût de reconstruction ».

Toutefois, cette règle n'est pas absolue et, dans le cas des contrats de construction, d'autres méthodes peuvent être employées pour évaluer les dommages-intérêts. L'une des options possibles consiste à déterminer la [TRADUCTION] « diminution de la valeur » de l'ouvrage. Ainsi, les dommages-intérêts peuvent être évalués en tenant compte de l'écart entre la juste valeur marchande du bien-fonds ou de l'immeuble en présence d'une violation de contrat et cette même valeur en l'absence d'une violation de contrat. S'il n'existe aucun écart mesurable entre les deux valeurs, des dommages-intérêts symboliques peuvent néanmoins être accordés. Le plus souvent, toutefois, on procède à l'évaluation de dommages-intérêts symboliques pour un [TRADUCTION] « préjudice d'agrément » dans les cas où la [TRADUCTION] « préférence personnelle » du propriétaire n'est pas obtenue. Enfin, il est possible de choisir l'évaluation des dommages-intérêts par référence à l'économie de coûts qui profite au constructeur en raison du non-respect des spécifications au contrat. Ainsi, si le constructeur utilise des matériaux moins coûteux que ceux spécifiés au contrat, le propriétaire pourrait demander des dommages-intérêts sur la base de la différence entre les coûts. Il me semble, intuitivement, que cette option vise à prévenir l'enrichissement injustifié du constructeur. Compte tenu des faits en l'espèce, il n'y a pas lieu de discuter de cette méthode d'évaluation autrement que pour renvoyer le lecteur à l'analyse de la professeure Swan sur le sujet : voir Angela Swan, *Canadian Contract Law*, 2e éd. (Markham, ON : LexisNexis Canada, 2009), aux pages 372 et 478.

[12] Tous les auteurs canadiens, sauf un, reconnaissent la contribution du juge Cardozo, qui siégeait à l'époque à la Cour d'appel de New York, à l'évolution de la jurisprudence. Ses motifs exprimant l'opinion de la majorité dans *Jacob & Youngs, Inc. c. Kent* constituent le genre de matière qui alimente les discussions en classe et les écrits des auteurs de doctrine et des tribunaux, même encore aujourd'hui : voir Richard A. Posner, *Cardozo: A Study in Reputation* (Chicago : The University of Chicago Press, 1990) et Lawrence A. Cunningham, « Cardozo and Posner: A Study in Contracts » (1995), 36 Wm. & Mary L. Rev. 1379. Quant aux auteurs canadiens, voir Swan, à la p. 573, McCamus (John D. McCamus, *The Law of Contracts*, 2e éd. (Toronto : Irwin Law, 2012), à la p. 900) et Waddams (S.M. Waddams, *The Law of Contracts*, 6e éd.

(Toronto : Canada Law Book, 2010), à la p. 764), l'exception étant G.H.L. Fridman, *The Law of Contract in Canada*, 5e éd. (Toronto : Thomson Canada Limited, 2006).

[13] Dans *Jacob & Youngs*, le constructeur demandeur avait omis d'installer les tuyaux de la marque précisée au contrat (Reading) dans une résidence de campagne. Le coût de construction de la résidence s'élevait à 77 000 $ (une somme fort considérable en 1914). Lorsqu'il a emménagé dans sa résidence, le propriétaire défendeur a constaté que la tuyauterie de la marque spécifiée n'avait pas été utilisée partout dans la résidence. Il a demandé que les tuyaux non conformes, la plupart se trouvant dans les murs de la résidence, soient retirés et remplacés par ceux de la marque spécifiée au contrat. Le constructeur a refusé de se conformer en raison des frais exorbitants qu'entraînerait la démolition de parties importantes de la structure achevée. À la suite de ce refus, le propriétaire a refusé de payer le solde dû en vertu du contrat (3 500 $). Le constructeur a intenté une action.

[14] La preuve établissait que le défaut d'utiliser des tuyaux de la marque spécifiée n'était ni frauduleux ni volontaire et qu'il avait été plutôt le résultat [TRADUCTION] « d'une erreur et d'une inattention » de la part du constructeur. Au procès, le constructeur a cherché à démontrer que les tuyaux installés étaient de même qualité en apparence, de même valeur marchande et de même prix que ceux de la marque spécifiée au contrat; sa preuve a été écartée, et il a été débouté. La décision a été infirmée par la [TRADUCTION] « division d'appel », et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée. Dans un autre appel interjeté cette fois devant la Cour d'appel de New York, la décision de la [TRADUCTION] « division d'appel » a été confirmée à la majorité. Le juge Cardozo a fait remarquer que, si la preuve écartée avait été admise, elle [TRADUCTION] « aurait fourni un certain fondement à l'inférence voulant que le défaut soit peu important par rapport au projet » (p. 241). Toutefois, l'opinion de la majorité allait plus loin.

[15] S'exprimant au nom de la majorité, le juge Cardozo a affirmé que [TRADUCTION] « dans les circonstances de l'espèce, nous croyons que la mesure de

l'indemnité ne correspond pas au coût de remplacement, qui serait élevé, mais à la différence de valeur, qui serait symbolique, voire nulle » (p. 244). L'extrait suivant représente l'essentiel de la démarche qu'a suivie le juge Cardozo en ce qui a trait à la question soulevée. Il fait partie intégrante de la jurisprudence de bon nombre de ressorts de common law.

