

CISG-online 6205

Jurisdiction	Canada
Tribunal	Cour supérieure du Québec/Superior Court of Québec
Date of the decision	14 December 2022
Case no./docket no.	2022 QCCS 4656 / 650-11-001027-217
Case name	<i>Arrangement relatif à Bioénergie AE Côte-Nord Canada Inc.</i>

Jugement (sur demande en dommages)

I. Introduction

[1] Le projet de construire et d'exploiter une usine de production de biocarburant à Port-Cartier n'a pas fonctionné comme prévu. Il est à l'origine de nombreuses poursuites judiciaires dont celles ici traitées. Il a conduit les propriétaires à se placer sous la protection qu'accorde la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*¹. Il a engouffré plus d'une centaine de millions de dollars provenant de fonds publics et privés. **1**

[2] Bien que la première pelletée de terre remonte à six ans, l'usine n'a jamais réussi à prendre son élan. Elle devrait y arriver sous peu. C'est ce que tous souhaitent. En juin 2022, elle n'opérait pas encore. **2**

[3] Entre-temps elle a nécessité un long procès et généré d'importants honoraires professionnels. En voici l'histoire. **3**

II. Le contexte

i) Les parties

[4] Plusieurs intervenants sont liés à cette affaire. Il convient d'en décrire les principaux et de résumer leur rôle ou implication. **4**

[5] Arbec bois d'œuvre inc. (ci-après «Arbec») possède une scierie à Port-Cartier. Vers la fin 2010, elle sait bien que l'industrie des pâtes et papiers est en déclin. Elle cherche alors de nouvelles façons d'utiliser les résidus forestiers, notamment les copeaux, qui proviennent de sa scierie. Ses représentants sont mis en contact avec Ensyn Corporation (ci-après «Ensyn Corp»). **5**

[6] Cette dernière est une société américaine. Elle a développé un procédé exclusif et breveté pour la production d'huile de pyrolyse, communément appelé biocarburant. Celui-ci **6**

¹ L.R.C. 1985, c. C-36.

résulte de la transformation du bois, par une technologie de traitement thermique rapide, baptisée RTP «Rapid Thermal Processing».

[7] Vers 2006, Ensyn Corp a construit et exploité une usine à Renfrew en Ontario. Elle y a produit du biocarburant en utilisant son procédé RTP. Cette usine a été ensuite vendue à Kerry Food en 2019. On y fabrique biocarburant et dérivés alimentaires. C'est également à Renfrew qu'Ensyn Corp a conçu une usine pilote à des fins de recherches, de contrôle et d'amélioration de sa technologie. Ensyn Corp possède diverses filiales, dont Ensyn Technology et Ensyn Fuel. 7

[8] Les dirigeants d'Arbec s'intéressent au concept d'Ensyn Corp. Ils y voient une solution permettant de disposer des copeaux et restants de bois, de les transformer en biocarburant et de les revendre avec profits à titre d'alternative aux méthodes de chauffage à base de pétrole. L'avenir semble prometteur. Ils entreprennent donc des démarches afin de trouver financement et investisseurs et s'allier à des sociétés versées en la matière. 8

[9] C'est ainsi que naît, petit à petit, le projet de construire une usine de biocarburant adjacente à la scierie de Port-Cartier. Produits Forestiers Arbec (ci-après «PFA»), liée à Arbec et propriété du Groupe Saputo, se joint à Ensyn Bioénergie Canada inc. (ci-après «Ensyn Bio») afin de créer, le 14 mai 2012, la société qui sera propriétaire de l'usine soit Bioénergie AE Côte-Nord Canada inc. (ci-après «AECN»). Chaque actionnaire détient 50% d'AECN². Ils investissent environ 13 millions de dollars chacun. Divers organismes participent au financement, dont notamment, Investissement Québec et le ministère des Ressources naturelles et des forêts (pour environ 23 millions de dollars) et Technologie du développement durable Canada (pour environ 27 millions de dollars). Précisons que PFA possède deux autres usines. 9

[10] Ensyn Bio est une société créée aux fins du projet. Elle appartient au groupe Ensyn pour 30% alors que le reste du capital-actions est détenu par des fonds d'investissement. Tout comme PFA, Ensyn Bio investit beaucoup d'argent. L'usine sera érigée sur le terrain d'Arbec, laquelle consent un droit superficiaire à AECN³. PFA transférera plus tard sa participation à Biogaz SP. 10

[11] La réalisation du projet nécessite l'apport d'ingénieurs et de constructeurs. D'une part, il faut s'entourer de gens pouvant livrer et faire fonctionner le procédé RTP. D'autre part, il en faut pour exécuter, compléter et superviser tout le reste. 11

[12] C'est ainsi que diverses ententes interviennent. Quant au procédé RTP, on confie le mandat à Envergent Technologies LLC (ci-après «Envergent»), laquelle est une co-entreprise constituée en 2008 et formée d'Ensyn Corp (45%) et d'UOP (55%). Elle est chargée de la commercialisation et de l'implantation de la technologie RTP et assume la conception, l'ingénierie, la fabrication et la vente d'équipements destinés aux clients désireux de produire du biocarburant. Ensyn Corp lui attribue licences et brevets en lien avec le procédé RTP⁴. C'est 12

² À l'origine, on retrouve trois actionnaires soit PFA, Ensyn Bio et Boralex. Cette dernière se retire en cours de route.

³ Voir la pièce A-14.

⁴ Voir la pièce DI-237.

Ensyn qui présente le représentant d'AECN, M. Serge Mercier, à UOP. Une visite est organisée à leurs bureaux à Des Plaines en Illinois. L'usine de Port-Cartier est le premier projet d'envergure d'Envergent. C'est d'ailleurs son seul à ce jour. UOP, basée à Chicago, est une filiale de Honeywell International inc., fournisseur et concédant de licences technologiques pour les industries du raffinage du pétrole et du traitement du gaz. UOP est notamment spécialisée dans divers processus de l'industrie pétrolière dont celui connu sous le nom de «Fluid Catalytic Cracking» ou «FCC» présentant plusieurs ressemblances au procédé RTP. Quant à Honeywell Process Solutions (ci-après «HPS») c'est une division d'Honeywell, spécialisée notamment dans le contrôle des systèmes électroniques, informatiques, d'automatisation et d'instrumentation destinés à divers secteurs industriels.

[13] Envergent obtient donc le contrat pour fournir les services d'ingénierie, de conception et de consultation, chapeauter le procédé RTP et vendre les équipements requis. UOP se porte garante des obligations d'Envergent auprès d'AECN. Notons qu'UOP a étudié et révisé le procédé RTP d'Ensyn entre 2008 et 2010⁵.

13

[14] Par ailleurs, AECN engage initialement KSH puis Axor à titre de firme de génie-conseil pour la conception et la réalisation de tout ce qui est complémentaire au procédé RTP. C'est ce qu'on désigne comme «balance of plant» ou «BOP». A.X.C. Construction inc. (ci-après «AXC») est choisie comme entrepreneur général. AXC est une compagnie associée à Axor. Elle fait affaire avec certains sous-traitants dont Fournier Construction Industrielle (ci-après «Fournier»), RPF Limitée (ci-après «RPF») et 9140-0663 Québec inc. (ci-après «G7»). Ce sont ces sociétés qui sont chargées de l'installation des unités.

14

[15] De son côté Envergent fait fabriquer la plupart des composantes des unités RTP, dont la tuyauterie, par Jiangsu China Nuclear Industry Libert inc. (ci-après «Libert») une société chinoise. Celle-ci les expédie à Port-Cartier par bateau. De plus, Envergent sous-contracte tout le design détaillé du procédé à LTC, un bureau d'ingénieurs basé en Inde. C'est HPS qui doit fournir les logiciels et l'équipement technique permettant d'opérer et de contrôler le processus RTP. Cela comprend un outil informatique central baptisé DCS.

15

[16] En ce qui concerne la gestion financière, elle est confiée au Groupe Remabec et ses filiales. Remabec, société de gestion d'opérations forestières, appartient à 50% à PFA, co-actionnaire d'AECN.

16

ii) Le projet

[17] AECN est incorporée en 2012. Elle vise à construire et opérer une usine de production de biocarburant. Pour son actionnaire PFA, c'est une occasion de tirer profit des résidus de la scierie d'Arbec et de développer un marché auprès d'utilisateurs de mazout. Ensyn Corp dispose déjà d'un réseau de clients établis et désire promouvoir sa technologie RTP. Elle est alliée avec Honeywell et UOP et associée à celle-ci dans Envergent. L'investissement est

17

⁵ Voir la pièce DI-143.

majeur mais attrayant pour chacun. Du côté des gouvernements, on est sensible à la création d'une centaine d'emplois sur la Côte-Nord via un projet d'énergie plus verte et naturelle.

[18] Tout n'est cependant pas acquis. AECN aimerait bien vendre son produit à sa voisine Arcelor Mittal et à des clients opérant des usines au Québec. Les approches sont faites, des essais sont réalisés à grands frais dans le but de s'assurer que le biocarburant rencontre les exigences d'Arcelor Mittal. Le résultat est concluant. Toutefois, le prix de vente envisagé constitue un obstacle. On espère donc l'adoption de mesures fiscales incitatives favorisant l'achat de biocarburant au lieu d'énergies fossiles. Entre-temps, Ensyn Corp informe PFA que la vente de biocarburant en sol américain sera rentable en autant que le produit soit certifié en vertu du programme des normes sur les carburants renouvelables (ci-après «le programme RFS») administré par l'agence de protection de l'environnement des États-Unis (ci-après l'«EPA»). En effet, cette certification est requise afin de générer des crédits d'impôt verts connus sous le nom de Numéro d'identification renouvelable (ci-après les «RIN»). Sans les RIN, le marché américain ne sera pas viable et compétitif par rapport au prix des énergies traditionnelles offertes. Ensyn Fuels achètera le biocarburant et le revendra à des usines clientes du Nord-Est des États-Unis en autant qu'il soit certifié.

18

[19] Afin d'être admissible à cette certification en vertu du programme RFS, la matière ligneuse utilisée doit répondre à certains critères établis par l'EPA. Considérant son expérience à Renfrew, Ensyn Corp se déclare confiante que les espèces de bois utilisées à l'usine rencontreront les exigences de l'EPA.

19

[20] Rassurée, AECN croit que le modèle d'affaires s'avérera rentable. D'autant plus si les gouvernements fédéral et provincial adoptent les mesures espérées. Elle décide, fin 2014, de lancer le projet. Il lui faut obtenir le financement nécessaire, d'où ses démarches auprès des gouvernements québécois et canadien. Le résultat est positif. Les fonds obtenus, combinés à l'injection des actionnaires, permettent de mettre en branle la construction de l'usine.

20

[21] S'enclenche alors la phase des négociations et de la signature des contrats. Celle-ci durera plus d'une année, entrecoupée de pauses. Rien n'est précipité.

21

iii) Les contrats

[22] Après discussions, on convient qu'Envergent fournira l'équipement, le design, les conseils et l'assistance en lien avec les unités RTP, lesquelles sont au cœur du processus de transformation du bois en biocarburant. Par contre, le reste, dont l'installation des composantes des unités RTP, devra être confié à d'autres entreprises.

22

[23] Le 12 décembre 2014, Envergent soumet une proposition technique à AECN⁶. Il est alors question de bâtir une seule unité RTP, pouvant produire approximativement 20 millions de litres de biocarburant par année. En comparaison, l'usine de Renfrew a une capacité annuelle de 12 millions de litres.

23

⁶ Voir la pièce A-16.

- [24] Le 29 avril 2015, Envergent, UOP et AECN concluent un contrat d'approvisionnement pour la vente d'une unité RTP. On y prévoit la vente à AECN de l'équipement nécessaire au traitement thermique rapide permettant de produire du biocarburant. L'entente demeure en suspend plusieurs mois puisqu'AECN envisage d'acheter deux unités, ce qui requiert un financement additionnel dont elle ne dispose pas. **24**
- [25] Le 8 octobre 2015, Envergent fournit un modèle d'ingénierie 3D, complété à 30%, relatif à une unité RTP. C'est une représentation virtuelle, en trois dimensions, d'une unité, de sa conception et de son développement. On y illustre le design général sans entrer dans les détails. Autrement dit, on voit l'ensemble sans aller en profondeur. **25**
- [26] AECN mandate la firme KSH afin de préparer plans, devis et échéanciers pour le BOP. KSH est subséquemment remplacée par Axor, bureau d'ingénieurs-conseils⁷. C'est M. Tony Chabot qui pilote le mandat chez Axor. **26**
- [27] Ayant obtenu le financement supplémentaire pour une seconde unité auprès d'investisseurs publics et privés, AECN signe un contrat d'approvisionnement modifié (le «Supply Agreement»), avec Envergent, le 31 mars 2016⁸. L'entente intègre diverses annexes dont la proposition technique de décembre 2014 et un contrat de licence modifié tel que consenti par Ensyn Technologies. UOP se porte garante des obligations d'Envergent. Il s'agit avant tout de concevoir et fabriquer les composantes des unités, lesquelles sont au cœur de la production. **27**
- [28] Ce même 31 mars 2016, les parties s'entendent sur un second contrat dit de garantie, en vertu duquel Envergent garantit la performance et le rendement des unités⁹. Ce contrat est intitulé «Guarantee Agreement». Envergent est ainsi chargée de l'ingénierie complète, tant de base que celle détaillée. Elle sous-contracte cette dernière avec LTC et confie la fabrication des unités RTP, pour la majeure partie, à Libert (en Chine). D'autres entreprises européennes et américaines sont aussi retenues pour livrer des équipements spécifiques. **28**
- [29] Le 13 mai 2016, AECN conclut une entente de services techniques avec Ensyn Bio¹⁰. Elle s'assure ainsi du support du personnel d'Ensyn durant la phase de démarrage de l'usine. **29**
- [30] Le 16 mai 2016, Ensyn Fuels, s'engage à acheter la totalité du biocarburant que produira l'usine de Port-Cartier en autant qu'il soit admissible à l'obtention de crédits RIN¹¹. Elle entend le revendre à ses clients américains. Comme on le verra plus loin, l'EPA n'a jamais accepté de qualifier la matière ligneuse de sorte que le biocarburant produit à Port-Cartier n'a pas permis d'obtenir des RIN aux États-Unis. **30**

⁷ Voir les pièces A-255 et A-256.

⁸ Voir les pièces A-1.1 à A-1.3.

⁹ Voir la pièce A-2.1.

¹⁰ Voir la pièce DI-20.

¹¹ Voir la pièce DI-17.

