

**ABB Inc. and Alstom Canada Inc.** *Appellants*

v.

**Domtar Inc.** *Respondent*

- and -

**Chubb Insurance Company of Canada** *Appellant*

v.

**Domtar Inc.** *Respondent*

- and -

**Domtar Inc.** *Appellant*

v.

**Arkwright Mutual Insurance Company** *Respondent*

**INDEXED AS: ABB INC. v. DOMTAR INC.**

**Neutral citation: 2007 SCC 50.**

File Nos.: 31176, 31177, 31174.

2006: November 8; 2007: November 22.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Sale — Latent defect — Limitation of liability — Damages — Purchase of recovery boiler by paper manufacturer — Leaks and cracks in boiler's superheater caused by tie welds connecting its tubes together — Superheater repaired but subsequently replaced by paper manufacturer with product supplied by another boiler manufacturer — Action in damages for latent defects and for breach of duty to inform buyer — Whether conditions for existence of latent defect are met — Whether clause*

**ABB Inc. et Alstom Canada Inc.** *Appelantes*

c.

**Domtar Inc.** *Intimée*

- et -

**Chubb du Canada Compagnie d'Assurance** *Appelante*

c.

**Domtar Inc.** *Intimée*

- et -

**Domtar Inc.** *Appelante*

c.

**Arkwright Mutual Insurance Company** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : ABB INC. c. DOMTAR INC.**

**Référence neutre : 2007 CSC 50.**

N<sup>os</sup> du greffe : 31176, 31177, 31174.

2006 : 8 novembre; 2007 : 22 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Vente — Vice caché — Limitation de responsabilité — Dommages-intérêts — Achat par une papetière d'une chaudière de récupération — Fuites et fissurations du surchauffeur de la chaudière causées par les attaches rigides de ses tubes — Surchauffeur réparé mais par la suite remplacé par la papetière par un produit fourni par un autre fabricant — Poursuite en dommages-intérêts pour vices cachés et pour manquement à l'obligation de renseigner l'acheteur — Les conditions d'existence d'un*

*limiting seller's liability is applicable where seller knew or is presumed to have known about latent defect — Whether seller breached its duty to inform or buyer its duty to inquire — Whether buyer is entitled to be reimbursed for losses sustained with respect to repairs and to recover costs incurred to replace superheater — Whether insurer was subrogated to buyer's rights in respect of payment made to buyer, and whether damages awarded to buyer should be reduced proportionally to that payment — Civil Code of Lower Canada, art. 1527.*

*Sale — Duty to inform — Latent defect — Inclusion of seller's duty to inform in warranty against latent defects.*

Domtar built a new pulp and paper mill in Windsor, Quebec. In December 1984, it purchased a recovery boiler manufactured by C.E. (now ABB and Alstom) for \$13,500,000. The contract of sale included a clause limiting the seller's liability. The boiler's design included a superheater with "H-style" tie welds even though, at the time, C.E. was aware of problems resulting from the use of such welds and knew about the technology of hinge-pin attachments. In March 1989, 18 months after the boiler was put into service, tests by Domtar revealed some leaks and hundreds of cracks in the superheater's tubes. C.E. replaced a number of H-style tie welds with hinge-pin attachments, but there was disagreement as to a permanent solution to the problem. In October 1989, at Domtar's request, a competitor of C.E. replaced the three banks of the superheater with elements installed using hinge-pin attachments. Domtar brought an action in damages against C.E. that was based on the warranty against latent defects and the duty to inform. It also sued a number of insurers, including Chubb and Arkwright, the former on the basis of a performance bond granted to C.E. for latent defects, and the latter under an "all risk" insurance policy held by Domtar. However, Domtar discontinued its action against the insurer Lloyd's pursuant to an agreement that included the payment of \$1,578,900.

The Superior Court rejected the latent defect claim, but found that C.E. had not discharged its duty to inform as regards the risks associated with tie welds. It condemned C.E. to pay \$13,366,583 in damages, less the \$1,578,900 paid by Lloyd's, on the basis that Lloyd's was, as a result of that payment, subrogated to Domtar's rights. Given that there was no latent defect, the court dismissed the action against Chubb; it also dismissed

*vice caché sont-elles réunies? — Une clause de limitation de la responsabilité du vendeur a-t-elle un effet dans le cas où celui-ci connaissait ou était présumé connaître le vice caché? — Le vendeur ou l'acheteur ont-ils manqué à leurs obligations respectives de renseigner ou de se renseigner? — L'acheteur a-t-il le droit d'être remboursé des pertes subies lors des réparations et des dépenses engagées pour remplacer le surchauffeur? — L'assureur a-t-il été subrogé dans les droits de l'acheteur à l'égard du paiement qu'il lui a versé et les dommages-intérêts accordés à l'acheteur doivent-ils être réduits dans cette proportion? — Code civil du Bas Canada, art. 1527.*

*Vente — Obligation de renseignement — Vice caché — Inclusion de l'obligation de renseignement du vendeur dans la garantie contre les vices cachés.*

Domtar construit une nouvelle usine de pâte et papier à Windsor, au Québec. En décembre 1984, elle acquiert pour 13 500 000 \$ une chaudière de récupération fabriquée par C.E. (maintenant ABB et Alstom). Le contrat de vente comporte une clause limitant la responsabilité du vendeur. La chaudière est conçue avec un surchauffeur muni d'attaches rigides de type « H » même si, à l'époque, C.E. connaît les problèmes découlant de l'utilisation de telles attaches et la technologie des attaches souples. En mars 1989, soit 18 mois après la mise en service de la chaudière, des tests chez Domtar révèlent la présence de quelques fuites et de centaines de fissures dans les tubes du surchauffeur. C.E. remplace plusieurs attaches rigides de type « H » par des attaches souples mais il y a désaccord quant à une solution permanente au problème. En octobre 1989, à la demande de Domtar, un concurrent de C.E. remplace les trois compartiments du surchauffeur par des éléments dotés d'attaches souples. Domtar intente contre C.E. une action en dommages-intérêts fondée sur la garantie contre les vices cachés puis sur l'obligation de renseignement. Parallèlement, elle poursuit divers assureurs, dont Chubb et Arkwright, la première sur la base d'un contrat de cautionnement consenti à C.E. pour vice caché, la deuxième en vertu d'une police d'assurance « tous risques » protégeant Domtar. Elle se désiste toutefois de son recours contre l'assureur Lloyd's à la suite d'une entente qui comprend le versement d'une somme de 1 578 900 \$.

La Cour supérieure rejette la prétention de vice caché mais conclut que C.E. n'a pas rempli son obligation de renseignement quant aux risques liés aux attaches rigides. Elle condamne C.E. à payer 13 366 583 \$ en dommages-intérêts, moins le paiement de 1 578 900 \$ effectué par Lloyd's, qui aurait opéré subrogation en faveur de cette dernière. Vu l'absence de vice caché, le tribunal rejette l'action contre Chubb; il rejette aussi

the claim against Arkwright on the basis that the cost of replacing the superheater was not insured. The Court of Appeal ruled that C.E. was liable on the basis of both the legal warranty against latent defects and the duty to inform. It held that the amount paid by Lloyd's should not be deducted. It condemned the insurer Chubb, solidarily with C.E., to pay Domtar the amount provided for in the performance bond. It affirmed the decision to dismiss Domtar's action against Arkwright.

*Held:* The appeals should be dismissed.

Given that all the facts alleged in support of Domtar's action occurred before 1994, and in light of ss. 83 and 85 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, the issues relating to the warranty against latent defects must be resolved by applying the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C."). [30]

In intervening, the Court of Appeal did not reassess the evidence in the record, but relied on the trial judge's findings of fact to arrive at a different conclusion of law regarding the nature of the defect. That conclusion is therefore not inconsistent with the principle of deference for a trial judge's assessment of the facts. Rather, the issue here is one of legal characterization. [37]

Article 1527 C.C.L.C. provides that any seller who knows or is legally presumed to know about the defects of the thing is obliged to pay for all damage suffered by the buyer. In Quebec civil law, manufacturers are considered to be the ultimate experts with respect to goods because they have control over the labour and materials used to produce them. Consequently, they are subject to the strongest presumption of knowledge and to the most exacting obligation to disclose latent defects. The buyer's expertise is also relevant as it serves to assess whether the defect is latent or apparent. The more knowledge a buyer has of a good being purchased, the more likely it is that a defect in that good will be considered apparent. Buyers therefore have an obligation to inform themselves by carrying out a reasonable inspection of the good. The test is whether a reasonable buyer in the same circumstances could have detected the defect at the time of the sale. However, the buyer's expertise does not nullify the presumption applicable to the manufacturer. The manufacturer will be unable to rely on a limitation of liability clause unless it can rebut the presumption of knowledge of the defect. [39] [41-42] [44]

Regardless of whether the defect is a material defect, a functional defect or a conventional defect, it must have

la réclamation contre Arkwright, au motif que le coût du remplacement du surchauffeur n'était pas assuré. La Cour d'appel retient la responsabilité de C.E. sur la double base de la garantie légale contre les vices cachés et de l'obligation de renseignement. Elle rejette la déductibilité du montant payé par Lloyd's. Elle condamne l'assureur Chubb, solidairement avec C.E., à payer à Domtar la somme prévue au contrat de cautionnement. Elle confirme le rejet de l'action de Domtar contre Arkwright.

*Arrêt :* Les pourvois sont rejetés.

Étant donné que tous les faits allégués au soutien de l'action de Domtar se sont produits avant 1994, l'application des art. 83 et 85 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* mène à la conclusion que les questions concernant la garantie contre les vices cachés doivent ici être réglées par l'application du *Code civil du Bas Canada* (« C.c.B.C. »). [30]

Dans son intervention, la Cour d'appel ne réévalue pas la preuve au dossier. Elle s'appuie sur les constatations de fait du juge de première instance pour arriver à une conclusion de droit différente sur la nature du défaut. Cette conclusion ne viole donc pas le principe de retenue judiciaire à l'égard de la détermination des faits par le juge de première instance. Il s'agit plutôt d'un problème de qualification juridique. [37]

L'article 1527 C.c.B.C. tient tout vendeur qui connaît ou est légalement présumé connaître les vices de la chose responsable des dommages subis par l'acheteur. Le fabricant est considéré en droit civil du Québec comme l'expert ultime à l'égard du bien puisqu'il contrôle la main-d'œuvre ainsi que les matériaux utilisés dans la production de ce bien. En conséquence, il est assujéti à la présomption de connaissance la plus rigoureuse et à l'obligation la plus exigeante de dénoncer les vices cachés. L'expertise de l'acheteur est également pertinente car elle sert à évaluer si le vice est caché ou apparent. Plus l'acheteur connaît le bien qu'il acquiert, plus le vice affectant ce bien est susceptible d'être considéré comme apparent. L'acheteur a donc une obligation de se renseigner en procédant à un examen raisonnable du bien. Le test consiste à se demander si un acheteur raisonnable placé dans les mêmes circonstances aurait pu déceler le vice au moment de la vente. L'expertise de l'acheteur n'a toutefois pas pour effet d'annihiler la présomption qui pèse sur le fabricant. Le fabricant ne pourra invoquer une clause limitative de responsabilité à moins de parvenir à réfuter la présomption de connaissance du vice. [39] [41-42] [44]

Que le défaut soit matériel, fonctionnel ou conventionnel, il doit présenter quatre caractères, tous

four characteristics, all of which are essential to the warranty: it must be latent, must be sufficiently serious, must have existed at the time of the sale and must have been unknown to the buyer. All these conditions are met in the case at bar. The trial judge erred in concluding that the cracking of the tubes was a design feature rather than a design defect. First, he limited the definition of a defect to a problem preventing the good from being used at all and, second, he confused the sale of a lower-performance version of a good with the sale of a defective one. A defect will be considered to be serious if it renders the good unfit for its intended use or so diminishes its usefulness that the buyer would not have bought it at the price paid. Domtar would not have bought a boiler with H-style tie welds if it had been informed of the risks associated with this type of attachment. C.E. used these attachments without having independent analyses conducted to determine whether they could withstand the stress placed on the tubes by the circulation of steam at high temperatures. It chose to rely on its customers' assessments and delayed the adoption of hinge-pin attachments in order to maintain its competitive position. Domtar was unaware of the defect at the time of the sale because C.E. had not shared the information it possessed on this subject with Domtar. Even though Domtar was described as a sophisticated operator, and however expert it was at using boilers, it cannot be characterized as a professional "of identical expertise" to C.E. Nor is the defect apparent simply because Domtar was assisted by an expert. The cause of the excessive cracking was unknown to both Domtar and its expert. [45] [50] [86-88] [91] [93] [97] [99] [101]

To rebut the presumption of knowledge of the defect provided for in art. 1527 C.C.L.C., it is never open to a manufacturer to rely on its ignorance of the defect as its sole defence. The manufacturer must show that it did not know about the defect and that its lack of knowledge was justified, that is, that it could not have discovered the defect even if it had taken every precaution that the buyer would be entitled to expect a reasonable seller to take in the same circumstances. To absolve a manufacturer from liability will be justified only if the manufacturer shows that it had full knowledge of the technology in its field at the time the good was designed and that the defect in question cannot be attributed to it. In light of the strength of the presumption of knowledge applicable to it, the manufacturer must meet a high standard of diligence, and the range of defences available to it to rebut the presumption is very narrow. C.E.'s argument is based not on fault on the part of Domtar or a third party, or on superior force or development risk, but on its own good faith throughout its business relations with Domtar. In this case, it can be seen from

essentiels à la garantie : il doit être caché, suffisamment grave, existant au moment de la vente et inconnu de l'acheteur. En l'espèce, ces conditions sont réunies. Le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la fissuration des tubes constituait une particularité technique plutôt qu'un vice de conception. D'abord, il définit le vice uniquement comme un problème qui empêche toute utilisation du bien, puis il confond la mise en marché d'une version moins performante d'un bien avec celle d'un bien déficient. Un vice sera considéré grave s'il rend le bien impropre à l'usage auquel on le destine, ou en diminue tellement l'utilité que l'acheteur ne l'aurait pas acheté à ce prix. Domtar n'aurait pas acheté une chaudière conçue avec des attaches de type « H » si on lui avait fait part des risques associés à ce type d'attaches. C.E. a utilisé ces attaches sans procéder à des analyses de résistance indépendantes pour déterminer si elles pouvaient supporter la contrainte exercée sur les tubes par la circulation de la vapeur à haute température. Elle a choisi de s'en remettre à l'appréciation de ses clients et elle a retardé l'adoption des attaches souples afin de demeurer compétitive. Le vice était inconnu de Domtar au moment de la vente parce que C.E. ne lui a pas transmis les informations internes qu'elle détenait à cet égard. Bien que Domtar ait été qualifiée d'utilisatrice avertie et aussi experte qu'elle soit dans l'utilisation de chaudières, on ne peut la qualifier de professionnelle « de même compétence » que C.E. Le fait que Domtar ait été assistée d'un expert ne fait pas non plus en sorte que le vice soit apparent. La cause de la fissuration excessive était inconnue à la fois de Domtar et de son expert. [45] [50] [86-88] [91] [93] [97] [99] [101]

Pour réfuter la présomption de connaissance du vice prévue à l'art. 1527 C.c.B.C., un fabricant n'est jamais admis à invoquer comme seul moyen de défense son ignorance du vice. Il doit démontrer qu'il ignorait le vice et que son ignorance était justifiée, c'est-à-dire qu'il n'aurait pu découvrir le vice, même en prenant toutes les précautions auxquelles l'acheteur est en droit de s'attendre d'un vendeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances. Il n'est justifié de ne pas engager la responsabilité du fabricant que lorsque celui-ci démontre qu'il maîtrisait sa technique au moment de la conception du bien et que le vice en question ne saurait lui être imputable. Vu la rigueur de la présomption de connaissance applicable au fabricant, elle impose un haut niveau de diligence et rend très limité le spectre des moyens mis à sa disposition pour réfuter la présomption. Or, C.E. ne plaide ni la faute de Domtar ou d'un tiers, ni la force majeure, ni le risque de développement, mais plutôt sa bonne foi tout au cours de sa relation d'affaires avec Domtar. En l'espèce, la preuve révèle que C.E. connaissait les problèmes associés à

the evidence that C.E. had known about the problems associated with tie welds since the early 1980s and that a better technology was available to it as of that time. [69-72] [102] [104]

The duty to inform and the warranty against latent defects are two concepts that overlap, but the former derives from the general principle of good faith, whereas the latter is expressly provided for in the C.C.L.C. and the *Civil Code of Québec*. Furthermore, the scope of the general duty to inform is much broader than that of the disclosure of a latent defect. The duty to inform is subsumed in the analysis of the seller's liability for latent defects, and there is no need for the court to conduct a separate analysis on the duty. [107-109]

Because a clause in the insurance contract between Lloyd's and Domtar expressly excluded damage resulting from a breakdown of or defect in the recovery boiler, the payment made by Lloyd's could not have been related to the damages being claimed by Domtar. Lloyd's was not, therefore, subrogated to Domtar's rights and the damages claimed by Domtar should not be reduced by the amount of the payment. [113]

Chubb agreed to guarantee the performance of C.E.'s obligations under the contract of sale for the recovery boiler. Since there was a latent defect in the superheater, Chubb is solidarily liable for the amount of its guarantee. [114]

The "all risk" insurance policy issued by Arkwright for Domtar's property contained a clause excluding damage resulting from latent defects. To accept Domtar's contention that the welds can be dissociated from the superheater would render the exclusion clause meaningless. [115] [119]

### Cases Cited

**Applied:** *Desgagné v. Fabrique de St-Philippe d'Arvida*, [1984] 1 S.C.R. 19; *Placement Jacpar Inc. v. Benzakour*, [1989] R.J.Q. 2309; *Samson & Filion v. Davie Shipbuilding & Repairing Co.*, [1925] S.C.R. 202; *Touchette v. Pizzagalli*, [1938] S.C.R. 433; *Manac inc./Nortex v. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [2006] R.R.A. 879; **referred to:** *Marquis v. Saltsman*, J.E. 2002-1729, SOQUIJ AZ-50143509; *Rousseau v. 2732-1678 Québec inc.*, [1999] R.D.I. 565; *Société en commandite A.C. enr. v. Wadieh*, [1997] R.D.I. 345; *Bertrand v. Pelletier*, [1997] R.D.I. 321; *Poirier v. Martucelli*, [1995] R.D.I. 319; *Trottier v. Robitaille*, [1994] R.D.I. 537; *Cloutier v. Létourneau*,

*l'installation d'attaches rigides depuis le début des années 80 et qu'elle avait accès dès cette époque à une meilleure technologie.* [69-72] [102] [104]

L'obligation de renseignement et la garantie contre les vices cachés sont deux notions qui se recoupent mais la première découle du principe général de bonne foi tandis que la seconde est expressément prévue au C.c.B.C. et au *Code civil du Québec*. De plus, l'obligation générale de renseignement a un champ d'application beaucoup plus vaste que la simple dénonciation d'un vice caché. L'obligation de renseignement se trouve subsumée dans la grille d'analyse de la responsabilité du vendeur pour vices cachés et le tribunal n'a pas à procéder à une analyse distincte de cette obligation. [107-109]

Puisqu'une clause du contrat d'assurance entre Lloyd's et Domtar excluait expressément les dommages subis par suite de bris ou de défectuosité de la chaudière de récupération, le paiement versé par Lloyd's ne pouvait viser les dommages réclamés par Domtar. Lloyd's n'a donc pas été subrogée dans les droits de Domtar et celle-ci n'avait pas à réduire ses dommages en conséquence. [113]

Chubb a accepté de cautionner l'exécution des obligations de C.E. découlant du contrat de vente de la chaudière de récupération. Comme le surchauffeur est affecté d'un vice caché, Chubb est solidairement responsable du montant pour lequel elle s'était engagée. [114]

La police d'assurance de dommages « tous risques » émise par Arkwright pour les biens de Domtar contenait une clause excluant les dommages pour vices cachés. Accepter la prétention de Domtar de dissocier les attaches du surchauffeur même viderait la clause d'exclusion de couverture de sa raison d'être. [115] [119]

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Desgagné c. Fabrique de St-Philippe d'Arvida*, [1984] 1 R.C.S. 19; *Placement Jacpar Inc. c. Benzakour*, [1989] R.J.Q. 2309; *Samson & Filion c. Davie Shipbuilding & Repairing Co.*, [1925] R.C.S. 202; *Touchette c. Pizzagalli*, [1938] R.C.S. 433; *Manac inc./Nortex c. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [2006] R.R.A. 879; **arrêts mentionnés :** *Marquis c. Saltsman*, J.E. 2002-1729, SOQUIJ AZ-50143509; *Rousseau c. 2732-1678 Québec inc.*, [1999] R.D.I. 565; *Société en commandite A.C. enr. c. Wadieh*, [1997] R.D.I. 345; *Bertrand c. Pelletier*, [1997] R.D.I. 321; *Poirier c. Martucelli*, [1995] R.D.I. 319; *Trottier c. Robitaille*, [1994] R.D.I. 537; *Cloutier c. Létourneau*,

[1993] R.L. 530; *Rousseau v. Gagnon*, [1987] R.J.Q. 40; *Auto Peliss ltée v. Proulx Pontiac Buick ltée*, [2001] R.J.Q. 856; *Garage Robert inc. v. 2426-9888 Québec inc.*, [2001] R.J.Q. 865; *Trois Diamants Autos (1987) ltée v. M.G.B. Auto inc.*, [2001] R.J.Q. 860; *General Motors Products of Canada v. Kravitz*, [1979] 1 S.C.R. 790; *Oakwood Construction Inc. v. Rathé*, [1993] R.D.I. 181; *Blandino v. Colagiacomo*, [1989] R.D.I. 148; *Oppenheim v. Forestiers R.P.G.M. inc.*, J.E. 2002-1197, SOQUIJ AZ-50133145; *London & Lancashire Guarantee & Accident Co. of Canada v. Cie F.X. Drolet*, [1944] S.C.R. 82; Civ. 1<sup>re</sup>, November 24, 1954, J.C.P. 1955.II.8565, obs. H. B.; Civ. 1<sup>re</sup>, January 19, 1965, D. 1965.389, obs. Cornu; Com., November 6, 1978, J.C.P. 1979.II.19178, obs. Ghestin; Com., October 8, 1973, J.C.P. 1975.II.17927, obs. Ghestin; Civ. 3<sup>e</sup>, October 30, 1978, J.C.P. 1979.II.19178; *Tony's Broadloom & Floor Covering Ltd. v. NMC Canada Inc.* (1995), 22 O.R. (3d) 244, aff'd (1996), 31 O.R. (3d) 481; *Jenkins v. Foley* (2002), 215 Nfld. & P.E.I.R. 257, 2002 NFCA 46; *Parlby Construction Ltd. v. Stewart Equipment Co.*, [1972] 1 W.W.R. 503; *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; *R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.*, [1971] 1 O.R. 207; *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57, ss. 4, 83, 85.