> [TRADUCTION]
> Certes, dans la plupart des cas, le coût de remplacement constitue la mesure employée. Le propriétaire a droit à la somme qui lui permettra d'achever les travaux, à moins que le coût de leur achèvement ne soit totalement et injustement disproportionné par rapport à l'avantage prévu. Dans ce dernier cas, la mesure à employer est la différence de valeur. Prenons l'exemple d'un contrat qui prévoit une fondation de granite taillé au Vermont. À la fin des travaux, le propriétaire apprend que, par la faute d'un sous-traitant, une partie de la fondation a été bâtie avec du granite de la même qualité taillé au New Hampshire. La mesure de l'indemnité n'est pas le coût de reconstruction. « Il se peut qu'il y ait des omissions de ce qui ne pourrait pas plus tard être fourni exactement comme prévu au contrat sans démolir le bâtiment au complet et, de plus, il se peut que l'omission ne nuise pas à la valeur de l'immeuble pour l'usage auquel il est destiné ou autrement, si ce n'est que si légèrement qu'elle ne soit difficilement appréciable. » La règle qui accorde un recours dans les affaires d'exécution substantielle avec dédommagement pour les défauts dont l'importance est futile ou inappréciable a été créée par les tribunaux comme un instrument de justice. La mesure de l'indemnité doit être déterminée suivant ce même principe. [p. 244 et 245, citations omises.]

[16] Au fil du temps, la jurisprudence s'est intéressée aux deux premières phrases de ce passage. La règle générale prescrit qu'en cas de non-respect des spécifications d'un contrat, le propriétaire a droit à des dommages-intérêts d'un montant égal au [TRADUCTION] « coût d'achèvement » ou au [TRADUCTION] « coût de remplacement », plus couramment appelé [TRADUCTION] « coût de reconstruction ». Rares sont les cas où le coût de reconstruction est [TRADUCTION] « totalement et injustement disproportionné par rapport à l'avantage prévu ».

[17] Les motifs du juge Cardozo sont encore cités par les commentateurs qui sont inspirés par sa propension à recourir aux notions d'« *equity* » pour tempérer la rigueur de la common law (voir Posner, à la p. 105). Et il y a ceux qui invoquent le dossier du procès dans l'affaire *Jacob & Youngs* pour signaler que le contrat de construction sous-jacent comportait la clause suivante, dont il n'a pas par ailleurs été question dans les opinions de la majorité ou de la dissidence (voir Cunningham, à la p. 1440, note 337, et Posner, à la p. 106) :

> [TRADUCTION]
> Les travaux, les matériaux ou le savoir-faire fournis par l'entrepreneur qui sont imparfaits ou qui ne sont pas parfaitement conformes aux dessins et aux spécifications, à tous égards, seront rejetés et devront immédiatement être défaits, retirés et refaits ou remplacés conformément aux dessins et spécifications, dès leur découverte.

[18] La question de savoir si cette clause contractuelle aurait empêché, ou devrait empêcher, l'application des notions d'*equity* ou des règles de common law devra être plaidée et tranchée dans une autre affaire. D'après les faits, la présente affaire ne comporte aucune clause contractuelle de la sorte. La question d'importance qu'il reste à trancher tient à l'idée que des dommages-intérêts basés sur le coût de reconstruction peuvent être inappropriés, si ce coût est totalement et injustement disproportionné par rapport à l'avantage dont bénéficierait par ailleurs la partie innocente. Quels dommages-intérêts doit-on accorder si le propriétaire d'une résidence exige par clause contractuelle la pose d'une rangée de briques bleues et que le constructeur pose par mégarde une rangée des briques jaunes? Et encore, quels dommages-intérêts doit-on adjuger si le contrat prévoit la construction d'une piscine de sept pieds de profondeur et que l'entrepreneur en construit une ayant neuf pouces de profondeur en moins? Ce sont là les questions sur lesquelles la Chambre des lords s'est penchée dans *Ruxley Electronics*, décision rendue 74 ans après *Jacob & Youngs*.

[19] Je résume les principaux faits de l'affaire *Ruxley Electronics*. Le propriétaire de la résidence s'était engagé par contrat à payer la somme de 70 000 £ pour la construction d'une piscine intérieure. Le parties ont convenu que la piscine aurait

sept pieds et six pouces de profondeur. Pendant la construction, la relation entre les parties est devenue tendue et le constructeur a ultérieurement intenté une action en recouvrement d'un montant de 10 000 £ dû en vertu du contrat. Après avoir découvert que la piscine avait une profondeur de six pieds et neuf pouces, le propriétaire a présenté une demande reconventionnelle et réclamé le coût de reconstruction, à savoir le coût de démolition et de reconstruction de la piscine pour la rendre conforme aux spécifications du contrat. Le coût de reconstruction s'élevait à 21 560 £. Toutefois, le juge du procès a conclu que la piscine, telle qu'elle était construite, ne présentait aucun danger pour le plongeon et que, par conséquent, le manque de profondeur n'avait pas fait baisser la valeur de la piscine.

[20] Le juge du procès dans *Ruxley* a affirmé que le coût de reconstruction de la piscine était totalement disproportionné par rapport à un avantage éventuel et, par conséquent, déraisonnable. Sa conclusion s'appuyait sur le fait qu'aucune preuve n'avait été présentée pour démontrer que le propriétaire utiliserait le montant accordé en dommages-intérêts pour reconstruire la piscine. [Au moment où la décision a été portée en appel, le propriétaire s'était engagé à le faire.] Même si le juge du procès n'était pas disposé à adjuger des dommages-intérêts d'un montant égal au coût de reconstruction, il a néanmoins accordé au propriétaire la somme de 2 500 £ pour préjudice d'agrément en raison de l'insuffisance de profondeur de la piscine. Le juge du procès a également accordé un montant de 750 £ pour [TRADUCTION] « inconvénients et troubles de jouissance » généraux.