[31] Le 27 mai 2016, AECN et AXC s'entendent pour que cette dernière construise l'usine (le «BOP») et installe les unités RTP¹². Celles-ci seront fabriquées par un ou des sous-traitants d'Envergent à partir du design de cette dernière. Le prix convenu avec AXC s'élève à 46 513 733 \$. Celui avec Envergent est d'environ 54 000 000 \$ pour un coût total légèrement supérieur à 100 000 000 \$. Ce prix est rehaussé par la suite afin de rencontrer certaines exigences techniques. 31

[32] AXC consent subséquemment des sous-contrats à Fournier, RPF et G7. 32

[33] Le 31 mai 2016, AECN émet à Envergent des avis officiels de procéder à la construction des deux unités comme le prévoit le contrat d'approvisionnement¹³. C'est alors que la commande est placée et que le travail peut officiellement débuter. 33

[34] La réunion de démarrage se tient à la même période. Des représentants d'AECN, d'Envergent et d'AXC y assistent. Les notes de cette réunion indiquent à l'item 6: «AECN's goal is to have RTP unit operational by winter 2017».¹⁴ 34

iv) L'usine et le procédé RTP

[35] Avant d'aller plus loin, le Tribunal estime approprié de synthétiser, de manière très sommaire, sa compréhension de la composition et du fonctionnement de l'usine. De même, il y a lieu de vulgariser le processus conçu pour la production du biocarburant. 35

[36] Ce résumé, sans doute incomplet, résulte de deux sources. Premièrement, il provient de la preuve testimoniale et documentaire présentée au procès. En second lieu, il découle des constats et de certaines explications données lors de la visite de l'usine tenue le 4 mai 2022 en présence des parties. 36

[37] Le procédé RTP consiste à faire circuler du sable à température élevée dans un réacteur. On y introduit des copeaux de bois, ce qu'on appelle la biomasse, qui se transforment en gaz puis se liquéfie lorsque refroidi. C'est ce liquide qui devient du biocarburant. Il est naturel et se distingue des énergies fossiles et polluantes tel le mazout. 37

[38] On retrouve sur le site deux unités RTP. Vendues et fabriquées par Envergent ou par ses sous-traitants, ces unités sont divisées en sections chaude et froide. Elles sont installées par AXC ou par ses sous-traitants. 38

[39] Quant au BOP, il couvre le reste de l'usine, les autres équipements, les réservoirs et machines où l'on entrepose, moule et sèche la biomasse, il inclut les équipements où est filtré et conservé le produit final, soit le biocarburant. Il comprend aussi la chambre électrique et les aires de services. 39

¹² Voir la pièce A-4.

¹³ Voir la pièce A-3.

¹⁴ Voir les pièces A-30 et A-31.

- [40] La matière ligneuse est livrée sur place. Elle est réduite et entreposée dans un grand bâtiment. C'est un mélange de copeaux granuleux. On la transfère par la suite dans un séchoir situé à l'extérieur. Le but est d'en diminuer l'humidité et le contenu en eau. **40**
- [41] Lorsque séchée, elle est dirigée à l'intérieur par des convoyeurs. On la transporte jusqu'à un réservoir situé à l'intérieur de l'usine. Elle est ensuite traitée par le procédé RTP via l'une ou l'autre des deux unités construites. Celles-ci sont voisines et similaires. **41**
- [42] Ces unités s'étendent sur des tours de cinq étages. On y retrouve une panoplie d'équipements de toutes sortes, gros et petits. Dans le jargon des parties, il s'agit de vaisseaux, tels un réchauffeur, un ventilateur principal, un ventilateur de recirculation des gaz de procédé, une valve à sable, un réacteur cyclone, des briseurs de poches d'air, des tours de refroidissement, etc. Il y a une multitude de tuyauteries et de valves. La biomasse circule et est transformée à l'intérieur du circuit RTP, lequel connecte et relie les équipements nécessaires au procédé. **42**
- [43] Chaque unité RTP est constituée de deux sections. D'abord, la section chaude où on sépare le solide du liquide. La biomasse est exposée à une chaleur élevée. Elle circule dans un réacteur rempli de sable et de gaz d'azote soufflé. Une grande partie de la matière ligneuse est ainsi convertie en vapeur de gaz. Le produit est ensuite dirigé dans la section froide où il est liquéfié par diverses étapes de condensation. C'est ce liquide refroidi, ensuite filtré, qui devient du biocarburant destiné à la vente. Il est transporté chez les clients dans des citernes. Ce biocarburant est aussi désigné comme RFO («Renewable Fuel Oil»). **43**
- [44] Quant au système de contrôle, nommé «DCS», il s'agit d'un ordinateur programmé en vue de transmettre des instructions aux différentes composantes des unités. Le DCS agit aussi comme système d'alarme advenant faille ou danger. **44**
- [45] Tout ce processus s'autoalimente en énergie. La chaleur créée est récupérée et sert de moteur à diverses étapes. On utilise donc très peu d'électricité ou de propane pour opérer. Le bois devient du biocarburant sans exiger une grande quantité d'énergie électrique ou fossile. Bref, on produit du biocarburant à base de bois sans utilisation substantielle d'énergie fossile pour y arriver. Par ailleurs, ce biocarburant remplace le mazout chez les clients et réduit grandement la pollution découlant des opérations. **45**
- [46] Ce procédé RTP, conçu par le groupe Ensyn, a été expérimenté et exploité depuis 1989. On retrouve quelques usines aux États-Unis où l'utilisation est double. On produit du biocarburant soit pour le chauffage, soit pour des fins alimentaires. Dans ce dernier cas, le processus implique le retrait ou l'ajout d'éléments chimiques dégagés par la biomasse. **46**
- [47] L'usine de Port-Cartier est la plus grosse qui ait été construite selon ce procédé. L'avant-dernière réalisation était celle de Renfrew en 2006 laquelle a une capacité beaucoup moindre que celle d'AECN. À cette époque, Envergent n'existe pas. L'usine de Port-Cartier représente son plus important contrat, en fait son seul, à ce jour. **47**

v) La construction de l'usine

[48] C'est à la fin mai 2016 que débute officiellement la construction même si du travail préliminaire a été réalisé. Un « start-up meeting » se tient le 26 mai. Les échéances sont convenues. Il en sera question plus loin. Le 31 mai 2016, AECN émet l'avis officiel de procéder. Envergent sous-contracte avec Libert, la société chinoise qui doit fabriquer et lui fournir la majeure partie des équipements. Le projet s'enclenche. 48

[49] AXC prépare le terrain. Il n'y a rien à démolir ou presque. Elle entreprend l'érection de la structure et la mise en place de divers équipements, notamment ceux situés à l'extérieur et ne faisant pas partie des unités RTP. Elle s'affaire avant tout sur le BOP. 49

[50] De son côté, Envergent continue à détailler ou à faire détailler son modèle 3D des unités¹⁵. Il est complété à 60% et est présenté aux divers intervenants du 27 au 29 septembre 2016. Au 21 novembre 2016, le modèle atteint 90% du produit final et fait l'objet d'une nouvelle présentation¹⁶. 50

[51] Libert est chargée de la fabrication des composantes des unités en Chine. Lorsque complétées, elles seront livrées au site par bateau afin d'être assemblées. La plupart des gros vaisseaux de la section chaude sont construits là-bas, tout comme une partie de la tuyauterie, sans y être assemblés. Cet assemblage devra être fait sur place par AXC et ses sous-traitants, selon les instructions du fabricant. Quant à la section froide, on convient de réaliser le montage chez Libert et de la faire livrer prête (ou presque) à être connectée et raccordée au reste. Il est entendu que la section chaude sera livrée avant la partie froide. 51

[52] Des réunions se tiennent périodiquement. AXC et Envergent préparent des rapports de progression chaque mois et les soumettent au comité de pilotage d'AECN dont fait notamment partie M. Serge Mercier¹⁷. Tout semble se dérouler assez bien jusqu'à la fin de l'été 2017. Du moins personne ne fait état de difficultés majeures. 52

[53] Or, les choses prennent une autre tournure à compter du mois d'août 2017. AECN rapporte retards et déficiences. M. Serge Mercier écrit à MM. David Cepla et Michael Schultz d'Envergent afin de dénoncer des problèmes de communication, des retards de livraison et un manque d'informations concernant le plan de démarrage et de formation¹⁸. AXC et Fournier se plaignent que les pièces préfabriquées par Envergent ou ses sous-traitants comportent plusieurs défauts qui en rendent le montage complexe et coûteux et qui entraînent conséquemment des coûts supplémentaires pour refaire ou modifier les composantes. De plus, les livraisons sont incomplètes et il manque plusieurs pièces¹⁹. Les coûts additionnels de correction sont compilés et communiqués à AECN puis à Envergent. Selon un tableau préparé par M. Stefan Muller, directeur de projet d'AECN, le montant total 53

¹⁵ Ce design est confié à la société indienne LTC.

¹⁶ Voir la pièce DI-9.

¹⁷ Voir les pièces A-18 et P-18.

¹⁸ Voir les courriels des 23 et 24 août 2017 à la pièce DI-229.

¹⁹ Voir la lettre de Fournier du 11 septembre 2017 à la pièce A-155.

de ces « reworks » s'élève à 2 404 143 \$ en mai 2018²⁰. On reproche également que la livraison de la tuyauterie de la section chaude ne s'effectue pas selon les modalités prévues, tant en ce qui concerne les dates de livraison que le nombre d'envois.

[54] Malgré la hausse du nombre d'employés, le rythme ne s'accélère pas. Il devient évident que les unités RTP ne seront pas complétées avant les fêtes 2017. Les modifications à l'échéancier se succèdent. Les tests de pression échouent au mois de janvier 2018. On semble aussi éprouver des problèmes avec le système DCS et celui de sécurité que doit livrer HPS. **54**

[55] La mise en service est repoussée au printemps 2018. AECN engage Ensyn Technologie afin de l'assister dans l'implantation et de former ses opérateurs. Les premiers tests révèlent plusieurs fuites qu'il faut colmater. Les représentants d'Envergent et d'UOP sont sur place. Ils acceptent de payer 1 599 530 \$ directement à AXC afin de souder l'ensemble des joints alors filetés. Ils reconnaissent ainsi que ce problème leur est imputable. **55**

[56] Les unités RTP, et conséquemment l'usine, connaissent plusieurs ratées. Il faut réparer diverses composantes et adopter des solutions imprévues. Le rodage se poursuit. AECN parvient finalement à procéder au démarrage et à mettre en branle la production de l'unité A au mois de juin 2018²¹. Elle éprouve encore plusieurs problèmes et ne réussit pas à produire de manière constante et efficace. Les pannes récurrentes, bris²² et arrêts non planifiés sont nombreux. D'autres difficultés s'ajoutent et la production demeure partielle, loin de ce qui était attendu. L'unité B, quant à elle débute ses opérations en janvier 2019. **56**

[57] Envergent épaula sa cliente et tente de l'aider à régler la situation. Cependant, les problèmes se continuent avec l'une ou l'autre des deux lignes. Le fonctionnement n'est ni constant, ni normal, ni ce qui était prévu. **57**

[58] S'en suivent plusieurs mois d'arrêts répétés. AECN opère un peu, puis doit arrêter pour corriger. On répare, on reprend et le scénario se répète. Les choses vont mal et l'usine ne fonctionne pas comme on l'avait envisagé. Ce n'est qu'en juin 2019, une année après le démarrage, qu'AECN arrive à faire opérer les deux unités simultanément. Parallèlement à cela, la demande de biocarburant s'avère très limitée. Bref, le projet combine problèmes techniques et absence de demande du produit. **58**

[59] Face aux difficultés importantes, une réunion est convoquée pour le 19 mars 2020. Sept items problématiques sont nommément identifiés²³. **59**

[60] Auparavant, le 5 mars 2020, l'EPA refuse d'octroyer à AECN la certification nécessaire pour obtenir des crédits RIN²⁴. **60**

²⁰ Voir la pièce A-269, présentée à l'occasion d'une réunion tenue à Des Plaines.

²¹ Voir la pièce DI-24.

²² Entre autres avec le ventilateur des gaz de procédé (« RGB »), la L-Valve, l'accumulation de tar; Voir le registre des opérations à la pièce DI-24.

²³ Voir la pièce A-57.

²⁴ Voir la pièce DI-56.

[61] Puis arrive la COVID-19 à la même époque. L'usine ferme et cesse toute production. C'est l'impasse, d'autant plus que l'entrepreneur général et les sous-traitants impayés ont entrepris des démarches judiciaires. **61**

vi) Les procédures judiciaires

[62] Tant la construction que la production font des mécontents. L'entrepreneur général et ses sous-traitants disent avoir été retardés par les déficiences des équipements des unités RTP à installer de même que par leur livraison tardive. Le propriétaire AECN fait face à des réclamations de substantiels coûts additionnels ou extras et en impute la responsabilité à Envergent et UOP. Envergent, quant à elle, n'est pas entièrement payée, affichant un solde de 1 992 259 \$ US. Elle réclame, de plus, des extras. **62**

[63] Tout cela conduit à la publication d'hypothèques légales et à la signification de poursuites judiciaires. Ainsi: **63**

- AXC, l'entrepreneur général réclame 7 901 033 \$²⁵;
- Fournier, sous-traitant en mécanique industriel, poursuit pour 5 634 561 \$²⁶;
- RFP, spécialisé en travaux électriques, dépose une procédure pour 434 468 \$²⁷;
- G7, devenu faillie, réclame 4 626 759 \$²⁸.

[64] Ces quatre dossiers judiciaires sont initiés en 2018 et 2019. AECN tient Envergent et UOP responsables d'où ses demandes en garantie. Elle y ajoute ses propres réclamations pour dommages-intérêts liquidés et une perte de profits estimée à 1 000 000 \$ par mois. AECN intente elle-même un recours à l'encontre d'Envergent et UOP²⁹. Modifiée à plusieurs reprises, sa plus récente version recherche une condamnation solidaire contre Envergent, UOP, HPS et Libert. La somme réclamée totalise au-delà de 40 000 000 \$. Envergent conteste et fait une demande reconventionnelle. **64**

[65] Le juge soussigné est chargé de la gestion particulière de ces instances le 19 décembre 2018. Il réunit tous les dossiers et gère les étapes. UOP et Envergent présentent des demandes de rejet basées sur une clause d'arbitrage contenue à leur contrat. Cela engendre débats et jugements. L'affaire se rend en Cour d'appel, laquelle confirme la décision rendue, soit de reconnaître compétence à la Cour supérieure pour les appels en garantie, mais non pour la réclamation principale d'AECN³⁰. **65**

[66] Si les dossiers de Cour progressent en vue d'une solution, ce n'est pas le cas pour l'usine. Elle est fermée, non fonctionnelle et ne produit plus. **66**

²⁵ Voir le dossier 650-17-001056-189.

