



135-13-CA

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF
THE PROVINCE OF NEW BRUNSWICK

SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DE LA
PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

BRAD GOULD TRUCKING & EXCAVATING
LTD.

BRAD GOULD TRUCKING & EXCAVATING
LTD.

RESPONDENT

INTIMÉE

- and -

- et -

BIRD CONSTRUCTION COMPANY

BIRD CONSTRUCTION COMPANY

RESPONDENT

INTIMÉE

Motion heard by:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Green

Motion entendue par :
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Green

Date of hearing:
September 28, 2015

Date de l'audience :
le 28 septembre 2015

Date of decision:
February 25, 2016

Date de la décision :
le 25 février 2016

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Krista Lynne Colford

Pour l'appelante :
Krista Lynne Colford

For the respondent Brad Gould Trucking and
Excavating Ltd.:
Rodney J. Gillis, Q.C.

Pour l'intimée Brad Gould Trucking & Excavating
Ltd. :
Rodney J. Gillis, c.r.

For the respondent Bird Construction Company:
Richard J. Scott, Q.C.

Pour l'intimée Bird Construction Company :
Richard J. Scott, c.r.

THE COURT

I. Introduction

[1] These are reasons disposing of a motion heard following the decision on appeal in this matter. The motion seeks a clarification of the Court's decision. The decision, reported at 2015 NBCA 47, [2015] N.B.J. No. 182 (QL), was authored by a colleague who is no longer with this Court. In these circumstances, s. 8(5) of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 173, c. J-2, allows two of us to dispose of the matter. In the reasons that follow, we borrow liberally from the reasons our colleague gave for disposing of the appeal, with which we concurred.

II. Factual background

[2] Bird Construction Company and Brad Gould Trucking & Excavating Ltd. were involved in litigation arising out of a sub-contractual relationship that was part of a contract between Bird and the Province of New Brunswick for the construction of a new courthouse in Saint John. Bird and Gould had entered into a fixed-sum contract for the excavation, supply, and installation of all earthworks at a price of \$1.25 million. However, the job Gould was to perform proved to be much more difficult than anticipated and Gould threatened to remove its equipment from the site if it did not receive compensation for the additional work that would be required. Bird prevailed upon Gould to continue the work in exchange for Bird's assistance in presenting an adjusted soils claim to the Province as contemplated by Article 12 of the contract that governed the relationship between Bird and the Province. That clause, known as the Change in Soil Conditions Clause, provided that the Province would not have to make any extra payment to Bird unless, in the opinion of the Engineer-Architect, the extra expense was attributable to a substantial difference between the information contained in the contract document regarding the soil conditions at the site of work, or a reasonable assumption of fact based thereon, and the real conditions encountered at the site. Bird submitted the claim to the Province, but it was rejected. Gould, having done the work, commenced an

action against Bird, seeking compensation for the extra work. There were two aspects to Gould's action: (1) a claim against Bird based on a collateral contract; and (2) what was described as a "flow through case" whereby Gould sought to invoke the Change in Soil Conditions Clause on the understanding Bird would add the Province as a third party to the action. Bird did so. The matter eventually proceeded to trial. In a decision reported at 2013 NBQB 374, 412 N.B.R. (2d) 276, a judge of the Court of Queen's Bench rejected Gould's claim based on a collateral contract with Bird. However, the judge found liability under Change in Soil Conditions Clause. He therefore awarded damages to Gould in the amount of \$713,808.19 plus interest and costs in its action against Bird, and then awarded Bird full reimbursement from the Province together with costs.

[3] The Province appealed the question of liability and, alternatively, the quantum of damages. Bird cross-appealed the dismissal of its own claims against the Province for mark-up, bonding, insurance and supervision.