[21] La Cour d'appel, à la majorité, a infirmé la décision de première instance et accordé des dommages-intérêts correspondant au coût de reconstruction. Dans ses motifs de dissidence, le lord juge Dillon a souscrit à l'opinion du juge de procès. Le lord juge Staughton, pour sa part, a soutenu que, comme aucune autre solution ne pouvait procurer au propriétaire l'objet prévu au contrat, ou un objet à moindre coût, le montant des dommages-intérêts devait être égal au coût de reconstruction. De plus, la question de savoir si le propriétaire avait l'intention de faire reconstruire la piscine importait peu. Le lord juge Mann, troisième membre de la formation, a choisi ce que la Chambre des lords

décrira plus tard comme étant un [TRADUCTION] « juste milieu ». Il a reconnu que, dans certains cas, il était déraisonnable d'accorder un montant égal au coût de reconstruction, mais que ce n'était pas le cas en l'espèce puisque le marché portait sur [TRADUCTION] « une préférence personnelle ». En résumé, le propriétaire avait le droit d'exiger que [TRADUCTION] « ses préférences personnelles soient satisfaites », et la seule façon d'y parvenir consistait à faire reconstruire la piscine.

[22] Cinq juges siégeaient en appel à la Chambre des lords. Même si ceux-ci étaient tous d'avis que le jugement de première instance devait être confirmé, selon la coutume, ils ont chacun rendu des motifs distincts. Pour ne rien omettre et pour montrer à quel point une question juridique d'une simplicité tout apparente peut devenir complexe, il vaut la peine d'examiner les motifs de chacun. Les commentateurs insistent toujours sur l'une des trois opinions. Je laisse aux acrobates du droit le soin de déterminer le véritable fondement de la décision de la Chambre des lords. Comme les tribunaux canadiens ne sont plus liés par les précédents anglais, il nous est loisible de créer un cadre juridique à partir des enseignements de ces tribunaux, qui se sont penchés sur la question à trancher.

[23] Lord Keith a choisi le raccourci dans la prise de décision judiciaire, en souscrivant simplement aux motifs des lords Jauncey, Mustill et Lloyd. Tout en faisant de même, lord Bridge a souligné que le droit en matière de dommages-intérêts pour violation de contrat s'était développé presque exclusivement dans le contexte commercial et que, par conséquent, les critères juridiques à appliquer continuaient de mesurer les pertes d'un point de vue purement financier. Toutefois, il a mentionné que la règle de droit n'exclut pas la possibilité d'accorder des dommages-intérêts dans les affaires où le propriétaire foncier s'est plaint d'un travail qui ne satisfait pas à une [TRADUCTION] « préférence personnelle » sur le plan [TRADUCTION] « de l'agrément, de la commodité ou de la satisfaction esthétique ». Pour cette raison, lord Bridge a expressément fait sien le raisonnement de lord Mustill confirmant la décision du juge du procès d'accorder des dommages-intérêts pour préjudice d'agrément. Lord Bridge a terminé son analyse en faisant observer qu'accorder un montant en dommages-intérêts

égal au coût de reconstruction, compte tenu des faits de l'espèce, serait [TRADUCTION] « contraire au bon sens ».

[24] À l'inverse, les trois autres juges ont rédigé des motifs de décision détaillés. Dans son analyse, lord Jauncey discute des décisions comme *Jacob & Youngs*. Il discute également longuement de la jurisprudence anglaise, notamment de *Tito c. Waddell* (No. 2), [1977] 1 Ch. 106, décision où il a été soutenu que, si le demandeur ne subissait aucune perte pécuniaire dans la dépréciation de son bien-fonds et n'avait aucune intention d'utiliser les dommages-intérêts pour reconstruire selon les spécifications du contrat, aucun montant de dommages-intérêts ne devait être accordé. Comme le vice-chancelier Megarry l'a si bien dit : [TRADUCTION] « [d]ire que ce coût [de reconstruction] était une perte et devrait donc être recouvrable serait un simple prétexte » (p. 332). Lord Jauncey a également analysé le cas hypothétique où le contrat précise que les [TRADUCTION] « briques des rangées inférieures » doivent être bleues et où le constructeur en pose des jaunes à la place. Dans ce cas, lord Jauncey s'est dit d'avis qu'il serait nettement déraisonnable d'accorder au propriétaire le montant du coût de retrait de toutes les briques pour rendre l'ouvrage conforme à la spécification des briques bleues pour les [TRADUCTION] « rangées inférieures ». La perte du propriétaire est liée au fait qu'il [TRADUCTION] « n'aura pas le plaisir, sur le plan esthétique, que les briques bleues lui auraient procuré au vu de celles-ci » (p. 358 de *Ruxley Electronics*). Par analogie, lord Jauncey a soutenu que, comme le propriétaire avait une piscine utilisable et qu'il n'y avait donc pas lieu d'en construire une nouvelle, des dommages-intérêts basés sur le coût de reconstruction ne pouvaient être considérés comme la compensation d'une perte, mais bien comme un [TRADUCTION] « avantage gratuit très substantiel ».

[25] Les motifs de décision de lord Jauncey méritent qu'il en soit fait état à trois autres égards. Premièrement, lord Jauncey discute des affaires où le bâtiment construit est [TRADUCTION] « à ce point non conforme » qu'il ne peut servir à l'usage auquel il était destiné. En pareil cas, le propriétaire n'aurait guère de difficulté à démontrer que la perte correspond exactement au coût de reconstruction. Je reviendrai à la question de la construction non conforme plus loin. Pour l'instant, il importe de

reconnaître qu'une distinction peut être faite entre les affaires où les spécifications contractuelles n'ont pas été satisfaites et celles où l'exécution des travaux est non conforme ou a été bâclée. Deuxièmement, en réponse à l'argument voulant qu'un montant égal au coût de reconstruction ne soit accordé que si la partie innocente a l'intention de réaliser les travaux de rectification, lord Jauncey a souligné que, ordinairement, la règle de droit ne vise pas la façon de dépenser le montant accordé. Il a fait remarquer que [TRADUCTION] « [l]'intention ou l'absence d'intention de réaliser les travaux de rectification n'a d'intérêt que pour le caractère raisonnable, et donc pour l'importance de la perte subie. Une fois la perte établie, l'intention quant à la destination subséquente du montant des dommages-intérêts cesse d'être pertinente » (p. 359). Enfin, lord Jauncey n'a pas jugé utile de se pencher sur la question de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en accordant 2 500 £ pour [TRADUCTION] « préjudice d'agrément », puisque l'appelant n'avait pas contesté cette conclusion. Incidemment, il faut présumer que lord Jauncey parlait du montant accordé, et non du droit de demander des dommages-intérêts à ce titre. Je dis cela parce que, comme argument principal, le propriétaire a plaidé que la règle de droit prescrivait que des dommages-intérêts correspondant au coût de reconstruction soient accordés dans les cas où le bien n'est pas déprécié (par exemple, une piscine).