²⁶ Voir le dossier 650-17-001080-189.

²⁷ Voir le dossier 650-17-001117-197.

²⁸ Voir le dossier 650-17-001096-193.

²⁹ Voir le dossier 650-17-001215-207.

³⁰ Voir 2019 QCCS 3890.

[67] Face à cela, le Tribunal impose des étapes serrées dans le but de compléter la mise en état du dossier et de tenir un procès le plus tôt possible. 67

[68] Les dossiers cheminent et font l'objet d'amendements, d'ajouts de défendeurs, de nouvelles demandes en rejet, d'interrogatoires, de préparation d'expertises, etc. 68

[69] Tous sont prévenus que le procès se tiendra en mai et juin 2022 et qu'il y a lieu de faire progresser les échéances à cette fin. 69

vii) La restructuration

[70] Moins d'une année avant l'ouverture du procès, coup de théâtre. AECN se place à l'abri de ses créanciers sous le couvert de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. La demande est présentée par l'un de ses actionnaires, Biogaz SP, laquelle a acquis les actions de PFA. Elle n'est pas contestée. 70

[71] L'ordonnance initiale est rendue le 5 mai 2021. Elle sera renouvelée à plusieurs reprises. Raymond Chabot est nommé contrôleur. Le soussigné demeure saisi du dossier. 71

[72] Puis une demande est présentée afin de forcer Envergent et UOP à exécuter et compléter les travaux requis pour corriger les déficiences et rendre l'usine fonctionnelle. Cette demande, également non contestée, est accueillie le 19 mai 2021. Diverses modalités sont prévues, notamment quant aux droits d'Envergent de demander paiement prioritaire des nouveaux frais à encourir. Il n'y a pas lieu de s'y attarder à ce stade-ci. 72

[73] Ces travaux sont entrepris et font l'objet d'un suivi tant du contrôleur que de la Cour. Certains écueils surgissent et en retardent la complétion. 73

[74] À l'automne 2021, le contrôleur dépose une demande afin de traiter l'ensemble des réclamations en vue d'un potentiel arrangement et du vote devant y conduire. Le Tribunal rejette la formule proposée pour le traitement des réclamations, particulièrement quant à la désignation d'un agent mandaté pour en décider. Il considère qu'il y a lieu qu'il entende le procès comme prévu afin de départager les droits de chacun. D'autant plus que les autres créances, élevées mais peu nombreuses, ne semblent guère contestées. Ce jugement est rendu le 4 novembre 2021³¹. 74

[75] AXC et ses sous-traitants déposent leurs réclamations auprès du contrôleur. Ce dernier procède à l'analyse des pièces soumises et se prononce sur leur valeur. Cela mène à des négociations et des ententes interviennent quant aux montants que le contrôleur accepte de reconnaître comme étant valable envers AECN. On convient même d'acquiescements à jugement. 75

³¹ Voir 2021 QCCS 5734.

- [76] Ainsi: 76
- la réclamation de 10 637 757 \$, déposée par AXC est acceptée pour 2 952 943 \$ à titre de créancière garantie et 241 368 \$ à titre de créancière non garantie;
 - la réclamation initiale de Fournier de 5 634 652 \$ est reconnue pour 3 109 256 \$ à titre de créancière garantie;
 - celle de RPF est réduite de 434 469 \$ à 137 141 \$;
 - celle de G-7 (4 626 759 \$) est rejetée.³²
- [77] AECN ajoute ces montants à sa réclamation personnelle envers Envergent, UOP, HPS et Libert. Le litige demeure entier entre eux. Les procédures sont mises à jour et conduisent au procès dont dispose le présent jugement. 77
- [78] Mentionnons, à titre informatif, que l'ensemble des créances garanties reconnues par le contrôleur totalise 30 380 929 \$ alors que celles non garanties s'élèvent à 84 776 744 \$, le tout réparti entre une quinzaine de créanciers³³. 78
- viii) Le procès**
- [79] Les audiences se déroulent du 2 mai au 21 juin 2022. Plus d'une quinzaine de témoins, dont huit experts, sont entendus en salle ou par visioconférence. La preuve nécessite 17 jours, incluant une visite de l'usine tandis que les plaidoiries requièrent deux journées. 79
- [80] En demande, on dépose plus de 750 pièces de toutes sortes. On y retrouve des rapports techniques et administratifs, chaînes de courriels, plans, tableaux, etc. S'y ajoute une vingtaine de pièces provenant de la poursuite d'AXC, une trentaine de celle de Fournier et neuf du dossier RPF. Du côté de la défense, on recense près de 300 pièces, certaines se divisant en sous-pièces. L'ensemble de la preuve totalise donc plusieurs milliers de pages, dont une grande partie n'a pas été abordée à l'enquête ou en plaidoirie. 80
- [81] On doit additionner à cela les rapports d'expertises³⁴ et leurs annexes. De même, certaines déclarations écrites valent témoignage et permettent d'éviter d'entendre les témoins conformément au Projet pilote mis de l'avant dans la division de Québec. 81
- [82] Plusieurs demandes incidentes surgissent en cours de procès. Elles donnent lieu, soit à des ententes, des désistements ou des jugements interlocutoires. Le Tribunal souligne que les parties ont procédé avec célérité, flexibilité et qu'elles ont généralement bien collaboré pour s'assurer de terminer le procès à l'intérieur du calendrier convenu. 82

³² Voir la pièce A-444 et le témoignage de M. Jean-Denis Losier.

³³ Voir le tableau Annexe B de la pièce A-444.

³⁴ La défense a retiré les rapports DI-249 et DI-259 et renoncé à faire entendre MM. Nicolas Délisle et Gabriel Giguère-Joanette.

III. Les questions en litige

[83] Le nombre de questions soulevées dans le cadre de ce litige s'avère impressionnant. Ainsi, dans leur exposé commun des questions de faits et de droit, les parties en identifient 21, dont certaines comportent plusieurs sous-questions. **83**

[84] De façon à permettre une analyse efficace et de s'assurer que tous abordent les mêmes sujets, le Tribunal a demandé que les plaidoiries et plans d'argumentation soient conçus en fonction des items de réclamations relatifs à chacun. C'est ce même ordre qui sera suivi après une étude de certains aspects généraux, dont celui du droit applicable. **84**

[85] À ce sujet, précisons que la demanderesse AECN réclame ce qui suit: **85**

- i) 3 193 611 \$ en lien avec l'augmentation du coût des travaux d'AXC;
- ii) 3 109 256 \$ en lien avec l'augmentation du coût des travaux de Fournier;
- iii) 137 414 \$ en lien avec l'augmentation du coût des travaux de RPF;
- iv) 18 033 349 \$ représentant la totalité des coûts d'opération de l'usine entre le 1er janvier 2018 et le 3 juin 2022;
- v) 18 200 000 \$ représentant des dommages liquidés soit 9 100 000 \$ pour livraison tardive et 9 100 000 \$ pour garantie de performance non atteinte;
- vi) le remboursement des honoraires d'experts et des frais de justice.

[86] Les trois premiers items sont regroupés sous le vocable «Réclamations des entrepreneurs et sous-traitants». Il s'agit en fait de trois demandes en garantie dans les dossiers initiés par AXC, Fournier et RPF. **86**

[87] De son côté, la défenderesse nie le bien-fondé de ces demandes sauf un montant de 948 613 \$ qu'elle reconnaît fondée à titre de coûts de correction de diverses déficiences dont elle admet sa responsabilité. Elle requiert que cette somme soit compensée avec ses propres réclamations soit: **87**

- i) 1 992 259 \$ US, en plus des intérêts pour le solde contractuel impayé par AECN;
- ii) 1 724 055 \$ US, en plus des intérêts pour le paiement de services additionnels rendus;
- iii) 1 053 400 \$ US pour le remboursement de travaux correctifs exécutés à la suite de l'ordonnance du 19 mai 2021;
- iv) ses frais d'expertise et de justice.

[88] Les items ci-haut décrits concernent avant tout AECN et Envergent. Il y a aussi lieu de décider de la responsabilité des autres défendeurs soit: 88

- i) UOP à titre de caution;
- ii) Honeywell en tant que fournisseur des systèmes de contrôle et société mère d'UOP;
- iii) Libert, le sous-traitant chargé de la fabrication des unités RTP en Chine.

[89] Les deux contrats au cœur de ce litige (le «Supply Agreement» et le «Guarantee Agreement») contiennent une clause qui les assujettit au droit de l'État de New York. Cet aspect soulève une prétention d'AECN quant à l'applicabilité, malgré tout, de certaines règles de droit civil québécois. Il y a donc lieu de clarifier la situation avant d'aborder spécifiquement les réclamations ci-avant décrites, les questions qui en découlent pour chacune et les arguments des parties. 89

[90] C'est cet ordre qui sera suivi après la formulation de remarques préliminaires. 90

IV. L'analyse

A) Remarques préliminaires

[91] Le Tribunal estime approprié de résumer certaines règles juridiques générales et d'énoncer quelques constats factuels. Tant les premières que les seconds doivent être gardés à l'esprit dans l'étude de diverses questions soulevées. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive mais plutôt d'un rappel d'éléments importants dont il y a lieu d'éviter la répétition. 91

[92] D'abord, chaque partie a le fardeau de démontrer, par preuve prépondérante, le bien-fondé de ses demandes. C'est ce qui ressort des articles 2803 et 2804 du *Code civil du Québec* qui stipulent: 92

2803. Celui qui veut faire valoir un droit doit prouver les faits qui soutiennent sa prétention.

Celui qui prétend qu'un droit est nul, a été modifié ou est éteint doit prouver les faits sur lesquels sa prétention est fondée.

2804. La preuve qui rend l'existence d'un fait plus probable que son inexistence est suffisante, à moins que la loi n'exige une preuve plus convaincante.

[93] Deuxièmement, «toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés»³⁵. Un contrat signé constitue avant tout la loi des parties³⁶, à moins de nullité ou qu'il n'enfreigne l'ordre public³⁷. Il faut donc s'en remettre au contenu du contrat, lequel 93

³⁵ Voir l'art. 1458 C.c.Q.

³⁶ *B.P. Canada Ltd c. Traders Finance Corp. Ltd.*, [1970] C.A. 653.

³⁷ Voir le chapitre II du livre cinquième du *Code civil du Québec*.

énonce leur volonté, sous réserve, bien entendu, des règles de droit qui s'appliquent à un tel acte juridique. À ce sujet, le Tribunal souligne que chacune des parties tend parfois à recourir aux contrats lorsque ça lui est favorable tout en passant outre à ses obligations désavantageuses. À titre d'exemples, AECN invoque les clauses de dommages-intérêts liquidés, sans trop s'arrêter aux modalités y donnant éventuellement droit. De son côté, Envergent s'appuie sur les limites de responsabilités convenues tout en faisant bien peu de cas des représentations qu'elle a faites quant à son expertise dans le domaine.

[94] Troisièmement, les parties ici en présence ne sont pas des sociétés peu familières avec le monde des affaires et la négociation de conventions. Elles sont dirigées par des représentants aguerris, assistés de professionnels tant légaux que financiers. On est bien loin des liges mineures. **94**

[95] Quatrièmement, les témoins entendus ont paru sincères. Ils ont rapporté leur version sans soulever de doutes inquiétants quant à leur crédibilité. Ils n'ont pas cherché à défendre des positions ou intérêts indéfendables ni à nier des éléments parfois défavorables. Autrement dit, l'affaire ne repose pas sur la crédibilité et la fiabilité des dépositions. Ce n'est pas là un enjeu majeur. **95**

[96] Cinquièmement, la preuve documentaire couvre plus de mille pièces. Certaines contiennent des centaines de pages. Face à cela, le Tribunal a bien spécifié qu'il ne pouvait tout lire ou analyser et qu'il devait s'en remettre à l'essentiel. Les procureurs ont préparé des plans d'argumentation détaillés, au soutien de leurs représentations orales. Ils y ont référé à ce qui leur est apparu le plus pertinent. C'est ce qui a servi avant tout à l'analyse conduisant au présent jugement. **96**

[97] Sixièmement, il n'est pas contesté que l'usine n'a pas, en date du procès, fonctionné au rythme et selon les attentes de production. Elle a opéré par période mais n'a pas décollé de façon constante et soutenue. Il n'est pas non plus contredit qu'AXC et les sous-traitants ont dû composer avec des déficiences et conditions imprévues. Il faut par ailleurs garder à l'esprit que le contenu de leurs ententes ne correspond pas nécessairement à celles convenues entre AECN et Envergent. **97**

[98] Septièmement, AECN n'a pas réussi, à ce jour, à faire certifier son biocarburant et obtenir les crédits verts RIN permettant de réduire les coûts et de rentabiliser ses ventes. Le dernier budget du Québec ouvre la voie pour 2023 mais tel n'est pas le cas aux États-Unis. **98**

[99] Huitièmement, l'usine est demeurée fermée pendant plus d'une année. **99**

[100] Neuvièmement, l'issue du processus de restructuration demeure inconnue. Quoiqu'il en soit, cela n'a aucun impact sur le présent résultat. **100**

[101] Dixièmement, bien que non-partie aux procédures, Ensyn Corp et ses filiales sont omniprésentes dans cette affaire. Elles ont conçu et breveté le procédé RTP, sont coactionnaires et consultantes d'AECN et d'Envergent et agissent comme courtières en vente du biocarburant. Ensyn a été engagée par AECN pour l'assister dans le démarrage et la mise en service tout en ayant conseillé Envergent pour réviser les modèles 3D à 30% et suivants. Il **101**

faut donc se montrer prudent face aux prises de position d'Ensyn vu ses intérêts multiples dans l'ensemble du projet.

B) Le droit applicable au litige

[102] Avant d'analyser les droits et obligations des parties, il importe de déterminer le régime juridique qui les régit. Si ce sont avant tout les dispositions contractuelles qui priment, encore faut-il identifier les règles légales auxquelles sont soumises ces ententes. 102

[103] Cela s'impose du fait qu'on a désigné le droit applicable comme étant celui de l'État de New York, ce qui n'est pas contesté, mais qu'on ne s'entend pas sur les effets potentiels de dispositions d'ordre public du *Code civil du Québec*. De façon plus précise, AECN plaide que les articles 2118 et 2119 de ce même code, peuvent être invoqués, ce que conteste Envergent. 103

[104] Compte tenu que le litige comporte des éléments étrangers, notamment quant au choix du droit de l'État de New York, il faut considérer les règles de droit international privé québécois³⁸. Voyons ce qui en est. 104

i) Les lois d'application immédiate (art. 3076 C.c.Q)

[105] D'entrée de jeu, l'article 3076 C.c.Q. précise que certaines règles de droit en vigueur au Québec ne peuvent être écartées malgré entente contraire. C'est ce qu'on appelle les lois d'application immédiate ou nécessaire ou lois de police. Elles sont obligatoires et on ne peut y déroger. 105

[106] Cet article 3076 se lit tel qu'il suit: 106

3076. Les règles du présent livre s'appliquent sous réserve des règles de droit en vigueur au Québec dont l'application s'impose en raison de leur but particulier.