[4] Once the trial judgment issued, Bird sought a stay of execution pending the disposition of the Province's appeal. Although the Province was held ultimately liable for the amounts Bird would have to pay, no one could execute against the Province because of the provisions of s. 17 of the *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-18. Thus, although Gould wanted to immediately recover from Bird, Bird would have to await the outcome of the appeal before it could recover from the Province. Bird's motion for a stay was dismissed. Bird then negotiated an agreement with Gould whereby \$620,000 would be paid to or for the benefit of Gould and \$155,000 would be held in trust for Gould pending the determination of the appeal. The memorandum of agreement provided that if the Court of Appeal or any other Court subsequently determined that Bird was not liable to Gould for these amounts, Gould would immediately refund to Bird any excess payment over the final judgment.

[5] The Province's appeal was allowed. The judgment issued in the Court of Queen's Bench was set aside and the action was dismissed, as was the cross-appeal. Specifically, the summary of the Court's decision reads as follows:

The appeal is allowed and the cross-appeal is dismissed. The judgment issued in the Court of Queen's Bench is set aside and the action is dismissed, with costs at trial to the Province as calculated using Scale 3 of Tariff A under Rule 59 and on appeal in accordance with Note 1 of the same Tariff.

[6] Gould and Bird are jointly seeking leave to appeal our Court's decision to the Supreme Court.

[7] Meanwhile, Bird has applied by motion for this Court to vary its decision. Rule 60.03(4) of the *Rules of Court* provides that "[b]efore judgment is entered, a party may apply on motion to the judge to vary his decision", and Rule 60.03(6) makes that provision, with any necessary modification, applicable in the Court of Appeal.

III. Issues

[8] Bird says that while this Court's decision addressed the effect of allowing the appeal as between the Province, on the one hand, and Gould and Bird, on the other, the decision does not address the effect of the decision as between Gould and Bird. Bird adds that a third issue has now arisen out of Gould's failure to refund to Bird the payment on the trial judgment that has now been set aside. Thus, Bird views the issues raised in this motion as follows:

- (1) the responsibility as between Gould and Bird for the Province's costs;
- (2) Bird's own entitlement to costs against Gould; and
- (3) Bird's entitlement to be reimbursed the sums paid to Gould.

[9] Gould frames the issues quite differently. Taking a very technical approach to the *Rules of Court*, Gould says it was successful in its action against Bird, and Bird was successful in its action (by third party claim) against the Province. When the Province appealed, the issues raised concerned the liability of the Province to Bird

and the amount of damages. Only the quantum of damages concerned Gould, since Bird did not appeal its liability to Gould. Bird did cross-appeal, but only in order to seek more damages from the Province. Gould says the Court of Appeal's decision determined the Province was not liable to Bird and pronounced provisionally on the quantum of that claim, but it did not affect the judgment Gould obtained against Bird.

IV. Analysis

[10] Gould makes a good technical argument. On a strict application of the *Rules of Court*, this argument might prevail. However, in order to achieve a fair outcome on the merits, the circumstances in this case do not justify such an application of the *Rules*.

[11] At trial, Gould advanced two lines of argument in support of its action. The trial judge describes these as follows:

Gould alleges that it entered into an oral collateral contract with Bird for the cost of this additional work. Alternatively, it alleges that it is entitled to the additional compensation under the terms of the change in soil conditions provision of their original contract. [para. 3]

[12] The trial judge rejected the claim based on an oral collateral contract with Bird. He accepted Bird's version of the agreement reached with Gould. According to Bird, when Gould threatened to remove its equipment from the site because the soil conditions were not as expected, Bird stated it would have to find someone else to do the job and would pursue Gould for any additional costs. However, Bird committed to Gould it would work with Gould to present a claim to the Province for the cost of the additional work under the Change in Soils Condition Clause of the contract. In what follows, the trial judge explains why he accepts Bird's version:

Gould never forwarded a bill to Bird for the additional work. Indeed, Gould did not even prepare an invoice for the additional work until late September or early October, 2010

to accompany a letter from Gould's lawyer which was sent to the Province. Although a purported copy of the invoice was sent to the Province I am satisfied on the preponderance of the evidence that the invoice was never sent to Bird. This was a contentious issue at trial and Mr. Gould was questioned extensively in cross-examination on it. Despite Mr. Gould's assertions to the contrary, I am satisfied that Gould never invoiced Bird for this work and that Bird first received a copy of it after the action against it had been commenced.