[26] Lord Mustill a souscrit aux motifs de décision de Lord Jauncey et de lord Lloyd. Toutefois, il a reconnu que, dans les cas où le contrat sous-jacent vise des fins purement commerciales, très souvent la perte attribuable à une violation de contrat ou à des travaux de mauvaise qualité pourrait être évaluée selon le coût de reconstruction ou la diminution de valeur du bien. Lord Mustill a également insisté sur [TRADUCTION] « [l']importance pratique, dans la vie de tous les jours, pour les propriétaires de maison qui ont engagé des entrepreneurs pour faire des petits travaux de construction », dans les affaires où l'entrepreneur n'a pas respecté ses engagements. Tout en reconnaissant que le montant accordé pour préjudice d'agrément n'avait pas été contesté en appel, lord Mustill a déclaré qu'il serait [TRADUCTION] « injuste » que le coût de reconstruction et la diminution de valeur soient les deux seules méthodes pouvant être employées pour évaluer les dommages-intérêts. Par conséquent, il était disposé à considérer une

troisième option : un montant qui ne peut être déterminé précisément, comme dans le cas d'une perte concernant un bien incorporel. Cette option signifiait qu'il n'était plus nécessaire de [TRADUCTION] « réparer l'injustice d'accorder trop peu en accordant injustement beaucoup trop ». Cependant, lord Mustill a convenu que le critère du caractère raisonnable joue un rôle prédominant dans la détermination du fondement du recouvrement et devrait être décisif dans les affaires où le coût de reconstruction est totalement disproportionné par rapport à la perte [TRADUCTION] « non pécuniaire » subie.

[27] Lord Lloyd est celui qui a produit les motifs de décision les plus complets. Il a exposé les grandes lignes du principal argument du propriétaire. Selon ce dernier, le juge du procès avait l'obligation d'évaluer les dommages-intérêts selon le coût de reconstruction ou la diminution de valeur. Dans les cas où le non-respect des spécifications du contrat n'avait pas pour effet de déprécier le bien, le juge du procès n'avait d'autre choix que d'accorder des dommages-intérêts basés sur le coût de reconstruction. Lord Lloyd a rejeté cet argument. Ses motifs portaient sur deux thèmes, dont lord juge Staughton de la Cour d'appel avait traité tout au long de sa décision. L'un des thèmes a été abordé sous la rubrique [TRADUCTION] « caractère raisonnable », l'autre, sous la rubrique [TRADUCTION] « intention ».

[28] L'analyse du caractère raisonnable par lord Lloyd commence par l'étude des règles classiques qui s'appliquent lors de l'évaluation des dommages-intérêts pour violation de contrat. Dans le cas des contrats de construction, la perte pécuniaire se mesure presque toujours de l'une des deux façons suivantes : la différence de valeur de l'ouvrage réalisé ou le coût de reconstruction. Si le coût de reconstruction est inférieur à la différence de valeur, la mesure des dommages-intérêts est toujours le coût de reconstruction. De plus, normalement, si la reconstruction ne pose aucun problème, le coût de celle-ci sera la mesure ordinaire des dommages-intérêts pour [TRADUCTION] « exécution non conforme » d'un contrat de construction. Toutefois, lord Lloyd a aussi reconnu la nécessité des exceptions compte tenu de l'analyse du juge Cardozo dans *Jacob & Youngs*. Il a mentionné que cette décision appuyait les deux principes suivants : (1) le

coût de reconstruction n'est pas la mesure appropriée des dommages-intérêts si les dépenses sont disproportionnées par rapport à l'avantage prévu; (2) la mesure appropriée des dommages-intérêts en pareil cas est la différence de valeur même s'il s'agit d'un montant symbolique.

[29] Dans son analyse du caractère raisonnable, lord Lloyd a aussi étudié la décision de la Haute Cour de l'Australie dans l'affaire *Bellgrove c. Eldridge*, [1954] H.C.A. 36. Il s'agissait d'une affaire où le constructeur avait bâti une maison dont les fondations étaient défectueuses et, par conséquent, celle-ci était instable. Même si le propriétaire a réussi à obtenir des dommages-intérêts d'un montant égal au coût de reconstruction, la Haute Cour est allée plus loin en discutant du cas hypothétique où le propriétaire avait conclu un contrat pour la pose de briques d'occasion sur les murs extérieurs de la résidence et où le constructeur en avait posé des neuves. Le tribunal s'est dit d'avis que, dans ces circonstances, les travaux de démolition et de rebriquetage seraient [TRADUCTION] « très déraisonnables ». Cependant, la Haute Cour était disposée à reconnaître le droit au coût de reconstruction dans les affaires où le propriétaire était aux prises avec une structure [TRADUCTION] « de nature très différente de celle prévue au contrat ». Voilà pourquoi lord Lloyd a déclaré : [TRADUCTION] « [j]e suis loin de dire que les préférences personnelles sont dépourvues de pertinence dans le choix de la mesure appropriée pour les dommages-intérêts » (p. 370). Cependant, il a aussi déclaré que : [TRADUCTION] « […] ces cas ne devraient pas former une catégorie distincte assujettie à des règles particulières ».