[107] En présence de telles règles, celles-ci trouvent application au détriment du droit étranger, et ce, malgré les dispositions législatives relatives au droit international privé et le choix du droit étranger. C'est une exception obligatoire. 107

[108] Ces lois d'application nécessaire ont été définies comme suit dans la cause *G.B. c. C.C.*³⁹: 108

26. [...]

L'élément essentiel de cette notion est ce but, sur lequel l'article 3076 C.c.Q. se concentre justement, et l'on peut estimer, étant donné la théorie dont il est l'expression, qu'il concerne "plus ou moins directement l'organisation étatique [...] sous ses aspects politiques, économiques, sociaux et culturels". Ce but

³⁸ Celles-ci se retrouvent au livre dixième du *Code civil du Québec*, soit les articles 3076 à 3168.

³⁹ 2001 CanLII 20627 (C.A.).

d'intérêt primordial de la disposition en cause "force la compétence" internationale de son ordre juridique d'appartenance".

(Le Tribunal a souligné)

[109] Les commentaires du ministre de la Justice concernant l'article 3076 C.c.Q. sont également utiles pour définir ces lois d'application nécessaire: 109

À moins que le législateur ne s'en soit exprimé clairement, il ne suffit pas, pour qu'une règle soit considérée d'application immédiate, qu'elle soit impérative; encore faut-il que le but qu'elle poursuit lui confère une importance toute particulière pour l'organisation d'un État. L'application de ces dispositions permet de sauvegarder la cohérence politique de l'ordre juridique interne du Québec.⁴⁰

(Le Tribunal a souligné)

[110] C'est cette interprétation qui a été retenue dans la cause *Ferme Avicole Héva inc. c. Boréal assurances agricoles inc.*⁴¹: 110

33 D'ailleurs, il nous paraît difficile de retenir que l'article 3076 C.c.Q. aurait pour effet de consacrer toutes les règles ou les lois auxquelles on ne peut déroger en vertu des lois du Québec comme étant des règles d'application nécessaire ou encore des règles dont l'application s'impose en raison de leur but particulier.

[111] AECN prétend que les articles 2118 et 2119 C.c.Q. sont d'ordre public, et donc, qu'ils sont d'application nécessaire. Bien que les articles 2118 et 2119 C.c.Q. puissent être reconnus d'ordre public, on ne peut conclure que leur application soit nécessaire pour «l'organisation de l'État». Les lois d'application nécessaire doivent être interprétées restrictivement⁴² et ont une portée très restreinte⁴³. 111

[112] Le fait qu'une règle soit d'ordre public ne suffit pas pour en faire une loi d'application nécessaire au sens de l'article 3076 C.c.Q. C'est plutôt le caractère vital pour l'organisation de l'État qui doit être présent⁴⁴. Conclure comme le soutien AECN ferait non seulement perdre le caractère exceptionnel de cette disposition, mais viderait par le fait même de son sens l'article 3111 C.c.Q, dont il sera question plus loin. 112

[113] Dans son argumentation, AECN invite le tribunal à «s'inspirer» des dispositions de la *Loi sur les ingénieurs* et du *Code de déontologie des ingénieurs*⁴⁵ afin de conclure à une faute 113

⁴⁰ Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec*, t. 2, Québec, Les publications du Québec, 1993, art. 3076.

⁴¹ [2003] J.Q. no 5480 (C.S.).

⁴² *Idem*, par. 30.

⁴³ *Jovalco Group Corporation c. International Association of Bridge Structural Ornamental and Reinforcing Iron Workers Local 765*, 2014 QCCS 3647, par. 69.

⁴⁴ *G.B. c. C.C.*, préc., note 39.

⁴⁵ RLRQ, c. I-9, r. 6.

civile des ingénieurs, sans toutefois élaborer sur les critères à satisfaire pour que le tribunal puisse qualifier ces lois comme étant d'application nécessaire. Or, force est de constater que si l'on veut conclure à une faute civile en raison de la violation d'une disposition déontologique comme l'invoque AECN, encore faut-il que ces dispositions soient applicables.

[114] Chose certaine, l'application de ces lois est limitée, par leur texte, aux professionnels qui sont membres de l'Ordre des ingénieurs du Québec. Cela fait échec à l'argument d'AECN puisque personne ne fait de reproches à un ingénieur ainsi régi. 114

[115] De plus, nous ne sommes pas dans un dossier impliquant des infractions pénales ou déontologiques, objectif premier de ces lois visant la protection du public. Un tel scénario pourrait nécessiter d'examiner l'application extraterritoriale de ces obligations, ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce. 115

[116] Il en résulte que les lois et articles invoqués ne peuvent être considérés des lois d'application nécessaire au sens de l'article 3076 C.c.Q. 116

ii) Règles de conflit de lois en droit international privé québécois

[117] Les deux principaux contrats en cause dans le présent dossier, soit le «Supply Agreement» et le «Guarantee Agreement», comportent une clause désignant la loi de l'État de New York comme étant le droit applicable. Le droit international privé québécois respecte, par le biais de l'article 3111 al. 1 C.c.Q., la volonté des parties quant au choix de la loi applicable à leurs obligations. Pour qu'une clause de désignation de loi soit valide, elle se doit d'être claire, ce qui est manifestement le cas en l'espèce. Les parties n'en contestent d'ailleurs pas la validité. 117

Supply Agreement et CVIM

[118] Les parties reconnaissent également l'application de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après «CVIM») au «Supply Agreement», lequel doit être qualifié de contrat international de vente de marchandise au sens de l'article 1 de cette convention. 118

[119] Effectivement, AECN et Envergent sont domiciliées dans des États différents, respectivement le Canada et les États-Unis, et ces États ont adhéré et ratifié la CVIM. De plus, les parties n'ont pas contractuellement exclu l'application de la CVIM. 119

[120] La CVIM faisant partie du droit New-Yorkais, son application pour les questions en litige découlant du «Supply Agreement» est conforme à la clause de désignation de loi des parties. 120

[121] Enfin, là où la CVIM ne prévoit rien, son article 7 stipule qu'on doit tout d'abord tenter de résoudre le problème selon les principes directeurs de cette convention. À défaut c'est le droit new-yorkais, notamment le «Uniform commercial code» («UCC») qui doit trouver application. 121

Guarantee Agreement

[122] La position d'AECN est que le «Supply Agreement» et le «Guarantee Agreement» ne forment qu'un seul contrat qui doit être qualifié de contrat de vente internationale de marchandises. 122

[123] Le Tribunal n'est pas de cet avis. Il s'agit plutôt de deux contrats distincts, ayant un objet propre à chacun soit, la vente des unités RTP dans le cas du «Supply Agreement» et la fourniture de services d'ingénierie ainsi qu'une garantie de performance pour le «Guarantee Agreement». Ce dernier contrat ne pouvant être qualifié de contrat de vente, la CVIM ne s'y applique pas. Cela ne change rien en bout de ligne, selon le Tribunal. 123

[124] C'est donc selon le droit new-yorkais que doivent être analysées les questions en litige découlant de l'application du «Guarantee Agreement». 124

iii) Règles particulières en droit international privé québécois

[125] Étant venu à la conclusion que le droit étranger est applicable selon une clause de désignation de loi, le Tribunal doit vérifier si des règles particulières de droit international privé québécois devraient s'appliquer au litige. Pour cela, il faut tout d'abord qualifier la nature du recours, plus particulièrement la nature des contrats puisque nous sommes dans le cadre d'un litige contractuel. 125

iv) Qualification des contrats

[126] L'article 3078 C.c.Q. prévoit que cette qualification doit se faire selon le système juridique du tribunal saisi, ici suivant les lois du Québec. 126

[127] En l'espèce, tel que mentionné ci-haut, le Tribunal est d'avis que le «Supply Agreement» doit être qualifié de contrat de vente puisqu'on y prévoit la vente d'unités RTP par Envergent à AECN. Plus spécifiquement, les obligations d'Envergent sont les suivantes: «provide the engineering design of the Units, purchase certain material and equipment for the Units, fabricate the Units into modules or part thereof, sell the Units to PURCHASER, and provide certain other work and services with respect to the Units»⁴⁶. 127

[128] À la lecture du contrat, on en comprend que l'installation des unités RTP sur le site de Port-Cartier, où les pièces pour une telle installation seront livrées, ne fait pas partie du contrat. Cette installation sera effectuée par des tiers⁴⁷. 128

[129] Quant aux «other work and services» qui doivent être fournis par Envergent selon le «Supply Agreement», ceux-ci concernent des changements qui pourraient être apportés aux unités RTP⁴⁸ et les travaux de réparation de tout défaut de fabrication⁴⁹. Or, suivant l'article 2103 C.c.Q. puisque les services offerts par Envergent dans le cadre du «Supply Agreement» 129

⁴⁶ Clause 1, Supply Agreement, pièce A-1.1.

⁴⁷ Clause 6, Supply Agreement, pièce A-1.1.

⁴⁸ Clause 9, Supply Agreement, pièce A-1.1.

⁴⁹ Clause 10.5.2, Supply Agreement, pièce A-1.1.

ne sont qu'accessoires à la vente des unités RTP, qui est l'obligation principale à laquelle s'est engagé Envergent, le contrat doit être qualifié de contrat de vente. Dans son plan d'argumentation détaillé, AECN souscrit à ce constat lorsqu'elle écrit:

905 – Le Supply Agreement porte essentiellement sur la vente d'unités de traitement thermique rapide et constitue clairement une vente de marchandises en vertu du droit new-yorkais.

[130] L'expert Lieb, produit par la demande, réfère au caractère «predominant in the transaction»⁵⁰. En l'espèce, cette prédominance en est une de vente de biens. **130**

[131] En ce qui a trait au «Guarantee Agreement», celui-ci doit plutôt être qualifié de contrat de service au sens de l'article 2098 C.c.Q. Effectivement, dans ce contrat Envergent s'engage principalement à fournir des «technical advisor services (as described in Attachment III) during the completion of construction, start-up and initial operations of the Units» et elle contracte une obligation de performance. Quoiqu'il en soit, vente ou service, mène au même résultat. **131**

v) Clause de désignation de loi et dispositions impératives (art. 3111 C.c.Q.)

[132] L'article 3111 C.c.Q. s'applique aux litiges mettant en cause un acte juridique conclu entre les parties, il faut donc analyser cet article pour déterminer s'il commande l'application du droit interne québécois au détriment de la loi désignée par les parties, plus particulièrement en ce qui concerne l'application des articles 2118 et 2119 C.c.Q. comme le soutien AECN. **132**

[133] Cet article vise l'application des dispositions impératives du droit québécois qui ont préséance sur le droit étranger applicable selon les règles de droit international privé. Il vaut uniquement lorsque les parties ont prévu une clause d'élection de loi dans une situation où il n'y a aucun élément d'extranéité. Si un tel élément existe, les dispositions impératives du Québec ne le sont plus. **133**

[134] Cette exception vise à éviter le contournement des dispositions d'ordre public du droit québécois par des parties dont les rapports juridiques ne présentent aucun élément externe. **134**

[135] Il faut donc se demander si les articles 2118 et 2119 C.c.Q. sont d'ordre public, et le cas échéant, si un élément d'extranéité est présent en l'espèce permettant ainsi aux parties d'éviter leur application⁵¹. **135**

[136] Le caractère d'ordre public de l'article 2118 C.c.Q. a été reconnu à plus d'une reprise par la Cour d'appel, notamment dans l'arrêt *Installations GMR inc. c. Pointe-Claire (Ville de)*⁵²: **136**

21. La Ville a raison. GMR, qui fournissait les matériaux incluant les réservoirs, est tout autant responsable des dommages découlant de l'installation du

⁵⁰ Voir la pièce A-467, par. 11.

⁵¹ La décision de la Cour suprême citée par AECN, *Dell Computer c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, par. 36 précise qu'il faut absence d'extranéité pour invoquer l'exception de l'article 3111 C.c.Q.

⁵² 2015 QCCA 1521.

réservoir de 15 000 L. L'application de l'article 2118 C.c.Q est d'ordre public et il n'est pas possible d'y renoncer à l'avance. GMR doit donc également être tenue responsable des dommages découlant du remplacement de ce réservoir qui s'élèvent à 164 502,25 \$.

L'auteur Vincent Karim qualifie également cette disposition d'ordre public:

1639. Le but de la disposition prévue à l'article 2118 C.c.Q. est d'assurer la solidité et la qualité des immeubles, la sécurité du propriétaire ainsi que celle du public en général. Il s'agit donc d'une disposition d'ordre public de direction à laquelle le client ne peut renoncer. Aucune clause de non-responsabilité ne permettra donc l'exonération de responsabilité des intervenants visés par l'article 2118 C.c.Q. Conséquemment, toute renonciation à son application est sans effet. Donc, une clause qui limite la responsabilité de l'entrepreneur pour une durée inférieure à cinq ans sera déclarée sans effet par le tribunal. [...] ⁵³

[137] Quant à l'article 2119 C.c.Q., la même conclusion s'impose:

137

2-294 – Code civil du Québec – Le Code civil innove d'une double façon. D'une part, il permet aux constructeurs de dégager leur responsabilité en prouvant que le préjudice ne résulte pas d'une erreur ou d'un défaut de leur part. D'autre part, il prévoit désormais des moyens disculpatoires précis et particuliers pour chacun des types de constructeurs. Il convient de rappeler que les dispositions de l'article 2119 C.c.Q. sont d'ordre public, ce qui entraîne certains effets, notamment en ce qui a trait aux clauses de non-responsabilité et motive une interprétation restrictive des causes d'exonération. ⁵⁴

[138] Les articles 2118 et 2119 C.c.Q. constituent des règles d'ordre public auxquelles il n'est pas possible de déroger ou d'écarter contractuellement. Ces dispositions sont donc visées par l'article 3111 C.c.Q. Advenant l'absence d'un élément d'extranéité, elles seront applicables, et ce, même en présence d'une clause d'élection de loi validement stipulée par les parties.

138

[139] Cet élément d'extranéité a été défini comme suit dans la cause *Bal Global Canada Corporation c. Aliments Breton (Canada) inc.*:

139

[47] *Breton* soutient également que même si on reconnaît la validité de l'acte juridique, il ne présente aucun élément d'extranéité et qu'en l'espèce, en application du deuxième alinéa de l'article 3111 C.c.Q., l'application de la loi québécoise devrait être retenue.