Mr. DeWinter testified that Bird never received Gould's invoice for the additional work and the invoice number on it was out of sequence with Gould's other invoices that were sent to and received by Bird. It is also the only Gould invoice that contains a statement that interest would be charged on overdue accounts, and is the only invoice that Mr. Gould retained a copy of following the house fire that destroyed all of Gould's records sometime before the action was commenced. The invoice is dated May 3, 2010 and is in the exact amount of the claim that was advanced to the Province in the soil adjustment claim of June 3, 2010. This amount of the claim had not even been determined by Bird and Gould in consultation with their consultant by May 3 and more significantly, much of the work for the amount being claimed had not even been completed by that time.

I am satisfied that this invoice was only prepared once it was clear to Gould that the Province was not going to change its position on denying the claim and Gould determined that it would have its lawyer send a request to the Minister of Supply and Services to withhold from Bird the amount of \$827,587.00 (the amount of the claim for additional work at that time excluding HST) pursuant to section 7 of the Crown Construction Contracts Act, R.S.N.B. 1973, c. C-36.

Gould acknowledged in the terms of the subcontract it signed with Bird that it entered into the subcontract based on its own investigation of all matters and was in no way relying upon any opinions or representation of Bird. Further, Gould agreed that no extra work, changes or alterations to the work could be made without a prior written order from Bird. Mr. Gould was experienced in the construction industry and had contracted with Bird on projects many times in the past. He was familiar with the

use and necessity of using change orders to confirm changes to contracts and the scope of work relating to such contracts. No change order was sought, submitted or signed in this case.

As was also contemplated by their agreement, both parties co-operated in developing and presenting the claim to the Province. In fact, despite the competing interests on the collateral contract issue, it was apparent that Bird and Gould continued to co-operate throughout the trial in jointly presenting the claim against the Province. [paras. 29-33]

[Emphasis added]

[13] Other than the claim Gould advanced against Bird based on a collateral contract, which was rejected, the action was advanced as what was described as a “flow through” action. Pursuant to this concept, Gould had to claim against Bird because it did not have a contract directly with the Province, and Bird joined the Province in a third party claim. The trial judge explains:

Although Bird did not commit to pay Gould an additional amount for alleged additional work, it agrees that it did commit to advance a change in soil conditions claim against the Province on its own behalf and Gould's behalf pursuant to the terms of its contract with the Province.

In Gould's Amended Statement of Claim dated March 26, 2013, it pleads, in the alternative, that it is entitled to additional compensation pursuant to the terms of its subcontract with Bird which incorporates the Terms and Conditions of the Contract between Bird and the Province and more specifically article 12(1) of those Terms and Conditions that provides for an adjustment in the contract price in the event of a substantial difference between actual soil conditions on site and what was reasonably assumed when it prepared its tender based upon the plans, specifications and other documents communicated by the Owner.

Bird does not contest this alternative claim of Gould if it is determined that Bird has a valid change in soils claim against the Province. [paras. 35-37]

[Emphasis added]

[14] In his decision, the trial judge ruled the Province was ultimately responsible under the Change in Soil Conditions Clause, so the damages flowed through from the Province to Bird to Gould.

[15] It is clear to us that, other than the claim for relief under a collateral contract that was rejected, Bird and Gould joined together to advance a claim against the Province. The arguments put forth at trial and the judge's findings inescapably led to that conclusion. Other than the collateral contract claim, Gould never contemplated it could prevail against Bird without Bird prevailing against the Province. In our view, this is evidenced from the fact that both Gould and Bird are jointly pursuing an application for leave to appeal. This fact is inconsistent with Gould's argument before us at the hearing of the motion. If Gould is correct that the judgment against Bird obtained at trial was unaffected by our Court's decision because Bird did not appeal, there would appear to be no logical reason for Gould to be pursuing an application for leave to appeal our decision. This would be so because, as Gould now argues, nothing in our decision would affect their entitlement against Bird under the trial judgment. In fact, one could ask why Gould participated in the proceedings before our Court since Bird did not appeal the trial judgment; only the Province appealed.