*Civil Code of Lower Canada*, arts. 1522, 1523, 1524, 1527, 1528, 2202.

*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 6, 7, 1375, 1473, 1726, 1728, 1729, 1733, 2847.

*Code civil* (France), arts. 1641, 1642, 1643, 1644, 1645.

#### Authors Cited

Barreau du Québec. Cours de la formation professionnelle 1988-1989. *Droit civil et procédure civile*, vol. 3, *Contrats et vente*. «La vente 1» par Jacques Deslauriers. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988, 51.

Barret, Olivier. «Vente», dans P. Raynaud, dir., *Répertoire de droit civil*, t. X, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz, 1979 (mise à jour 2007).

Bénabent, Alain. *Droit civil: Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 5<sup>e</sup> éd. Paris: Montchrestien, 2001.

Cornu, Gérard. Observation sous Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janvier 1965, *Rev. trim. dr. civ.* 1965.665.

Cornu, Gérard. Observation sous Com., 6 novembre 1978 et Civ. 3<sup>e</sup>, 30 octobre 1978, *Rev. trim. dr. civ.* 1979.392.

[1993] R.L. 530; *Rousseau c. Gagnon*, [1987] R.J.Q. 40; *Auto Peliss ltée c. Proulx Pontiac Buick ltée*, [2001] R.J.Q. 856; *Garage Robert inc. c. 2426-9888 Québec inc.*, [2001] R.J.Q. 865; *Trois Diamants Autos (1987) ltée c. M.G.B. Auto inc.*, [2001] R.J.Q. 860; *General Motors Products of Canada c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790; *Oakwood Construction Inc. c. Rathé*, [1993] R.D.I. 181; *Blandino c. Colagiacomo*, [1989] R.D.I. 148; *Oppenheim c. Forestiers R.P.G.M. inc.*, J.E. 2002-1197, SOQUIJ AZ-50133145; *London & Lancashire Guarantee & Accident Co. of Canada c. Cie F.X. Drolet*, [1944] R.C.S. 82; Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1954, J.C.P. 1955.II.8565, obs. H. B.; Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janvier 1965, D. 1965.389, obs. Cornu; Com., 6 novembre 1978, J.C.P. 1979.II.19178, obs. Ghestin; Com., 8 octobre 1973, J.C.P. 1975.II.17927, obs. Ghestin; Civ. 3<sup>e</sup>, 30 octobre 1978, J.C.P. 1979.II.19178; *Tony's Broadloom & Floor Covering Ltd. c. NMC Canada Inc.* (1995), 22 O.R. (3d) 244, conf. par (1996), 31 O.R. (3d) 481; *Jenkins c. Foley* (2002), 215 Nfld. & P.E.I.R. 257, 2002 NFCA 46; *Parlby Construction Ltd. c. Stewart Equipment Co.*, [1972] 1 W.W.R. 503; *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426; *R. G. McLean Ltd. c. Canadian Vickers Ltd.*, [1971] 1 O.R. 207; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554.

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Bas Canada*, art. 1522, 1523, 1524, 1527, 1528, 2202.

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 6, 7, 1375, 1473, 1726, 1728, 1729, 1733, 2847.

*Code civil* (France), art. 1641, 1642, 1643, 1644, 1645.

*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57, art. 4, 83, 85.

#### Doctrine citée

Barreau du Québec. Cours de la formation professionnelle 1988-1989. *Droit civil et procédure civile*, vol. 3, *Contrats et vente*. «La vente 1» par Jacques Deslauriers. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988, 51.

Barret, Olivier. «Vente», dans P. Raynaud, dir., *Répertoire de droit civil*, t. X, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz, 1979 (mise à jour 2007).

Bénabent, Alain. *Droit civil: Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 5<sup>e</sup> éd. Paris: Montchrestien, 2001.

Cornu, Gérard. Observation sous Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janvier 1965, *Rev. trim. dr. civ.* 1965.665.

Cornu, Gérard. Observation sous Com., 6 novembre 1978 et Civ. 3<sup>e</sup>, 30 octobre 1978, *Rev. trim. dr. civ.* 1979.392.

- Côté, Pierre-André, et Daniel Jutras. *Le droit transitoire civil : Sources annotées*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994 (mise à jour février 2006, envoi n° 17).
- Edwards, Jeffrey. *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1998.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 5th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2006.
- Huet, Jérôme. *Les principaux contrats spéciaux*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: L.G.D.J., 2001.
- Jobin, Pierre-Gabriel. “Précis on sale”, in *Reform of the Civil Code*, vol. 3A, *Sale*. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Translated from the French by J. Daniel Phelan with assistance from Susan Altschul. Montréal: Barreau du Québec, 1993.
- Lamontagne, Denys-Claude. *Droit de la vente*, Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995.
- Langelier, F. *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. V. Montréal: Wilson & Lafleur, 1909.
- le Tourneau, Philippe. *La responsabilité civile*, 3<sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz, 1982.
- Mignault, P.-B. *Le droit civil canadien*, t. VII. Montréal: Wilson & Lafleur, 1906.
- Pothier, Robert Joseph. *Œuvres de Pothier*, t. II. Nouvelle édition publiée par M. Dupin. Paris: Béchét Ainé, 1823.
- Pourcelet, Michel. *La vente*, 5<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 1987.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec: Un mouvement de société*, t. I et III. Québec: Publications du Québec, 1993.
- Rousseau-Houle, Thérèse. *Précis du droit de la vente et du louage*, 2<sup>e</sup> éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1986.
- Traité de droit civil du Québec*, t. 11, par Léon Faribault. Montréal: Wilson & Lafleur, 1961.
- Côté, Pierre-André, et Daniel Jutras. *Le droit transitoire civil : Sources annotées*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994 (mise à jour février 2006, envoi n° 17).
- Edwards, Jeffrey. *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois*. Montréal : Wilson & Lafleur, 1998.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 5th ed. Toronto : Thomson/Carswell, 2006.
- Huet, Jérôme. *Les principaux contrats spéciaux*, 2<sup>e</sup> éd. Paris : L.G.D.J., 2001.
- Jobin, Pierre-Gabriel. « Précis sur la vente », dans *La réforme du Code civil*, vol. 2, *Obligations, contrats nommés*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 359.
- Lamontagne, Denys-Claude. *Droit de la vente*, Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1995.
- Langelier, F. *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. V. Montréal : Wilson & Lafleur, 1909.
- le Tourneau, Philippe. *La responsabilité civile*, 3<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 1982.
- Mignault, P.-B. *Le droit civil canadien*, t. VII. Montréal : Wilson & Lafleur, 1906.
- Pothier, Robert Joseph. *Œuvres de Pothier*, t. II. Nouvelle édition publiée par M. Dupin. Paris : Béchét Ainé, 1823.
- Pourcelet, Michel. *La vente*, 5<sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 1987.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec : Un mouvement de société*, t. I et III. Québec : Publications du Québec, 1993.
- Rousseau-Houle, Thérèse. *Précis du droit de la vente et du louage*, 2<sup>e</sup> éd. Québec : Presses de l'Université Laval, 1986.
- Traité de droit civil du Québec*, t. 11, par Léon Faribault. Montréal : Wilson & Lafleur, 1961.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Forget, Rochette and Bich J.J.A.), [2005] R.J.Q. 2267, [2005] Q.J. No. 11604 (QL), 2005 QCCA 733, setting aside in part a judgment of Hilton J., [2003] R.J.Q. 2194, SOQUIJ AZ-50181950, [2003] Q.J. No. 9442 (QL). Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Forget, Rochette and Bich J.J.A.), [2005] Q.J. No. 11601 (QL), 2005 QCCA 730, setting aside a judgment of Hilton J., [2003] R.J.Q. 2194, SOQUIJ AZ-50181950, [2003] Q.J. No. 9442 (QL). Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Forget, Rochette et Bich), [2005] R.J.Q. 2267, [2005] J.Q. n° 11604 (QL), 2005 QCCA 733, qui a infirmé en partie un jugement du juge Hilton, [2003] R.J.Q. 2194, SOQUIJ AZ-50181950, [2003] J.Q. n° 9442 (QL). Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Forget, Rochette et Bich), [2005] J.Q. n° 11601 (QL), 2005 QCCA 730, qui a infirmé un jugement du juge Hilton, [2003] R.J.Q. 2194, SOQUIJ AZ-50181950, [2003] J.Q. n° 9442 (QL). Pourvoi rejeté.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Forget, Rochette and Bich J.J.A.), [2005] R.R.A. 1046, [2005] Q.J. No. 11603 (QL), 2005 QCCA 732, affirming a judgment of Hilton J., SOQUIJ AZ-50181803, [2003] Q.J. No. 13846 (QL). Appeal dismissed.

*Éric Mongeau, Patrick Girard and Charles Nadeau*, for the appellants ABB Inc., Alstom Canada Inc. and Chubb Insurance Company of Canada.

*Olivier F. Kott, Gregory B. Bordan, André Legrand and Emmanuelle Demers*, for the appellant/respondent Domtar Inc.

*Gordon Kugler and Stuart Kugler*, for the respondent Arkwright Mutual Insurance Company.

English version of the judgment of the Court delivered by

1       LEBEL AND DESCHAMPS JJ. — The development of Quebec’s law of obligations has been marked by efforts to strike a proper balance between, on the one hand, the individual’s freedom of contract and, on the other, adherence by contracting parties to the principle of good faith in their mutual relations. This trend in the law of obligations has had a profound influence on the choices made by the Quebec legislature and on the decisions of our courts. It should of course inform the approach of parties to a contract of sale to the exercise of their rights and the performance of their obligations.

2       There are three appeals before the Court. The main case involves a claim concerning a latent defect and pits two major industrial concerns against one another. The other two cases involve incidental claims against insurance companies. This judgment deals with all three of these cases, but we will first discuss the main case, its origins and the issues it raises with regard to the nature and application of certain aspects of the legal framework of contracts of sale in Quebec civil law.

3       Our analysis will focus on the legal warranty against latent defects. We will discuss, *inter alia*,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Forget, Rochette et Bich), [2005] R.R.A. 1046, [2005] J.Q. n° 11603 (QL), 2005 QCCA 732, qui a confirmé un jugement du juge Hilton, SOQUIJ AZ-50181803, [2003] J.Q. n° 13846 (QL). Pourvoi rejeté.

*Éric Mongeau, Patrick Girard et Charles Nadeau*, pour les appelantes ABB Inc., Alstom Canada Inc. et Chubb du Canada Compagnie d’Assurance.

*Olivier F. Kott, Gregory B. Bordan, André Legrand et Emmanuelle Demers*, pour l’appelante/intimée Domtar Inc.

*Gordon Kugler et Stuart Kugler*, pour l’intimée Arkwright Mutual Insurance Company.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LES JUGES LEBEL ET DESCHAMPS — L’évolution du droit québécois des obligations a été marquée par la recherche d’un juste équilibre entre, d’une part, la liberté contractuelle des individus et, d’autre part, le respect du principe de la bonne foi dans leurs rapports les uns avec les autres. Ce courant dans le droit des obligations a profondément influencé tant les choix du législateur québécois que notre jurisprudence. Il doit évidemment inspirer l’exercice des droits et l’exécution des obligations des parties à un contrat de vente.

La Cour est saisie de trois pourvois. Le dossier principal a trait à une réclamation pour vice caché et oppose deux grandes entreprises industrielles. Les deux autres dossiers concernent des réclamations accessoires contre des compagnies d’assurance. Le présent jugement traite des trois dossiers, mais nous discuterons d’abord du dossier principal, de son origine et des problèmes qu’il soulève à l’égard de la nature et de la mise en œuvre de certains aspects du régime juridique du contrat de vente en droit civil québécois.

Notre étude se concentrera sur le régime de garantie légale contre les vices cachés. Nous



the effect of the parties' level of expertise on their mutual obligations, and the nature of the civil law presumptions regarding knowledge of certain defects. As part of this discussion, we will consider the right of sellers to set limitation of liability clauses up against buyers. Thus, after reviewing the facts and the judicial history, we will discuss the relevant principles and how they apply to the facts of the case at bar.

## 1. Facts

### 1.1 *Acquisition of a Recovery Boiler by Domtar*

Domtar Inc. is a Canadian paper manufacturer whose principal activities consist of the production of pulp and paper and of related by-products. In 1984, it decided to build a new pulp and paper mill in Windsor, Quebec. It retained H.A. Simons and Sandwell & Company Limited ("Simons-Sandwell") as consultants for all aspects of the construction of the mill, including the acquisition of a recovery boiler.

Combustion Engineering Canada Inc. ("C.E.") (now ABB Inc. and Alstom Canada Inc.) was an international company in the business of manufacturing and installing industrial equipment. It was the largest producer of recovery boilers in Canada. In August 1984, it offered to sell Domtar a recovery boiler with rigid "H-style" tie welds for \$13,500,000. Domtar accepted C.E.'s offer on December 31, 1984, and the boiler was put into service on September 21, 1987.

The recovery boiler purchased by Domtar was a complex and massive piece of equipment. Its upper portion was equipped with a superheater divided into three banks: the Low Temperature Superheater ("LTSH"), the Intermediate Temperature Superheater ("ITSH") and the High Temperature Superheater ("HTSH"). These banks consisted of 75 miles of tubes, which were connected together by approximately 48,000 tie welds. A recovery boiler, whose purpose is the recovery of black

examinerons notamment l'effet du degré d'expertise des parties sur leurs obligations mutuelles et la nature des présomptions qu'établit le droit civil à l'égard de la connaissance de certains vices. Cet examen inclura une discussion au sujet de l'opposabilité à l'acquéreur de clauses limitatives de responsabilité. Après un rappel des faits et de l'histoire judiciaire, nous étudierons donc les principes pertinents et leur application aux faits de l'espèce.

## 1. Les faits

### 1.1 *Acquisition par Domtar d'une chaudière de récupération*

Domtar Inc. est une papetière canadienne dont les principales activités consistent en la production de pâte et papier et d'autres produits dérivés. En 1984, Domtar décide de construire une nouvelle usine de pâte et papier à Windsor, au Québec. À cette fin, elle retient les services de H.A. Simons et Sandwell & Company Limited (« Simons-Sandwell ») à titre d'experts-conseils pour l'ensemble du projet de construction de l'usine, incluant l'acquisition de la chaudière de récupération.

Combustion Engineering Canada Inc. (« C.E. ») (maintenant ABB Inc. et Alstom Canada Inc.) était une compagnie d'envergure internationale de fabrication et d'installation d'équipement industriel. Elle était la plus importante productrice de chaudières de récupération au Canada. En août 1984, C.E. offre à Domtar de lui vendre une chaudière de récupération conçue avec attaches rigides de type « H » pour 13 500 000 \$. Domtar accepte l'offre de C.E. le 31 décembre 1984 et la chaudière entre en service le 21 septembre 1987.

La chaudière de récupération acquise par Domtar est un appareil complexe et de dimensions imposantes. Sa partie supérieure est munie d'un surchauffeur divisé en trois compartiments, soit de basse, moyenne et haute température (respectivement les « LTSH », « ITSH » et « HTSH »). Ces compartiments sont constitués de tubes d'une longueur de 75 milles, fixés à l'aide d'environ 48 000 attaches rigides. Destinée à la récupération de la liqueur noire, la chaudière de récupération est conçue pour

4

5

6

liquor, is designed to be in continuous use, apart from scheduled maintenance periods.

1.2 *Appearance of Cracks in and Leaks from the Superheater's Tubes*

7 In the 1970s, C.E. had noted that the design of the "A-style" tie welds it was then using was causing cracks to form. To remedy this, it adopted a new design in 1977: the H-style tie weld. Believing that it had in so doing solved the cracking problem, C.E. did not conduct a stress analysis of the new H-style welds. Instead, it waited for comments from its buyers. Between January 1983 and the end of 1986, a number of internal memoranda were circulated at C.E., and at its parent company, regarding problems with the use of H-style tie welds and the resulting dissatisfaction of their customers in the United States and Canada. Furthermore, C.E. had also been using flexible hinge-pin attachments since the early 1980s, and these were recommended to one customer in 1985.

8 Nevertheless, the technical specifications set out in the tender prepared by C.E. for Domtar in August 1984 did not propose a specific type of attachment. Only one discussion on this subject has been mentioned, and it took place during a meeting in October 1984. At that meeting, Domtar's project manager asked C.E. if it would be possible to obtain hinge-pin attachments instead of tie welds. C.E.'s answer was limited to confirming that this was possible and mentioning that this solution would cost an additional \$500,000. Domtar did not pursue the matter further.

9 According to Hilton J., the trial judge, it was mentioned in an internal C.E. memorandum in May 1987 that most of the proposals C.E. was submitting to customers involved the use of hinge pins. The author of the memorandum added that for C.E.'s engineering branch, which was responsible for preparing its proposals, hinge-pin attachments had become the new standard. C.E. accordingly began offering hinge-pin attachments in 1988, but to keep its prices competitive, it proposed them only where there were problems with the tie welds or if a buyer

une utilisation continue, à l'exception de périodes d'entretien planifiées.

1.2 *Apparition de fissures et de fuites dans les tubes du surchauffeur*

Dans les années 70, C.E. constate que la conception d'attaches rigides de type « A » qu'elle utilise alors provoque un problème de fissuration. Pour y remédier, C.E. adopte en 1977 un nouveau modèle, les attaches rigides de type « H ». Croyant avoir ainsi réglé le problème de fissuration, C.E. n'analyse pas la résistance des nouvelles attaches de type « H ». Elle attend plutôt les commentaires éventuels de ses acheteurs. De janvier 1983 à la fin de l'année 1986, plusieurs notes internes sont mises en circulation chez C.E. ainsi que chez sa compagnie-mère au sujet des problèmes découlant de l'utilisation des attaches rigides de type « H » et de l'insatisfaction qu'ils créent chez des clients américains et canadiens. Par ailleurs, à compter du début des années 80, C.E. utilise également des attaches souples qui sont recommandées à une cliente dès 1985.

Malgré ces faits, les détails techniques contenus dans la soumission préparée par C.E. pour Domtar en août 1984 ne précisent pas le type d'attaches proposées. Une seule discussion à ce sujet est rapportée, et ce, dans le cadre d'une réunion qui a lieu en octobre 1984. Durant cette réunion, le gérant de projet de Domtar demande à C.E. s'il est possible d'obtenir des attaches souples au lieu des attaches rigides. La réponse de C.E. se limite à confirmer cette possibilité et à mentionner que cette solution entraînera un coût additionnel de 500 000 \$. Domtar ne poursuit pas les discussions.

Suivant le juge Hilton, de première instance, en mai 1987, une note interne de C.E. souligne que la plupart des propositions présentées à des clients utilisaient des attaches souples. D'après la même note, ce type d'attache est devenu la nouvelle norme pour le service d'ingénierie chargé de la préparation des propositions chez C.E. C.E. commence donc en 1988 à offrir les attaches souples mais, pour maintenir des prix compétitifs, elle les propose seulement en cas de problèmes avec les attaches rigides ou à la demande expresse d'un acheteur. Il faut

specifically requested hinge pins. It did not actually adopt hinge-pin attachments as its standard until the following year. C.E. did not cease entirely to use H-style tie welds, as it still uses them to this day for certain new boilers and for repairs to existing boilers that were delivered with tie welds.

On March 24, 1989, 18 months after the boiler was put into service, Domtar shut it down for an unscheduled inspection after the superheater began making an unusual noise. Standard tests revealed 6 leaks and 97 cracks in the ITSH; another 667 cracks were detected in the HTSH. Domtar asked C.E. to make the necessary repairs. During this shutdown, only 20 percent of the welds were inspected in detail. C.E. replaced 99 tie welds in the ITSH and 690 in the HTSH with hinge-pin attachments. The recovery boiler was not returned to service until April 6, 1989.

### 1.3 *Decision to Replace the Superheater*

After the boiler was returned to service, the parties held discussions with a view to finding a permanent solution to the problem. Domtar asked C.E. to repair the superheater, but C.E. refused. It proposed to Domtar that the HTSH section be replaced with a new one using more hinge-pin attachments, and that all tie welds in the LTSH and ITSH sections be inspected. Domtar instead decided to replace the entire superheater.

Because of the disagreement, Domtar initiated legal proceedings against C.E. It also sued a number of insurers, including Underwriters at Lloyd's ("Lloyd's"), in respect of the damage resulting from the purchase of the boiler from C.E. On June 12, 2001, in an agreement entitled "Confidential Settlement Agreement and Release", Domtar agreed to waive a series of insurance claims against Lloyd's in exchange for a total payment of US\$10,500,000, including US\$1,000,000 expressly identified as being for the settlement "of all past, present and future claims of any and all other types" (*Domtar inc. v. A.B.B. inc.*, [2003]

attendre l'année suivante pour que C.E. adopte les attaches souples à titre de standard officiel. C.E. n'élimine pas complètement l'utilisation des attaches rigides de type « H »; elle les utilise encore à ce jour dans la conception de certaines nouvelles chaudières et lors de la réparation de chaudières livrées avec de telles attaches.

Le 24 mars 1989, soit 18 mois après la mise en service de la chaudière, Domtar procède à un arrêt imprévu de l'appareil afin de l'inspecter à la suite d'un bruit anormal provenant du surchauffeur. En effectuant des tests standards, on découvre 6 fuites et 97 fissures dans le ITSH; 667 fissures sont aussi dénombrées dans le HTSH. Domtar demande alors à C.E. de procéder aux réparations nécessaires. Durant cet arrêt de la chaudière, seulement 20 p. 100 des attaches sont inspectées en détail. C.E. remplace 99 attaches rigides dans le ITSH et 690 dans le HTSH par des attaches souples. La chaudière de récupération est remise en service seulement le 6 avril 1989.

### 1.3 *Décision de remplacer le surchauffeur*

À la suite de la remise en service de la chaudière, les parties poursuivent des discussions afin de trouver une solution permanente au problème. Domtar demande à C.E. de réparer le surchauffeur, mais C.E. refuse. Elle propose à Domtar de remplacer la section HTSH du surchauffeur en utilisant plus d'attaches souples et d'inspecter toutes les attaches rigides des sections LTSH et ITSH. Domtar choisit plutôt de remplacer le surchauffeur en entier.

Devant le désaccord, Domtar entame des poursuites judiciaires contre C.E. Parallèlement, Domtar poursuit aussi divers assureurs dont Underwriters at Lloyd's (« Lloyd's ») pour les dommages découlant de l'achat de la chaudière de C.E. Le 12 juin 2001, aux termes d'une entente intitulée « Confidential Settlement Agreement and Release », Domtar convient de renoncer à un ensemble de réclamations d'assurance contre Lloyd's pour un paiement total de 10 500 000 \$US, dont un montant de 1 000 000 \$US est expressément prévu pour le règlement [TRADUCTION] « de toute réclamation, passée, présente et future, de quelque nature qu'elle

10

11

12

R.J.Q. 2194 (Sup. Ct.), at para. 228). In accordance with the agreement, it discontinued its action against Lloyd's.