[30] Le deuxième thème dont lord Lloyd a traité dans ses motifs de décision est celui de [TRADUCTION] « [l']intention ». Conscient du fait que les tribunaux ne se préoccupent normalement pas de ce qu'un demandeur fera avec le montant accordé en dommages-intérêts, lord Lloyd a soutenu que l'intention était un élément à prendre en considération pour la question du caractère raisonnable et une demande en dommages-intérêts pour reconstruction. Bref, si la violation n'a pas entraîné une diminution de la valeur du bien et si le propriétaire n'a pas l'intention d'utiliser le montant accordé en dommages-intérêts pour rendre l'ouvrage conforme au contrat de construction, il n'y a

pas lieu d'accorder au demandeur le recouvrement du coût de reconstruction. En revanche, si le demandeur démontre qu'il a véritablement l'intention d'entreprendre les travaux de rectification, ce facteur [TRADUCTION] « peut présenter de l'intérêt » dans l'appréciation du caractère raisonnable de la demande relative au coût de reconstruction. Eu égard aux faits, lord Lloyd a affirmé que l'engagement du propriétaire d'utiliser le montant des dommages-intérêts pour faire reconstruire la piscine ne changeait rien quant à l'issue de la cause. Lord Lloyd a soutenu : [TRADUCTION] « [M. Forsyth] ne peut être autorisé à créer une perte, qui n'existe pas, afin que les défendeurs soient punis pour ne pas avoir respecté les modalités du contrat » (p. 373).

[31] De plus, lord Lloyd a invoqué la décision du juge de procès d'accorder un montant de 2 500 £ pour préjudice d'agrément. Devant la Cour d'appel, le propriétaire a cherché à faire augmenter le montant, mais la question n'a pas été tranchée, compte tenu de la décision de ce tribunal d'accorder un montant égal au coût de reconstruction. Lorsque la Chambre des lords a été saisie de l'affaire, le propriétaire a cessé de faire valoir son argument. Il a plutôt avancé que la règle de droit ne prévoyait pas de dommages-intérêts pour ce type de perte, compte tenu de la décision de principe dans *Addis c. Gramophone Co. Ltd*., [1909] UKHL 1 (dommages-intérêts pour vexation). Par conséquent, la seule question à trancher était celle de savoir si des dommages-intérêts correspondant au coût de reconstruction pouvaient être accordés dans les affaires où le non-respect des modalités du contrat sous-jacent n'entraînait aucune dépréciation. Lord Lloyd a déclaré qu'il était disposé à considérer les montants accordés pour préjudice d'agrément comme une exception à la décision *Addis*, de la même manière que les demandeurs peuvent recouvrer des dommages-intérêts pour déception, par exemple lorsqu'un voyagiste ne respecte pas les modalités de son contrat : voir *Jarvis c. Swan Tours Ltd*., [1973] 1 Q.B. 233 (C.A.), et *Jackson c. Horizon Holidays Ltd*., [1975] 1 W.L.R. 1468. Enfin, lord Lloyd s'est aventuré plus loin. Même si des dommages-intérêts ne pouvaient être accordés pour préjudice d'agrément, il s'est demandé si la règle de droit était inflexible au point de ne pas prévoir un dédommagement pour [TRADUCTION] « expectatives déçues ».

[32] En résumé, les juges de la Chambre des lords s'entendaient pour dire que, en cas de non-respect du contrat, l'évaluation des dommages-intérêts commence par l'évaluation de la perte réelle subie en raison de l'inexécution du marché. Le montant accordé en dommages-intérêts doit permettre de placer le plaignant dans une situation aussi avantageuse que celle dans laquelle il se trouverait si le contrat avait été exécuté. Par conséquent, comme lord Lloyd l'a mentionné relativement aux affaires de construction, la perte [TRADUCTION] « se mesure presque toujours de l'une des deux façons suivantes : la différence de valeur de l'ouvrage réalisé ou le coût de reconstruction » (p. 366). Le caractère raisonnable est pris en compte lors de l'évaluation, ce qui explique les affaires comme *Ruxley* où il serait [TRADUCTION] « contraire au bon sens » d'accorder un montant égal au coût de reconstruction, mais où la différence de valeur de l'ouvrage réalisé est nulle. C'est dans ces cas d'écart par rapport au contrat que les juges de la Chambre des lords adoptent des démarches quelque peu divergentes. Toutefois, que l'on parle de préférence personnelle, de surplus du consommateur ou de préjudice d'agrément, chacune des opinions rendues dans *Ruxley* reconnaît que la perte non pécuniaire, attribuable au non-respect des spécifications contractuelles, est réelle et mérite d'être dédommagée, malgré le fait qu'elle ne soit pas facilement mesurable sur le plan financier. Ensemble, les diverses démarches montrent clairement que le droit en matière de dommages-intérêts offre une certaine souplesse dans la détermination d'un montant approprié.

IV. Analyse

[33] Dans les affaires sans précédent, il faut s'assurer de ne pas établir de règles ni de cadres de référence qui soient trop distants des conclusions de fait du juge de procès. Les juges d'appel savent bien que les motifs de décision devraient répondre aux questions soulevées directement dans la matrice factuelle présentée. Même si l'auteur des motifs s'efforce de respecter ce principe, la question de fond qui se pose l'oblige à faire des observations générales concernant des sujets susceptibles de présenter un intérêt dans des affaires à venir. L'expérience a montré que l'énonciation ou l'établissement de règles ou principes juridiques, ou encore de cadres juridiques, sont rarement le fruit des motifs

d'une seule décision. Les présents motifs de décision devraient être interprétés en conséquence. Comme ils doivent être prononcés la veille de mon départ à la retraite, la tâche de veiller à ce que ces principes soient ancrés au droit néobrunswickois reviendra à mes collègues.