[16] We therefore reject Gould's characterization of the results of this case and maintain the position articulated by our colleague, with which we concurred in rendering the appeal decision: this was a flow through case, and, in the end, the action was dismissed.

[17] We recognize that the appeal decision makes no explicit attribution of the costs awards that flow from it, although one can extrapolate the Court's intention from the reasons. Under Rule 60.03(4), we therefore clarify as follows:

- (a) Bird and Gould are equally responsible to pay the costs awarded to the Province and shall be held jointly and severally liable for these. This includes the trial costs and the costs on appeal; and,
- (b) Bird and Gould are to bear their own costs both at trial and on appeal since their claim against the Province was a joint venture (this despite Bird having prevailed on the collateral contract claim).

[18] As for Gould's failure to refund to Bird the amount paid under the original judgment now that it has been set aside and the action dismissed, we are of the view that our dismissal of the action entitles Bird to a judgment in the amount paid plus interest, if any, to which the parties may have agreed.

V. Disposition

[19] For these reasons, the motion is allowed. The Court of Appeal's decision is varied to provide: (1) Bird and Gould are equally responsible to pay to the Province's trial and appeal costs and are jointly and severally liable for these; (2) Bird and Gould shall bear their own costs both at trial and on appeal; and (3) Bird is entitled to judgment to recover any amounts paid pursuant to the trial judgment that has now been set aside. Each party will bear their own costs on this motion.

J.C. MARC RICHARD, J.A.

BRADLEY V. GREEN, J.A.

LA COUR

I. Introduction

[1] Nous rendons ici les motifs qui tranchent une motion entendue à la suite de la décision rendue en appel en l'espèce. La motion vise l'éclaircissement de la décision de la Cour. La décision, qui est publiée sous la référence 2015 NBCA 47, [2015] A.N.-B. n° 82 (QL), a été rédigée par un collègue qui n'est plus membre de notre Cour. Dans les circonstances, le par. 8(5) de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, autorise une formation de deux juges à trancher la motion. Dans les motifs qui suivent, nous nous inspirons librement des motifs que notre collègue a donnés lorsque l'appel a été tranché, motifs auxquels nous avons souscrit.

II. Contexte factuel

[2] Bird Construction Company et Brad Gould Trucking & Excavating Ltd. étaient parties à un litige découlant d'une relation de sous-traitance qui faisait partie d'un contrat intervenu entre Bird et la Province du Nouveau-Brunswick en vue de la construction d'un nouveau palais de justice à Saint John. Bird et Gould avaient passé un contrat à prix forfaitaire pour les travaux d'excavation, la fourniture des remblais et l'ensemble des travaux de terrassement pour le montant de 1,25 million de dollars. Toutefois, les travaux que Gould devait exécuter se sont révélés beaucoup plus difficiles que prévu et Gould a menacé d'enlever son équipement du chantier si elle n'obtenait pas d'indemnité pour les travaux supplémentaires qui seraient nécessaires. Bird a persuadé Gould de poursuivre les travaux en échange de l'aide que Bird lui apporterait pour présenter à la Province une demande rajustée au titre des conditions du sol comme le prévoyait l'article 12 du contrat qui régissait la relation entre Bird et la Province. Cette clause, connue sous le nom de [TRADUCTION] « clause relative au changement dans les conditions du sol », disposait que la Province n'aurait pas à verser des sommes supplémentaires à Bird à moins que, de l'avis de l'ingénieur-architecte, les dépenses supplémentaires ne soient directement attribuables à un écart considérable entre les