13 Domtar also claimed the enforcement of a performance bond under which Chubb Insurance Company of Canada ("Chubb") stood surety for C.E. in respect of its obligations to Domtar. In a second case, Domtar sued Arkwright Mutual Insurance Company ("Arkwright") under an all risk insurance policy issued to it.

14 In October 1989, Babcock & Wilcox ("B. & W."), another recovery boiler manufacturer, replaced the three banks of the C.E. superheater with elements installed using hinge-pin attachments. After this, a comprehensive analysis of the C.E. superheater revealed three new leaks and a tube failure in the ITSH, as well as 272 cracks in the HTSH, 463 in the ITSH and 124 in the LTSH. The depth of some of the cracks in the ITSH exceeded 50 percent of the thickness of one of the tubes. Domtar used the B. & W. superheater for 10 years without any reported leaks or unscheduled shutdowns because of leaks. This superheater was replaced in 1999.

## 2. Judicial History

### 2.1 Quebec Superior Court

15 According to Hilton J., the cracks and leaks related to the use of tie welds did not constitute a design defect, but rather a design feature of the superheater, since the superheater could be used for its intended purpose despite the cracks. However, he found that C.E. had not discharged its duty to inform, since it had not given Domtar the information it possessed about the respective characteristics of tie welds and hinge-pin attachments. The judge was satisfied that Domtar would have opted for hinge-pin attachments had it received this information from C.E. He also felt that while it might have been open to C.E. to set up the limitation of

soit » (*Domtar inc. c. A.B.B. inc.*, [2003] R.J.Q. 2194 (C.S.), par. 228). Conformément à cette entente, Domtar se désiste de son recours contre Lloyd's.

Par ailleurs, Domtar réclame la mise en œuvre du cautionnement d'exécution auquel Chubb du Canada Compagnie d'Assurance (« Chubb ») est tenue en garantie des obligations de C.E. envers Domtar. Dans un deuxième dossier, Domtar poursuit aussi Arkwright Mutual Insurance Company (« Arkwright ») en vertu d'une police d'assurance tous risques émise en sa faveur.

Au cours du mois d'octobre 1989, Babcock & Wilcox (« B. & W. »), un autre fabricant de chaudières de récupération, remplace les trois compartiments du surchauffeur de C.E. par des éléments dotés d'attaches souples. À la suite de ce remplacement, une analyse complète du surchauffeur de C.E. révèle l'existence de trois nouvelles fuites, d'une rupture d'un tube du ITSH ainsi que de 272 fissures dans le HTSH, 463 dans le ITSH et 124 dans le LTSH. Par ailleurs, la profondeur de certaines fissures dans le ITSH dépasse 50 p. 100 de l'épaisseur d'un des tubes. Domtar utilisera le surchauffeur B. & W. pendant 10 ans durant lesquels aucune fuite ni aucune interruption non planifiée en raison d'une fuite n'est rapportée. Ce surchauffeur est remplacé en 1999.

## 2. Historique judiciaire

### 2.1 Cour supérieure du Québec

Selon le juge Hilton, la fissuration et les fuites reliées au choix d'attaches rigides ne constituent pas un vice de conception, mais plutôt une particularité technique du surchauffeur, puisque celui-ci pouvait être utilisé tel qu'il était conçu malgré la présence de fissures. Le juge conclut cependant que C.E. n'a pas rempli son obligation de renseignement, car elle n'a jamais dévoilé à Domtar les informations qu'elle détenait sur les caractéristiques respectives des attaches rigides et des attaches souples. Le juge se dit convaincu que Domtar aurait choisi les attaches souples si elle avait reçu ces informations de C.E. Le juge est aussi d'avis que C.E.

liability clause against a latent defect claim, C.E. could not invoke the clause in the instant case to defend against the consequences of the breach of its duty to inform Domtar. The trial judge condemned C.E. to pay the damages agreed upon by the parties, less the \$1,578,900 (US\$1,000,000) paid by Lloyd's, on the basis that Lloyd's was, as a result of that payment, subrogated to Domtar's rights.

Finally, because he had found that there was no latent defect, the trial judge dismissed the action against Chubb relating to the performance bond: [2003] R.J.Q. 2194. In a separate judgment, he also dismissed Domtar's claim against its other insurer, Arkwright, on the basis that the damage connected with the superheater did not constitute an insured loss: SOQUIJ AZ-50181803.

## 2.2 *Quebec Court of Appeal*

Although it did not question the trial judge's findings of fact, the Court of Appeal ruled that C.E. was liable on the basis of the legal warranty against latent defects. According to the Court of Appeal, the evidence clearly established that Domtar was looking for a reliable boiler that would operate without interruption, and that C.E. was aware of this. Domtar would not have purchased this boiler had it known that the tie welds would cause unscheduled shutdowns. The Court of Appeal then considered C.E.'s duty to inform. Like the trial judge, it held that C.E. had breached its duty to inform Domtar. Since C.E. knew or was presumed to have known about the defect, it could not rely on the limitation of liability clause. In the Court of Appeal's opinion, Domtar was accordingly entitled to replace the entire superheater at C.E.'s expense. However, the Court of Appeal disagreed with the trial judge on deducting the \$1,578,900 paid by Lloyd's. It therefore allowed Domtar's cross-appeal and increased the quantum of the order against C.E. accordingly: [2005] R.J.Q. 2267, 2005 QCCA 733.

aurait pu opposer la clause limitative de responsabilité à une réclamation fondée sur l'existence d'un vice caché, mais qu'elle ne peut en l'espèce l'invoquer en défense à son manquement à l'obligation de renseigner Domtar. Le juge de première instance condamne C.E. à payer à Domtar les dommages-intérêts convenus entre les parties, moins le montant du paiement de 1 578 900 \$ (1 000 000 \$US) effectué par Lloyd's, qui aurait opéré subrogation en sa faveur.

Enfin, en raison de sa conclusion quant à l'absence de vice caché, le juge de première instance rejette l'action contre Chubb fondée sur le cautionnement : [2003] R.J.Q. 2194. Dans un jugement séparé, il rejette aussi la réclamation de Domtar contre son autre assureur, Arkwright, au motif que les dommages reliés au surchauffeur ne constituaient pas une perte assurée : SOQUIJ AZ-50181803.

## 2.2 *Cour d'appel du Québec*

Sans remettre en question les constatations de fait du juge de première instance, la Cour d'appel retient la responsabilité de C.E. sur la base de la garantie légale contre les vices cachés. Selon la Cour d'appel, la preuve établit clairement que Domtar cherchait, à la connaissance de C.E., une chaudière fiable qui permettait un fonctionnement continu. Domtar n'aurait pas acquis cette chaudière si elle avait su que les attaches rigides causeraient des interruptions imprévues. La Cour d'appel se penche ensuite sur l'obligation de renseignement de C.E. Comme le juge de première instance, elle conclut que C.E. a manqué à son obligation de renseignement envers Domtar. Connaissant le vice ou étant présumée le connaître, C.E. ne peut invoquer la clause limitative de responsabilité. Pour la Cour d'appel, Domtar était donc en droit de remplacer le surchauffeur en entier aux frais de C.E. La Cour d'appel se dit cependant en désaccord avec l'opinion du juge de première instance en ce qui a trait à la déductibilité du montant de 1 578 900 \$ payé par Lloyd's. Par conséquent, la Cour d'appel accueille l'appel incident de Domtar et augmente d'autant la condamnation contre C.E. : [2005] R.J.Q. 2267, 2005 QCCA 733.

16

17

18 The Court of Appeal condemned the insurer Chubb, solidarily with C.E., to pay Domtar \$725,938.90 based on the performance bond: [2005] Q.J. No. 11601 (QL), 2005 QCCA 730. Finally, in the action against the insurer Arkwright, the Court of Appeal dismissed Domtar's appeal on the basis of the clause excluding from coverage losses resulting from latent defects: [2005] R.R.A. 1046, 2005 QCCA 732.

### 3. Analysis

#### 3.1 *Issues*

19 In the main case, the parties put five questions to this Court. First, was there a latent defect in the superheater? Second, did C.E. breach its duty to inform or Domtar its duty to inquire? Third, in what circumstances may a limitation of liability clause be set up against a buyer? Fourth, is Domtar entitled to recover the costs it incurred to replace the superheater? Fifth, was Lloyd's subrogated to Domtar's rights in respect of the payment it made to Domtar?

20 In the two incidental cases, the parties ask the Court to decide whether Domtar may require Chubb to execute its performance bond and whether the replacement of the superheater is a loss covered by Arkwright's all risk insurance policy.

21 We will begin by summarizing the parties' arguments and reviewing the most important of the relevant statutory provisions. We will then turn to the questions of law raised in the three cases.

#### 3.2 *Arguments of the Parties in the Main Case*

22 C.E. has changed its arguments since the case began. At first, one of its main submissions was that the problems were due to improper use of the superheater. This defence has been abandoned. C.E. now submits that the rigidity of the attachments or

La Cour d'appel condamne l'assureur Chubb, solidairement avec C.E., à payer à Domtar un montant de 725 938,90 \$ sur la base du contrat de cautionnement : [2005] J.Q. n° 11601 (QL), 2005 QCCA 730. Enfin, dans l'action contre l'assureur Arkwright, la Cour d'appel rejette l'appel de Domtar en se fondant sur la clause d'exclusion de couverture des pertes résultant de vices cachés : [2005] R.R.A. 1046, 2005 QCCA 732.

### 3. Analyse

#### 3.1 *Les questions en litige*

Dans le dossier principal, les parties posent cinq questions à notre Cour. Premièrement, le surchauffeur était-il atteint d'un vice caché? Deuxièmement, C.E. ou Domtar ont-elles manqué à leurs obligations respectives de renseigner ou de se renseigner? Troisièmement, dans quelles circonstances une clause limitative de responsabilité est-elle opposable à l'acheteur? Quatrièmement, Domtar a-t-elle le droit d'être remboursée des dépenses engagées pour remplacer le surchauffeur? Et cinquièmement, l'assureur Lloyd's a-t-il été subrogé dans les droits de Domtar à l'égard du paiement qu'il lui a versé?

Dans les deux dossiers accessoires, les parties demandent à notre Cour de décider si Domtar peut exiger de Chubb l'exécution de son cautionnement et si le remplacement du surchauffeur constitue une perte couverte par la police d'assurance tous risques d'Arkwright.

Nous résumerons d'abord les prétentions des parties et rappellerons les principales dispositions législatives pertinentes. Puis, nous étudierons les questions de droit soulevées dans les trois dossiers.

#### 3.2 *Prétentions des parties dans le dossier principal*

Les prétentions de C.E. ont évolué depuis le début du litige. En effet, l'un des arguments principaux de C.E. était, à l'origine, que les problèmes étaient dus à une mauvaise utilisation du surchauffeur. Ce moyen de défense a été abandonné. C.E.

the cracking inside the superheater does not constitute a latent defect. It argues that Domtar, as an informed user of recovery boilers, cannot claim to have been unaware of the characteristics of tie welds and hinge-pin attachments and that Domtar breached its own duty to inquire.

C.E. also submits that it was protected by a limitation of liability clause because Domtar had a power of negotiation equal to its own. In C.E.'s view, the voluntary agreement of the parties must therefore prevail. Finally, C.E. argues that Domtar failed to mitigate its damages and that the \$1,578,900 payment by Lloyd's to Domtar should reduce Domtar's claim against C.E. accordingly.

Domtar defends the Court of Appeal's conclusion that there was a latent defect in the superheater. According to Domtar, C.E. knew or should have known at the time of the sale about the problem with the type of attachments to be used and should have proposed hinge-pin attachments to Domtar. It therefore breached its duty to inform with regard to the likelihood of leaks and cracks associated with the use of tie welds. The decision to replace the superheater was reasonable in light of the information disclosed by C.E.

Before turning to the merits of the case, we must resolve two preliminary questions. First, in light of the date and nature of the claim, is it the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C.") or the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."), that applies under the transitional law rules? Second, did the Court of Appeal have jurisdiction to interfere with the trial judge's conclusion that there was no latent defect?

### 3.3 *Transitional Law*

The main case concerns a contract of sale signed by the parties on December 31, 1984. As mentioned above, the parties' arguments require that this Court determine whether there was a latent defect

plaide maintenant que la rigidité des attaches ou la fissuration à l'intérieur du surchauffeur ne constituent pas un vice caché. Selon C.E., Domtar, à titre d'utilisatrice avertie de chaudières de récupération, ne peut prétendre qu'elle ignorait les propriétés des attaches rigides et des attaches souples et aurait d'ailleurs manqué à sa propre obligation de se renseigner.

C.E. soutient également qu'une clause limitative de responsabilité la protégeait parce que Domtar avait un pouvoir de négociation égal au sien. Pour C.E., il importe alors d'accorder préséance à la volonté des parties. C.E. plaide enfin que Domtar n'a pas minimisé ses dommages et que le paiement de 1 578 900 \$ fait par l'assureur Lloyd's à Domtar devrait réduire d'autant la réclamation de cette dernière à son endroit.

De son côté, Domtar défend la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle le surchauffeur est affecté d'un vice caché. Selon elle, C.E. connaissait ou aurait dû connaître le problème associé au type d'attaches utilisées au moment de la vente et aurait dû proposer des attaches souples à Domtar. C.E. aurait donc manqué à son obligation de communication concernant la probabilité de fuites et de fissures associées à l'utilisation d'attaches rigides. La décision de remplacer le surchauffeur était raisonnable compte tenu des informations transmises par C.E.

Avant d'aborder le fond du litige, il faut régler deux questions préliminaires. D'abord, vu la date et la nature de la réclamation, quelles dispositions du *Code civil du Bas Canada* (« C.c.B.C. ») ou du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), s'appliquent en vertu des règles du droit transitoire? Ensuite, la Cour d'appel avait-elle le pouvoir d'intervenir sur la conclusion du juge de première instance concernant l'absence de vice caché?

### 3.3 *Le droit transitoire*

Le dossier principal porte sur un contrat de vente conclu entre les parties le 31 décembre 1984. Comme on l'a vu plus haut, les prétentions des parties imposent à notre Cour de déterminer si le

23

24

25

26

in the superheater and, if so, whether C.E. may rely on a limitation of liability clause.

27 Section 83 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57 (“A.I.R.C.C.”), provides that the rules of the C.C.L.C. governing legal and conventional warranties continue to apply to a contract entered into before 1994. It reads as follows:

**83.** In any contract made before 1 January 1994, the former legislation continues to apply to the warranties, both legal or conventional, to which the contracting parties are obliged between themselves or in respect of their heirs or successors by particular title.

This provision represents a specific application of the general rule in s. 4 A.I.R.C.C. that the former supplementary legislation subsists for the purpose of determining the extent and scope of the parties’ rights and obligations and the effects of the contract: *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), vol. 3, at p. 71.

28 Section 83 A.I.R.C.C. is complemented in civil liability matters by s. 85 A.I.R.C.C. which reads as follows:

**85.** The conditions of civil liability are governed by the legislation in force at the time of the fault or act which causes the injury.

In his commentary on this provision (at p. 72), the Minister of Justice took care to specify

[TRANSLATION] that since the conditions of civil liability are thus governed by the legislation in force at the time of the injurious fault or act, the grounds for exemption from liability, which are necessarily tied to the conditions of that liability, will also be governed by that same legislation . . . .

29 Sections 83 and 85 A.I.R.C.C. belong to the chapter setting out special provisions (ss. 11 to 170). In the event of conflict, they take precedence over the Act’s general provisions (ss. 2 to 10): P.-A. Côté and D. Jutras, *Le droit transitoire civil: Sources annotées* (loose-leaf), at pp. I/3-1 *et seq.*

30 In the case at bar, Domtar has brought against C.E. an action in contract for damages that is based

surchauffeur était affecté d’un vice caché et, le cas échéant, si C.E. peut invoquer une clause limitative de responsabilité.

L’article 83 de la *Loi sur l’application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57 (« L.a.r.C.c. »), dispose que les règles du C.c.B.C. concernant les garanties légales et conventionnelles continuent de s’appliquer à un contrat conclu avant 1994. Cet article se lit comme suit :

**83.** Pour tout contrat conclu antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1994, la loi ancienne demeure applicable aux garanties, légales ou conventionnelles, dues par les parties contractantes entre elles ou à l’égard de leurs héritiers ou ayants cause à titre particulier.

Cette disposition représente une application particulière de la règle générale énoncée par l’art. 4 L.a.r.C.c. de la survie de la loi supplétive ancienne pour déterminer la portée et l’étendue des droits et obligations des parties, de même que les effets du contrat : *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), t. 3, p. 71.

L’article 83 L.a.r.C.c. est complété par l’art. 85 L.a.r.C.c. en matière de responsabilité civile, dont voici le texte :

**85.** Les conditions de la responsabilité civile sont régies par la loi en vigueur au moment de la faute ou du fait qui a causé le préjudice.

Dans ses commentaires sur cette disposition (p. 72), le ministre de la Justice prend aussi le soin de préciser

que les conditions de la responsabilité civile étant ainsi régies par la loi en vigueur au moment de la faute ou du fait préjudiciable, il s’ensuit que les causes d’exonération de responsabilité, nécessairement liées aux conditions de cette responsabilité, seront également régies par cette même loi . . . .

Les articles 83 et 85 L.a.r.C.c. appartiennent au chapitre des dispositions particulières (art. 11 à 170). En cas de conflit, ils ont préséance sur les dispositions générales de la loi (art. 2 à 10) : P.-A. Côté et D. Jutras, *Le droit transitoire civil : Sources annotées* (feuilles mobiles), p. I/3-1 et suiv.

En l’espèce, Domtar exerce contre C.E. une action contractuelle en dommages-intérêts fondée



on the warranty against latent defects. All the facts alleged in support of this action occurred before 1994. In light of ss. 83 and 85 A.I.R.C.C., we conclude that in this case, the issues relating to the warranty against latent defects must be resolved by applying the C.C.L.C.

This being said, whether it is the C.C.L.C. or the C.C.Q. that is applied will have no impact on the outcome of the case, since the C.C.Q. essentially reproduces the C.C.L.C.'s rules where the warranty against latent defects in issue here is concerned, despite certain changes in the wording of the provisions relating to the issues of this case. The relevant provisions are reproduced in the Appendix.

Finally, the issue of subrogation in respect of the payment made by Lloyd's and the incidental actions involving Chubb and Arkwright do not raise any special problems of transitional law. The answers to these questions depend essentially on a review of the stipulations in the contracts between the parties.

At this point, it will be necessary to consider whether the Court of Appeal had the authority to interfere with the trial judge's finding that there was no latent defect. C.E. contests the legitimacy of the Court of Appeal's recharacterization of the defects as latent defects, which it sees as improper interference with the trial judge's assessment of the facts.

#### 3.4 *Standard for Intervention by the Court of Appeal*

In discussing the Court of Appeal's position, it is important to clearly understand the nature of its intervention with regard to the facts. Some fundamental distinctions must be drawn. In *Desgagné v. Fabrique de St-Philippe d'Arvida*, [1984] 1 S.C.R. 19, this Court distinguished the simple assessment of facts from the legal characterization of those facts. Thus, an appellate court has the power, in exercising its jurisdiction, to reach its own legal

sur la garantie contre les vices cachés. Tous les faits allégués au soutien de cette action se sont produits avant 1994. L'application des art. 83 et 85 L.a.r.C.c. nous amène à conclure que les questions dans le présent dossier concernant la garantie contre les vices cachés doivent être réglées par application du C.c.B.C.

Cela dit, l'application de l'un ou l'autre du C.c.B.C. ou du C.c.Q. n'aura pas de conséquence sur le sort du litige puisque le C.c.Q. reprend substantiellement les règles du C.c.B.C. pour ce qui est de la garantie contre les vices cachés applicable en l'espèce, malgré certains changements dans la rédaction des textes législatifs relatifs aux questions en litige. Les dispositions pertinentes sont reproduites en annexe.

Enfin, le problème du caractère subrogatoire du paiement de Lloyd's et les actions accessoires impliquant Chubb et Arkwright ne soulèvent pas de difficultés particulières en droit transitoire. En effet, la réponse à ces questions dépend essentiellement de l'examen des stipulations des contrats intervenus entre les parties.

Il convient maintenant d'examiner si la Cour d'appel avait le pouvoir d'intervenir sur la conclusion d'absence de vice caché tirée par le juge de première instance. En effet, C.E. remet en cause la légitimité de sa requalification des vices comme vices cachés, qui équivaldrait à une intervention inadmissible dans la détermination des faits par le premier juge.

#### 3.4 *La norme d'intervention de la Cour d'appel*

Dans la discussion de la position de la Cour d'appel, il importe de bien saisir la nature de son intervention à l'égard des faits. Des distinctions fondamentales s'imposent. Dans *Desgagné c. Fabrique de St-Philippe d'Arvida*, [1984] 1 R.C.S. 19, la Cour distingue la qualification juridique des faits de leur appréciation proprement dite. Ainsi, une cour d'appel a le pouvoir, dans l'exercice de sa compétence, de requalifier juridiquement des faits dont elle

31

32

33

34

characterization of the facts even though it accepts the trial judge's assessment of them. Beetz J. stated the following (at p. 31):

Counsel for the respondents and appellant Lauréanne Harvey Desgagné argued that the gradual appearance of the construction defects is a question of fact which is within the exclusive province of the trial judge. That is not my view. Rather, I think it is a question of characterization and so considerably more than a simple question of fact. It is necessary to apply to the facts the legal concept of gradual emergence under art. 2259, just as, for example, in a civil liability case the Court has to decide whether a person's act or omission should be characterized as fault within the meaning of art. 1053. This requires making an essentially normative judgment. It therefore does not entail substituting my own view of the evidence for that of the trial judge, but drawing conclusions in law based on the facts which she herself considered to have been established. When an appellate court accepts all the conclusions of fact as such made by the trial judge, as I do, it is in as good a position as he is to characterize those facts.

35

A few years later, in *Placement Jacpar Inc. v. Benzakour*, [1989] R.J.Q. 2309, at p. 2318, the Court of Appeal confirmed that the legal nature of the distinction between a latent defect and an apparent defect is also a question of law:

[TRANSLATION] To [Benzakour], the characterization of a latent defect is essentially a question of fact. With respect for the opinion expressed in *Lafontaine v. Audet*, in which this question was seen primarily as one coming within the trier of fact's power of assessment [p. 8 of the reasons of Monet J.A.], this Court's position appears instead to be that this is a legal characterization issue. This Court is in as good a position as the trial judge to rule on it once the trial judge has established the facts on which the conclusions are based.