[34] Mon analyse proprement dite repose sur l'idée que la question qui se pose est liée à un contrat de construction sous le régime duquel est survenue une violation attribuable au défaut du constructeur de se conformer aux spécifications du contrat. Dans *Jacob & Youngs*, le constructeur avait omis d'utiliser des tuyaux de la marque précisée au contrat et, dans *Ruxley*, le constructeur avait creusé une piscine dont la profondeur avait neuf pouces de moins que celle spécifiée dans le contrat. En l'espèce, le bâtiment ne répond pas aux dimensions requises; il manque 6,5 mètres carrés sur une superficie de 150 mètres carrés. Il n'est pas allégué que l'exécution des travaux n'était pas conforme, en ce sens que ceux-ci auraient été bâclés ou ne satisferaient pas aux [TRADUCTION] « normes de l'industrie ».

[35] J'ai tenu compte de cette distinction parce qu'au moins deux des juges dans *Ruxley* ont écrit leurs motifs de décision d'une manière qui pourrait être interprétée comme signifiant que les règles qui s'appliquent lors de l'évaluation des dommages-intérêts en cas d'écart par rapport au contrat s'appliquent également lorsqu'il est question de vices de construction (lord Jauncey et lord Mustill). Chose certaine, des dommages-intérêts d'un montant égal au coût de reconstruction sont justifiés dans les cas où la violation ou la défectuosité présente un risque pour la sécurité des personnes ou pour l'intégrité structurale du bâtiment et autre élément apparenté (par exemple, une fondation ou un mur dont la structure manque de solidité). Mais qu'en est-il des cas où la qualité du travail ne satisfait pas aux normes de métier, à tel point qu'elle heurte la sensibilité des propriétaires sur le plan esthétique? Intuitivement, on peut être enclin à s'attendre à ce que la règle de droit prévoie que l'entrepreneur refasse les travaux ou, subsidiairement, dédommage le propriétaire en lui donnant un montant égal au coût de reconstruction. Dans les motifs de décision qu'il a rédigés dans *Ruxley*, lord Lloyd semble soutenir cette

interprétation de la règle de droit : voir aussi *Al Vogel Construction Ltd. c. Forbes*, [1998] S.J. No. 696 (C.B.R. Sask.) (QL), confirmé à 2000 SKCA 10, [2000] S.J. No. 57 (QL).

[36] Par contre, il se peut que la distinction entre un écart par rapport au contrat et un vice de construction n'ait aucune incidence. Un évaluateur pourrait bien conclure qu'il n'est pas difficile de justifier une diminution de la valeur du bien, attribuable à une exécution négligente des travaux, en se reportant au coût de reconstruction. Je n'en dis pas plus sur la distinction perçue, mais je tiens néanmoins à souligner qu'il faut éviter de créer des règles qui inciteraient les constructeurs à renoncer à leurs obligations contractuelles. Voir de façon générale : *Pioneer Co-operative Association Ltd. c. Horseshoe Lodge Inc.*, 2000 SKQB 228, [2000] S.J. No. 314 (QL); *A.J. Hustins Enterprises Ltd. c. Byrne Architects Inc.*, [2000] N.S.J. No. 470 (C.S.N.-É.) (QL), confirmé à 2003 NSCA 21, [2003] N.S.J. No. 32 (QL); *PSR & Construction c. Dagenais*, [2014] O.J. No. 2741 (C. sup. Ont.) (QL).

[37] Il est également permis de se demander si une distinction devrait être établie, en droit, entre les affaires où la partie innocente est un consommateur qui se plaint d'un écart par rapport au contrat et les affaires où le propriétaire et le constructeur sont tous les deux des entreprises. Je soulève cette possibilité parce que, dans *Ruxley*, lord Bridge et lord Mustill ont exprimé des réserves concernant l'application des règles de common law qui ont été établies dans un contexte commercial et sont susceptibles d'être inadaptables aux circonstances dans lesquelles se trouvent souvent les propriétaires de maison. Par contre, lord Lloyd a expressément rejeté l'idée qu'il devrait exister deux séries de règles pour l'évaluation des dommages-intérêts : une pour les propriétaires de maison et une autre pour les propriétaires commerciaux. Cela dit, il ne fait aucun doute que les affaires intéressant des propriétaires de maison sont les affaires les plus difficiles à évaluer. Comme la professeure Swan l'a si bien dit :

> [TRADUCTION]
> Le principe du dédommagement fonctionne bien lorsque les parties peuvent être décrites comme étant des marchands, à savoir des parties qui contractent en vue de la réalisation de bénéfices. Une personne comme le propriétaire qui fait

> construire une piscine sur sa propriété ne conclut pas le contrat y afférent parce que la piscine augmentera la valeur de la propriété (au moins jusqu'à concurrence du coût de sa construction), mais parce qu'elle permettra d'accroître la jouissance du bien par le propriétaire. D'un point de vue financier, on peut décrire la jouissance du propriétaire comme représentant un [TRADUCTION] « surplus du consommateur », à savoir un intérêt dans la chose qui justifie de payer plus que le montant correspondant à l'augmentation de la valeur marchande de la propriété. L'existence du surplus explique pourquoi les gens rénovent leurs maisons, font construire des piscines et font faire l'aménagement paysager de leur propriété même si l'augmentation de la valeur de la résidence sera beaucoup moins élevée que le coût des travaux. [p. 371]