renseignements consignés dans le dossier contractuel concernant les conditions du sol à l'emplacement des travaux, ou une hypothèse raisonnable fondée sur ces renseignements, et les conditions réelles du sol constatées par l'entrepreneur au moment de l'exécution des travaux. Bird a présenté la demande en question à la Province, mais celle-ci a été rejetée. Gould, qui avait effectué les travaux, a engagé contre Bird une action dans laquelle elle sollicitait une indemnité pour les travaux supplémentaires. L'action de Gould comportait deux aspects : (1) une demande contre Bird fondée sur un contrat accessoire; et (2) ce qui a été qualifié [TRADUCTION] d'« instance intermédiaire » dans le cadre de laquelle Gould a voulu invoquer la clause relative au changement dans les conditions du sol, étant entendu que Bird ajouterait la Province comme mise en cause dans l'action; ce que Bird a effectivement fait. L'affaire a finalement été instruite. Dans une décision publiée sous la référence 2013 NBBR 374, 412 R.N.-B. (2^e) 276, un juge de la Cour du Banc de la Reine a rejeté la demande de Gould fondée sur un contrat accessoire passé avec Bird. Toutefois, le juge a conclu à la responsabilité en vertu de la clause relative au changement dans les conditions du sol. Il a donc accordé à Gould des dommages-intérêts s'établissant à 713 808,19 \$, plus les intérêts et les dépens, dans son action contre Bird, et a ensuite condamné la Province à rembourser à Bird ce même montant plus les dépens.

[3] La Province a interjeté appel sur la question de la responsabilité et, subsidiairement, celle du quantum des dommages-intérêts. Bird a formé un appel reconventionnel à l'encontre du rejet de ses propres demandes contre la Province au titre de la majoration, du cautionnement, de l'assurance et de la surveillance.

[4] Lorsque le jugement a été rendu en première instance, Bird a demandé qu'il soit sursis à son exécution jusqu'à ce que l'appel de la Province soit tranché. Bien que la Province ait été jugée ultimement redevable des montants que Bird aurait à payer, personne ne pouvait faire exécuter le jugement à l'encontre de la Province en raison de l'art. 17 de la *Loi sur les procédures contre la Couronne*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-18. Donc, malgré le fait que Gould voulait recouvrer immédiatement les sommes que Bird lui devait, Bird devait attendre l'issue de l'appel avant de les recouvrer auprès de la

Province. La motion de Bird en suspension de l'exécution a été rejetée. Bird a alors négocié avec Gould en vue de la conclusion d'un protocole d'entente aux termes duquel 620 000 \$ seraient versés à Gould ou à son profit et 155 000 \$ seraient détenus en fiducie en attendant le règlement de l'appel. Le protocole d'entente disposait que si la Cour d'appel ou un autre tribunal concluait subséquemment que Bird n'était pas redevable de ces sommes à Gould, Gould rembourserait immédiatement à Bird tout paiement excédant le montant du jugement définitif.

[5] L'appel interjeté par la Province a été accueilli. Le jugement rendu par la Cour du Banc de la Reine a été annulé et l'action a été rejetée, ainsi que l'appel reconventionnel. Plus précisément, le sommaire de la décision de la Cour est ainsi rédigé :

L'appel est accueilli et l'appel reconventionnel est rejeté. Le jugement rendu par la Cour du Banc de la Reine est annulé et l'action est rejetée. La Cour accorde à la Province les dépens en première instance, calculés selon l'échelle 3 du tarif « A » de la règle 59, et ceux en appel, conformément à la remarque 1 du même tarif.

[6] Gould et Bird ont sollicité conjointement l'autorisation de se pourvoir de la décision de notre Cour devant la Cour suprême.

[7] Dans l'intervalle, Bird a demandé à notre Cour, par voie de motion, de modifier sa décision. La règle 60.03(4) des *Règles de procédure* dispose qu'« [u]ne partie peut demander au juge de modifier sa décision avant que le jugement ne soit inscrit » et la règle 60.03(6) précise que cette disposition s'applique, avec les modifications qui s'imposent, aux décisions de la Cour d'appel.

III. Questions en litige

[8] Bird affirme que bien que notre Cour se soit penchée sur l'incidence de la décision d'accueillir l'appel sur les questions opposant la Province, d'une part, et Gould et Bird, d'autre part, elle ne s'est pas penchée sur l'incidence de sa décision sur les

questions opposant Gould et Bird. Bird ajoute qu'une troisième question s'est maintenant fait jour en raison du défaut de Gould de lui rembourser le paiement fait à titre du jugement rendu en première instance qui a maintenant été annulé. Donc, Bird estime que les questions soulevées dans la présente motion sont les suivantes :

- (1) le partage de la responsabilité entre Gould et Bird pour ce qui concerne les dépens de la Province;
- (2) le droit de Bird de recouvrer des dépens auprès de Gould;
- (3) le droit de Bird au remboursement des sommes payées à Gould.