See to the same effect: *Marquis v. Saltsman*, J.E. 2002-1729 (C.A.), SOQUIJ AZ-50143509, at para. 51; *Rousseau v. 2732-1678 Québec inc.*, [1999] R.D.I. 565 (C.A.), at pp. 568-69; *Société en commandite A.C. enr. v. Wadieh*, [1997] R.D.I. 345 (C.A.), at p. 348; *Bertrand v. Pelletier*, [1997] R.D.I. 321 (C.A.), at p. 325; *Poirier v. Martucelli*, [1995] R.D.I. 319 (C.A.), at p. 320; *Trottier v. Robitaille*, [1994] R.D.I. 537 (C.A.), at p. 538; *Cloutier v. Létourneau*, [1993] R.L. 530 (C.A.), at p. 531; *Rousseau v. Gagnon*, [1987] R.J.Q. 40 (C.A.), at p. 46.

accepte par ailleurs la détermination par le tribunal de première instance. Le juge Beetz s'exprime ainsi (p. 31) :

Les procureurs des intimés et de l'appelante Lauréanne Harvey Desgagné ont soutenu que le caractère graduel de la manifestation des vices de construction est une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine du juge de première instance. Ce n'est pas mon avis. Il s'agit plutôt d'une question de qualification et par conséquent de bien plus qu'une simple question de fait. Il faut en effet appliquer aux faits le concept juridique de manifestation graduelle de l'art. 2259, au même titre par exemple que dans une affaire de responsabilité civile, il faut qualifier ou non de faute au sens de l'art. 1053 l'acte ou l'abstention d'une personne. C'est là porter un jugement essentiellement normatif. Il ne s'agit donc pas de substituer ma propre appréciation de la preuve à celle du premier juge, mais de tirer des conclusions en droit à partir des faits qu'il a lui-même considérés comme établis. Lorsqu'une juridiction d'appel accepte toutes les conclusions de fait proprement dites du premier juge, comme je le fais, elle est en aussi bonne position que lui pour qualifier ces faits.

Un peu plus tard, dans *Placement Jacpar Inc. c. Benzakour*, [1989] R.J.Q. 2309, p. 2318, la Cour d'appel a confirmé que la nature juridique de la distinction entre un vice caché et un vice apparent est elle aussi une question de droit :

Pour [Benzakour], la qualification de vice caché serait fondamentalement une question de fait. Avec respect pour l'opinion exprimée dans l'affaire *Lafontaine c. Audet*, où l'on [y] voyait surtout une question relevant du pouvoir d'appréciation du juge du fait [p. 8 de l'opinion du juge Monet], la position de notre Cour semble plutôt à l'effet qu'il s'agit là d'un problème de qualification juridique. Elle peut aussi bien se prononcer que le juge de première instance, les faits au soutien des conclusions étant établis par celui-ci.

Voir dans le même sens : *Marquis c. Saltsman*, J.E. 2002-1729 (C.A.), SOQUIJ AZ-50143509, par. 51; *Rousseau c. 2732-1678 Québec inc.*, [1999] R.D.I. 565 (C.A.), p. 568-569; *Société en commandite A.C. enr. c. Wadieh*, [1997] R.D.I. 345 (C.A.), p. 348; *Bertrand c. Pelletier*, [1997] R.D.I. 321 (C.A.), p. 325; *Poirier c. Martucelli*, [1995] R.D.I. 319 (C.A.), p. 320; *Trottier c. Robitaille*, [1994] R.D.I. 537 (C.A.), p. 538; *Cloutier c. Létourneau*, [1993] R.L. 530 (C.A.), p. 531; *Rousseau c. Gagnon*, [1987] R.J.Q. 40 (C.A.), p. 46.

In the instant case, the Court of Appeal began by noting that the parties were not contesting the trial judge's findings of fact ([2005] R.J.Q. 2267, at para. 42). Thus, because tie welds were used, it was inevitable that cracks would develop, and probable that leaks would occur (paras. 100-101). According to the Court of Appeal, the trial judge had not attached enough importance to Domtar's intention to keep the recovery boiler in continuous use. It noted that the trial judge had found even so that Domtar would not have purchased the boiler had it known that the tie welds were likely to cause unscheduled shutdowns. Because the unscheduled shutdowns of the boiler resulted in an inability to use it, the Court of Appeal characterized this defect as a latent defect.

In intervening, the Court of Appeal did not reassess the evidence in the record. Rather, it relied directly on the trial judge's findings of fact to arrive at a different conclusion of law regarding the nature of the defect (at para. 99):

[TRANSLATION] The trial judge did not find that there was a latent defect in the equipment sold. With respect, we are of the opinion that his findings of fact should have led him to an affirmative conclusion on this point. [Emphasis added.]

This conclusion is not inconsistent with the principle of deference for a trial judge's assessment of the facts. Rather, the issue here is one of legal characterization, and therefore a question of law. Consequently, the Court of Appeal had the power to vary the trial judge's finding on the existence of a latent defect. Now that these preliminary issues have been settled, we will turn to the issue of the legal warranty against latent defects in a contract of sale governed by the C.C.L.C.

### 3.5 *Effect of the Status of the Manufacturer and the Buyer on Their Obligations Under the Contract of Sale*

In the case at bar, C.E. argues that a separate scheme must govern contracts of sale between professional sellers and professional buyers. In its

En l'espèce, la Cour d'appel a d'abord souligné que les parties ne remettaient pas en question les constatations de fait du juge de première instance ([2005] R.J.Q. 2267, par. 42). Ainsi, en raison de l'utilisation d'attaches rigides, l'apparition de fissures était inévitable et celle de fuites était probable (par. 100-101). La Cour d'appel reproche au juge de première instance de n'avoir pas accordé suffisamment d'importance à l'usage continu auquel Domtar destinait la chaudière de récupération. Elle fait remarquer que le juge de première instance a pourtant conclu que Domtar ne l'aurait pas acquise si elle avait su que ces attaches rigides étaient susceptibles de causer des interruptions imprévues. Le défaut d'usage qu'entraînent les interruptions imprévues de la chaudière permet à la Cour d'appel de qualifier cette défectuosité de vice caché.

Dans son intervention, la Cour d'appel ne réévalue pas la preuve au dossier. Elle s'appuie plutôt directement sur les constatations de fait du juge de première instance pour arriver à une conclusion de droit différente sur la nature du défaut (par. 99) :

Le premier juge n'a pas conclu que l'équipement vendu était affecté d'un vice caché. Avec égards, nous sommes d'opinion que ses constatations de fait auraient dû le mener à une conclusion affirmative à ce sujet. [Nous soulignons.]

Cette conclusion ne viole pas le principe de retenue judiciaire à l'égard de la détermination des faits par le juge de première instance. Il s'agit plutôt d'un problème de qualification juridique, donc d'une question de droit. Par conséquent, la Cour d'appel avait le pouvoir de modifier la conclusion du juge de première instance sur l'existence d'un vice caché. Ces questions préliminaires réglées, nous passerons à l'examen de la garantie légale contre les vices cachés dans un contrat de vente régi par le C.c.B.C.

### 3.5 *L'effet de la qualité du fabricant et de celle de l'acheteur sur leurs obligations découlant du contrat de vente*

En l'espèce, C.E. plaide qu'un régime distinct doit régir les contrats de vente négociés entre un vendeur et un acheteur professionnels. À son avis, la

36

37

38

view, the seller's warranty against latent defects should vary depending on the respective expertise of the seller and the buyer. It will therefore be necessary to consider the legal effect of this expertise on rights and obligations under a contract of sale.

39 Where the warranty against latent defects is concerned, the characterization of a party as a manufacturer or a professional seller plays an important role in determining whether that party can be presumed to have known about the defects in the good offered for sale. Article 1527 C.C.L.C. provides that any seller who knows or is legally presumed to know about the defects of the thing is obliged to pay for all damage suffered by the buyer. This provision has been interpreted in Quebec civil law as recognizing three categories of sellers corresponding to the individual's level of expertise: manufacturers, professional sellers (specialized or non-specialized) and non-professional sellers.

40 This categorization will determine whether the presumption of knowledge on the seller's part is applicable and will also, as a corollary, determine the scope of the seller's duty to disclose latent defects. Thus, a non-professional seller is not legally presumed to know about the defects of the good being sold, since selling the good in question is not this person's usual occupation. Professional sellers, however, being far more aware of the characteristics of their merchandise, are subject to the presumption of knowledge.

41 In the case at bar, the category of sellers that interests us most is that of the manufacturer. Manufacturers are considered to be the ultimate experts with respect to the goods, because they have control over the labour and materials used to produce them: J. Edwards, *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois* (1998), at p. 289. Moreover, buyers are entitled to expect that manufacturers guarantee the quality of the products they design and market. Consequently, manufacturers are subject to the strongest presumption of knowledge and to the most exacting obligation to disclose latent defects.

garantie du vendeur contre les vices cachés devrait varier selon l'expertise respective du vendeur et de l'acheteur. Il faut donc examiner l'effet juridique de cette expertise sur les droits et obligations découlant du contrat de vente.

En matière de garantie contre les vices cachés, la qualification de fabricant ou de vendeur professionnel joue un rôle important dans la détermination de sa connaissance présumée des défauts du bien offert en vente. En effet, l'art. 1527 C.c.B.C. tient tout vendeur qui connaît ou est légalement présumé connaître les vices de la chose responsable des dommages subis par l'acheteur. Dans le cadre de l'interprétation de cette disposition, le droit civil québécois a identifié trois catégories de vendeurs correspondant à un niveau d'expertise : le fabricant, le vendeur professionnel (spécialisé ou non spécialisé) et le vendeur non professionnel.

Le résultat de l'exercice de catégorisation déterminera l'applicabilité de la présomption de connaissance du vendeur et, en corollaire, l'étendue de son obligation de dénoncer les vices cachés. Ainsi, le vendeur non professionnel n'est pas légalement présumé connaître les vices du bien vendu, car il s'agit d'une personne qui n'a pas pour occupation habituelle la vente du bien en question. Par contre, le vendeur professionnel, beaucoup plus au fait des caractéristiques de sa marchandise, est visé par la présomption de connaissance.

Dans le présent dossier, la catégorie de vendeurs qui nous intéresse plus particulièrement est celle du fabricant. Le fabricant est considéré comme l'expert ultime à l'égard du bien puisqu'il contrôle la main-d'œuvre ainsi que les matériaux utilisés dans la production de ce bien : J. Edwards, *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois* (1998), p. 289. Aussi, l'acheteur a-t-il le droit de s'attendre à ce que le fabricant se porte garant de la qualité du produit qu'il conçoit et met en marché. En conséquence, le fabricant est assujéti à la présomption de connaissance la plus rigoureuse et à l'obligation la plus exigeante de dénoncer les vices cachés.

In the context of the warranty against latent defects, the buyer's expertise is also relevant to the analysis, but for a different purpose than the seller's expertise. Whereas the seller's expertise serves to determine the scope of his or her obligation to disclose, that of the buyer serves, rather, to assess whether the defect is latent or apparent. Thus, the more knowledge a buyer has of a good being purchased, the more likely it is that a defect in that good will be considered apparent. An apparent defect is one that the buyer either detected at the time of the sale or could have detected given his or her knowledge (art. 1523 C.C.L.C. and art. 1726, para. 2 C.C.Q.). Buyers therefore have an obligation to inform *themselves* by carrying out a reasonable inspection of the good. In all cases, the test is whether a reasonable buyer in the same circumstances could have detected the defect at the time of the sale.

We will conclude the discussion in this section with a few comments on the specific situation raised by the parties in the case at bar, that is, where the seller and the buyer are characterized as [TRANSLATION] "professionals of identical expertise", in which case they would be able to contract out of the warranty against latent defects. This argument is based on three judgments of the Quebec Court of Appeal: *Auto Peliss ltée v. Proulx Pontiac Buick ltée*, [2001] R.J.Q. 856; *Garage Robert inc. v. 2426-9888 Québec inc.*, [2001] R.J.Q. 865; *Trois Diamants Autos (1987) ltée v. M.G.B. Auto inc.*, [2001] R.J.Q. 860.

The position taken by the Court of Appeal in this trilogy of cases does not support the appellants' argument. The court's decisions did not relate to the situation of a manufacturer. Nor did the court recognize a presumption of knowledge on the buyer's part that would be incompatible with the warranty against latent defects. Furthermore, the position taken by this Court on the manufacturer's warranty in *General Motors Products of Canada v. Kravitz*, [1979] 1 S.C.R. 790, is clear. In that case, at pp. 798-99, the Court confirmed that, for the purposes of art. 1527 C.C.L.C., a manufacturer and a professional seller are always presumed to be in bad

Dans le cadre du régime de garantie contre les vices cachés, l'expertise de l'acheteur représente aussi un élément pertinent de l'analyse, mais à un niveau différent de celle du vendeur. En effet, alors que l'expertise de ce dernier permet de déterminer l'étendue de son obligation de dénonciation, l'expertise de l'acheteur sert plutôt à évaluer si le vice est caché ou apparent. Ainsi, plus l'acheteur connaît le bien qu'il acquiert, plus le vice affectant ce bien est susceptible d'être considéré comme apparent. Le vice apparent est celui que l'acheteur a décelé ou qu'il aurait pu déceler au moment de la vente en raison de ses connaissances (art. 1523 C.c.B.C. et art. 1726, al. 2 C.c.Q.). Cette exigence impose donc à l'acheteur une obligation de se renseigner en procédant à un examen raisonnable du bien. Dans tous les cas, le test consiste à se demander si un acheteur raisonnable placé dans les mêmes circonstances aurait pu déceler le vice au moment de la vente.

Nous terminons la discussion de cette section par quelques remarques sur une situation particulière soulevée par les parties en l'espèce, celle où le vendeur et l'acheteur sont qualifiés de « professionnels de même compétence », ce qui leur permettrait d'exclure conventionnellement la garantie contre les vices cachés. Cet argument est fondé sur trois arrêts de la Cour d'appel du Québec : *Auto Peliss ltée c. Proulx Pontiac Buick ltée*, [2001] R.J.Q. 856; *Garage Robert inc. c. 2426-9888 Québec inc.*, [2001] R.J.Q. 865; *Trois Diamants Autos (1987) ltée c. M.G.B. Auto inc.*, [2001] R.J.Q. 860.

La position de la Cour d'appel dans cette trilogie n'appuie pas l'argument des appelantes. Ses arrêts ne portent pas sur la situation du fabricant. Elle ne reconnaît pas non plus une présomption de connaissance de l'acheteur qui serait incompatible avec le régime de garantie contre les vices cachés. Nous soulignons aussi que la position exprimée par notre Cour à l'égard de la garantie du fabricant dans l'arrêt *General Motors Products of Canada c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790, est claire. Dans ce jugement, aux p. 798-799, notre Cour a affirmé que, pour l'application de l'art. 1527 C.c.B.C., le fabricant et le vendeur professionnel sont toujours présumés être

42

43

44

faith and that the fraudulence associated with the manufacturer's actual or presumed knowledge of a defect is unaffected by the professional status of a buyer who is a dealer. The implication of this line of reasoning is that the buyer's expertise does not nullify the presumption applicable to the manufacturer. Even if a professional buyer is personally in the business of selling a manufacturer's automobiles, he or she cannot be considered to have the same expertise as the manufacturer. Professional buyers, too, are protected by the warranty against latent defects. If a defect is latent, the manufacturer will be unable to rely on a limitation of liability clause unless it can rebut the presumption of knowledge of the defect.

45

At any rate, in the case at bar, C.E. is a manufacturer of recovery boilers, and Domtar bought one of C.E.'s boilers for use in the production of pulp and paper. However expert Domtar may be at using boilers, it cannot be characterized as a professional "of identical expertise" to C.E. As a manufacturer, C.E. had greater expertise than Domtar as regards the characteristics of the recovery boiler in question. The warranty against latent defects is applicable in this case.

### 3.6 *Manufacturer's Liability for Defects in the Item Sold*

46

When enforcing a legal warranty, a court must first determine whether there was a latent defect in the good sold. At this stage, the analysis relates essentially to the good and to the buyer's conduct. Second, the court will determine whether the seller is liable; this part of the analysis consists in establishing whether the seller knew or is legally presumed to have known about the alleged defect. This determination will enable the court to decide whether a clause limiting the seller's liability can be set up against the buyer. It is therefore important to distinguish the conditions of the seller's liability for a latent defect from the scope of his or her liability.

de mauvaise foi et que la qualité professionnelle de l'acheteur, à titre de concessionnaire, ne modifie pas le caractère dolosif associé à la connaissance réelle ou présumée du vice par le fabricant. Ce raisonnement implique que l'expertise de l'acheteur n'a pas pour effet d'annihiler la présomption qui pèse sur le fabricant. Même s'il a fait lui-même le commerce de voitures provenant d'un fabricant, l'acheteur professionnel ne peut être considéré de même compétence que le fabricant. L'acheteur professionnel bénéficie lui aussi de la garantie contre les vices cachés. Si le vice est caché, le fabricant ne pourra invoquer une clause limitative de responsabilité, à moins de parvenir à réfuter la présomption de connaissance du vice.

De toute manière, en l'occurrence, C.E. est un fabricant de chaudières de récupération et Domtar a acheté l'une des chaudières de C.E. pour l'utiliser dans le cadre de ses activités de production de pâte et papier. Aussi experte que Domtar puisse l'être dans l'utilisation de chaudières, on ne peut la qualifier de professionnelle « de même compétence » que C.E. En tant que fabricant, C.E. avait une plus grande expertise que Domtar des caractéristiques de la chaudière de récupération en cause. Le régime de garantie contre les vices cachés demeure applicable en l'espèce.

### 3.6 *La responsabilité du fabricant pour les vices de la chose vendue*

Dans la mise en œuvre de la garantie légale, le tribunal doit, en premier lieu, vérifier si le bien vendu était affecté d'un vice caché. À cette étape, l'analyse porte essentiellement sur le bien et sur le comportement de l'acheteur. En deuxième lieu, le tribunal déterminera la responsabilité du vendeur; cette partie de l'analyse consiste à établir si le vendeur avait connaissance du vice allégué ou était légalement présumé le connaître. Cette détermination permettra de décider, s'il y a lieu, de l'opposabilité d'une clause limitant la responsabilité du vendeur. Il importe donc de distinguer les conditions de la responsabilité du vendeur en présence d'un vice caché d'avec l'étendue de sa responsabilité.

### 3.6.1 Conditions of Liability: Existence of a Latent Defect

#### 3.6.1.1 *Different Types of Latent Defects*

The legislature has not expressly defined what constitutes a “defect”. Article 1522 C.C.L.C. does, however, contain some useful information. For example, the first criterion for determining whether a latent defect exists is the loss of use it causes. The purpose of the warranty against latent defects is thus to ensure that the buyer of a good will be able to make practical and economical use of it.

There are three main types of latent defects: the material defect, which relates to a specific good; the functional defect, which relates to the good’s design; and the conventional defect, which arises where the buyer has disclosed that the good is to be put to a particular use. Material and functional defects are assessed in light of the normal use to which buyers put the good, whereas a conventional defect is assessed in light of the particular use indicated by the buyer to the seller. However, it is necessary, in discussing this classification, to briefly consider the problem of technological change.

Technological change is a modern-day reality that is characterized by the rapid pace at which improvements are made to products. The trial judge rightly noted that manufacturers are constantly redesigning their products: [2003] R.J.Q. 2194, at para. 161. He was wary, and rightly so, of a tendency to condemn a manufacturer simply because a different version of the original product has since emerged on the market. Selling an improved or better performing version of a product does not render the previous version defective. Differences in quality and possible use between these two versions of the product cannot be characterized as a latent defect. The key factor in the analysis resides in the loss of use, as assessed in light of the buyer’s reasonable expectations.

The categories of defects can sometimes overlap. In the case at bar, Domtar complains that the tie

### 3.6.1 Les conditions de la responsabilité : l’existence d’un vice caché

#### 3.6.1.1 *Différentes formes de vices cachés*

Le législateur n’a pas expressément défini ce qui constitue un « défaut » ou un « vice ». Le texte de l’art. 1522 C.c.B.C. comporte toutefois certaines précisions utiles. Ainsi, le premier critère qui permet de déterminer si l’on est en présence d’un défaut caché est le déficit d’usage qu’il engendre. La garantie contre les vices cachés vise ainsi à assurer à l’acheteur l’utilité pratique et économique du bien acquis.

Il existe trois formes principales de défauts cachés, soit le défaut matériel qui touche un bien en particulier, le défaut fonctionnel qui affecte la conception du bien et le défaut conventionnel dans le cas où l’acheteur a indiqué l’usage particulier qu’il entend faire du bien. Les défauts matériel et fonctionnel s’apprécient en fonction de l’usage normal que font les acheteurs du bien, alors que le défaut conventionnel s’évalue plutôt en fonction de l’usage particulier que l’acheteur a déclaré au vendeur. Dans l’examen de cette classification, il faut toutefois s’arrêter un instant au problème des changements technologiques.

Ces changements technologiques représentent une réalité moderne caractérisée par la rapidité avec laquelle les produits sont perfectionnés. Le juge de première instance a souligné avec à propos que les fabricants révisent constamment la conception technique de leurs produits : [2003] R.J.Q. 2194, par. 161. Avec raison, il s’est mis en garde contre la tendance à condamner un fabricant pour la simple raison qu’une version différente du produit original a été subséquentement mise en marché. La vente d’une version améliorée ou plus performante d’un produit ne rend pas déficiente la version antérieure. L’écart de qualité et la différence dans l’utilisation possible du bien entre ces versions ne sauraient être qualifiés de vice caché. L’élément-clé de l’analyse se retrouve dans le déficit d’usage évalué à la lumière des attentes raisonnables de l’acheteur.

Les différentes qualifications du vice peuvent parfois se chevaucher. Ainsi, en l’espèce, Domtar

47

48

49

50

welds, which were integral to the superheater, compromised the normal operation of the boiler by causing cracks and unforeseeable shutdowns. According to Domtar, the argument that it should not have to accept untimely shutdowns flows from the very nature of the equipment purchased and from the fact that this equipment operates continuously. In this sense, the defect of which Domtar complains is both functional and conventional. However, regardless of how the defect is characterized, it must have four characteristics, all of which are essential to the warranty: it must be latent, must be sufficiently serious, must have existed at the time of the sale and must have been unknown to the buyer.

#### 3.6.1.2 *Latency of the Defect*

51 The latency of the defect is assessed objectively, that is, by reviewing the buyer's examination of the good in light of what a prudent and diligent buyer of identical expertise would have done: P.-G. Jobin, "Précis on sale", in *Reform of the Civil Code* (1993), vol. 3A, at p. 61; M. Pourcelet, *La vente* (5th ed. 1987), at p. 149. In other words, the issue is not limited to ignorance of the defect; it must also be determined whether a reasonable buyer in the same circumstances would have realized that there was a defect.

#### 3.6.1.3 *Seriousness of the Defect*

52 Loss of use does not in itself suffice to support the conclusion that a latent defect exists. The loss must also be serious, that is, it must render the good unfit for its intended use or must so diminish its usefulness that the buyer would not have purchased it at the price paid. This second criterion, the seriousness of the defect, flows from the words of art. 1522 C.C.L.C. However, the defect does not have to render the good completely unusable but simply has to reduce its usefulness significantly in relation to the legitimate expectations of a prudent and diligent buyer.