⁵³ Vincent KARIM, *Contrats d'entreprises (ouvrages mobiliers et immobiliers: construction de rénovation), contrat de prestation de services (obligations et responsabilité des professionnels) et l'hypothèque légale*, 4e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, par. 1639.

⁵⁴ Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, vol. 2 «Responsabilité professionnelle», 9e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais Ltée, 2020, par. 2 294.

[48] Le Tribunal ne retient pas la position de *Breton* sur ce point. L'élément d'extranéité peut être défini de la façon suivante:

«Par élément d'extranéité, il faut entendre au moins un point de contact juridiquement pertinent avec un État étranger dans le contexte où la question se pose. Ainsi, pour les fins des articles 3111 à 3113, la résidence des parties contractantes dans des États différents.»¹

¹ Jeffrey A. TALPIS et Jean-Gabriel CASTEL, « Le *Code civil du Québec*: Interprétation des règles de droit international privé », dans *La Réforme du Code civil – Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 870-871.

(Le Tribunal a souligné)

[49] Or, en l'espèce, le domicile d'*Oracle* est désigné au contrat comme étant à Mississauga en Ontario.⁵⁵

[140] Dans la présente affaire, il semble inévitable de conclure que le contrat présente un, voire plusieurs, éléments d'extranéité. 140

[141] Examinons ce qu'il en est pour les deux contrats en litige tout en conservant à l'esprit que l'analyse de la présence ou non d'un élément d'extranéité doit se faire en fonction de «the essence of the transaction» comme le précise M. le juge Frédéric Bachand, siégeant alors à la Cour supérieure, dans la cause *Beterbiev c. Groupe Yvon Michel inc.*⁵⁶. 141

Supply Agreement

[142] Dans un premier temps, le domicile des deux parties au contrat est situé à l'extérieur du Québec, soit en Ontario pour AECN et aux États-Unis pour Envergent. 142

[143] Dans un second temps, le « Supply Agreement » prévoit spécifiquement qu'une partie des obligations d'Envergent se réalisera à l'extérieur du Québec, et ce, même si ultimement la livraison des unités RTP doit être faite au site de Port-Cartier: 143

4.2 PURCHASER and ENVERGENT anticipate that the fabrication point and shipping point for the Units will be outside of North America [...].

[144] De plus, c'est la réception par Envergent d'un « notice to proceed with construction » qui déclenche son obligation de fabriquer les unités afin qu'elles soient prêtes pour la livraison dans le délai spécifié au contrat⁵⁷. Cet avis doit être transmis au domicile d'Envergent aux 144

⁵⁵ 2008 QCCS 2749 (autorisation d'appel refusée, 2008 QCCA 1420).

⁵⁶ 2018 QCCS 2536, par. 6 à 8 (règlement en appel, 19-03-2019, 500-09-027651-181).

⁵⁷ Clause 4.1, Supply Agreement, pièce A-1.1.

États-Unis⁵⁸, qui sur réception enclenche le processus de fabrication lequel, comme mentionné ci-haut, sera fort probablement exécuté à l'extérieur de l'Amérique du Nord.

[145] Enfin, le paiement des unités RTP par AECN à Envergent tient compte de la possibilité que des frais, taxes ou charges, autres que celles pouvant être dues aux autorités gouvernementales des États-Unis, pourraient être facturés⁵⁹. 145

Guarantee Agreement

[146] À l'instar du «Supply Agreement», le domicile des parties est situé dans des États différents et les clauses concernant le paiement prévoient des dispositions particulières afin de tenir compte des taxes ou charges fiscales pouvant être payables tant aux autorités gouvernementales du Canada que des États-Unis, et même de tout autre pays⁶⁰. 146

[147] Il s'agit là de plusieurs éléments faisant en sorte qu'il est difficile de prétendre, comme le fait AECN, que les contrats ne présentent aucun élément d'extranéité, outre le domicile d'Envergent, et que l'ensemble des obligations des parties doivent être exécutés au Québec. 147

[148] Nous ne sommes clairement pas dans un cas où deux entités québécoises tentent d'éluider l'application des dispositions d'ordre public du droit québécois. 148

[149] En raison de ces éléments d'extranéité et suivant l'article 3111 C.c.Q., les clauses de désignation de la loi de New York sont pleinement applicables et il n'y a pas lieu d'appliquer les dispositions 2118 et 2119 C.c.Q. au présent litige. Il ne sera donc pas nécessaire de se prononcer sur les conditions d'ouverture et effets de ces articles. Sans prendre position formelle, le Tribunal note, par ailleurs, qu'Envergent a plutôt agi comme vendeur que comme entrepreneur. Au surplus, l'existence d'une perte de l'ouvrage au sens de l'article 2118 C.c.Q. est loin d'être acquise en regard de la jurisprudence de la Cour d'appel⁶¹. Le même constat prévaut quant à la *Loi sur les ingénieurs* et du *Code de déontologie des ingénieurs*. 149

vi) Conclusion sur le droit applicable

[150] En résumé, les parties ayant contractuellement désigné le droit applicable comme étant celui de l'État de New York aux États-Unis, toutes les questions en litige découlant des deux contrats en cause, soit le «Supply Agreement» et le «Guarantee Agreement», doivent être tranchées selon ce droit désigné. 150

[151] Plus spécifiquement concernant le «Supply Agreement», puisqu'il s'agit d'un contrat de vente internationale de marchandises, la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (CVIM) qui a été intégrée au droit new-yorkais est 151

⁵⁸ Exhibit 1 to Annex A, Supply Agreement, pièce A-1.1.

⁵⁹ Clause 8.3, Supply Agreement, pièce A-1.1.

⁶⁰ Attachment IV – Charges and payments, Guarantee Agreement, pièce A-2.1.

⁶¹ *Verville c. Poirier*, 2021 QCCA 124; *Installation GMR Inc. c. Pointe-Claire (Ville de)* 2015 QCCA 1521; *Construction Dompat Inc. c. Société des vétérans polonais de guerre du Maréchal J Pilsudski Inc.*, 2019 QCCA 926; *Domenico et Fils (1997) Inc. c. Devenco Contracting Inc.*, 2012 QCCA 1736 (autorisation d'appel refusée, C.S.C. 35104, 04-04-2013).

applicable. Pour toutes questions ne trouvant pas de réponse dans la CVIM, c'est le droit de l'État de New York qui devra suppléer.

[152] D'autre part, c'est le droit québécois qui doit s'appliquer en l'absence d'allégations ou de preuves de l'application d'un droit étranger⁶². Ce sera notamment le cas, pour toutes les questions qui devraient être résolues selon la CVIM ou le droit de l'État de New York, mais pour lesquelles la teneur de ce droit n'a pas été établie⁶³. 152

[153] À ce sujet, le Tribunal précise que chaque partie a produit le rapport d'un expert avocat de New York. Ces deux juristes ont témoigné. Il en sera question lors de l'étude d'aspects juridiques spécifiques du droit new-yorkais ou de la CVIM. 153

C) Les unités RTP ont-elles été livrées à temps, libre de tout vice de conception et de tout vice de fabrication conformément au Supply Agreement?

[154] Cette question est la première que formule AECN dans son plan d'argumentation. Elle discute des manquements et reproches faits à Envergent, sans égard aux conséquences ou dommages pouvant en découler et être légalement octroyés. 154

[155] AECN se plaint à la fois de vices affectant les unités et de retards de livraison de composantes. Ce second reproche, celui relatif aux délais, soulève plus d'interrogations que le premier. Il en sera question spécifiquement dans la section consacrée à la demande de dommages-intérêts liquidés pour retards. 155

[156] Qu'il suffise, à ce stade-ci, de préciser deux constats. Premièrement, l'usine ne fonctionnait toujours pas correctement au printemps 2022. Le délai n'est donc pas aussi pertinent, quel qu'il soit, puisque livrées à temps ou non, les unités n'opéraient pas comme on avait envisagé. Deuxièmement, Envergent ne devait pas livrer l'usine clé en main. Elle n'était ni chargée de l'installation des deux unités RTP ni du BOP. Ses obligations consistaient avant tout à expédier les unités dans les 70 ou 80 semaines suivant le «Notice to proceed», tel que prévu à l'article 4 du «Supply Agreement»⁶⁴. 156

[157] Quant à l'existence de vices affectant l'usine, la réponse est simple et ne nécessite guère de longue analyse et réflexion. La construction, la mise en marche et l'opération des unités ont connu plusieurs ratés. La preuve est abondante sur la question. Il a fallu modifier le design, changer des équipements, reporter des échéances, encourir des frais additionnels, composer avec des arrêts de production multiples et récurrents. 157

[158] En date des plaidoiries, Envergent travaillait toujours au site, cherchant à solutionner les problèmes et à atteindre un niveau de production stable et ininterrompu. Elle a reconnu la situation, tant dans sa plaidoirie⁶⁵ que dans ses interventions postérieures. Au procès, le 158

⁶² Art. 2809 C.c.Q.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ La majeure partie des équipements et accessoires a été expédiée à l'intérieur de ces deux délais, soit ceux du 3 octobre 2017 pour l'unité A et du 12 décembre 2017 pour l'unité B.

⁶⁵ Voir les written submissions aux par. 19 et 89 à 91.

témoin Michael Schultz a reconnu le «poor planning de Libert», le manque de surveillance de son représentant, M. Pecanha en Chine, la non-complétion du guide d'installation et de nombreuses erreurs évidentes⁶⁶. Rappelons qu'elle reconnaît devoir près de 1 000 000 \$ à AECN pour des frais correctifs. Elle n'a pas contesté l'ordonnance du 19 mai 2022 la forçant à exécuter les travaux manquants permettant de rendre l'usine fonctionnelle. De plus, son expert, M. Terrence Dritz a reconnu qu'il y a «more fouling than expected».

[159] Le rapport de conciliation des experts Julien et Dritz, daté du 29 avril 2022, convient de la présence anormale de tar (page 3), et du dysfonctionnement du «Main Air Blower» (page 5), de la «L-Valve» (page 6), du «Cyclone Reactor» (page 6), du «Bubble Braker» (page 9) et de la «Quench Tower» (page 10). 159

[160] Quant à M. Doug Clarke d'Ensyn, il a affirmé que «setbacks happen but here they were abnormal». De son côté M. Don Bell, représentant d'Envergent déclare n'avoir réalisé l'ampleur des problèmes que lors de sa visite en mars 2020. Il confirme, sans avoir effectué de tests formels, qu'on n'avait sans doute pas atteint les niveaux de performance stipulés. 160

[161] La preuve révèle clairement que tout n'a pas été comme prévu. Loin de là. MM. Mercier, Chabot et Muller ont exposé les multiples difficultés ayant surgi à partir du mois de juin 2017. Jusque-là, le projet évoluait bien. La suite s'est avérée moins heureuse tant pour le propriétaire que pour son entrepreneur et ses sous-traitants. En juin 2022, Envergent reconnaissait qu'elle n'avait pas encore réalisé les tests de performance, ce qui en dit long. 161

[162] S'il est vrai que l'on a dû faire face à des éléments externes à Envergent (RIN non certifiés, COVID-19, ligne ferroviaire)⁶⁷, ces facteurs n'ont pas pour effet de justifier une lacune majeure soit celle d'une usine affectée de vices ayant perturbé et retardé son démarrage et son fonctionnement normal. On ne discute pas ici de la non-atteinte de la performance garantie pour laquelle on a prévu une répartition des coûts entre les parties⁶⁸ et la possibilité de dommages liquidés. On fait plutôt référence à une usine qui n'a jamais fonctionné avec régularité⁶⁹ et à des équipements ne rencontrant pas les exigences de l'article 36 de la CVIM. Ce reproche diffère du non-respect des critères de performance. Il vise l'incapacité des unités à fonctionner normalement. Par ailleurs, Envergent ne peut s'exonérer sous prétexte qu'AECN était un acheteur professionnel, malgré son association avec Ensyn. Il est paradoxal qu'Envergent, elle-même associée à Ensyn, tente de se peindre comme néophyte tout en soutenant qu'AECN, dirigée par M. Mercier, serait la spécialiste. Chose certaine, l'argument ne tient pas la route, d'autant plus qu'Envergent avait été appelée à réviser, elle-même, la technologie⁷⁰. 162

⁶⁶ Voir notamment les pièces A-116 annexe 5, A-169, A-450 et A-121, annexe 10 et A-462.2, p. 2137.

⁶⁷ Voir le registre des opérations pièce DI-25.

⁶⁸ Voir la clause 3.1 (fix it clause) du Guarantee Agreement.

⁶⁹ Il suffit de consulter les registres d'opérations DI-24 à DI-26 pour comprendre la récurrence des problèmes et des arrêts.

⁷⁰ Voir le rapport UOP DI-143 d'octobre 2009 et le témoignage de Doug Clarke à l'effet que UOP «developped their design tools and scaled the technology».

[163] La réalité est indéniable. Les deux unités RTP n'étaient toujours pas pleinement fonctionnelles, plus de quatre ans après la date prévue. On n'avait certainement pas convenu d'une mise en service régulière à l'automne 2022. Lors de la réunion de démarrage de mai 2016, AECN spécifiait que l'objectif était d'être opérationnel à l'hiver 2017⁷¹. 163

[164] Les livraisons de la section chaude des unités, provenant de Chine, étaient désorganisées. Les dates projetées ont été constamment repoussées⁷². Plusieurs composantes n'étaient pas identifiées ou carrément manquantes⁷³. Le guide d'installation n'a pas été complété. 164

[165] Envergent a invoqué un manque d'effectifs⁷⁴, un surcroît de travail dû à d'autres projets parallèles⁷⁵ et des manquements de son sous-traitant Libert⁷⁶. Peu importe la raison, Envergent doit en répondre⁷⁷. 165

[166] Le «Supply Agreement» stipulait clairement l'obligation d'Envergent de livrer des unités «free of defects»⁷⁸, sans pouvoir reporter la faute sur ses sous-traitants ou fournisseurs⁷⁹. Cela est d'ailleurs conforme au droit civil et à la common law⁸⁰. *Qui facit per alium facit per se*. L'article 35 de la CVIM va dans le même sens: 166

- 1) Le vendeur doit livrer des marchandises dont la quantité, la qualité et le type répondent à ceux qui sont prévus au contrat, et dont l'emballage ou le conditionnement correspond à celui qui est prévu au contrat.
- 2) À moins que les parties n'en soient convenues autrement, les marchandises ne sont conformes au contrat que si:
 - a) elles sont propres aux usages auxquels serviraient habituellement des marchandises du même type;
 - b) elles sont propres à tout usage spécial qui a été porté expressément ou tacitement à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat, sauf s'il résulte des circonstances que l'acheteur ne s'en est pas remis à la compétence ou à l'appréciation du vendeur ou qu'il n'était pas raisonnable de sa part de le faire;

⁷¹ Voir les pièces A-30 et A-19.07.