[38] Les cas les plus difficiles sont ceux où l'écart par rapport aux spécifications du contrat, de la part du constructeur, fait naître un préjudice d'agrément, ou ce que lord Bridge a qualifié de [TRADUCTION] « préférence personnelle » et que la doctrine décrit comme étant un [TRADUCTION] « surplus du consommateur ». Il faut se rappeler que c'est lord Jauncey qui, dans *Ruxley*, a discuté du cas hypothétique où le propriétaire demande qu'une rangée de briques bleues soit posée dans la partie inférieure de la maison et où le constructeur pose par inadvertance des briques jaunes. Insister pour que le constructeur soit tenu de payer le coût de retrait de toutes les briques pour permettre la pose de la rangée de briques bleues exigée constitue une position qui défie le bon sens, au moins dans les affaires où l'écart par rapport au contrat ne fait pas diminuer la valeur de la propriété. Bref, le coût de réparation de la violation semble [TRADUCTION] « totalement et injustement disproportionné par rapport à l'avantage prévu ». Qu'en est-il du cas où le propriétaire demande que la maison soit construite entièrement en briques bleues et où le constructeur utilise plutôt des briques jaunes, et ce, sans qu'il y ait d'incidence sur la juste valeur marchande de la propriété? Ou que doit-on penser du propriétaire (ou de l'architecte d'un promoteur immobilier) qui commande des briques d'occasion et en obtient des neuves? Il s'agit de cas où la possibilité d'accorder des dommages-intérêts d'un montant égal au coût de reconstruction exige plus de réflexion. Ces situations expliquent aussi pourquoi la jurisprudence insiste sur la question de savoir si le propriétaire a démontré l'intention d'utiliser le montant des dommages-

intérêts pour corriger le problème. Je le répète, la règle de droit ne peut servir à promouvoir l'idée qu'il est loisible aux constructeurs de s'écarter de spécifications contractuelles non équivoques dans la mesure où les propriétaires obtiennent la plupart des choses pour lesquelles ils ont payées.

[39] Incidemment, on ne peut s'empêcher de constater que, tant dans *Jacob & Youngs* que dans *Ruxley*, la relation contractuelle entre le propriétaire et le constructeur, avant le litige, s'était détériorée au point où l'insistance du propriétaire quant au respect rigoureux des modalités du contrat semblait avoir un objectif punitif, au lieu de compensatoire. Il s'agit des affaires pour lesquelles il convient de se demander si la réclamation du coût de reconstruction par le propriétaire est motivée par des facteurs n'ayant rien à voir avec la perte liée à une préférence personnelle.

[40] Heureusement, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où le non-respect des spécifications du contrat a privé le propriétaire d'un agrément ou d'une préférence personnelle. Il s'agit en fait d'une affaire commerciale dans laquelle la propriétaire (Consolidated) s'est vue privée d'une superficie louable de 4,33 % dans le garage, à cause du défaut du constructeur (Diotte) de se conformer aux spécifications du contrat. La question principale est celle de savoir s'il aurait été raisonnable d'accorder des dommages-intérêts d'un montant égal au coût de reconstruction (54 000 $) ou d'une somme moins importante (2 000 $). De la preuve a été présentée pour démontrer que Diotte avait offert d'entreprendre des rénovations qui auraient permis de récupérer une partie de l'espace manquant dans le garage mais que Consolidated n'était pas disposée à lui donner accès au bâtiment. De la preuve a également été présentée au procès pour établir que l'occupant, qui a loué l'immeuble de Consolidated et pour qui il a été construit, était disposé à prendre possession des lieux sans demander un dédommagement pour l'espace manquant. En réponse à cette preuve, Consolidated a avancé que les occupants futurs pourraient ne pas être aussi conciliants. La juge du procès a plutôt suivi le raisonnement suivant :

> [TRADUCTION]
> Dans les circonstances, je conviens que Consolidated a

> droit à un dédommagement pour la perte de superficie dans le garage. Toutefois, jusqu'à maintenant, Consolidated n'a subi aucune perte attribuable à la superficie manquante. Pêches et Océans Canada, l'occupant, a accepté l'immeuble tel qu'il a été livré et a payé le loyer négocié. M. Dubé avance que ce ne sera peut-être pas le cas dans le futur et qu'il pourrait alors subir une perte. Cet argument est pour le moins conjectural. M. Diotte a bel et bien offert de se rendre sur les lieux pour corriger le problème dans la mesure du possible. M. Dubé a refusé de lui permettre d'entrer dans le bâtiment pour faire les réparations. Je le répète, la question épineuse à laquelle la Cour se heurte consiste à déterminer en quoi et comment Consolidated devrait être compensée pour cette perte particulière. Compte tenu des circonstances, j'accorde à Consolidated la somme de 2 000 $ pour la perte de superficie dans le garage. [Par. 81]

[41] En refusant d'accorder des dommages-intérêts d'un montant égal au coût de reconstruction, la juge du procès s'est également demandée si Consolidated utiliserait le montant accordé pour reconstruire. Elle a fait remarquer ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> M. Dubé n'a pas encore fait les réparations recommandées par les experts. M. Dubé ne veut pas permettre à Diotte de revenir sur les lieux pour faire les réparations qu'elle avait offert de faire. Je doute fortement que, même si la Cour accordait un dédommagement à Consolidated pour renforcer le garage ou augmenter l'espace utilisable, les travaux soient un jour réalisés. [Par. 82]

[42] Au moins deux démarches peuvent être adoptées pour régler la question soulevée. Il y a celle exposée par le juge Cardozo dans *Jacob & Youngs* : le propriétaire a droit au coût de reconstruction à moins qu'il ne soit établi que le coût d'exécution des travaux est totalement et injustement disproportionné par rapport à l'avantage prévu. Cependant, cette démarche repose sur le postulat que la violation de contrat n'a pas fait diminuer la valeur du bien. La deuxième démarche, plus générale, consiste à se demander, à l'instar de la professeure Swan, s'il est raisonnable d'accorder des dommages-intérêts d'un montant égal au coût de reconstruction (voir Swan, à la p. 373).