[9] Gould formule les questions à trancher d'une façon tout à fait différente. Elle adopte une démarche de droit strict en ce qui concerne les *Règles de procédure* et fait valoir qu'elle a eu gain de cause dans son action contre Bird et que Bird a eu gain de cause dans son action (par voie de mise en cause) contre la Province. Lorsque la Province a interjeté appel, les questions soulevées concernaient la responsabilité de la Province envers Bird et le montant des dommages-intérêts. Seul le quantum des dommages-intérêts concernait Gould, puisque Bird n'a pas interjeté appel de la conclusion engageant sa responsabilité envers Gould. Bird a formé un appel reconventionnel, mais à seule fin de solliciter davantage de dommages-intérêts de la Province. Gould fait valoir que dans sa décision, la Cour d'appel a déterminé que la responsabilité de la Province n'était pas engagée envers Bird et s'est prononcée, à titre provisoire, sur le montant de cette demande, mais que cela n'a pas eu d'incidence sur le jugement que Gould a obtenu contre Bird.

IV. Analyse

[10] Gould avance un argument procédural valable. Suivant une application stricte des *Règles de procédure*, cet argument pourrait l'emporter. Toutefois, si l'on veut parvenir à un résultat juste sur le fond, les circonstances qui nous occupent ne justifient pas une application aussi stricte des *Règles*.

[11] Au procès, Gould a formulé une argumentation à deux volets à l'appui de son action. Le juge du procès a ainsi décrit ces deux volets :

[TRADUCTION]

Gould prétend qu'elle a passé avec Bird un contrat accessoire oral relativement au coût de ces travaux supplémentaires. Subsidiairement, elle prétend avoir droit à la rémunération supplémentaire aux termes de la disposition relative au changement dans les conditions du sol contenue dans le contrat original intervenu entre elles.
[par. 3]

[12] Le juge du procès a rejeté la demande fondée sur l'existence d'un contrat accessoire oral passé avec Bird. Il a souscrit à la version qu'a donnée Bird de l'entente conclue avec Gould. Selon Bird, lorsque Gould a menacé d'enlever son équipement du chantier parce que les conditions du sol n'étaient pas celles qui étaient prévues, Bird a dit qu'il lui faudrait trouver quelqu'un d'autre pour effectuer les travaux et qu'elle poursuivrait Gould pour recouvrer les coûts additionnels. Toutefois, Bird s'est engagée envers Gould à collaborer avec elle pour présenter une demande à la Province au titre du coût des travaux supplémentaires en vertu de la clause relative au changement dans les conditions du sol énoncée dans le contrat. Dans les passages qui suivent, le juge du procès explique pourquoi il a accepté la version de Bird :

[TRADUCTION]

Gould n'a jamais fait parvenir de facture à Bird pour les travaux supplémentaires. D'ailleurs, ce n'est qu'à la fin de septembre ou au début d'octobre 2010 que Gould a établi une facture pour les travaux supplémentaires afin qu'elle soit jointe à une lettre que l'avocat de Gould a envoyée à la Province. Bien que l'on prétende que c'est une copie de la facture qui a été envoyée à la Province, je suis convaincu, suivant la prépondérance de la preuve, que la facture n'a jamais été envoyée à Bird. C'était là une question litigieuse au procès et M. Gould a été longuement contre-interrogé sur cette question. Malgré les assertions contraires de M. Gould, je suis convaincu que Gould n'a jamais facturé ces travaux à Bird et que Bird a reçu une copie de cette

facture pour la première fois après que l'action dont elle fait l'objet a été engagée.