⁷² Voir les rapports mensuels d'Envergent pièce A-18.18, p.26 et l'interrogatoire au préalable de François Drouin, 21-22 août 2019, pp 91-484-485, et les pièces A-128, A-143 et A-163.

⁷³ Interrogatoire au préalable de Marc Poirier, 27 novembre 2019, pp 23-87-88-103-104.

⁷⁴ Témoignage de Michael Schultz au procès, 25 mai 2022 et pièce A-63.

⁷⁵ Voir la pièce A-19.14, p.8.

⁷⁶ Voir les pièces A-55, A-56, A-18.14, p. 4 et A-93.

⁷⁷ Voir les pièces A-76 et A-92.

⁷⁸ Voir l'article 10.5.1 de la pièce A-1.1.

⁷⁹ Voir l'article 17 de la pièce A-1.1.

⁸⁰ *Équipements Quadco inc. c. 9023-6449 Québec inc.*, [2003] J.Q. no 7416 (CA) confirmant *9023-6449 Québec inc. c. Équipements Quadco inc.*, 2000 CanLII 18448 (QC CS), par. 88; Voir aussi l'article 79 de la CVIM.

- c) elles possèdent les qualités d'une marchandise que le vendeur a présentée à l'acheteur comme échantillon ou modèle.

[167] Le DCS, équipement technique de logiciels et contrôles, devant permettre l'opération de l'usine, n'a pas été livré à la date indiquée. Alors qu'on prévoyait son arrivée au site à la mi-mai 2017⁸¹, la livraison a eu lieu une année après⁸². 167

[168] De nombreux vices ont été constatés, et non contestés, en lien avec les unités RTP de l'usine de Port-Cartier. Mentionnons notamment ceux qui suivent, dont la nomenclature se retrouve au tableau des «backcharges» préparé par M. Stefan Muller⁸³: 168

- i. tuyauterie non conforme⁸⁴;
- ii. tuyauterie filetée et non étanche qu'on a dû souder⁸⁵, ce qui a nécessité de nombreuses heures imprévisibles;
- iii. défaut de conception du «Main Air Blower», soit un manque de débit d'air⁸⁶;
- iv. «L-Valve» non suffisamment étanche, engendrant un manque de pression et le passage de gaz d'une composante à l'autre⁸⁷. Cette valve a dû être remplacée;
- v. fonctionnement erratique du «Recycle Gaz Blower» entraînant de trop grandes vibrations, accumulation importante de dépôts solides et usure prématurée à l'origine d'arrêts de production répétés⁸⁸. Il a fallu en modifier les paramètres et rajouter des équipements complémentaires;
- vi. bris prématuré de sections des «Bubble Breaker», notamment au niveau des boulons⁸⁹;
- vii. «Primary Quench Tower» et «Reamer» incapables d'accomplir leurs tâches convenablement⁹⁰;
- viii. mauvaise localisation et opération de la «Sand Valve» et du «Debris Screen» qu'il a fallu modifier⁹¹;

⁸¹ Voir la pièce A-18.13, p.26.

⁸² Voir les pièces A-18.14, p.25, A-18.18, p. 27, A-18.23, p. 24, A-281.3 et A-18.25, p. 25.

⁸³ Voir la pièce P-21.

⁸⁴ Voir les rapports A-471.05, A-471.08, A-471.13, A-471.17, les courriels A-473 à A-477 et l'admission au par. 89 du plan de plaidoirie d'Envergent.

⁸⁵ Voir le rapport de l'expert Hugo Julien pièce A-462.1, section 4.2, p. 42 et courriel A-450.

⁸⁶ Voir les rapports d'expertise A-463.1 et A-463.2 de CEP du 4 mars 2022, pp 11, 41, 290 et 294.

⁸⁷ *Idem*, pp 12 à 17.

⁸⁸ *Idem*, pp 20, 23, 41, 42, 386, 388, 391, 395, 397, 401 et 406.

⁸⁹ *Idem*, pp 24 à 26.

⁹⁰ *Idem*, pp 29 à 36.

⁹¹ *Idem*, pp 46 – 47.

- ix. endommagement et usure prématurée du réfractaire dû aux nombreux arrêts et changements dans la production⁹²;
- x. accumulation inhabituelle et inattendue de «tar»⁹³.

[169] S'il est vrai que ce genre de projet nouveau comporte une part de risques, d'incertitude, de défis opérationnels et qu'il est souhaitable de ne pas en être le précurseur ou premier client⁹⁴, il ne s'agit pas pour autant d'un essai expérimental sans garantie aucune. Les représentations faites par Envergent ne vont nullement en ce sens⁹⁵. Elle n'a pas émis de réserves. D'autant plus qu'elle était associée à Ensyn. De plus, le prix exigé est énorme et l'acheteur ne voulait ni ne comprenait qu'il servirait de cobaye. On ne peut douter que ses attentes légitimes étaient d'obtenir un produit qui fonctionne, ce qui est bien compréhensible.

169

D) Les réclamations monétaires d'AECN

[170] Il ne suffit pas de conclure à des manquements d'Envergent pour la condamner. Il faut se prononcer sur le bien-fondé des divers éléments de dommages réclamés, lesquels doivent résulter des vices établis. Le préjudice ne se présume pas et doit faire l'objet d'une preuve convaincante⁹⁶.

170

[171] Mentionnons à ce sujet que l'indemnisation recherchée a varié au fil du temps. Ainsi, initialement, AECN réclamait un total de 23 166 353 \$ et une déclaration de nullité ou d'inopposabilité des clauses limitatives de responsabilité⁹⁷. Elle alléguait alors des coûts additionnels de correction, de perte de productivité, d'impact, etc., pour 10 066 353 \$, plusieurs faisant double emploi avec les demandes d'AXC et des sous-traitants. Elle y ajoutait des pertes de profits et gains manqués estimés à 1 000 000 \$ par mois et des dommages liquidés de 9 100 000 \$ pour les retards dans la livraison des équipements. Ces montants étaient révisés le 3 juin 2019.

171

[172] Le 25 novembre 2020, AECN déposait une nouvelle procédure et poursuivait les défenderesses pour 5 000 000 \$ (à parfaire), en plus de 9 100 000 \$ pour retard et l'annulation des factures d'Envergent⁹⁸. Elle requérait aussi une ordonnance forçant la correction des déficiences.

172

[173] Le 3 décembre 2021, de nouveaux amendements étaient apportés. AECN ne réclamait plus de perte de profits mais concluait à un remboursement de 16 132 157 \$ soit la totalité de

173

⁹² *Idem*, p. 50.

⁹³ Voir témoignages de MM. Don Bell et T. Dritz au procès.

⁹⁴ Voir le rapport d'expertise de M.Terrence Dritz, pièce DI-233.

⁹⁵ Voir les clauses 10.3.1 et 10.5.1 du contrat A-1.1.

⁹⁶ À ce sujet, il ne faut pas perdre de vue que le plan d'affaires postulait la vente de toute la production à Ensyn Fuel et l'obtention de crédits RIN. Voir les pièces A-68, A-177 et A-219 de même que le témoignage de M. Serge Mercier. Or, AECN s'est vu refuser la certification par l'EPA. Voir la pièce DI-56.

⁹⁷ Voir son Intervention forcée et Demande en garantie datée du 27 juillet 2018 dans le dossier 650-17-001056-189.

⁹⁸ Voir le dossier 650-17-001215-207.

ses coûts d'opération au 31 octobre 2021 en plus des dommages liquidés de 9 100 000 \$ pour les retards et de 9 100 000 \$ pour défaut d'avoir livré la performance garantie⁹⁹.

[174] Parallèlement à cela, l'ordonnance de protection en vertu de la LACC cheminait et conduisait au dépôt, le 18 janvier 2022, d'une procédure introductive allant dans le même sens. AECN se réservait le droit de mettre à jour les dommages. C'est ce qui fut fait en avril 2022 puis en cours de procès alors que l'item coûts d'opération était augmenté à 18 033 349 \$. Cette dernière modification, contestée, a été autorisée tout en préservant les droits des défendeurs d'y répondre par une preuve supplémentaire et un interrogatoire de M. Mercier.

174

[175] À l'issue de cette évolution des procédures, le Tribunal doit analyser les quatre items débattus, à savoir:

175

- i) les réclamations relatives aux demandes de tiers;
- ii) les dommages liquidés pour retard;
- iii) les dommages liquidés pour défaut de performance;
- iv) les coûts d'opération.

i) Les réclamations relatives aux demandes de tiers

[176] AXC, Fournier et RPF ont participé à la construction de l'usine. La première en tant qu'entrepreneur général mandaté par AECN, les deux autres à titre de sous-traitantes. Elles n'ont pas été entièrement payées pour leurs travaux, d'où leurs poursuites judiciaires et hypothèques légales.

176

[177] Après avoir déposé leurs preuves de réclamation et négocié avec le contrôleur, elles en sont arrivées à une entente avec AECN avant le début du procès. Celle-ci a reconnu devoir 3 193 611 \$ à AXC¹⁰⁰, 3 109 256 \$ à Fournier et 137 414 \$ à RPF. Des acquiescements partiels à jugement ont été produits pour en attester.

177

[178] D'après AECN, il s'agit là d'extras aux contrats intervenus dont la responsabilité ultime incombe à Envergent vu les vices et retards. Cette dernière n'est pas d'accord sauf pour un montant de 948 613 \$ qu'elle reconnaît devoir. Elle a de plus déjà payé 1 599 530 \$ à AXC afin de souder les joints filetés. Ce dernier montant n'est pas en litige.

178

[179] En fonction de ce qu'il a entendu, le Tribunal ne doute pas que ces trois sociétés ont encouru des coûts supplémentaires imprévus. Le témoignage de MM Chabot, Muller et Parison d'AXC, tous trois présents au chantier, est catégorique sur les malfaçons de certaines composantes des unités RTP. Il manquait des pièces, certaines étaient mal assemblées, d'autres défectueuses. Il est certain que cela a ajouté du travail aux assembleurs vu

179

⁹⁹ Voir la demande modifiée du dossier 650-17-001215-207.

¹⁰⁰ Voir la pièce A-265 et le témoignage du contrôleur Jean-Denis Losier.

l'échéancier serré, les accès restreints et l'exiguïté des lieux. Du reste, Envergent le reconnaît en partie.

[180] La difficulté porte sur l'impact monétaire de ces vices et délais sur les réclamations des tiers. Le fait qu'ils aient occasionné des coûts supplémentaires ne pose guère de problèmes. C'est le lien avec Envergent et la quantification monétaire qui suscitent des interrogations. D'autant plus que les contrats des tiers avec AECN n'étaient pas arrimés avec celui d'Envergent. Cela est notamment problématique quant aux délais et échéanciers, lesquels différaient d'un contrat à l'autre. M. Mercier a indiqué qu'il voulait opérer à l'hiver 2017 et «qu'AXC a prévu en conséquence». Telle n'était pas l'obligation souscrite par Envergent malgré les espérances d'AECN. De plus, on ne peut ignorer que les preuves de réclamation ont fluctué grandement au fil du temps. Par exemple, AXC réclamait 10 637 756 \$ à AECN le 21 décembre 2021¹⁰¹, ce qui excède substantiellement le montant accepté au final même si on inclut les demandes de ses sous-traitants. Sans oublier qu'AXC a signé un contrat à prix fixe sachant que le modèle d'ingénierie n'était complété qu'à 30%¹⁰².

180

[181] Pour compliquer les choses, les soldes impayés aux entrepreneurs ne se limitent pas uniquement aux réclamations pour coûts imprévus. Ils cumulent des soldes contractuels et des retenues. Autrement dit, les poursuites des entrepreneurs allaient au-delà des extras et incluait des montants impayés pour lesquels Envergent n'a rien à voir.

181

[182] AECN plaide qu'Envergent est liée par les preuves de réclamation acceptées par le contrôleur. Pour elle, il est trop tard pour en débattre. Il aurait fallu le faire de manière directe avant que le contrôleur ne prenne position. Toute attaque postérieure ou collatérale serait inadmissible en droit. Le Tribunal se devrait de condamner pour le tout. Il n'y aurait pas chose jugée mais un obstacle insurmontable, ce qui revient au même.

182

[183] AECN réfère notamment à trois jugements de la Cour suprême du Canada et de la Cour d'appel du Québec¹⁰³. Elle cite aussi *Re 4519922 Canada Inc.*¹⁰⁴ de la Cour Supérieure de l'Ontario prononcé dans un contexte d'insolvabilité.

183

[184] Avec égard, le Tribunal ne peut souscrire à cette théorie dans le cadre du présent dossier. Les circonstances ne s'y prêtent pas.

184

[185] D'abord, Envergent a toujours soutenu qu'elle ne se considérait pas tributaire d'une entente ou d'un jugement opposant un tiers à AECN. Elle l'a dit et redit en présence des procureurs d'AECN, lesquels n'ont pas affirmé le contraire. En second lieu, le juge soussigné a décidé, dans le cadre des débats sur le processus de réclamations, que toute question non résolue lui serait soumise au procès. Il était clairement compris de tous que cela concernait notamment cet aspect du litige. C'est d'ailleurs ce que mentionnait Envergent dans sa

185

¹⁰¹ Voir la pièce A-265, p.8.

¹⁰² M. Tony Chabot a affirmé qu'il n'était pas possible d'installer les unités à partir du modèle à 30%. Il y avait donc de l'inconnu du côté de l'entrepreneur et une connaissance de risques.

¹⁰³ *R. c. Wilson*, 1983 CanLII 35 (CSC), [1983] 2 R.C.S. 594; *Roberge c. Bolduc*, 1991 CanLII 83 (CSC), [1991] 1 R.C.S. 374; *Van Finance Ltd. c. Sogelong inc.*, 1989 CanLII 428 (QC CA), [1989] R.D.J. 233 (C.A.).

¹⁰⁴ 2015 ONSC 4648.

défense. Certes, les transactions intervenues avec les trois sociétés ont permis de réduire la durée de l'audience et d'épargner des honoraires substantiels, notamment pour les tiers. Tant mieux. Toutefois, cela ne les rend pas opposables à Envergent pour autant.