#### 3.6.1.4 *Existence of the Defect at the Time of the Sale*

53 The defect must also have existed at the time of the sale. This third criterion was developed by the

se plaint du fait que les attaches rigides, partie intégrante du surchauffeur, nuisent au fonctionnement normal de la chaudière en ce qu'elles provoquent des fissures et des arrêts imprévisibles. Selon Domtar, le fait qu'elle n'ait pas à s'exposer à des arrêts inopportuns découle de la nature même de l'équipement acheté et de son fonctionnement continu. En ce sens, le défaut dont se plaint Domtar est à la fois fonctionnel et conventionnel. Cependant, quelle que soit la qualification du vice, il doit présenter quatre caractères, tous essentiels à la garantie : il doit être caché, suffisamment grave, existant au moment de la vente et inconnu de l'acheteur.

#### 3.6.1.2 *Caractère caché du vice*

Le caractère caché du vice s'apprécie selon une norme objective, c'est-à-dire en évaluant l'examen fait par l'acheteur en fonction de celui qu'aurait fait un acheteur prudent et diligent de même compétence : P.-G. Jobin, « Précis sur la vente », dans *La réforme du Code civil* (1993), vol. 2, 359, p. 466; M. Pourcelet, *La vente* (5<sup>e</sup> éd. 1987), p. 149. Autrement dit, on ne s'interroge pas simplement sur l'ignorance du vice; on cherchera aussi à déterminer si un acheteur raisonnable placé dans les mêmes circonstances aurait constaté le vice.

#### 3.6.1.3 *Gravité du vice*

La simple présence d'un déficit d'usage ne suffit pas en elle-même pour justifier la qualification de vice caché. Encore faut-il que ce déficit d'usage soit grave, c'est-à-dire qu'il rende le bien impropre à l'usage auquel il est destiné ou en diminue tellement l'utilité que son acheteur ne l'aurait pas acheté à ce prix. Ce deuxième critère, celui de la gravité du vice, découle du texte de l'art. 1522 C.c.B.C. Cela dit, il n'est pas nécessaire que le vice empêche toute utilisation du bien, mais simplement qu'il en réduise l'utilité de façon importante, en regard des attentes légitimes d'un acheteur prudent et diligent.

#### 3.6.1.4 *Existence du vice au moment de la vente*

Le vice doit aussi exister au moment de la vente. D'abord établi par la jurisprudence et la doctrine,



courts and commentators before being codified in art. 1726, para. 1 C.C.Q.: *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), vol. I, at p. 1078. What this basically means is that a seller cannot be held liable for a defect caused by abnormal use of the good by the buyer.

### 3.6.1.5 *Defect Unknown to the Buyer*

It is not enough for the defect to be latent. It must also be unknown to the buyer, as is required by the concluding words of art. 1522 *in fine* C.C.L.C. This criterion is assessed subjectively. Unlike the seller, the buyer is not subject to a presumption of knowledge, since the buyer is always presumed to be in good faith. As a result, the burden of proving actual knowledge of the defect always rests on the seller: Jobin, at p. 60; Pourcelet, at p. 149; T. Rousseau-Houle, *Précis du droit de la vente et du louage* (2nd ed. 1986), at p. 134.

The seller's liability is not the same in every latent defect case. It will accordingly be necessary to review the conditions that determine the scope and applicability of the seller's liability.

## 3.6.2 Scope of the Seller's Liability

### 3.6.2.1 *Presumption of Knowledge of Latent Defects on the Seller's Part*

According to art. 1524 C.C.L.C., when a buyer has shown that a latent defect exists, the seller will be held liable "unless it is stipulated that he shall not be obliged to any warranty". However, even if the contract contains a limitation of liability clause, the seller will not always be able to invoke it. Presumed or actual knowledge of the defect can, in certain circumstances, bar the seller from relying on such a clause. Since actual or presumed knowledge of a defect on the seller's part is an indication of bad faith, the seller, in such a case, has not only to repay the sale price, but also to compensate the buyer for any damage caused by the latent defect. A limitation of liability clause may not be set up against the buyer if the seller knew or is legally presumed to have known about the defect: J. Deslauriers,

ce troisième critère est aujourd'hui codifié à l'art. 1726, al. 1 C.c.Q. : *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), t. I, p. 1078. Essentiellement, il s'agit de ne pas imputer au vendeur la responsabilité d'un vice qui découle d'une utilisation anormale du bien par l'acheteur.

### 3.6.1.5 *Vice inconnu de l'acheteur*

Il ne suffit pas que le vice soit caché. Il faut encore qu'il soit inconnu de l'acheteur, comme l'exige l'art. 1522 *in fine* C.c.B.C. Ce caractère s'évalue en fonction d'une norme subjective. Contrairement à la présomption de connaissance imposée au vendeur, aucune présomption de connaissance ne pèse sur l'acheteur, qui est toujours présumé de bonne foi. Le fardeau de prouver la connaissance réelle du vice repose donc toujours sur le vendeur : Jobin, p. 464; Pourcelet, p. 149; T. Rousseau-Houle, *Précis du droit de la vente et du louage* (2<sup>e</sup> éd. 1986), p. 134.

La responsabilité du vendeur n'est pas la même dans tous les cas de vice caché. Il convient donc d'étudier les conditions qui déterminent l'étendue et l'application de la responsabilité du vendeur.

## 3.6.2 L'étendue de la responsabilité du vendeur

### 3.6.2.1 *La présomption de connaissance des vices cachés par le vendeur*

Selon l'art. 1524 C.c.B.C., lorsque l'acheteur a démontré l'existence du vice caché, la responsabilité du vendeur est engagée, « à moins qu'il n'ait stipulé qu'il ne serait obligé à aucune garantie ». Cependant, même si une clause limitant sa responsabilité est stipulée, le vendeur n'est pas toujours admis à l'invoquer. Ainsi, la connaissance présumée ou réelle du vice peut, dans certaines circonstances, empêcher le vendeur de se prévaloir d'une telle clause. Comme la connaissance réelle ou présumée du vice par le vendeur l'identifie comme vendeur de mauvaise foi, elle lui impose non seulement le remboursement du prix de vente, mais aussi l'indemnisation de tous les dommages découlant du vice caché. Une clause limitative de responsabilité reste inopposable à l'acheteur dans la mesure où le

54

55

56

“La vente 1”, in *Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec 1988-1989*, vol. 3, 51, at p. 82; Pourcelet, at p. 160; Rousseau-Houle, at pp. 135 and 156. The presumption of knowledge is thus determinative not only of the issue of whether a seller may limit the warranty against latent defects, but above all of that of the scope of the seller’s liability.

57

Although the warranty against latent defects originated in Ancient Rome, the presumption of knowledge made its first appearance only in old French law, in particular in the works of DuMoulin, Domat and Pothier: Edwards, at p. 275. Before then, a seller had to have actual knowledge of a defect to be liable for it since all sellers were presumed to be in good faith. The new presumption came into being as a result of the work of certain authors, who were of the opinion that manufacturers and specialized sellers, by reason of their occupations, should know about any defects in their goods. According to Pothier, manufacturers should be considered to be masters of their craft and specialized sellers should be presumed to have a detailed knowledge of the products they sell, and both should accordingly be deprived of the protection afforded sellers in good faith:

[TRANSLATION] There is one case in which the seller, despite having no knowledge whatsoever of the defect in the thing sold, is nevertheless obliged to make reparation for the wrong this defect has caused to the buyer in respect of the buyer’s other property: where the seller is an artisan, or a merchant who sells works of his craft, or of the trade that is his profession. Even if this artisan or merchant should claim not to know about the defect, he is obligated to make reparation for any damage the buyer has sustained because of the defect in using the thing for its intended purpose. . . . The reason is that an artisan, by profession of his craft, *spondet peritiam artis*. He becomes liable to all who contract with him for the quality of his works, when they are put to the use for which they are by nature intended. His incompetence or lack of knowledge in any aspect of his craft is a fault on his part, since no one should publicly profess a craft if he does not possess all the knowledge needed to exercise it properly: *Imperitia culpaë annumeratur*; l. 132, ff. *Reg. J.* The same is true of the mer-

vendeur connaissait le vice ou était légalement présumé le connaître : J. Deslauriers, « La vente 1 », dans les *Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec 1988-1989*, vol. 3, 51, p. 82; Pourcelet, p. 160; Rousseau-Houle, p. 135 et 156. La présomption de connaissance joue donc un rôle déterminant non seulement quant à la possibilité pour un vendeur de limiter la garantie contre les vices cachés, mais surtout quant à la détermination de l’étendue de sa responsabilité.

Alors que les origines de la garantie contre les vices cachés remontent à l’époque romaine, la présomption de connaissance est apparue seulement dans l’ancien droit français, notamment dans les œuvres de DuMoulin, Domat et Pothier : Edwards, p. 275. Auparavant, seule la connaissance réelle du vice par le vendeur engageait sa responsabilité, tous les vendeurs étant alors considérés de bonne foi. La nouvelle présomption est apparue sous l’impulsion des travaux de certains auteurs qui considéraient que le fabricant et le vendeur spécialisé devraient connaître les vices affectant leur bien, en raison de leur profession. Ainsi, selon Pothier, il convenait d’imputer au fabricant la maîtrise de son art et au vendeur spécialisé une connaissance approfondie du produit vendu, les privant ainsi de la protection accordée aux vendeurs de bonne foi :

Il y a un cas auquel le vendeur, quand même il aurait ignoré absolument le vice de la chose vendue, est néanmoins tenu de la réparation du tort que ce vice a causé à l’acheteur dans ses autres biens; c’est le cas auquel le vendeur est un ouvrier, ou un marchand qui vend des ouvrages de son art, ou du commerce dont il fait profession. Cet ouvrier ou ce marchand est tenu de la réparation de tout le dommage que l’acheteur a souffert par le vice de la chose vendue, en s’en servant, à l’usage auquel elle est destinée, quand même cet ouvrier ou ce marchand prétendrait avoir ignoré ce vice. [. . .] La raison est qu’un ouvrier, par la profession de son art, *spondet peritiam artis*. Il se rend, envers tous ceux qui contractent avec lui, responsable de la bonté de ses ouvrages, pour l’usage auquel ils sont naturellement destinés. Son impéritie ou défaut de connaissance dans tout ce qui concerne son art, est une faute qui lui est imputée, personne ne devant professer publiquement un art, s’il n’a toutes les connaissances nécessaires pour le bien exercer : *Imperitia culpaë annumeratur*; l. 132, ff. *Reg. J.* Il

chant, whether or not he is also the manufacturer. By reason of his public profession of his trade, he becomes liable for the quality of the wares he sells, when they are put to their intended use. If he is a manufacturer, he must employ, to make his wares, only good artisans, and he is answerable for this. If he is not a manufacturer, he must display only good wares for sale; he must have expert knowledge of his wares and sell only good ones. [Emphasis added.]

(*Œuvres de Pothier* (new ed. 1823), vol. II, No. 214)

This passage, sometimes referred to as [TRANSLATION] “Pothier’s rule”, was regarded as the main source of art. 1527, para. 2 C.C.L.C.: Edwards, at pp. 280-81; *Traité de droit civil du Québec*, vol. 11, by L. Faribault, 1961, at p. 295; P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, vol. VII, 1906, at p. 112. Inspired by the principles enunciated by Pothier, the commissioners who drafted the C.C.L.C. introduced presumed knowledge into Quebec civil law: Edwards, at p. 276. This attributed knowledge is provided for in arts. 1527 and 1528 C.C.L.C. In principle, sellers are presumed to be in good faith (art. 2202 C.C.L.C.), but they will be held liable if they had actual knowledge of defects (art. 1527, para. 1 C.C.L.C.). Moreover, art. 1527, para. 2 C.C.L.C. relieves the buyer of the burden of proving bad faith on the seller’s part if the seller is legally presumed to have known about the defects. What remains is to identify the sellers to whom this presumption applies.

### 3.6.2.2 *Sellers to Whom the Presumption of Knowledge Applies*

The authors agree that the presumption of knowledge under the C.C.L.C. applies to manufacturers and to specialized professional sellers. Thus, they would not apply it to non-specialized professional sellers or non-professional sellers, since such sellers lack technical expertise or commercial experience with respect to the good, which makes it impossible for them to personally verify the quality of the good: Pourcelet, at p. 158; Rousseau-Houle, at pp. 139-52; F. Langelier, *Cours de droit civil de la province de Québec*, vol. V, 1909, at p. 77; Mignault, at p. 118.

en est de même du marchand fabricant ou non fabricant. Par la profession publique qu’il fait de son commerce, il se rend responsable de la bonté des marchandises qu’il débite, pour l’usage auquel elles sont destinées. S’il est fabricant, il ne doit employer, pour les fabriquer, que de bons ouvriers, du fait desquels il répond. S’il n’est pas fabricant, il ne doit exposer en vente que de bonnes marchandises; il doit s’y connaître, et n’en débiter que de bonnes. [Nous soulignons.]

(*Œuvres de Pothier* (nouv. éd. 1823), t. II, n° 214)

Ce passage, parfois qualifié de « règle de Pothier », a été considéré comme la source principale de l’art. 1527, al. 2 C.c.B.C. : Edwards, p. 280-281; *Traité de droit civil du Québec*, t. 11, par L. Faribault, 1961, p. 295; P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. VII, 1906, p. 112. Inspirés par les enseignements de Pothier, les commissaires chargés de la rédaction du C.c.B.C. ont introduit la connaissance présumée en droit civil québécois : Edwards, p. 276. Cette connaissance imputée est prévue aux art. 1527 et 1528 C.c.B.C. En principe, tout vendeur est présumé de bonne foi (art. 2202 C.c.B.C.), mais la connaissance effective du vendeur engage sa responsabilité (art. 1527, al. 1 C.c.B.C.). De plus, l’art. 1527, al. 2 C.c.B.C. dégage l’acheteur de son fardeau de démontrer la mauvaise foi du vendeur lorsque la connaissance de ce dernier est légalement présumée. Il reste alors à déterminer à quels vendeurs cette présomption de connaissance s’applique.

### 3.6.2.2 *Les vendeurs visés par la présomption de connaissance*

Les auteurs s’entendent pour reconnaître que la présomption de connaissance sous le régime du C.c.B.C. s’applique aux fabricants et aux vendeurs professionnels spécialisés. Ils refusent ainsi d’appliquer la présomption de connaissance aux vendeurs professionnels non spécialisés ou aux vendeurs non professionnels, puisqu’en l’absence de compétence technique ou d’expérience commerciale du bien, ils ne peuvent en vérifier eux-mêmes la qualité : Pourcelet, p. 158; Rousseau-Houle, p. 139-152; F. Langelier, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. V, 1909, p. 77; Mignault, p. 118.

60 It should be noted, however, that since the enactment of art. 1733 C.C.Q., the presumption of knowledge has applied to all professional sellers without distinction. Only non-professional sellers are now exempt from the presumption.

### 3.6.2.3 *Rebuttable Nature of the Presumption of Knowledge*

61 The nature of the presumption must now be examined to determine its effect, that is, whether it can ultimately be rebutted and, if so, under what conditions. This Court has considered this question in a number of judgments. *Samson & Fillion v. Davie Shipbuilding & Repairing Co.*, [1925] S.C.R. 202, was one of the first leading decisions in which the presumption of knowledge on the seller's part was addressed. That case concerned the sale of used pipes. The contract of sale did not contain a limitation of liability clause. This Court held that the presumption of knowledge does not apply to a non-professional seller with no expertise. Such a seller is not liable for damage caused by the good unless he or she had actual knowledge of the defect. Manufacturers and professional sellers ([TRANSLATION] "who [sell] works of [their] craft, or of the trade that is [their] profession"), on the other hand, are subject to a presumption of knowledge, which is rebuttable.

62 A few years later, this Court rendered its decision in *Touchette v. Pizzagalli*, [1938] S.C.R. 433, which concerned the sale of a new car by a professional seller to a non-professional buyer without the manufacturer's involvement. Under the contract, the warranty was limited to the one provided by the manufacturer. The Court noted that professional sellers are presumed to know about any defects in the goods they sell, although it implicitly acknowledged that a manufacturer or a specialized professional seller can rebut the presumption of knowledge:

It is now settled that the seller is responsible in respect of all damages sustained by the purchaser by reason of latent defect where the seller is either a manufacturer or a person who deals in, as merchant, articles of the same kind as that which was the subject of the sale. Unless he

Il importe cependant de noter que, depuis l'adoption de l'art. 1733 C.c.Q., la présomption de connaissance s'applique à tous les vendeurs professionnels sans distinction. Seuls les vendeurs non professionnels échappent désormais à la présomption de connaissance.

### 3.6.2.3 *Caractère réfutable de la présomption de connaissance*

Il faut maintenant examiner la nature de cette présomption pour déterminer son effet, c'est-à-dire, en définitive, si elle peut être renversée et à quelles conditions. Notre Cour a étudié cette question dans quelques jugements. L'arrêt *Samson & Fillion c. Davie Shipbuilding & Repairing Co.*, [1925] R.C.S. 202, a été l'un des premiers jugements de principe traitant de la présomption de connaissance du vendeur. Cette affaire portait sur la vente de tuyaux usagés. Le contrat de vente avait été conclu sans clause limitative de responsabilité. Notre Cour a décidé que le vendeur non professionnel qui ne jouit d'aucune expertise n'est pas visé par la présomption de connaissance. Il ne répond des dommages causés par la chose que dans la mesure où il avait une connaissance effective du vice. Par contre, le fabricant et le vendeur professionnel (« qui vend des ouvrages de son art, ou du commerce dont il fait profession ») sont soumis à une présomption de connaissance qu'ils peuvent réfuter.

Quelques années plus tard, notre Cour rendit l'arrêt *Touchette c. Pizzagalli*, [1938] R.C.S. 433, qui concernait la vente d'une voiture neuve par un vendeur professionnel à un acheteur non professionnel, sans intervention du fabricant. Le contrat mentionnait que la garantie était limitée à celle fournie par le fabricant. La Cour a rappelé qu'un vendeur professionnel est présumé connaître les vices qui affectent les biens qu'il vend, tout en reconnaissant implicitement que la présomption de connaissance peut être réfutée par le fabricant ou le vendeur professionnel spécialisé :

[TRANSLATION] Il est maintenant bien établi que le vendeur est responsable de tous les dommages subis par l'acheteur en raison d'un vice caché si le vendeur est soit un fabricant, soit un marchand qui fait le commerce d'articles de même nature que l'objet vendu. À moins

can establish that the defect was such that it could not have been discovered by the most competent and diligent person in his position, his ignorance is no excuse, because it is conclusively presumed (in the absence of such proof) to be the result of negligence or of incompetence in the calling which he publicly practises and in respect of which he thereby professes himself to be competent. The principle is *spondet peritiam artis*. [Emphasis added; p. 439 (*per* Duff C.J.).]

As mentioned above, this Court noted in *Kravitz* that, in the context of the warranty against latent defects, the manufacturer and professional seller of a defective good are presumed to be in bad faith (p. 798). In that case, the Court went even further, however, refusing to allow the manufacturer to transfer its liability to the dealer despite the dealer's professional knowledge (at p. 798):

What is the situation when, as in the case at bar, the manufacturer has sold a new thing to a dealer who is himself a professional seller? If the latter is presumed to be aware of the defects when he resells the thing, does it not follow that he is also presumed to be aware of them when he buys it from the manufacturer? While this reasoning could have some appeal in certain circumstances, it cannot serve to exempt the manufacturer from his liability for latent defects in the thing he has manufactured when he sells it to a dealer who is responsible for reselling it. The manufacturer of a defective thing must assume the ultimate responsibility for his incompetence, actual or presumed. The bad faith of the professional seller toward the non-professional buyer does not convert the “dol” of the manufacturer toward his dealer into an act of good faith. [Emphasis added.]

The Court then analysed the sub-purchaser's action against the dealer and noted that in France, limitation of liability clauses do not relieve manufacturers of liability since the presumption of knowledge applicable to them is not rebuttable (pp. 799-801). The Court did not rule on the nature of the presumption of knowledge applicable to manufacturers (p. 802). It simply concluded that neither the limitation of liability clause included by the dealer in the contract of sale nor the manufacturer's limited warranty could be a bar to the sub-purchaser's extra-contractual remedy against the

de démontrer que la personne la plus diligente et la plus compétente placée dans la même situation n'aurait pas pu découvrir le vice, il ne peut invoquer son ignorance, parce que le vice est présumé de façon concluante (en l'absence d'une telle preuve) résulter de sa négligence ou de son impéritie dans le métier qu'il exerce publiquement et dans lequel il s'affirme donc compétent. Le principe veut que le professionnel réponde de la connaissance de son art. [Nous soulignons; p. 439 (le juge en chef Duff).]

Comme nous l'avons déjà signalé, dans *Kravitz*, notre Cour rappelle que, dans le contexte de la garantie contre les vices cachés, une présomption de mauvaise foi pèse sur le fabricant et le vendeur professionnel d'un bien vicié (p. 798). Dans cette affaire, la Cour va cependant plus loin et refuse de permettre au fabricant de transférer sa responsabilité au concessionnaire, et ce, malgré les connaissances professionnelles de ce dernier (p. 798) :

Mais, quelle est la situation lorsque, comme dans l'espèce, le fabricant a vendu un objet neuf à un concessionnaire lui-même vendeur professionnel? Si lors de la revente, ce dernier est présumé connaître les vices, ne doit-on donc pas dire qu'il est également présumé les connaître lorsqu'il achète la chose du manufacturier? Ce raisonnement pourrait peut-être avoir quelque attrait dans certaines circonstances, mais il ne saurait être retenu de façon à permettre au manufacturier de se libérer de toute responsabilité pour les vices cachés dont est atteinte la chose qu'il a fabriquée, du seul fait qu'il la vend à un concessionnaire qui est lui-même chargé de la revendre. Le fabricant d'une chose [viciée] doit porter l'ultime responsabilité de son impéritie, actuelle ou présumée. La mauvaise foi du vendeur professionnel à l'égard de l'acheteur d'occasion ne transforme pas en bonne foi la manœuvre dolosive du fabricant à l'égard de son concessionnaire; [Nous soulignons.]

Analysant ensuite le recours du sous-acquéreur contre le concessionnaire, la Cour rappelle qu'en France, les clauses limitatives de responsabilité ne dégagent pas les fabricants de leur responsabilité, la présomption de connaissance qui pèse contre eux étant irréfragable (p. 799-801). La Cour ne se prononce pas sur la nature de la présomption de connaissance applicable au fabricant (p. 802). Elle conclut simplement que la clause limitative de responsabilité contenue dans le contrat de vente par le concessionnaire de même que la garantie limitée du fabricant ne peuvent faire obstacle au recours

manufacturer based on the warranty against latent defects.

65 Some authors have cited the principles enunciated by Pothier or the reference in *Kravitz* to French law as a basis for stating that the presumption of knowledge is irrebuttable, where manufacturers and specialized professional sellers are concerned, because of their duty to be masters of their craft. But these authors concede that the presumption remains rebuttable for non-specialized professional sellers who have no control over the manufacture of the product and no specific knowledge of the product: Edwards, at pp. 289-94; Pourcelet, at pp. 158-59; Mignault, at p. 113.