M. DeWinter a témoigné que Bird n'a jamais reçu la facture de Gould pour les travaux supplémentaires et que le numéro figurant sur la facture ne suivait pas l'ordre des numéros des autres factures qui ont été envoyées à Bird et reçues par elle. C'est également la seule facture établie par Gould sur laquelle on lit que des intérêts seront facturés sur les comptes en souffrance et c'est la seule facture dont M. Gould a conservé une copie à la suite de l'incendie à son domicile qui a détruit tous les relevés de Gould un peu avant l'introduction de l'action. La facture est datée du 3 mai 2010 et son montant correspond au montant exact de la demande qui a été présentée à la Province pour changement dans les conditions du sol le 3 juin 2010. Le 3 mai, Bird et Gould n'avaient même pas déterminé le montant de cette demande en collaboration avec leur expert-conseil et, ce qui est plus important encore, une grande partie des travaux auxquels se rapportait le montant demandé n'avait même pas été achevée à ce moment-là.

Je suis convaincu que la facture en question n'a été établie que lorsqu'il est devenu évident aux yeux de Gould que la Province n'allait pas revenir sur sa décision de rejeter la demande et Gould a décidé d'enjoindre à son avocat de faire parvenir au ministre de l'Approvisionnement et des Services une lettre le priant de s'abstenir de remettre à Bird la somme de 827 587 \$ (soit le montant de la demande au titre des travaux supplémentaires à ce moment-là abstraction faite de la TVH) conformément à l'art. 7 de la *Loi sur les contrats de construction de la Couronne*, L.R.N.-B. 1973, ch. C-36.

Gould a reconnu, dans les conditions du contrat de sous-traitance, qu'elle a passé ce contrat de sous-traitance après avoir effectué sa propre étude de toutes les questions et qu'elle ne se fondait nullement sur les opinions et les assertions de Bird. De plus, Gould a reconnu que ni des travaux supplémentaires, ni des changements, ni des révisions ne pouvaient être effectués sans un ordre écrit préalable de Bird. M. Gould avait de l'expérience dans l'industrie de la construction et il avait passé des contrats avec Bird à plusieurs reprises dans le passé. Il était bien au fait du recours aux ordres de modification, ainsi que de leur nécessité, pour confirmer des modifications aux contrats et

à la nature des travaux visés par ces contrats. Aucun ordre de modification n'a été sollicité, présenté ou signé en l'espèce.

Ainsi que l'envisageait également l'entente intervenue entre elles, les deux parties ont collaboré à la mise au point et à la présentation de la demande à la Province. En fait, malgré leurs intérêts divergents sur la question du contrat accessoire, il est manifeste que Bird et Gould ont continué à coopérer pendant toute la durée du procès afin de faire valoir conjointement leurs prétentions contre la Province. [par. 29 à 33]

[Je souligne.]

[13] Outre la demande fondée sur un contrat accessoire que Gould a formulée contre Bird, demande qui a été rejetée, l'action a été engagée à titre [TRADUCTION] d'« action intermédiaire » selon la description qui en a été faite. Suivant ce concept, Gould a dû déposer une demande contre Bird parce qu'elle n'avait pas passé de contrat directement avec la Province et Bird a déposé une mise en cause contre la Province. Voici les conclusions du juge :

[TRADUCTION]

Bien que Bird n'ait pas pris l'engagement de verser à Gould un montant additionnel pour de prétendus travaux supplémentaires, elle reconnaît s'être engagée à formuler une demande pour changement dans les conditions du sol contre la Province en son nom et au nom de Gould conformément aux clauses du contrat qu'elle avait passé avec la Province.

Dans son exposé de la demande modifié daté du 26 mars 2013, Gould prétend, à titre subsidiaire, qu'elle a droit à une rémunération supplémentaire conformément aux clauses du contrat de sous-traitance qu'elle a passé avec Bird, dans lequel sont incorporées les conditions du contrat intervenu entre Bird et la Province et plus précisément le paragraphe 12(1) de ces conditions qui prévoit la révision du prix contractuel en cas d'écart considérable entre les conditions réelles du sol constatées au moment de l'exécution des travaux et l'hypothèse raisonnable formulée, au moment où elle (Gould) avait établi sa soumission, en s'appuyant sur les plans et devis et les autres documents communiqués par la propriétaire.