[186] Il ne s'agit pas ici d'une attaque collatérale d'un jugement de la Cour. C'est plutôt la non-opposabilité d'une entente à une partie qui n'y a pas souscrit et qui a clairement exprimé son désaccord. Cet effet relatif des contrats doit être reconnu par le Tribunal. 186

[187] La négociation d'une entente par la débitrice en restructuration est une chose qui la concerne. Cela ne veut pas dire qu'Envergent en est responsable automatiquement et qu'on puisse lui refiler l'ensemble des revendications. Les vices de construction imputables à Envergent ne donnent pas nécessairement naissance à toutes les demandes des tiers. Ce ne sont pas des vases communicants. Les clauses des contrats et obligations de l'une divergent de celles des autres. Il faut les considérer séparément tout comme la nature des réclamations et leurs justifications. Bref, les divers items et leur quantum doivent être analysés en fonction de la preuve. 187

AXC

[188] La réclamation d'AXC est contenue à la pièce P-13 de son dossier¹⁰⁵. Elle se divise en huit sous-items énumérés plus loin¹⁰⁶. Envergent soutient que la majeure partie de ce qui est allégué n'est pas démontrée ou n'a pas de lien causal avec les reproches qui lui sont formulés. 188

[189] AXC a terminé ses travaux en mars 2018. Ce qui est survenu sur le chantier par la suite ne la concerne pas et ne peut guère avoir d'utilité dans l'évaluation de sa réclamation pour les coûts supplémentaires. 189

[190] Elle a signé un contrat à forfait (clé en main, «design and built»)¹⁰⁷ et établi son prix (50 470 002 \$) sur la base d'une ingénierie détaillée à 30%, donc forcément incomplète, et pour laquelle elle a dû assumer certaines hypothèses. Elle n'a pas non plus bâti son échancier en fonction du contrat AECN - Envergent¹⁰⁸. Elle a plutôt composé avec le souhait du client d'entrer en opération à l'hiver 2017 et avec le calendrier préliminaire préparé par KSH¹⁰⁹. AXC a donc assumé certains risques quant à l'étendue des travaux dont la partie relative à l'installation des unités, laquelle a nécessité beaucoup plus d'heures que prévu. AXC a, de plus, travaillé sur la base d'un calendrier différent de celui régissant AECN et Envergent. 190

¹⁰⁵ 650-17-001056-189.

¹⁰⁶ Voir le par. 198.

¹⁰⁷ Voir la pièce A-4.

¹⁰⁸ Le contrat A-4 n'y réfère nullement; Voir l'article A-3 du contrat A-4.

¹⁰⁹ Voir le témoignage de M.Dany Parison qui ignorait la date du «notice to proceed» et qui assumait que les unités seraient livrées au printemps 2017 selon les informations de KSH; Voir aussi le calendrier transmis à la réunion de démarrage qui prévoit une livraison de la section chaude en juin et octobre 2016, pièce DI-261, ligne 254 et 262 puis au printemps 2017, lignes 108 et 116; Voir aussi les rapports 1 à 6 de la pièce DI-2 où on indique la livraison de l'unité le 21 décembre 2016.

[191] C'est ce que laissait entendre M. Stefan Muller, au nom d'AECN, en mai 2018 lorsqu'il commentait la demande additionnelle de 5 505 413 \$ présentée par AXC. Sauf pour un item s'élevant à 237 600 \$, il concluait: 191

This is related to scope and therefore difficult to charge to Envergent.¹¹⁰

[192] De plus, AECN n'a jamais accepté et signé les demandes de changements transmises par AXC au 1^{er} juin 2018¹¹¹. Celles-ci réclamaient plus de 3 000 000 \$. AXC y précise que la dernière livraison remonte au 10 novembre 2017 soit plus de 180 jours de retard selon elle. Or, rappelons-le, l'échéancier de AXC n'était pas le même que celui auquel s'était engagé Envergent. 192

[193] Il en résulte que les demandes d'AXC basées sur des retards, quoique possiblement fondées à l'égard du propriétaire AECN, ne le sont pas nécessairement envers Envergent. En fait la preuve ne convainc pas d'une responsabilité ultime d'Envergent à ce niveau, excepté pour les impacts causés par l'envoi de pièces et d'équipements défectueux, mal conçus ou désordonnés. Ce sont ces carences qui relèvent d'Envergent et non des retards de livraison comme nous le verrons plus loin. Qu'en est-il par ailleurs de leur quantification sur le plan monétaire? 193

[194] La preuve apportée d'un côté et de l'autre laisse perplexe. D'une part, la demande n'a fait entendre aucun témoin, expert ou non, qui ait exposé ou expliqué les conséquences monétaires directes découlant des vices imputés à Envergent. Elle s'est contentée de soutenir que tout ce qui a été convenu entre AXC et le contrôleur est la faute d'Envergent. Voilà un raccourci que le Tribunal ne peut adopter eu égard aux règles de preuve. Le fardeau incombe ici à la demanderesse. 194

[195] D'autre part, la défense a fait entendre Mme Di Marco, une experte. Son rapport conclut qu'il n'y a aucune preuve de préjudice causé par Envergent. Voilà une affirmation théorique qui défie le gros bon sens. Aux yeux du soussigné, il est évident que les pièces défectueuses, mal conçues, manquantes ou désorganisées ne pouvaient ni ne devaient être prévues et que l'entrepreneur a dû faire face à des délais d'exécution et des déboursés additionnels¹¹². Il s'agit alors de manquements attribuables à Envergent et dont on ne peut blâmer AXC. Envergent a reconnu des dommages pour 948 613 \$, ce qui constitue un aveu qui lui est opposable. Cette somme, calculée unilatéralement par Envergent, couvre certainement des travaux et frais supplémentaires supportés par l'entrepreneur et ses sous-traitants. En ce sens, le Tribunal voit mal comment les experts Di Marco et Pelletier peuvent affirmer que la réclamation ne vaut rien. S'ils ont raison, Envergent a fait un cadeau, ce qui surprendrait énormément. 195

[196] Si la preuve ne permet pas d'arrêter un chiffre précis de dommages, cela ne signifie pas qu'il n'y a eu aucun préjudice. Ce sont deux aspects distincts. 196

¹¹⁰ Voir la pièce DI-283.

¹¹¹ Voir la pièce DI-261.

¹¹² Voir le témoignage de M. Tony Chabot et la liste de non-conformités, pièces P-471.1 à P-471.24.

[197] Face à un tel dilemme, la Cour, comme on le verra plus loin, a le pouvoir d'arbitrer, d'exercer sa discrétion et de décréter l'indemnité qui lui semble juste et raisonnable en fonction de ce qui lui a été présenté. Cela est d'autant plus vrai sachant que le droit n'est pas une science et ne peut ni viser ni prétendre, du moins en tout temps, à une réponse exacte. **197**

[198] Au paragraphe 537 de son plan de plaidoirie, la demanderesse ventile les éléments réclamés de la façon suivante: **198**

- a. Un solde des factures impayées (à compter d'avril 2018): 46 949,35 \$;
- b. Des retenues sur les factures mensuelles (incluant celle de G-7): 274 314,14 \$;
- c. Des frais d'administration et profits de 10%, dont une partie pour la correction des déficiences d'Envergent: 489 763,13 \$;
- d. Une prime d'industrie lourde: 574 443,15 \$;
- e. Des coûts indirects de prolongement d'échéanciers dû à la correction des déficiences d'Envergent: 415 436,70 \$;
- f. Un partage des économies qui auraient été réalisées (un bonus) par AXC et AECN n'eut été de la prolongation du chantier causée par Envergent: 620 502,59 \$;
- g. Des frais d'administration et profits sur les réclamations des sous-traitants: 209 931,57 \$;
- h. Des frais encourus par SIM, un sous-traitant AXC n'ayant pas présenté de réclamation indépendante: 329 651,12 \$.

[199] Rappelons que l'acceptation de ces montants par AECN ne scelle pas l'issue face à Envergent, tiers à l'entente. Le contrôleur n'a pas pu aller au fond des choses comme on a pu le faire au procès. Il n'a pas entendu la position d'Envergent. Il n'avait ni le budget ni les outils pour le faire. Il a nécessairement dû traiter le tout de façon superficielle, ce qui n'est pas un reproche. On ne peut cependant pas y accorder une valeur absolue. **199**

[200] Ce passage de l'arrêt *Fonds d'assurance responsabilité professionnelle de la Chambre des notaires du Québec c. Couture*¹¹³ rappelle qu'il y a lieu de faire les distinctions qui s'imposent: **200**

[94] Dans l'arrêt *Courville c. Lanoue*, [2010] R.R.A. 1013 (C.A.), 2010 QCCA 1810, la Cour rappelle qu'il n'y a pas d'équivalence automatique entre le montant versé à un tiers pour régler à l'amiable un litige et le montant des dommages qu'une partie réclame de la partie qu'elle tient ultimement responsable de la mésaventure.

¹¹³ 2012 QCCA 70. Comme aucune preuve du droit de l'État de New York ou de la CVIM n'est faite, sur ce point, le Tribunal peut appliquer cette règle (Art. 2809 C.c.Q.).

- [95] En effet, la transaction n'est pas opposable aux tiers qui n'y sont pas parties.
- [201] Cela est d'autant plus vrai que les deux premiers items ont trait à des factures et retenues impayées, dont celles de G-7. Certaines de ces retenues remontent à 2016, bien avant tout problème¹¹⁴. Rien ne dit qu'Envergent en soit redevable. Ce sont des factures diverses dont on a bien peu de détails. On y note, entre autres, le remboursement de frais d'avocats¹¹⁵. Le lien avec Envergent n'est aucunement démontré. Le Tribunal ne peut se satisfaire de déclarations générales de MM. Chabot, Mercier et Muller à l'effet que tout est la faute d'Envergent, et ce, pour les pleins montants. **201**
- [202] Les troisième (489 763 \$) et septième items (209 931 \$) posent aussi problème. C'est une charge de 10% sur des réclamations de sous-traitants dont on ignore les paramètres et la justification¹¹⁶. **202**
- [203] Quant à la prime d'industrie lourde (574 443 \$), elle n'est pas remboursable de l'aveu même de M. Parison, lequel a affirmé «qu'elle n'a rien à voir avec Envergent». **203**
- [204] Le cinquième élément concerne, en partie, les coûts de corrections de déficiences attribuées à Envergent. Il en est probablement traité dans la reconnaissance d'Envergent pour 948 613 \$ sans que l'on connaisse les détails et la portion ainsi acceptée. **204**
- [205] Le sixième élément (620 502 \$) représente un bonus (partage des économies). Ici encore, la preuve est lacunaire et insatisfaisante. Sans compter que le droit de réclamer un tel bonus de la part d'un co-contractant s'avère fort incertain vu l'absence de prévisibilité¹¹⁷ du côté du débiteur qui en ignore l'existence. **205**
- [206] Enfin, le huitième élément réfère à un tiers, SIM, qui n'a lui-même produit aucune réclamation. Cette demande pour autrui n'est accompagnée d'aucune explication. **206**
- [207] Cette révision sommaire des éléments ventilés démontre qu'il serait erroné de faire suivre intégralement la réclamation d'AXC à Envergent. **207**
- [208] Par ailleurs, l'argument de celle-ci à l'effet que le tout est couvert par la limitation de responsabilités contenue à l'article 10.9 du «Supply Agreement» n'est pas fondé. S'il l'était, pourquoi avoir reconnu devoir 948 613 \$? Cet article ne couvre pas les coûts de corrections de déficiences supportés par le propriétaire, lesquels sont spécifiquement prévus et payables aux termes des articles 10.3.2 et 10.5.2. **208**
- [209] Il découle de tout cela qu'une indemnisation discrétionnaire, tenant compte du montant déjà reconnu, doit être fixée. Avant de le faire, voyons ce qui en est des réclamations de Fournier et RPF. **209**

¹¹⁴ Voir la pièce P-13, p. 94.

¹¹⁵ Voir la série de factures de Besnier, Dion, Rondeau, Annexe B, pp. 53 à 61.

¹¹⁶ Voir la pièce P-13, pp 98-99.

¹¹⁷ Voir l'article 1613 C.c.Q.

Fournier

- [210] La preuve de réclamation de Fournier au contrôleur s'élevait à 4 484 025 \$ à titre de créancière garantie et 865 507 \$ à titre de créancière ordinaire. Elle a été réduite et acceptée à 3 109 256 \$¹¹⁸. **210**
- [211] Ici encore, les contrats de Fournier avec AXC et G-7, dont elle est sous-traitante, ne sont pas arrimés avec celui d'Envergent¹¹⁹. Notons que les onze avenants réclamant un paiement additionnel, présentés par Fournier à AECN, à l'époque, n'ont pas été signés par cette dernière. Il n'est même pas certain qu'ils aient été analysés¹²⁰. **211**
- [212] Tout comme pour AXC, la réclamation comprend un solde de factures (1 023 116 \$) et de retenues (849 674 \$) impayées. Les commentaires précédents, émis pour AXC, valent ici. **212**
- [213] Quant à la «Demande de compensation» de 1 776 106 \$ et celle du décompte final à G-7 (855 442 \$)¹²¹, on n'a pas plus d'explications, ne disposant que d'affirmations générales non appuyées de calculs. **213**
- [214] Le Tribunal ne dit pas que rien n'est payable par Envergent en lien avec la réclamation acceptée de Fournier. Dans son affidavit, M. François Drouin a décrit la désorganisation des équipements livrés, les défauts de fabrication, les retards par rapport aux dates estimées. Cela a occasionné la reprise de joints, la correction de la tuyauterie et de fuites et le ralentissement de la productivité et de la séquence¹²². **214**
- [215] Il semble indéniable que les problèmes énoncés ont eu pour conséquence d'élargir l'étendue des travaux et d'en prolonger la durée. Fournier l'a dénoncé en septembre 2017¹²³. **215**
- [216] Ceci étant, le quantum des dommages demeure bien vague. La réclamation présentée ne peut certainement pas être avalisée en totalité dans ce contexte. Du moins pas à l'égard d'Envergent. **216**
- [217] Tenant compte de l'imprécision de la preuve de dommages et de l'admission globale pour un montant de 948 613 \$, le Tribunal verra, tout comme pour AXC, à arbitrer un montant découlant des demandes additionnelles de Fournier. . **217**

¹¹⁸ Voir la pièce A-266.

¹¹⁹ Voir les bons de commande P-8, P-10 et P-12 du dossier 650-17-001056-189. À titre d'exemple voir l'échéancier à l'annexe C de la pièce P-12. Selon M. Parison, Fournier était engagé en régie contrôlée.

¹²⁰ Voir la pièce A-725.

¹²¹ Voir le par. 549 du plan d'argumentation.

¹²² Voir la déclaration assermentée de François Drouin au par. 8 et son interrogatoire au préalable pp. 63, 81, 93, 124 à 131 et 187. Rappelons qu'Envergent a volontairement accepté de verser 1 599 530 \$ à AXC pour des soudures non prévues. Cette somme a été payée.