Dans le cadre du présent appel, je crois que cette dernière démarche est celle qui convient le mieux.

[43] Tel qu'il a été mentionné précédemment, il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire intéressant un préjudice d'agrément ou une préférence personnelle. Il s'agit en fait d'une affaire où le constructeur a omis de livrer 70 pieds carrés de superficie louable. Il s'agit en l'espèce d'un cas où le principe de dédommagement peut être appliqué pour s'assurer de placer le propriétaire dans la même [TRADUCTION] « situation financière » où il se serait trouvé si les spécifications au contrat avaient été respectées. Par conséquent, nous devons creuser la question de savoir si le propriétaire a droit à des dommages-intérêts d'un montant égal au coût de reconstruction ou à la dépréciation de l'immeuble. Malheureusement, aucune estimation n'a été présentée en preuve pour démontrer l'effet de la violation contractuelle sur la juste valeur marchande du bien. L'effet de cette omission ne peut être passé sous silence. Je m'explique.

[44] Il est un fait reconnu que les trois principales méthodes d'évaluation de la valeur marchande d'une propriété sont la technique des données du marché, la technique du revenu et la technique du coût. Comme le garage en question a été construit à des fins locatives, il est considéré comme un bien productif de revenu. Par conséquent, il était raisonnable de s'attendre à ce que Consolidated présente une preuve relative à l'évaluation de la dépréciation du bien attribuable à la superficie manquante de 70 pieds carrés, calculée selon la technique des données du marché ou la technique du revenu. Corrélativement, il aurait été relativement simple d'évaluer les dommages-intérêts en fonction de la valeur la moins élevée du coût de reconstruction ou de la dépréciation de l'ouvrage réalisé. Si l'évaluation avait révélé que la juste valeur marchande du bien avait baissé, à cause de l'écart par rapport au contrat, d'un montant moindre que le coût de reconstruction, le tribunal n'aurait pas le choix d'accorder des dommages-intérêts en fonction de la dépréciation du bien. Par contre, si le coût de reconstruction avait été moins élevé que la dépréciation du bien, le tribunal n'aurait normalement pas le choix d'accorder des dommages-intérêts d'un montant égal au coût de reconstruction. Cette opinion est compatible avec celle de lord Lloyd dans *Ruxley*. Toutefois, il reste que nous

ne savons pas si Consolidated a subi une perte attribuable à une diminution de la valeur du garage par suite de la violation du contrat. Par ailleurs, dans *Jacob & Youngs* et *Ruxley*, il a été jugé que le bien ne valait pas moins que ce qu'il aurait valu s'il n'y avait pas eu un écart par rapport au contrat.

[45] En l'absence d'une preuve d'expert concernant l'effet de l'écart par rapport au contrat sur la valeur du bien, on ne saurait présumer qu'accorder des dommages-intérêts d'un montant égal au coût de reconstruction est raisonnable. Cependant, Consolidated a droit à des dommages-intérêts symboliques, soit pour privation d'expectative ou pour dépréciation présumée. Voilà pourquoi je ne suis pas disposé à modifier la décision de la juge du procès. Dans les circonstances, il n'y a pas lieu de s'attarder sur le fait que la juge de procès doutait que Consolidated utilise les dommages-intérêts accordés pour faire les travaux de rectification nécessaires pour rendre le bâtiment conforme aux spécifications du contrat. Ordinairement, ce type d'analyse entre en jeu dans les affaires où le coût de reconstruction est manifestement disproportionné par rapport à l'avantage prévu. De même, je ne crois pas qu'il y ait lieu d'examiner l'incidence ou le caractère raisonnable de l'offre du constructeur d'entreprendre certains des travaux de rectification requis pour rendre le bâtiment conforme aux dimensions spécifiées dans le contrat de construction. Certes, d'autres pourront considérer que ces facteurs sont révélateurs dans l'analyse du [TRADUCTION] « caractère raisonnable ».

[46] Abstraction faite des motifs de ma décision d'autoriser l'appel, il reste la question des dépens en appel. À cet égard, la remarque inscrite sous le tarif « A » de la règle 59 des *Règles de procédure* énonce que les dépens en appel « correspondent » à 40 % du montant accordé au procès conformément à ce même barème. La juge du procès a rejeté la réclamation au titre des frais entre avocat et client et elle a plutôt accordé les dépens prévus à l'échelle 5 du barème pour le montant en cause de 45 000 $. Par conséquent, les dépens ont été fixés à 6 300 $, plus la TVH. Même si l'intimée n'a pas contesté cette adjudication de dépens dans un appel reconventionnel, elle demande à notre Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour ne pas accorder de dépens basés

sur le tarif de 40 %. À cet égard, il ne fait pas de doute que notre Cour conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas suivre la remarque inscrite sous le barème. Le verbe « correspondent » à l'indicatif présent est employé dans une disposition « indicative », et « non impérative » : voir *Brown et autre c. Keenan et autre*, 2009 NBCA 81, 351 R.N.-B. (2e) 122, au par. 16, autorisation d'appel refusée à [2010] C.S.C.R. no 9; *Doucet et Dauphinee c. Spielo Manufacturing Incorporated et Manship*, 2011 NBCA 44, 372 R.N.-B. (2e) 1, au par. 119; *Potter c. Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick*, 2013 NBCA 27, 402 R.N.-B. (2e) 41, au par. 105.

[47] Compte tenu des questions soulevées en appel et de leur importance relative, des mémoires détaillés soumis et des adjudications de dépens faites récemment par notre Cour, je suis d'avis que des dépens de 2 500 $ (40 % du montant accordé au procès) ne permettraient pas d'atteindre les objectifs que visent la règle 59. Par conséquent, je suis d'avis d'adjuger des dépens de 7 500 $.