66 However, the majority view in Quebec law is that the presumption of knowledge provided for in art. 1527 C.C.L.C. is rebuttable, even for manufacturers: *Manac inc./Nortex v. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [2006] R.R.A. 879 (C.A.); also *Oakwood Construction Inc. v. Ratthé*, [1993] R.D.I. 181 (C.A.), at p. 183; *Blandino v. Colagiacomio*, [1989] R.D.I. 148 (C.A.), at pp. 151 and 153; *Oppenheim v. Forestiers R.P.G.M. inc.*, J.E. 2002-1197 (C.A.), SOQUIJ AZ-50133145, at para. 24. Several authors have observed that it is very difficult for a manufacturer to rebut this presumption by showing the court that it was impossible to know about the defect: D.-C. Lamontagne, *Droit de la vente* (1995), at pp. 103-4; Jobin, at p. 62; Deslauriers, at p. 82; Faribault, at pp. 295-96. Indeed, it has been pointed out that there are no known cases in which a manufacturer has in fact succeeded in rebutting the presumption: Rousseau-Houle, at pp. 138-52; Langelier, at p. 77.

67 The new wording of the C.C.Q.'s provisions, which codify the case law under the C.C.L.C., confirms the majority view. In art. 1729 C.C.Q., the legislature kept the word "presumed" rather than using "deemed" (*réputé*). A presumption "concerning presumed facts is simple and may be rebutted by proof to the contrary" (art. 2847, para. 2 C.C.Q.). When the first and second paragraphs of art. 1733 C.C.Q. are read together, it is apparent that the legislature has provided that a professional seller who "was aware or could not have been unaware"

extracontractuel du sous-acquéreur contre le fabricant, fondé sur la garantie contre les vices cachés.

S'appuyant sur des enseignements de Pothier ou à la lumière de la mention du droit français dans *Kravitz*, certains auteurs qualifient la présomption de connaissance d'irréfragable pour le fabricant ou les vendeurs professionnels spécialisés, puisque ces derniers ont le devoir de maîtriser leur art. Ils concèdent par contre qu'elle demeure réfutable pour les vendeurs professionnels non spécialisés, qui ne contrôlent pas la fabrication du produit vendu ou ne possèdent pas de connaissances spécifiques du produit : Edwards, p. 289-294; Pourcelet, p. 158-159; Mignault, p. 113.

La position majoritaire en droit québécois veut cependant que la présomption de connaissance prévue à l'art. 1527 C.c.B.C. demeure réfutable, même pour le fabricant : *Manac inc./Nortex c. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [2006] R.R.A. 879 (C.A.); aussi *Oakwood Construction Inc. c. Ratthé*, [1993] R.D.I. 181 (C.A.), p. 183; *Blandino c. Colagiacomio*, [1989] R.D.I. 148 (C.A.), p. 151 et 153; *Oppenheim c. Forestiers R.P.G.M. inc.*, J.E. 2002-1197 (C.A.), SOQUIJ AZ-50133145, par. 24. Plusieurs auteurs observent qu'il est très difficile pour un manufacturier de réfuter la présomption, en démontrant au tribunal qu'il ne pouvait pas connaître le vice : D.-C. Lamontagne, *Droit de la vente* (1995), p. 103-104; Jobin, p. 467-468; Deslauriers, p. 82; Faribault, p. 295-296. On a d'ailleurs souligné que selon la jurisprudence connue, aucun fabricant n'a réussi en pratique à repousser la présomption : Rousseau-Houle, p. 138-152; Langelier, p. 77.

La nouvelle rédaction du C.c.Q., qui codifie la jurisprudence établie sous le C.c.B.C., confirme la position majoritaire. À l'article 1729 C.c.Q., le législateur a conservé le terme « présumé » au lieu d'employer le terme « réputé ». Or, la présomption « qui concerne des faits présumés est simple et peut être repoussée par une preuve contraire » (art. 2847, al. 2 C.c.Q.). Par ailleurs, en combinant les premier et deuxième alinéas de l'art. 1733 C.c.Q., on constate que le législateur précise que le vendeur professionnel qui « connaissait ou ne pouvait

of a defect cannot exclude his or her liability. In our opinion, if the legislature took care to mention two situations in which professional sellers cannot exclude their liability, this was because it realized that situations arise in which they might raise as a defence that they were not or could not have been aware of the defect in the thing. Otherwise, the legislature would simply have stated that professional sellers may not exclude their liability by contract.

#### 3.6.2.4 *Means of Rebutting the Presumption of Knowledge on the Manufacturer's Part*

It can be seen from the case law and the academic commentaries that a single standard governs the defences available to all sellers to rebut the presumption of knowledge applicable to them. As this Court held in *Samson & Fillion*, it must be determined whether a reasonable seller in the same circumstances would have been able to detect the defect at the time of the sale.

Contrary to C.E.'s position, it is never open to a manufacturer to rely on its ignorance of the defect as its sole defence: *Samson & Fillion*, *Touchette* and *Kravitz*. The manufacturer may rebut the presumption only by showing that it did not know about the defect *and that its lack of knowledge was justified*, that is, that it could not have discovered the defect even if it had taken every precaution that the buyer would be entitled to expect a reasonable seller to take in the same circumstances.

The principle underlying this rule is that to absolve a manufacturer from liability will be justified if the manufacturer shows that it had full knowledge of the technology in its field at the time the good was designed and that the defect in question cannot be attributed to it. This principle is consistent with the idea that gave rise to the presumption of knowledge, as set out by Pothier, according to which manufacturers must be masters of their craft.

Although the standard for a rebuttal of the presumption of knowledge will always be an objective

ignorer » le vice ne peut exclure sa responsabilité. À notre avis, si le législateur a pris le soin d'indiquer deux situations où le vendeur professionnel ne peut exclure sa responsabilité, c'est qu'il reconnaît que, dans certaines situations, des vendeurs professionnels seraient admis à soulever en défense qu'ils ignoraient le vice de la chose ou ne pouvaient le connaître. Autrement, le législateur aurait simplement énoncé que le vendeur professionnel ne peut exclure conventionnellement sa responsabilité.

#### 3.6.2.4 *Moyens de réfuter la présomption de connaissance du fabricant*

Il ressort de la jurisprudence et de la doctrine qu'un seul standard régit les moyens de défense qui permettent à tous les vendeurs de réfuter la présomption de connaissance pesant contre eux. Comme l'a décidé notre Cour dans l'affaire *Samson & Fillion*, il faut déterminer si le vendeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances aurait été en mesure de découvrir le vice lors de la vente du bien.

Contrairement à ce que plaide C.E., le fabricant n'est jamais admis à invoquer comme seul moyen de défense son ignorance du vice en question : *Samson & Fillion*, *Touchette* et *Kravitz*. Il ne peut réfuter la présomption qu'en démontrant qu'il ignorait le vice *et que son ignorance était justifiée*, c'est-à-dire qu'il n'aurait pu découvrir le vice et ce, même en prenant toutes les précautions auxquelles l'acheteur est en droit de s'attendre d'un vendeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances.

Le principe qui sous-tend cette règle est qu'il est justifié de ne pas engager la responsabilité du fabricant lorsqu'il démontre qu'il maîtrisait sa technique au moment de la conception du bien et que le vice en question ne saurait lui être imputable. Ce principe rejoint l'idée qui a donné lieu à la présomption de connaissance, telle que l'a exposée Pothier et selon laquelle on exige du fabricant qu'il maîtrise son art.

Même si on a toujours recours à un standard objectif pour réfuter la présomption de

68

69

70

71

one, the strength of the presumption will vary depending on the seller's expertise. A non-specialized professional seller will be able to rebut the presumption more easily than a specialized professional seller. Manufacturers will have difficulty rebutting it because they have special knowledge and because they are responsible for manufacturing the goods.

72

Even though the possibility of manufacturers rebutting the presumption is accepted, the high standard of diligence they are required to meet means that the range of defences available to them remains very narrow. Only two defences have been recognized so far, and C.E. has invoked neither of them. Under the first of these defences, a manufacturer can rebut the presumption by proving causal fault on the part of the buyer or a third person, or superior force: *Manac inc./Nortex*, at para. 138; *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. 1, at p. 902. The second defence is that of development risk, but it is still subject to debate in contract matters. This defence enables the manufacturer to avoid liability if it would have been impossible to detect the defect given the state of scientific and technical knowledge at the time the good was put on the market. In such a case, only scientific or technological discoveries made after the good was put on the market will have permitted the defect to be detected. This defence originated in *London & Lancashire Guarantee & Accident Co. of Canada v. Cie F.X. Drolet*, [1944] S.C.R. 82, and is now partially codified in respect of extra-contractual matters in art. 1473 C.C.Q.

### 3.6.2.5 *Application of the Limitation of Liability Clause*

73

The rules discussed above mean that a professional seller who was aware of a defect or who has not rebutted the presumption of knowledge cannot avoid liability. Such a seller cannot rely on a limitation of liability clause, but is obliged to reimburse the buyer for the sale price and provide compensation for any damage resulting from the latent defect (art. 1527 C.C.L.C.).

connaissance, la rigueur de celle-ci variera en fonction de l'expertise du vendeur. Le vendeur professionnel non spécialisé pourra réfuter la présomption de connaissance plus facilement que le vendeur professionnel spécialisé. Le fabricant réfutera difficilement la présomption de connaissance qui pèse contre lui en raison de ses connaissances privilégiées et du fait qu'il est responsable de la fabrication.

Même si on reconnaît au fabricant la possibilité de réfuter la présomption, le haut niveau de diligence qui lui est imposé rend très limité le spectre des moyens mis à sa disposition. Seulement deux moyens ont été reconnus jusqu'à présent et C.E. ne les invoque ni l'un ni l'autre. Selon un premier moyen, le fabricant peut réfuter la présomption s'il prouve la faute causale de l'acheteur ou d'un tiers ou encore la force majeure : *Manac inc./Nortex*, par. 138; *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, p. 902. Le deuxième moyen est celui du risque de développement, mais il demeure controversé en matière contractuelle. Il s'agit d'un moyen pour le fabricant de s'exonérer lorsque le défaut du bien vendu ne pouvait être découvert en raison de l'état des connaissances scientifiques et techniques lors de sa mise en marché. Dans ces cas, seules les découvertes scientifiques ou technologiques subséquentes à la mise en marché permettent de découvrir le vice du produit. Cette défense s'inspire de l'arrêt *London & Lancashire Guarantee & Accident Co. of Canada c. Cie F.X. Drolet*, [1944] R.C.S. 82, et est maintenant partiellement codifiée en matière extracontractuelle à l'art. 1473 C.c.Q.

### 3.6.2.5 *Application de la clause limitative de responsabilité*

En raison des règles qui précèdent, le vendeur professionnel qui connaissait le vice ou qui n'a pas réfuté la présomption de connaissance n'est pas admis à exclure sa responsabilité. Il ne peut invoquer une clause limitative et est tenu de restituer le prix de vente à l'acheteur et de l'indemniser de tous les dommages qui découlent du vice caché (art. 1527 C.c.B.C.).



### 3.6.3 Comparative Aspects

Following this survey of the rules relating to latent defects in Quebec civil law, it may be of interest to consider the extent to which these rules resemble the rules of French law or those that are applied in the rest of Canada. In fact, every provision of the C.C.L.C. respecting the warranty against latent defects is a restatement of the rules of the French Civil Code (“F.C.C.”). It will therefore be interesting to see how the issues before the Court have been analysed in French law. Moreover, a brief review of the common law rules will show that they differ significantly from the applicable rules of Quebec law and French law.

#### 3.6.3.1 *French Law*

In French law, the conditions for enforcing the warranty against latent defects are essentially the same as in Quebec law: the defect must be serious, must have existed before ownership was transferred, and must be latent (arts. 1641 and 1642 F.C.C.).

For the determination as to whether a defect is latent, the professional buyer is subject to a rebuttable presumption of knowledge of the defect: A. Bénabent, *Droit civil: Les contrats spéciaux civils et commerciaux* (5th ed. 2001), No. 226; see also O. Barret, “Vente”, in *Répertoire de droit civil* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. X, Nos. 563 and 565, and J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux* (2nd ed. 2001), at pp. 329-30. This presumption is stronger where the buyer is from the same field of expertise as the seller. However, professional buyers can rebut the presumption at any time by showing that it would have been impossible for them to detect the defect: Barret, Nos. 569 and 571, and Bénabent, No. 226.

When the conditions for enforcing the warranty are met, the buyer has a redhibitory or an estimatory action against the seller (art. 1644 F.C.C.). It is also open to the buyer to seek damages if the seller knew about the defect (art. 1645 F.C.C.) or is presumed to have known about it. However, these actions may be subject to the application of limitation of liability clauses (art. 1643 F.C.C.).

### 3.6.3 Aspects comparatifs

À la suite de ce tour d’horizon du droit civil québécois en matière de vices cachés, il peut être intéressant de se demander dans quelle mesure ces règles sont similaires à celles du droit français ou à celles qui s’appliquent dans le reste du Canada. En effet, chaque disposition du C.c.B.C. sur le régime de garantie contre les vices cachés reprend les règles du Code civil français (« C.c.fr. »). Il est donc intéressant de voir comment le droit français a examiné ces questions. Par ailleurs, un survol des règles de common law permet de constater qu’elles se distinguent substantiellement des règles applicables en droit québécois et en droit français.

#### 3.6.3.1 *Droit français*

En droit français, les conditions d’ouverture de la garantie contre les vices cachés sont essentiellement les mêmes qu’en droit québécois : le vice doit être grave, antérieur au moment du transfert de propriété, et caché (art. 1641 et 1642 C.c.fr.).

Dans l’évaluation du caractère caché du vice, une présomption relative de connaissance du vice pèse-rait contre l’acheteur professionnel : A. Bénabent, *Droit civil: Les contrats spéciaux civils et commerciaux* (5<sup>e</sup> éd. 2001), n<sup>o</sup> 226; voir aussi O. Barret, « Vente », dans *Répertoire de droit civil* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), t. X, n<sup>os</sup> 563 et 565, et J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux* (2<sup>e</sup> éd. 2001), p. 329-330. Cette présomption s’allourdit si celui-ci est de même spécialité que le vendeur. Toutefois, l’acheteur professionnel peut en tout temps renverser cette présomption en démontrant que le vice était indécélable pour lui : Barret, n<sup>os</sup> 569 et 571, et Bénabent, n<sup>o</sup> 226.

Lorsque les conditions d’ouverture de la garantie sont remplies, l’acheteur possède un recours rédhibitoire ou estimatoire contre le vendeur (art. 1644 C.c.fr.). De plus, l’acheteur a aussi la faculté de demander des dommages-intérêts si le vendeur avait la connaissance du vice (art. 1645 C.c.fr.) ou était présumé le connaître. Cependant, ces recours peuvent être sujets à l’application de clauses limitatives de responsabilité (art. 1643 C.c.fr.).

74

75

76

77

78

A professional seller is subject to a presumption of knowledge of latent defects in the good sold (Civ. 1<sup>re</sup>, November 24, 1954, J.C.P. 1955.II.8565, obs. H.B.; also Civ. 1<sup>re</sup>, January 19, 1965, D. 1965.389, and obs. G. Cornu, *Rev. trim. dr. civ.* 1965.665). This presumption is almost irrebuttable; the only exception is where it would have been impossible to detect the defect, and the parties are a professional seller and a professional buyer [TRANSLATION] “from the same field of expertise”. This exception has rarely been applied by the courts, which have interpreted it narrowly: Com., November 6, 1978, J.C.P. 1979.II.19178, obs. J. Ghestin, and obs. G. Cornu, *Rev. trim. dr. civ.* 1979.392; also Huet, at pp. 348-49, and P. le Tourneau, *La responsabilité civile* (3rd ed. 1982), at p. 375, No. 1183.

79

Developments in French law relating to the presumption of knowledge on the part of professional sellers have incorporated the rules governing the presumption into the legal framework applicable to limitation of liability clauses and have confirmed that the presumption is almost irrebuttable. As a result, the analysis of the presumption of knowledge on the part of professional sellers also applies to the review of limitation of liability clauses. This means that such clauses are valid in principle (art. 1645 F.C.C.), but that they are inapplicable in cases involving professional sellers. On an exceptional basis, a professional seller will be able to invoke a limitation of liability clause if the buyer is a professional from the same area of expertise and if it would not have been impossible to detect the defect: Com., October 8, 1973, J.C.P. 1975.II.17927, obs. J. Ghestin; Civ. 3<sup>e</sup>, October 30, 1978, J.C.P. 1979.II.19178, obs. J. Ghestin, and obs. G. Cornu, *Rev. trim. dr. civ.* 1979.392; Com., November 6, 1978, J.C.P. 1979.II.19178, obs. J. Ghestin, and obs. G. Cornu, *Rev. trim. dr. civ.* 1979.392. Thus, a professional seller will always be liable where it would have been impossible for the buyer to detect the defect, regardless of the buyer’s status.

### 3.6.3.2 *Common Law*

80

In Canada, the common law rule is that a latent defect must affect an essential characteristic of the good and make that good unfit for its intended use:

Le vendeur professionnel est soumis à une présomption de connaissance des vices cachés affectant le bien vendu (Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1954, J.C.P. 1955.II.8565, obs. H.B.; aussi Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janvier 1965, D. 1965.389, et obs. G. Cornu, *Rev. trim. dr. civ.* 1965.665). Cette présomption est quasi irréfragable, la seule exception étant lorsque le vice n’était pas indécélable et que le vendeur professionnel et l’acheteur professionnel sont « de la même spécialité ». Cette exception a été rarement utilisée par la jurisprudence, qui l’interprète de façon restrictive : Com., 6 novembre 1978, J.C.P. 1979.II.19178, obs. J. Ghestin, et obs. G. Cornu, *Rev. trim. dr. civ.* 1979.392; aussi Huet, p. 348-349, et P. le Tourneau, *La responsabilité civile* (3<sup>e</sup> éd. 1982), p. 375, n<sup>o</sup> 1183.

Les développements en droit français sur la présomption de connaissance du vendeur professionnel ont intégré les règles gouvernant cette présomption au régime juridique des clauses limitatives et ont confirmé son caractère quasi irréfragable. L’analyse de la présomption de connaissance du vendeur professionnel s’applique donc aussi à l’examen des clauses limitatives. Cela signifie que ces clauses sont valides en principe (art. 1645 C.c.fr.), mais inapplicables en présence d’un vendeur professionnel. À titre d’exception, le vendeur professionnel pourra bénéficier d’une clause limitative lorsque son acheteur est un professionnel de même spécialité et que le vice n’était pas indécélable : Com., 8 octobre 1973, J.C.P. 1975.II.17927, obs. J. Ghestin; Civ. 3<sup>e</sup>, 30 octobre 1978, J.C.P. 1979.II.19178, obs. J. Ghestin, et obs. G. Cornu, *Rev. trim. dr. civ.* 1979.392; Com., 6 novembre 1978, J.C.P. 1979.II.19178, obs. J. Ghestin, et obs. G. Cornu, *Rev. trim. dr. civ.* 1979.392. Ainsi, le vice indécélable pour l’acheteur se trouve toujours à la charge du vendeur professionnel, indépendamment de la qualité de son acheteur.

### 3.6.3.2 *Common law*

Suivant la common law canadienne, le vice caché doit porter sur une caractéristique essentielle du bien et faire en sorte que celui-ci ne puisse

*Tony's Broadloom & Floor Covering Ltd. v. NMC Canada Inc.* (1995), 22 O.R. (3d) 244 (Gen. Div.), aff'd (1996), 31 O.R. (3d) 481 (C.A.); *Jenkins v. Foley* (2002), 215 Nfld. & P.E.I.R. 257, 2002 NFCA 46. The onus is on the buyer to prove that the latent defect was known to the seller or that the seller showed reckless disregard for what he or she should have known. However, where it has been established that the seller could have obtained information about an essential characteristic of the good, the seller cannot simply allege an honest belief: *Parlby Construction Ltd. v. Stewart Equipment Co.*, [1972] 1 W.W.R. 503 (B.C.S.C.), at pp. 507 and 509-10.

With some exceptions, provincial and territorial statutes generally allow sellers to limit the warranty against latent defects by contract. Contrary to French and Quebec law, the common law has no specific rule for the special case of professional sellers and buyers of identical expertise. In principle, a limitation of liability clause in a contract between two merchants will be valid unless it is declared to be unenforceable either for unconscionability or because failure to discharge the obligation to which it applies would amount to a fundamental breach of contract.

Under the doctrine of unconscionability, a limitation of liability clause will be unenforceable where one party to the contract has abused its negotiating power to take undue advantage of the other. This doctrine is generally applied in the context of a consumer contract or contract of adhesion.

Under the doctrine of fundamental breach, parties with equal bargaining power can, in certain cases, apply to have an unreasonable clause declared unenforceable on the basis that it does not reflect the intent of the parties. For this purpose, the breaching party's failure to perform its obligations under the contract must be such that it "deprives the non-breaching party of substantially the whole benefit of the agreement": *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999]

pas servir à l'usage auquel il est destiné : *Tony's Broadloom & Floor Covering Ltd. c. NMC Canada Inc.* (1995), 22 O.R. (3d) 244 (Div. gén.), conf. par (1996), 31 O.R. (3d) 481 (C.A.); *Jenkins c. Foley* (2002), 215 Nfld. & P.E.I.R. 257, 2002 NFCA 46. L'acheteur a le fardeau de démontrer que le vice caché était connu du vendeur ou que ce dernier a fait preuve d'insouciance téméraire à l'égard de ce qu'il aurait dû savoir. Cependant, dans la mesure où il est établi que le vendeur aurait pu connaître l'information portant sur une caractéristique essentielle du bien, le vendeur ne peut alléguer uniquement une croyance sincère : *Parlby Construction Ltd. c. Stewart Equipment Co.*, [1972] 1 W.W.R. 503 (B.C.S.C.), p. 507 et 509-510.

Sauf exceptions, les lois provinciales et territoriales permettent généralement au vendeur de limiter par écrit la garantie contre les vices cachés. Contrairement aux droits français et québécois, la common law ne régit pas spécifiquement la situation particulière entre vendeur et acheteur professionnels de même compétence. Une clause limitative de responsabilité négociée entre deux commerçants demeure en principe valide à moins d'être déclarée inapplicable, soit en vertu de la théorie de l'iniquité (*unconscionability*), soit parce que la clause vise une obligation dont le non-respect constitue une inexécution fondamentale du contrat (*fundamental breach of contract*).

La théorie de l'iniquité rend inapplicable une clause limitative de responsabilité lorsqu'une partie abuse de son pouvoir de négociation pour tirer un avantage indu de son cocontractant. Cette théorie s'applique généralement dans le cadre d'un contrat de consommation ou d'adhésion.