Bird ne conteste pas cette demande subsidiaire de Gould s'il est établi que la demande que formule Bird contre la Province pour changement dans les conditions du sol est valable. [par. 35 à 37]

[Je souligne.]

[14] Dans sa décision, le juge du procès a conclu que la responsabilité de la Province était, au final, engagée en vertu de la clause relative au changement dans les conditions du sol, de sorte que les dommages-intérêts devaient suivre un parcours intermédiaire, c'est-à-dire être versés par la Province à Bird, qui les verserait à Gould.

[15] Il est clair à nos yeux que si l'on excepte la demande de mesures réparatoires en vertu d'un contrat accessoire qui a été rejetée, Bird et Gould se sont unies pour faire valoir une demande contre la Province. Les arguments avancés au procès et les conclusions du juge du procès mènent indubitablement à cette conclusion. Exception faite de la demande fondée sur un contrat accessoire, Gould n'avait jamais envisagé qu'elle pourrait avoir gain de cause contre Bird sans que Bird n'ait gain de cause contre la Province. À notre avis, c'est ce qui ressort du fait que Gould et Bird ont conjointement déposé une demande en autorisation de pourvoi. Ce fait est incompatible avec l'argumentation que Gould a présentée devant nous lors de l'audition de la motion. Si Gould a raison d'affirmer que la décision de notre Cour n'a eu aucune incidence sur le jugement qu'elle a obtenu contre Bird au procès parce que Bird n'a pas interjeté appel, Gould semblerait n'avoir aucune raison logique de déposer une demande afin d'obtenir l'autorisation d'interjeter appel de notre décision. Il en serait ainsi parce que, comme Gould le prétend maintenant, il n'y a rien dans notre décision qui ait d'incidence sur la créance qu'elle a sur Bird en vertu du jugement rendu en première instance. En fait, on serait fondé à se demander pourquoi Gould a pris part à l'instance devant notre Cour puisque Bird n'a pas interjeté appel du jugement rendu en première instance; seule la Province a interjeté appel.

[16] Nous rejetons donc la façon dont Gould qualifie l'issue de cette affaire et nous confirmons la position exposée par notre collègue, position à laquelle nous avons

souscrit au moment de rendre la décision en appel : il s'agissait d'une instance intermédiaire et, au final, l'action a été rejetée.

[17] Nous reconnaissons que la décision rendue en appel ne fait pas une attribution explicite des dépens qui en découlent bien que l'on puisse extrapoler l'intention de la Cour des motifs rendus. Sous le régime de la règle 60.03(4), nous apportons donc les éclaircissements suivants :

- a) Bird et Gould sont toutes deux tenues de payer à parts égales les dépens accordés à la Province et elles seront solidairement responsables de leur paiement. Cela comprend les dépens afférents au procès et les dépens afférents à l'appel;
- b) Bird et Gould doivent supporter leurs propres dépens afférents au procès et à l'appel puisque leur demande contre la Province était une entreprise conjointe (malgré le fait que Bird ait eu gain de cause pour ce qui concerne la demande fondée sur le contrat accessoire).

[18] Pour ce qui concerne le défaut de Gould de rembourser à Bird le montant payé en exécution du jugement original, maintenant que celui-ci a été annulé et l'action rejetée, nous sommes d'avis que le fait que nous avons rejeté l'action donne à Bird droit à ce que jugement soit rendu en sa faveur pour le montant payé plus les intérêts, le cas échéant, dont les parties ont pu convenir.

V. Dispositif

[19] Pour les motifs qui précèdent, la motion est accueillie. La décision de la Cour d'appel est modifiée dans la mesure suivante : (1) Bird et Gould sont toutes deux tenues de payer à parts égales les dépens afférents au procès et à l'appel qui ont été accordés à la Province et elles sont solidairement responsables de leur paiement; (2) Bird et Gould doivent supporter leurs propres dépens afférents au procès et à l'appel; et (3) Bird a droit à un jugement lui accordant le recouvrement des sommes payées

conformément au jugement rendu en première instance qui a maintenant été annulé.
Chaque partie supportera ses propres dépens afférents à la présente motion.