Quant à la théorie de l'inexécution fondamentale, elle permet dans certains cas à des parties bénéficiant d'un pouvoir égal de négociation de demander l'inapplicabilité d'une clause déraisonnable qui ne reflète pas l'intention des parties. Pour ce faire, l'inexécution contractuelle de la partie débitrice doit avoir « pour effet de priver l'autre partie de la quasi-totalité du bénéfice du contrat » : *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, par. 50. Ainsi, la présence

81

82

83

3 S.C.R. 423, at para. 50. Thus, the existence of a latent defect does not automatically amount to a fundamental breach of contract: G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (5th ed. 2006), at p. 592; the latent defect must be “irreparable”, or the good must be unusable: *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, at pp. 501-2; *Guarantee Co. of North America*; *R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.*, [1970] 1 O.R. 207 (C.A.), at pp. 211-12.

84 Once the existence of a fundamental breach has been established, the court must still analyse the limitation of liability clause in light of the general rules of contract interpretation. If the words can reasonably be interpreted in only one way, it will not be open to the court, even on grounds of equity or reasonableness, to declare the clause to be unenforceable since this would amount to rewriting the contract negotiated by the parties.

### 3.6.3.3 *Conclusion on Comparative Law*

85 In short, owing to certain of its characteristics, the common law, to an even greater extent than French law, cannot easily be grafted on to Quebec civil law. Nor, despite the connections between Quebec civil law and French law, does it appear any more desirable to import the rules of the French system into Quebec law. What now remains to be considered is how to apply the Quebec rules to the facts of the instant case.

### 3.7 *Analysis of C.E.’s Liability*

86 The trial judge made findings of fact. The Court of Appeal saw no palpable errors in them, and the parties have not asked us to review them. Only the conclusions of law drawn from those facts are in issue. As mentioned above, the trial judge concluded that the cracking of the tubes was a design feature rather than a design defect. Domtar contests this conclusion and argues that the cracking constitutes a latent defect. It must therefore be determined whether there was in fact a latent defect in C.E.’s recovery boiler and, if so, whether C.E. knew or is presumed to have known that there was such a defect.

d’un vice caché n’équivaut pas automatiquement à une inexécution fondamentale du contrat : G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (5<sup>e</sup> éd. 2006), p. 592; il faut que le vice caché soit « irréparable » ou que le bien s’avère inutilisable : *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426, p. 501-502; *Guarantee Co. of North America*; *R. G. McLean Ltd. c. Canadian Vickers Ltd.*, [1971] 1 O.R. 207 (C.A.), p. 211-212.

Une fois l’inexécution fondamentale constatée, le tribunal doit encore analyser la clause limitative selon les règles générales d’interprétation des contrats. Dans la mesure où les termes sont raisonnablement susceptibles d’une seule interprétation, le tribunal ne pourra déclarer la clause limitative de responsabilité inapplicable, même pour des motifs d’équité ou de raisonabilité, puisque cela reviendrait à réécrire le contrat négocié entre les parties.

### 3.6.3.3 *Conclusion sur le droit comparé*

Bref, encore plus que le droit français, la common law présente des caractéristiques qui font qu’elle est difficilement transposable en droit civil québécois. Par ailleurs, en dépit des liens du droit civil québécois avec le droit français, il n’apparaît pas non plus souhaitable de transposer dans le droit du Québec les règles de ce système de droit. Il reste donc maintenant à analyser comment les règles québécoises doivent être appliquées aux faits de l’espèce.

### 3.7 *Analyse de la responsabilité de C.E.*

Les faits ont été déterminés par le juge de première instance. La Cour d’appel n’y a vu aucune erreur manifeste et les parties ne nous invitent pas à les revoir. Seules les conclusions de droit tirées de ces faits sont contestées. Rappelons que le juge de première instance a conclu que la fissuration des tubes constituait une particularité technique plutôt qu’un vice de conception. Domtar conteste cette conclusion et plaide qu’il s’agit d’un vice caché. Il s’agit donc de déterminer si la chaudière de récupération de C.E. était effectivement affectée d’un vice caché et, le cas échéant, si cette dernière connaissait ou était présumée connaître l’existence d’un tel vice.

### 3.7.1 Existence of a Latent Defect

#### 3.7.1.1 *Seriousness of the Loss of Use*

In the case at bar, the trial judge's conclusion that the superheater did not have a latent defect was based on two errors he made in interpreting this first criterion. The first was to limit the definition of a defect to a problem preventing the good from being used at all, while the second was to confuse the sale of a lower-performance version of a good with the sale of a defective one.

A defect will be considered to be serious if it renders the good unfit for its intended use or so diminishes its usefulness that the buyer would not have bought it at the price paid (arts. 1522 C.C.L.C. and 1726 C.C.Q.). An example frequently cited by the authors is where a house is at risk of water damage owing to a crack in its foundation. The crack does not actually have to cause such damage for a latent defect to exist; it is enough that the crack exists and that it is likely to lead to serious damage.

C.E. considers only the first aspect of the seriousness of the defect. According to its interpretation, the boiler could not be considered to be defective unless there were absolutely no possibility of it working. The trial judge, too, failed to ask whether the usefulness of the good had been diminished, as he stressed that the recovery boiler could continue to operate despite the cracks.

In the instant case, the superheater was a new product at the time of delivery. After 18 months of use, 6 leaks had to be repaired, 789 H-style tie welds had to be replaced, and 764 cracks were detected in the superheater's various compartments. The cost of these repairs reached \$445,483.57, and the boiler was out of service for 13 days. Six months later, a full inspection revealed 3 new leaks and 859 new cracks, including some that C.E.'s expert described as being severe and likely to cause new leaks. Domtar replaced the superheater two years after it was put into service. However, the trial judge himself stated that this type of machine is designed for

### 3.7.1 L'existence d'un vice caché

#### 3.7.1.1 *La gravité du déficit d'usage*

En l'espèce, la conclusion du juge de première instance que le surchauffeur n'était pas atteint d'un vice caché repose sur deux erreurs relatives à l'interprétation de ce premier critère. D'abord, il définit le vice uniquement comme un problème qui empêche toute utilisation du bien, puis il confond la mise en marché d'une version moins performante d'un bien avec celle d'un bien déficient.

Un vice sera considéré grave s'il rend le bien impropre à l'usage auquel on le destine, ou en diminue tellement l'utilité que l'acheteur ne l'aurait pas acheté à ce prix (art. 1522 C.c.B.C. et 1726 C.c.Q.). Un exemple souvent repris par la doctrine est celui des fondations fissurées d'une maison, exposant l'immeuble à un risque d'inondation. Or, il n'est pas nécessaire que la maison soit inondée en raison de la fissure pour qu'il y ait vice caché; il suffit que la fissure soit présente et qu'il soit probable qu'elle entraîne des dommages importants.

C.E. ne s'attarde qu'au premier aspect de la gravité du vice. Si l'on se fie à son interprétation, il faudrait que la chaudière ait été dans l'impossibilité totale de fonctionner pour qu'on puisse la considérer comme atteinte d'un vice. Le juge de première instance omet lui aussi de considérer la diminution d'usage du bien, insistant sur le fait que la chaudière de récupération pouvait continuer de fonctionner, malgré la présence de fissures.

En l'espèce, le surchauffeur était un produit neuf au moment de la livraison. Après 18 mois d'utilisation, 6 fuites ont dû être réparées, 789 attaches de type « H » remplacées et 764 fissures ont été observées dans les différents compartiments du surchauffeur. Le coût de ces réparations atteignait 445 483,57 \$ et le fonctionnement de la chaudière a été interrompu durant une période de 13 jours. Six mois plus tard, une inspection complète fait état de l'apparition de 3 nouvelles fuites et de 859 nouvelles fissures, dont certaines sont qualifiées de sévères par l'expert de C.E. et de susceptibles de se transformer en nouvelles fuites. Domtar

87

88

89

90

continuous use, apart from scheduled shutdowns, and generally has a lifespan, free of major problems, of at least 15 years. The fact that Domtar noticed leaks by chance does not make the defect less serious, especially since so little time had elapsed since the equipment was put into service. This clearly suggests abnormal wear and tear of the machine. Furthermore, an engineer who testified for C.E. acknowledged that it should normally take 15 to 20 years for cracks to occur in the superheater tubes.

91 For the defect to be considered serious, it was enough for there to be a problem with the boiler so serious that the buyer would not have purchased the boiler had it known about the problem. The trial judge himself concluded that Domtar would undoubtedly have elected to use hinge-pin attachments, just as any other paper manufacturer provided with the relevant information about the two types of attachments would have done. He added that if Domtar had elected to use hinge-pin attachments, it is probable that no leaks would have been discovered in the ITSH and that fewer cracks would have been found in the ITSH and HTSH. In our opinion, these findings of fact support the Court of Appeal's conclusion that Domtar would not have bought a boiler with H-style tie welds if it had been informed of the risks associated with this type of attachment.

92 There is another problem with the trial judge's characterization of the facts: the confusion between performance and defectiveness of a product. In the case at bar, C.E. submitted that the hinge-pin attachments were simply of higher quality than the H-style tie welds. While it is true that a manufacturer may design goods of varying quality, each version of a good must be fit for its intended purpose for as long as a buyer might reasonably be entitled to expect. Yet the technology of hinge-pin attachments existed at the time the boiler was **manufactured. What are**

a remplacé le surchauffeur deux ans après sa mise en service. Or, le juge de première instance indique lui-même que ce type d'appareil est conçu pour un usage continu, sauf pour les interruptions planifiées, et a généralement une durée de vie d'au moins une quinzaine d'années sans que des problèmes majeurs ne surviennent. Le fait que Domtar ait constaté des fuites par hasard n'atténue pas l'importance du vice, particulièrement lorsqu'un court laps de temps s'est écoulé depuis la mise en service de l'équipement. Cette situation suggère clairement une usure anormale de l'appareil en question. De plus, une ingénieure, témoignant pour C.E., reconnaît qu'il ne devrait normalement pas survenir de fissures dans les tubes du surchauffeur avant une période de 15 à 20 ans.

Pour qualifier le vice de grave, il suffisait que la chaudière soit atteinte d'un problème si important que l'acheteur ne l'aurait pas achetée s'il avait connu ce problème. Or, le juge de première instance a lui-même conclu que Domtar aurait certainement choisi d'utiliser des attaches souples, tout comme n'importe quelle autre papetière à qui les informations appropriées sur les deux types d'attaches auraient été communiquées. Le juge de première instance s'est aussi dit d'avis que, si Domtar avait choisi les attaches souples, il est probable qu'aucune fuite dans le ITSH, ni un nombre aussi élevé de fissures dans les ITSH et HTSH n'auraient été découverts. À notre avis, ces constatations de fait soutiennent la conclusion de la Cour d'appel à l'effet que Domtar n'aurait pas acheté une chaudière conçue avec des attaches de type « H » si on lui avait fait part des risques associés à ce type d'attaches.

Une autre difficulté peut être notée dans la caractérisation des faits du juge de première instance. Il a confondu performance et défectuosité du produit. En l'espèce, C.E. a allégué que les attaches souples étaient simplement de meilleure qualité que celles de type « H ». Certes, un fabricant peut concevoir des biens de qualité différente. Néanmoins, chaque version du bien doit pouvoir être utilisée à la fin à laquelle il est destiné et ce, pour la durée raisonnable à laquelle l'acheteur est en droit de s'attendre. Or, la technologie des

in issue here are not two types of attachments of different quality or different brands, but rather two types of attachments, one of which tends to weaken the tubes, and is as a result likely to cause unscheduled shutdowns of the boiler, even after only a short time in operation.

C.E. knew about the problems associated with the rigidity of both A-style and H-style tie welds. Furthermore, it was the rigidity of H-style tie welds that prompted C.E.'s parent company to decide to offer hinge-pin attachments as the standard in superheater design. Nevertheless, C.E. used A-style and H-style tie welds without having independent analyses conducted to determine whether they could withstand the stress placed on the tubes by the circulation of steam at high temperatures. According to the trial judge, C.E. chose instead to rely on its customers' experience in this respect to assess the real efficacy of its new product. Moreover, it can be seen from a memorandum filed at trial that C.E. had delayed the adoption of hinge-pin attachments in order to maintain its competitive position in the marketplace, and that the decision to adopt them as the standard had been imposed on the manufacturer gradually by market forces:

... it is apparent that it was reluctantly responding to market forces that were to the effect that "the pulp and paper industry no longer considers the use of tie welds to be an acceptable superheater attachment . . ."

([2003] R.J.Q. 2194, at para. 41)

Where there is a serious problem that affects the use of a good and the manufacturer is aware of the problem, the manufacturer must address the problem to avoid being held liable for it. The manufacturer cannot simply put the product on the market and wait for reactions from users.

This being said, C.E. still uses H-style tie welds in the design of some of its products, sometimes in combination with hinge-pin attachments. The present reasons for judgment should not be understood to

attaches souples existait au moment où la chaudière a été fabriquée. Il n'est pas ici question de deux types d'attaches de qualité ou de marque différentes, mais plutôt de deux types d'attaches dont l'un tend à fragiliser les tubes, ce qui est susceptible d'engendrer des interruptions imprévues du fonctionnement de la chaudière, même après une courte période d'utilisation.

C.E. connaissait les problèmes associés à la rigidité des attaches, autant de type « A » que de type « H ». D'ailleurs, c'est en raison de la rigidité des attaches de type « H » que la compagnie-mère de C.E. a décidé d'offrir à titre de standard des attaches souples dans la conception de surchauffeurs. Toutefois, C.E. a utilisé les attaches de types « A » et « H » sans procéder à des analyses de résistance indépendantes pour déterminer si ces types d'attaches pouvaient supporter la contrainte exercée sur les tubes par la circulation de la vapeur à haute température. Le juge de première instance a indiqué que C.E. avait plutôt choisi de s'en remettre à l'expérience de ses clients à cet égard pour évaluer l'efficacité réelle de son nouveau produit. Une note de service déposée au procès établit d'ailleurs que C.E. a retardé l'adoption des attaches souples afin de demeurer compétitive sur le marché et que la décision de les adopter à titre de standard a été graduellement imposée au fabricant par le marché :

[TRADUCTION] . . . elle répondait apparemment à regret aux forces du marché selon lesquelles « l'industrie des pâtes et papiers ne considère plus acceptable l'utilisation d'attaches rigides pour un surchauffeur . . . »

([2003] R.J.Q. 2194, par. 41)

Lorsqu'un problème important affecte l'usage du bien et que le fabricant est au courant du problème, il doit y pourvoir s'il entend éviter d'engager sa responsabilité. Il ne peut se contenter de mettre en marché un produit et d'attendre simplement ensuite la réaction des utilisateurs.

Cela dit, C.E. utilise toujours des attaches de type « H » dans la conception de certains de ses produits, parfois en combinaison avec des attaches souples. Les présents motifs ne doivent pas être

93

94

95

imply that H-style tie welds must never be used in the design of superheaters. However, as a boiler manufacturer, C.E. is required to take its customers' needs and objectives into account in designing its boilers. This is the standard that Domtar was entitled to expect C.E. to meet.

3.7.1.2 *Existence of the Defect at the Time of the Sale*

96 In the case at bar, the cracking caused by the use of H-style tie welds was not the result of abnormal use of the recovery boiler, as C.E. originally claimed. Moreover, the trial judge found that the cause of the cracking was related to the rigidity of the attachments used. C.E. decided, with good reason, not to pursue its original argument in this Court. In all probability, the defect existed at the time of the sale.

3.7.1.3 *Domtar Was Unaware of the Defect at the Time of the Sale*

97 This criterion requires the application of a subjective standard. The trial judge found that Domtar did not have actual knowledge of what he described as a design feature. According to the evidence, C.E. did not share the information it possessed on this subject with Domtar.

3.7.1.4 *Latency of the Defect Despite Domtar's Expertise*

98 The latency of a defect is analysed in relation to the buyer's level of expertise. In other words, should Domtar have known it was running a risk of excessive cracking because of the use of H-style tie welds?

99 The trial judge found that Domtar's "principal interlocutor" was aware of the two different opinions on the attachments since he had been a member of the Black Liquor Recovery Boiler Advisory Committee which met to discuss recent cases in which problems with recovery boilers had

interprétés comme signifiant que les attaches de type « H » ne doivent jamais être utilisées dans la conception de surchauffeurs. À titre de fabricant de chaudières, C.E. est cependant tenue de tenir compte des besoins et des objectifs de ses clients dans la conception de ses chaudières. C'est à cette norme que Domtar était en droit de s'attendre.

3.7.1.2 *L'existence du vice au moment de la vente*

En l'espèce, le problème de fissuration engendré par l'utilisation d'attaches de type « H » ne découle pas d'une utilisation anormale de la chaudière de récupération comme l'a d'abord prétendu C.E. Par ailleurs, le juge de première instance conclut que la cause des fissures est liée à la rigidité des attaches utilisées. Avec raison, C.E. a décidé de ne pas reprendre son argument initial devant notre Cour. Le vice existait, selon toute probabilité, au moment de la vente.

3.7.1.3 *Le vice était inconnu de Domtar au moment de la vente*

Ce critère doit être évalué suivant une norme subjective. Le juge de première instance a conclu que Domtar n'avait pas la connaissance effective de ce qu'il a qualifié de particularité technique. Selon la preuve, C.E. n'a pas transmis à Domtar les informations internes qu'elle détenait à cet égard.

3.7.1.4 *La nature occulte du vice malgré l'expertise de Domtar*

La nature occulte du vice s'analyse en fonction du degré d'expertise dont bénéficie l'acheteur. En d'autres termes, Domtar aurait-elle dû découvrir le problème de fissuration excessive auquel elle s'exposait en raison de l'utilisation d'attaches de type « H »?

Le juge de première instance conclut que le principal interlocuteur de Domtar avait connaissance des deux opinions distinctes sur les attaches, puisqu'il avait été membre du Black Liquor Recovery Boiler Advisory Committee, dont l'objet était de discuter de problèmes récents de



led to unscheduled shutdowns. The trial judge also mentioned the expertise of Domtar's engineering department and of Simons-Sandwell as regards the operation of pulp and paper mills. Although Domtar was characterized as a sophisticated operator of the equipment used in operating a pulp and paper mill, the issue here is the design of a custom-made piece of industrial equipment. C.E. is a company that specializes in the design of recovery boilers. According to the trial judge, approximately 50 to 60 percent of C.E.'s revenue came from the design and sale of boilers. The company enjoyed an 80 percent share of the Canadian market for these machines. Expertise in operating such equipment does not automatically entail expertise in the actual design of the product. The manufacturer inevitably has more complete knowledge of the product it has designed since it controls the materials and labour.

In discussing the professional qualifications of Domtar's representatives, the trial judge stated that Simons-Sandwell was knowledgeable to a certain extent about boilers and was aware of, among other things, the existence and potential advantages of hinge-pin attachments. However, neither Simons-Sandwell nor Domtar knew that the tie welds were in all probability *the cause* of the numerous cracks that had appeared.

C.E. submits that the trial judge did not attach sufficient importance to Simons-Sandwell's knowledge. This argument must fail. The defect is not apparent simply because Domtar was assisted by an expert. Since the cause of the excessive cracking was unknown to both Domtar and Simons-Sandwell, the defect in this case was indeed latent.

### 3.7.2 Applicability of the Limitation of Liability Clause

As mentioned above, the limitation of liability clause may be relied on only if C.E., as a manufacturer, can rebut the presumption of knowledge

chaudières de récupération à l'origine d'interruptions non planifiées. Il a également souligné l'expertise du service d'ingénierie interne de Domtar et de Simons-Sandwell à l'égard de l'exploitation d'usines de pâte et papier. Bien que Domtar ait été qualifiée d'utilisatrice avertie de l'équipement employé dans le cadre des activités d'une usine de pâte et papier, il est ici question de la conception d'un appareil industriel conçu sur mesure. C.E. est une compagnie spécialisée dans la conception de chaudières de récupération. Ainsi, le juge de première instance indique qu'environ 50 p. 100 à 60 p. 100 des revenus de C.E. provenaient de la conception et de la vente de chaudières. Sa part du marché canadien pour ces appareils atteignait alors 80 p. 100. Or, l'expertise dans l'utilisation d'un tel équipement n'emporte pas automatiquement l'expertise dans la conception du produit comme tel. Le fabricant possède nécessairement une connaissance plus approfondie du produit qu'il conçoit, puisqu'il contrôle les matériaux et la main-d'œuvre.

Discutant les qualités professionnelles des représentants de Domtar, le juge de première instance a affirmé que Simons-Sandwell possédait une certaine connaissance des chaudières et connaissait notamment l'existence des attaches souples ainsi que leurs avantages potentiels. Toutefois, ni Simons-Sandwell, ni Domtar ne savaient que les attaches rigides étaient vraisemblablement *la cause* de l'apparition de nombreuses fissures.

C.E. prétend que le juge de première instance n'a pas attribué suffisamment d'importance à la connaissance de Simons-Sandwell. Cette prétention ne peut être retenue. Le fait que Domtar ait été assistée d'un expert ne fait pas en sorte que le vice soit apparent. La cause de la fissuration excessive restant inconnue à la fois pour Domtar et pour Simons-Sandwell, le vice en l'espèce était véritablement caché.

### 3.7.2 L'applicabilité de la clause limitative de responsabilité

Rappelons que la clause limitative de responsabilité ne peut être invoquée que si C.E., à titre de fabricant, peut réfuter la présomption de

100

101

102

applicable to it. C.E. had to prove that another manufacturer in the same circumstances would not have known of the defect: *Samson & Fillion*. Its argument in this Court is based not on fault on the part of Domtar or a third party, or on superior force or development risk, but on its own good faith throughout its business relations with Domtar. Although good faith has not yet been recognized as a means of rebutting the presumption, it will be helpful to review the facts as alleged by C.E. and found by the trial judge.

103 The trial judge reviewed in detail the evolution of the types of attachments used in recovery boilers. In 1977, C.E. had decided to replace A-style tie welds with H-style tie welds because A-style tie welds had been causing serious leakage problems over the previous five years. C.E. decided that H-style tie welds would be preferable, even though they had not been tested.

104 Manufacturers started using hinge-pin attachments in the early 1980s. It can be seen from internal C.E. memoranda that a number of customers in the United States had complained about problems with cracks and leaks linked to tie welds. As a result, C.E.'s parent company adopted hinge-pin attachments as its standard in the United States in 1984. But a similar problem was occurring in Canada: C.E. had received complaints about A-style tie welds from Canadian customers in January 1983, May 1983 and December 1984. In June 1985, C.E. recommended to one of its customers that it use hinge-pin attachments to avoid cracks and leaks. In 1988, C.E. decided to limit its use of hinge-pin attachments in order to maintain its competitive position in the marketplace:

An internal memorandum insisted on the use of tie welds because of the additional cost to manufacture hinge pins, and that in order to maintain the competitive position of C.E. in the marketplace, hinge pins should only be used when there was a "known failure, deterioration, misalignment, etc. of our present standard tangent tube flex ties," or, "if specifically requested

connaissance qui pèse sur elle. C.E. devait prouver qu'un autre fabricant placé dans les mêmes circonstances n'aurait pas eu connaissance du vice : *Samson & Fillion*. Devant notre Cour, C.E. ne plaide ni la faute de Domtar ou d'un tiers, ni la force majeure, ni le risque de développement, mais plutôt sa bonne foi tout au cours de sa relation d'affaires avec Domtar. Bien que la bonne foi n'ait pas, à ce jour, été reconnue comme moyen de repousser la présomption, il convient d'examiner les faits tels qu'ils ont été plaidés par C.E. et constatés par le juge de première instance.

Le juge de première instance a relaté de façon détaillée l'évolution des systèmes d'attaches utilisées dans les chaudières de récupération. En 1977, C.E. avait décidé de remplacer les attaches rigides de type « A » par des attaches rigides de type « H » parce que les attaches de type « A » causaient déjà depuis cinq années des problèmes majeurs de fuites. C.E. a jugé les attaches de type « H » préférables malgré l'absence de travaux de vérification.

Au début des années 80, des fabricants ont commencé à utiliser des attaches souples. Des mémos internes de C.E. démontraient que plusieurs clients américains s'étaient plaints de problèmes de fissures et de fuites reliées aux attaches rigides. En conséquence, la compagnie-mère de C.E. a imposé les attaches souples à titre de standard de l'entreprise en 1984 aux États-Unis. Or, un problème similaire existait au Canada : C.E. avait reçu des plaintes de clients canadiens en date de janvier 1983, mai 1983 et décembre 1984 concernant des attaches de type « A ». En juin 1985, C.E. avait recommandé à l'un de ses clients d'utiliser des attaches souples pour éviter les fissures et fuites. Au cours de l'année 1988, C.E. décide de restreindre son utilisation des attaches souples afin de demeurer compétitive sur le marché :

[TRADUCTION] Une note de service interne insistait sur l'utilisation d'attaches rigides (*tie welds*) en raison du coût additionnel lié à la fabrication d'attaches souples (*hinge pins*) et du fait que, pour maintenir la situation concurrentielle de C.E. sur le marché, les attaches souples ne devaient être utilisées qu'en cas de « déficience, détérioration, mauvais alignement, etc., connu de nos

by the customer or when ‘latest state-of-the-art’ design is noted.”

([2003] R.J.Q. 2194, at para. 39)

C.E. did not finally adopt hinge-pin attachments as its Canadian standard until the following year. However, C.E. had known about the problems associated with tie welds since the early 1980s, that is, before Domtar submitted its purchase order in September 1985.

It can be seen from the evidence that the technical knowledge of the time had led some of C.E.’s competitors, and even its parent company, to change their standards. To successfully rebut the presumption of knowledge, it matters little that C.E. believed in good faith that it had solved the problem. Simply having an honest belief in the adequacy of its product is not enough to relieve a manufacturer of liability. It must be concluded that, since C.E. has failed to raise a valid defence, it has not rebutted the presumption of knowledge applicable to it in accordance with the standard established in *Samson & Filion*.

It is therefore our view that the Court of Appeal correctly found that there was a latent defect in the superheater that C.E. knew or should have known about. Since C.E. has failed to rebut the presumption of knowledge applicable to it, it cannot rely on the limitation of liability clause in its defence.

### 3.8 *Duty to Inform*

The trial judge found that C.E. had breached its duty to inform, whereas in the Court of Appeal’s view, the issue related to the warranty against latent defects. The two concepts overlap, but it is important to distinguish them in order to identify the circumstances in which each rule will be applied.

Whereas the warranty against latent defects is expressly provided for in the C.C.L.C. and the C.C.Q., the duty to inform derives instead from the

attaches standards actuelles (*flex ties*) de tube tangent » ou « si le client l’exige expressément ou lorsqu’il est fait mention de la conception la plus nouvelle “à la fine pointe de la technologie” ».

([2003] R.J.Q. 2194, par. 39)

C.E. n’a finalement adopté les attaches souples à titre de standard canadien que l’année suivante. Pourtant, C.E. connaissait les problèmes associés à l’installation d’attaches rigides depuis le début des années 80, donc avant que le bon de commande de Domtar ne soit émis en septembre 1985.

Il ressort de la preuve que les connaissances techniques de l’heure avaient permis à des concurrents, et même à la compagnie-mère de C.E., de modifier leur standard. Or, pour réussir à réfuter la présomption de connaissance, il importe peu que C.E. ait cru de bonne foi avoir réglé le problème. La seule croyance sincère du fabricant quant au caractère adéquat de son produit ne lui permet pas de s’exonérer de sa responsabilité. Force est de constater que C.E., n’ayant pas invoqué de défense valable, n’a pas réussi à réfuter la présomption de connaissance qui pesait contre elle suivant la norme établie dans *Samson & Filion*.

Par conséquent, nous sommes d’avis que la Cour d’appel a eu raison de conclure que le surchauffeur était atteint d’un vice caché que C.E. connaissait ou aurait dû connaître. Compte tenu que C.E. n’a pas réussi à réfuter la présomption de connaissance qui pesait contre elle, elle ne peut invoquer en sa faveur la clause limitative de responsabilité.

### 3.8 *L’obligation de renseignement*

Le juge de première instance a conclu à une violation de l’obligation de renseignement alors que, pour la Cour d’appel, il s’agissait de garantie contre les vices cachés. Les deux notions se recoupent, mais il est important de les distinguer afin de préciser dans quelles circonstances chaque règle sera mise en œuvre.

Alors que la garantie contre les vices cachés est expressément prévue au C.c.B.C. et au C.c.Q., l’obligation de renseignement découle plutôt du

105

106

107

108

general principle of good faith (*Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554, at p. 586; arts. 6, 7 and 1375 C.C.Q.) and the principle of free and informed consent. Furthermore, the scope of the general duty to inform is much broader than that of the disclosure of a latent defect. This duty encompasses **any information that is of decisive importance** for a party to a contract, as Gonthier J. stated in *Bail* (see pp. 586-87). It is therefore easy to imagine a situation in which a seller would be in breach of the duty even though no latent defect exists.

109

Where a seller fails to discharge the duty to disclose a defect, on the other hand, it can probably be said at the same time that he or she has also breached the general duty to inform the buyer of a factor of decisive importance in respect of the good sold, namely the existence of a latent defect. The instant case is one example of this. If a party invokes the seller's warranty against latent defects, the duty to inform is in a sense subsumed in the analysis of the seller's liability for latent defects, and there is no need for the court to conduct a separate analysis on the seller's duty to inform. As a result, our analysis and conclusion regarding C.E.'s liability under the warranty against latent defects are sufficient to dispose of the case before the Court.

110

What now remains is to consider C.E.'s argument concerning the reduction of the quantum awarded to Domtar in light of Domtar's failure to mitigate its damages and of the payment it received from its insurer, Lloyd's, as well as the actions against Chubb, based on the performance bond, and Arkwright, based on the all risk insurance policy.

### 3.9 *Reduction of the Quantum of the Damages*

111

In this Court, C.E. has submitted two arguments for reducing the quantum of the damages awarded to Domtar by the Court of Appeal. First, C.E. contends that by replacing a superheater that was fully

principe général de bonne foi (*Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, p. 586; art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.) et du principe du consentement libre et éclairé. De plus, l'obligation générale de renseignement a un champ d'application beaucoup plus vaste que la simple dénonciation d'un vice caché. Elle englobe toute information déterminante pour une partie à un contrat, comme l'a souligné le juge Gonthier dans l'arrêt *Bail* (voir p. 586-587). Ainsi, l'on peut aisément concevoir une situation où le vendeur manquerait à son obligation de renseignement sans qu'il soit question de vice caché.

Par ailleurs, dans la mesure où le vendeur manque à son obligation de dénoncer un vice, l'on peut probablement affirmer du même coup qu'il aura aussi violé son obligation générale de renseigner l'acheteur sur un élément déterminant en rapport avec le bien vendu, c'est-à-dire l'existence d'un vice caché. Le présent litige se trouve dans cette dernière situation. Dans la mesure où une partie invoque la garantie du vendeur contre les vices cachés, l'obligation de renseignement se trouve en quelque sorte subsumée dans la grille d'analyse de la responsabilité du vendeur pour vices cachés et le tribunal n'a pas à procéder à une analyse distincte de l'obligation de renseignement du vendeur. C'est pourquoi notre analyse et notre conclusion quant à la responsabilité de C.E. fondée sur la garantie contre les vices cachés suffisent pour statuer sur le présent dossier.

Il reste désormais à examiner le moyen soulevé par C.E. concernant la réduction du montant accordé à Domtar en raison de son omission de réduire ses dommages et de l'indemnité qu'elle a reçue de son assureur Lloyd's, ainsi que les recours contre Chubb, fondé sur le cautionnement d'exécution, et contre Arkwright, sur la base de la police d'assurance tous risques.

### 3.9 *La réduction des dommages*

Devant notre Cour, C.E. a présenté deux arguments pour réduire le montant des dommages-intérêts accordés à Domtar par la Cour d'appel. D'abord, C.E. prétend que Domtar a omis de réduire

operational, Domtar failed to mitigate its damages and that Domtar is accordingly entitled to be reimbursed only for the repairs effected in the spring of 1989. Second, C.E. submits that the determination *a posteriori* by a court that the damage was not covered by the insurance policy does not alter the compensatory nature of the payment that has already been made. According to C.E., the payment made to Domtar by Lloyd's was intended to settle certain claims, including the one related to the purchase of the boiler from C.E., and once that payment was made, Lloyd's was subrogated to Domtar's rights and Domtar's claim for damages against C.E. had to be reduced accordingly.

The trial judge rejected C.E.'s suggestion that Domtar could have repaired the superheater instead of replacing it. He noted that Domtar had had to make a decision in light of the available information and that its inability to adequately assess the alternatives was due to C.E.'s breach of the duty to inform. Regarding the subrogation argument, the trial judge agreed with C.E. and held that the damages claimed by Domtar should be reduced by the amount it had received from Lloyd's.

The Court of Appeal also rejected the repair scenarios proposed by C.E., citing Domtar's need for reliable equipment. However, it reversed the trial judge's holding on the subrogation issue. According to the Court of Appeal, for a payment to result in subrogation of an insurer to the rights of the insured, it must be made to the insured on account of an obligation arising from the insurance contract or by operation of law. In the instant case, because a clause in the insurance contract between Lloyd's and Domtar expressly excluded damage resulting from a breakdown of or defect in the recovery boiler, the payment made by Lloyd's could not have been related to the damages being claimed by Domtar. Lloyd's was not, therefore, subrogated to Domtar's rights. The Court of Appeal's reasons are sound, and there is no need to intervene.

ses dommages en remplaçant un surchauffeur qui était pleinement fonctionnel et que, par conséquent, Domtar ne peut obtenir que le remboursement des réparations du printemps 1989. Ensuite, C.E. prétend que la détermination *a posteriori* par un tribunal, selon laquelle le dommage n'est pas couvert par la police d'assurance, n'enlève pas au paiement déjà effectué son caractère indemnitaire. Selon C.E., le paiement de l'assureur Lloyd's à Domtar avait pour objet le règlement de certaines réclamations, dont celle relative à l'achat de la chaudière de C.E. Une fois ce paiement versé, Lloyd's aurait été subrogée dans les droits de Domtar, ce qui aurait dû réduire d'autant les dommages-intérêts réclamés par cette dernière à C.E.

Le juge de première instance a rejeté la suggestion de C.E. que Domtar aurait pu procéder à des réparations au lieu de remplacer le surchauffeur. Le juge a souligné que Domtar a dû prendre sa décision en se fondant sur les informations qui étaient disponibles et que c'est à cause du manquement à l'obligation de renseignement de C.E. que Domtar n'a pu convenablement évaluer les autres solutions. Quant à l'argument de la subrogation, le juge de première instance a donné raison à C.E. et décidé que les dommages-intérêts réclamés par Domtar devraient être réduits du montant reçu de Lloyd's.

La Cour d'appel a aussi rejeté les scénarios de réparation présentés par C.E. au motif que Domtar avait besoin d'un équipement fiable. Cependant, elle a renversé la conclusion du juge de première instance sur la question de la subrogation. Selon la Cour d'appel, pour qu'un paiement subroge l'assureur dans les droits de l'assuré, il faut d'abord que ce paiement soit versé à l'assuré en raison d'une obligation qui découle du contrat d'assurance ou de la loi. En l'espèce, puisqu'une clause du contrat d'assurance entre Lloyd's et Domtar excluait expressément les dommages subis par suite de bris ou de défectuosité de la chaudière de récupération, le paiement versé par Lloyd's ne pouvait viser les dommages réclamés par Domtar. Par conséquent, Lloyd's n'a pas été subrogée dans les droits de Domtar. Les motifs de la Cour d'appel sont bien fondés et il n'y a pas lieu d'intervenir.

112

113

### 3.10 *Chubb's Appeal*

114 This Court granted leave to appeal in this incidental case because its outcome depended directly on the outcome of the main case. In this case, Domtar relies on a contract establishing a performance bond in its favour. Under the contract, Chubb agreed to guarantee the performance of C.E.'s obligations under the contract of sale for the recovery boiler. Since there was a latent defect in the superheater, Chubb is solidarily liable for the amount of its guarantee as surety in favour of Domtar, as the Court of Appeal held.

### 3.11 *Domtar's Appeal Against Arkwright*

115 This incidental case concerns an "all risk" insurance policy issued by Arkwright that covered Domtar's property, including the recovery boiler, at the time of the events in question. Domtar has already been indemnified under this policy for the damage it sustained as a result of the repairs effected in the spring of 1989. However, the policy contained a clause excluding damage resulting from latent defects in the boiler.

116 In its appeal, Domtar seeks to demonstrate that the losses were nonetheless covered by the insurance policy. More specifically, it submits that the lost profits it suffered in the fall of 1989 when C.E.'s superheater was replaced with one from B. & W. resulted from the faulty design of the H-style tie welds. In other words, the latent defect affected not the entire boiler or superheater, but strictly the H-style tie welds, and the damage was accordingly covered by the policy.

117 The trial judge agreed with Arkwright. In his view, replacing the superheater was not the only possible solution for Domtar, since at the time the machine was replaced, it could have continued operating indefinitely. Domtar could not, therefore, rely on its all risk insurance policy to recover

### 3.10 *L'appel de Chubb*

Notre Cour a autorisé l'appel de ce dossier accessoire parce que son sort dépendait directement de l'issue du dossier principal. En l'espèce, Domtar invoque un contrat de cautionnement en sa faveur. En vertu de ce contrat, Chubb a accepté de cautionner l'exécution des obligations de C.E. découlant du contrat de vente de la chaudière de récupération. Comme le surchauffeur était affecté d'un vice caché, Chubb est solidairement responsable du montant pour lequel elle s'était engagée à titre de caution envers Domtar, comme l'a décidé la Cour d'appel.

### 3.11 *L'appel de Domtar contre Arkwright*

Ce dossier accessoire porte sur une police d'assurance de dommages « tous risques » émise par Arkwright, qui protégeait les biens de Domtar au moment des événements, incluant la chaudière de récupération. Cette police d'assurance a déjà permis à Domtar d'être indemnisée pour les dommages subis au moment des réparations du printemps 1989. Cette police contient cependant une clause excluant les dommages pour vices cachés de la chaudière.

Dans son appel, Domtar cherche à démontrer que les pertes étaient tout de même couvertes par la police d'assurance. Plus particulièrement, Domtar prétend que la perte de profits subie lorsque le surchauffeur de C.E. a été remplacé à l'automne 1989 par un surchauffeur de B. & W. résulte de la conception viciée des attaches rigides de type « H ». Autrement dit, le vice caché n'affecterait pas l'ensemble de la chaudière, ni le surchauffeur, mais strictement les attaches de type H. Par conséquent, les dommages subis seraient couverts par la police d'assurance.

En première instance, le juge a donné raison à Arkwright. Selon lui, le remplacement du surchauffeur n'était pas la seule solution possible pour Domtar puisqu'au moment de le remplacer, l'appareil pouvait continuer à fonctionner pour une période indéfinie. Domtar ne pouvait donc

disbursements made to prevent a hypothetical future loss.

Domtar appealed that judgment. The Court of Appeal considered the replacement of the superheater to have been necessary. In its view, however, the tie welds could not be dissociated from the superheater itself and the insurer could rely on the exclusion clause because the design defect affected the entire superheater and not just the tie welds. According to the Court of Appeal, the narrow interpretation Domtar seeks to give the exclusion clause would deprive the clause of any effect, and the loss to which Domtar's claim applied was clearly not covered by the insurance policy with Arkwright.

In the main case, we held that the superheater's design was defective because of the excessive cracking of the tubes caused by the use of H-style tie welds, and that C.E., as the manufacturer, was liable for, *inter alia*, the cost of replacing the superheater. To accept Domtar's contention that the welds can be dissociated from the superheater would render the exclusion clause meaningless, since it would in almost every case be possible to isolate one component as the cause of the defect.

To sum up, Domtar's submissions in this appeal against Arkwright are unfounded in law. For the reasons given by the Court of Appeal, we are therefore of the opinion that the cost of replacing the defective superheater was excluded under the insurance policy.

#### 4. Disposition

For these reasons, we would dismiss the three appeals and affirm the judgments of the Court of Appeal, with costs throughout.

invoquer sa police d'assurance tous risques pour réclamer des déboursés effectués en vue de prévenir une perte éventuelle et hypothétique.

Domtar a porté ce jugement en appel. Selon la Cour d'appel, le remplacement du surchauffeur était nécessaire. Elle se dit d'avis qu'il est impossible de dissocier les attaches du surchauffeur même et que l'assureur peut invoquer la clause d'exclusion parce que c'est l'ensemble du surchauffeur qui est atteint du vice de conception, et pas seulement les attaches. Selon la Cour d'appel, l'interprétation restrictive que Domtar cherche à donner à la clause d'exclusion priverait cette dernière de tout effet. La réclamation de Domtar se situait clairement en dehors de la couverture d'assurance prévue dans la police d'Arkwright.

Dans le dossier principal, nous avons conclu que la conception du surchauffeur était viciée en raison de la fissuration excessive des tubes engendrée par l'utilisation des attaches de type H et que C.E., à titre de fabricant, était entre autres responsable du coût du remplacement du surchauffeur. Accepter la prétention de Domtar selon laquelle les attaches sont dissociables du surchauffeur viderait la clause d'exclusion de couverture de sa raison d'être, puisqu'il serait presque toujours possible d'isoler une composante à l'origine du vice.

En somme, les prétentions de Domtar dans cet appel contre Arkwright sont mal fondées en droit. Pour les motifs exprimés par la Cour d'appel, nous sommes donc d'avis que le coût du remplacement du surchauffeur vicié était exclu de la police d'assurance.

#### 4. Dispositif

Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter les trois pourvois et de confirmer les jugements de la Cour d'appel, le tout avec dépens devant toutes les cours.

118

119

120

121

## APPENDIX / ANNEXE

### *Code civil du Bas Canada*

**1522.** Le vendeur est tenu de garantir l'acheteur à raison des défauts cachés de la chose vendue et de ses accessoires, qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement son utilité que l'acquéreur ne l'aurait pas achetée, ou n'en aurait pas donné si haut prix, s'il les avait connus.

**1523.** Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu lui-même connaître l'existence.

**1524.** Le vendeur est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins qu'il n'ait stipulé qu'il ne serait obligé à aucune garantie.

**1527.** Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix, de tous les dommages-intérêts soufferts par l'acheteur.

Il est tenu de la même manière dans tous les cas où il est légalement présumé connaître les vices de la chose.

**1528.** Si le vendeur ignorait les vices de la chose ou n'est pas légalement présumé les avoir connus, il n'est tenu envers l'acheteur qu'au remboursement du prix et des frais occasionnés par la vente.

### *Civil Code of Lower Canada*

**1522.** The seller is obliged by law to warrant the buyer against such latent defects in the thing sold, and its accessories, as render it unfit for the use for which it was intended, or so diminish its usefulness that the buyer would not have bought it, or would not have given so large a price, if he had known them.

**1523.** The seller is not bound for defects which are apparent and which the buyer might have known of himself.

**1524.** The seller is bound for latent defects even when they were not known to him, unless it is stipulated that he shall not be obliged to any warranty.

**1527.** If the seller knew the defect of the thing, he is obliged not only to restore the price of it, but to pay all damages suffered by the buyer.

He is obliged in like manner in all cases in which he is legally presumed to know the defects.

**1528.** If the seller did not know the defects, or is not legally presumed to have known them, he is obliged only to restore the price and to reimburse to the buyer the expenses caused by the sale.

### *Code civil du Québec*

**1726.** Le vendeur est tenu de garantir à l'acheteur que le bien et ses accessoires sont, lors de la vente, exempts de vices cachés qui le rendent impropre à l'usage auquel on le destine ou qui diminuent tellement son utilité que l'acheteur ne l'aurait pas acheté, ou n'aurait pas donné si haut prix, s'il les avait connus.

Il n'est, cependant, pas tenu de garantir le vice caché connu de l'acheteur ni le vice apparent; est apparent le vice qui peut être constaté par un acheteur prudent et diligent sans avoir besoin de recourir à un expert.

**1728.** Si le vendeur connaissait le vice caché ou ne pouvait l'ignorer, il est tenu, outre la restitution du prix, de tous les dommages-intérêts soufferts par l'acheteur.

**1733.** Le vendeur ne peut exclure ni limiter sa responsabilité s'il n'a pas révélé les vices qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer et qui affectent le droit de propriété ou la qualité du bien.

Cette règle reçoit exception lorsque l'acheteur achète à ses risques et périls d'un vendeur non professionnel.

### *Civil Code of Québec*

**1726.** The seller is bound to warrant the buyer that the property and its accessories are, at the time of the sale, free of latent defects which render it unfit for the use for which it was intended or which so diminish its usefulness that the buyer would not have bought it or paid so high a price if he had been aware of them.

The seller is not bound, however, to warrant against any latent defect known to the buyer or any apparent defect; an apparent defect is a defect that can be perceived by a prudent and diligent buyer without any need of expert assistance.

**1728.** If the seller was aware or could not have been unaware of the latent defect, he is bound not only to restore the price, but to pay all damages suffered by the buyer.

**1733.** A seller may not exclude or limit his liability unless he has disclosed the defects of which he was aware or could not have been unaware and which affect the right of ownership or the quality of the property.

An exception may be made to this rule where a buyer buys property at his own risk from a seller who is not a professional seller.



*Appeals dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants ABB Inc., Alstom Canada Inc. and Chubb Insurance Company of Canada: Stikeman Elliott, Montréal.*

*Solicitors for the appellant/respondent Domtar Inc.: Ogilvy, Renault, Montréal.*

*Solicitors for the respondent Arkwright Mutual Insurance Company: Kugler, Kandestin, Montréal.*

*Pourvois rejetés avec dépens.*

*Procureurs des appelantes ABB Inc., Alstom Canada Inc. et Chubb du Canada Compagnie d'Assurance : Stikeman Elliott, Montréal.*

*Procureurs de l'appelante/intimée Domtar Inc. : Ogilvy, Renault, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée Arkwright Mutual Insurance Company : Kugler, Kandestin, Montréal.*