¹²³ Voir la pièce A-155 et les rapports de non-conformité A-471.1 et suivant.

RPF

[218] RPF a révisé sa réclamation pour travail excédentaire et perte de productivité à plusieurs reprises. Initialement quantifiée à 424 468 \$, elle a été réduite à 323 209 \$ puis finalement acceptée à 137 141 \$, par le contrôleur, en janvier 2022. **218**

[219] Ses griefs sont similaires à ceux de Fournier soit des retards, désorganisations, équipements viciés, mal identifiés¹²⁴. Cela a imposé des heures d'attente et l'ajout de main-d'œuvre additionnelle. **219**

[220] Encore une fois, la preuve des dommages se veut lacunaire et commande une grande réserve. Dans sa réclamation au contrôleur, RPF chiffrait sa perte à 434 469 \$, dont 248 239 \$ pour le volet 1 et 74 970 \$ pour le volet 2¹²⁵. Or, au final elle a convenu d'une valeur de 137 141 \$. Peut-on se fier à ce second montant plus qu'au premier? Il ne suffit pas de dire qu'on l'a diminuée pour justifier une réclamation. **220**

[221] Dans sa lettre à AXOR du 20 février 2018, RPF écrivait: «le mandat actuel ne respecte pas celui qui était initialement entendu entre les parties, et ce, tel que soumissionné suite à l'appel d'offres»¹²⁶. Or, Envergent n'était partie à ce contrat ni à la soumission. Elle n'avait pas de lien avec RPF et AECN ne peut se contenter de lui faire suivre les extras sans en détailler et démontrer les impacts monétaires. **221**

Conclusion sur les réclamations relatives à des tiers

[222] Ce chef de réclamation regroupe celles présentées par trois créanciers d'AECN. Il combine les recours en garantie institués à la suite de trois poursuites judiciaires réunies et pour lesquelles est intervenue une entente sur le volet principal. **222**

[223] Le Tribunal ne peut adhérer à la thèse des experts Di Marco et Pelletier qui conclut à une absence de preuve de causalité et de quelque dommage que ce soit. Cette position est contredite par leur mandant qui a reconnu qu'une partie est fondée. Elle est aussi contraire au sens commun puisqu'il est évident qu'il y a eu vices, manquements et préjudices en découlant. Une telle approche théorique défie la logique. **223**

[224] Par contre, il est vrai que la preuve apportée ne permet pas d'affirmer, selon la balance des probabilités, qu'Envergent soit responsable du tout soit un total de 6 440 281 \$¹²⁷. La réponse se situe quelque part entre 948 613 \$ (admis par Envergent)¹²⁸ et ce qui est réclamé. **224**

[225] Tel que mentionné auparavant, il appartenait à AECN de faire la preuve de ce qu'elle réclame. Or, ici cette démonstration n'est pas convaincante pour la majeure partie, faute de lien de causalité entre les vices et les conclusions recherchées. **225**

¹²⁴ Voir l'interrogatoire au préalable de M. Marc Poirier du 27 novembre 2019, pp. 23, 24, 32, 46, 59 à 62 et 97.

¹²⁵ Voir la pièce P-13 du dossier AXC, p. 104 à 108.

¹²⁶ *Idem*, p. 104.

¹²⁷ AXC (3 193 611 \$) plus Fournier (3 109 256 \$) plus RPF (137 414 \$).

¹²⁸ Voir la pièce DI-278, p. 10.

[226] Par contre, le Tribunal retient que telle causalité existe pour une portion de ce qui est demandé. Ce constat est confirmé par l'aveu d'Envergent qui reconnaît devoir 948 613 \$. Celle-ci n'a cependant pas expliqué ni détaillé ses calculs à l'audience. Son tableau explicatif demeure bien vague¹²⁹. 226

[227] Aux yeux du Tribunal, les dommages excèdent le montant de l'aveu. La preuve permet de conclure que les dommages existants sont fondés pour plus que 948 613 \$. Cette même preuve est cependant loin de supporter des dommages de l'ordre de ceux recherchés soit 6 440 281 \$. 227

[228] Dans un tel cas, il convient d'exercer sa discrétion et d'arbitrer le préjudice comme le permet la jurisprudence¹³⁰. Cela ne mène sans doute pas à une solution précise et incontestable. Toutefois, cela permet d'atteindre un résultat équitable, en ligne avec la réalité. Autrement dit, ce n'est pas une microjustice parfaite mais plutôt une approximation globale qui découle tant de l'appréciation des faits que celle des règles de droit. 228

[229] Dans cet esprit, tenant compte des commentaires précédents, le Tribunal estime approprié de fixer les dommages à la somme de 800 000 \$ en plus du montant admis de 948 613 \$. 229

ii) La réclamation pour dommages-intérêts liquidés en vertu de l'article 10.11 du Supply Agreement

[230] Cette section étudie la seconde réclamation monétaire formulée par AECN. Cette dernière conclut à une indemnité de 7 000 000 \$ US en vertu d'une clause de dommages-intérêts liquidés négociée par les parties. On réfère ici à l'article 10.11 du «Supply Agreement». 230

La clause 10.11

[231] AECN a choisi de réclamer l'indemnité prévue à l'article 10.11. Il lui appartient donc d'établir son droit et le respect des exigences que l'on y retrouve. Il importe de rappeler l'opinion conjointe des experts Lieb et Hyman qui écrivent dans leur rapport commun: 231

The following are general principles of contract interpretation under NY laws:

- Agreements negotiated at arm's length by sophisticated counseled parties are generally enforced according to their plain language. Courts must give the words and phrases employed in contracts their plain meaning.¹³¹

¹²⁹ Voir la pièce DI-197.

¹³⁰ *Meyerco Enterprises Ltd. c. Kinmont Canada inc.*, 2016 QCCA 89, par. 25; *Equisoft inc. c. Éditions Protégez-Vous*, 2021 QCCS 526, par. 172.

¹³¹ Voir le rapport conjoint du 14 juin 2022, p 2.

Cela est d'autant plus vrai qu'il est reconnu que le droit de l'État de New York repose sur une politique favorisant la liberté contractuelle¹³². Que dit cet article 10.11?

[232] Cette disposition contractuelle se lit tel qu'il suit:

232

10.11 In the event ENVERGENT delays the READY FOR SHIPMENT DATE OF A Unit, except for reasons attributable to PURCHASER of parties under the control of PURCHASER and/or except for an agreed upon change in a Unit as provided in Article 9 or a Force Majeure as provided in Article 12, and provided that all outstanding payments set forth in ANNEX C have been made, then ENVERGENT shall pay PURCHASER as liquidated damages the sum of 0.50% of the price of that portion of the Unit that is delayed as indicated in ANNEX C per week commencing four weeks from the READY TO SHIP DATE. ENVERGENT's total liability under this Article 10.11 shall be limited in total to ten percent (10%) of the fixed price of that delayed Unit, provided that if and when PURCHASER purchases both Units within thirty (30) days of one another and makes payments in accordance with Annex C the aforesaid limitation shall increase to and be deemed set at twenty percent (20%) of the fixed price of the delayed Unit. The remedies provided in Articles 10 and 11 are the PURCHASER's exclusive remedy for breach of the corresponding warranty or representation.

(Le Tribunal a surligné certains passages)

Discussion

[233] Le Tribunal doit donc se pencher sur le texte agréé et s'assurer que les conditions d'ouverture sont rencontrées.

233

[234] La théorie de la demande est simple. On ne lui a pas encore livré des unités pleinement fonctionnelles. Vu le temps écoulé, le maximum convenu est dû soit 7 000 000 \$ US. Quoiqu'attrayante à première vue, cette approche ne respecte pas la loi des parties.

234

[235] Contrairement à ce que plaide AECN, l'article 10.11 ne vise pas la livraison d'unités fonctionnelles et performantes ni celle de la mise en marche des opérations. Il concerne plutôt la date d'expédition des équipements formant les unités, en vue d'un assemblage, lorsqu'arrivés à Port-Cartier. Cette date correspond à ce qu'on a nommé la «ready for shipment date».

235

[236] Il convient de rappeler qu'Envergent ne construit pas toute l'usine, ni n'assemble les unités RTP. La «ready for shipment date» doit être lue en conséquence. Le Tribunal ne peut réécrire la clause 10.11 ni lui attribuer un sens et une portée qu'elle n'a pas. Ce n'est pas son rôle, surtout dans une relation commerciale comme celle en cause.

236

¹³² 159 MP Corp v. Redbridge Bedford, LLC, 33 N.Y.3d 353, 356 (2019), W.W.W. Assocs c. Giancontieri, 77 N.Y.2d 157 (1994).

[237] Selon l'article 4.1 du «Supply Agreement», l'unité A devait être prête pour l'expédition au plus tard 70 semaines après la «notice to proceed» du 31 mai 2016¹³³. Dans le cas de l'unité B, ce délai était de 80 semaines. L'envoi devait donc être fait avant le 3 octobre 2017 pour l'unité A et avant le 12 décembre 2017 pour l'unité B. Telle est l'entente. Il n'est pas question de date de réception ni d'entrée en service. La clause porte sur la date d'expédition, précisant: «will be ready for delivery from the fabrication point». **237**

[238] Nul doute que MM. Mercier, Muller et les divers intervenants souhaitaient procéder plus rapidement. Ils l'ont dit. Mais leur objectif, leur intention ne suffisent pas pour changer la date contractuelle, et ce, malgré qu'Envergent ait accepté de déployer ses meilleurs efforts pour devancer l'expédition¹³⁴. **238**

[239] Tant M. Muller que M. Mercier ont reconnu, honnêtement, qu'ils espéraient que ça aille plus vite. Ils étaient conscients, par contre, que la date contractuelle n'a pas été modifiée avec le consentement d'Envergent¹³⁵. Quant aux dates indiquées aux rapports mensuels¹³⁶, ce sont des mises à jour et révisions de l'échéancier et il n'y a pas là de nouvelles ententes à chaque fois. Ces rapports réfèrent tous aux 3 octobre et 12 décembre comme «shipment date»¹³⁷. Les gens d'Envergent ont fait des efforts pour accélérer la progression, sans réussir, mais ces tentatives n'ont pas changé les termes du contrat. **239**

[240] Revenant à la clause 10.11, elle entre en application quatre semaines après la «ready for shipment date» et stipule que les dommages liquidés se calculent sur le prix de la portion de l'unité qui est retardée, à raison de 0.5% par semaine. **240**

[241] Or, la preuve démontre que la plupart des pièces et équipements des unités RTP ont été expédiés à l'intérieur du délai maximal¹³⁸. Il y a possiblement eu certaines pièces expédiées en retard, mais le dossier ne permet ni de les identifier ni d'en connaître la valeur¹³⁹. **241**

[242] Tel que mentionné plus haut, le Tribunal ne peut réécrire le libellé de la clause afin d'en modifier le contenu et la façon de calculer les dommages liquidés. **242**

[243] On a aussi fait état, en demande, d'une livraison tardive du DCS soit en juin 2018. Encore une fois, la « ready for shipment date » n'est pas celle de la réception ni de la mise en service. D'autant plus qu'il semble y avoir eu un imbroglio avec ce système. AECN en voulait un pour contrôler toute l'usine, plutôt que les seules unités RTP comme le croyait Envergent. **243**

¹³³ Voir l'article 4.1 du Supply Agreement.

¹³⁴ Voir la déclaration assermentée de M. Nik Emerson, par. 10-11.

¹³⁵ Voir les courriels de M. S. Muller des 24 janvier et 17 février 2017, pièce DI-72. Voir le courriel de M. Serge Mercier du 23 août 2017, pièce DI-229. Voir aussi l'article 19 du Supply Agreement pièce A-1.1.

¹³⁶ Voir les pièces A-18.01 à A-18.25.

¹³⁷ Voir la pièce DI-2.

¹³⁸ Voir les pièces DI-3, A-363 et A-727 qui réfèrent à la livraison.

¹³⁹ Le seul calcul fourni par la demanderesse est celui de la mise en demeure du 27 juillet 2018 qui se base sur la valeur totale des unités soit 35 000 000 \$ US. Voir la pièce A-446, p. 3. De son côté la défenderesse a soumis les détails pour les composantes du burner train et du DCS qui auraient été expédiées après la période de grâce de 4 semaines. Elle conclue à des dommages de 32,40 \$ pour le premier et 836,71 \$ pour le second. Voir les par. 256 et 257 de son argumentation écrite.

AECN n'aurait pas acquis les licences requises. C'est ce qui aurait retardé la mise en service. Le Tribunal considère la preuve très vague à ce niveau.

[244] Il faut également souligner que le nombre d'envois de matériel n'est pas prévu ni couvert par la clause 10.11. Cet aspect ne peut servir d'assise à la demande de dommages liquidés. 244

[245] Ainsi, la réclamation de dommages pour retard, basée sur l'article 10.11, ne peut être accueillie. Il ne s'agit pas ici de nier qu'on n'a pas livré ce qui devait l'être, c'est-à-dire des unités fonctionnelles. Il s'agit plutôt de se prononcer sur une demande précise, issue de l'entente intervenue, laquelle portait sur la date d'expédition des unités et non sur la complétion et la mise en marche de toute l'usine. 245

[246] La preuve ne permet pas de conclure au non-respect de la « ready for shipment date » et encore moins de quantifier le montant payable si certaines composantes ont été envoyées en retard. 246

iii) La réclamation pour dommages-intérêts liquidés en vertu de l'article 3.2 de l'Annexe 2 du Guarantee Agreement

Les dispositions contractuelles

[247] Envergent s'est contractuellement engagée à garantir et livrer une production de biocarburant rencontrant des normes de performance définies. C'est une obligation additionnelle à celle, plus générale, de livrer une usine qui fonctionne, les deux engagements étant distincts. La première découle du «Supply Agreement», la seconde du «Guarantee Agreement». 247

[248] Les critères à atteindre sont définis à l'article 1.1 de l'annexe 2¹⁴⁰. On y spécifie trois paramètres distincts soit le «feed stock flow rate», le «pyrolysis oil yield» et le «pyrolysis oil gross heating value». Advenant le défaut de rencontrer les valeurs convenues, Envergent s'engage à payer les dommages prévus à l'article 3.2 et calculés selon un taux multiplié par l'écart non rencontré. Ces dommages ne peuvent excéder 7 000 000 \$ US, dans la mesure où toutes les sommes payables par AECN l'ont été. On doit, de plus, déduire la part payable par Envergent pour certains travaux correctifs effectués après les tests échoués (la fix it clause). 248

[249] Le libellé de cette clause de dommages-intérêts liquidés est le suivant: 249

3.2 PERFORMANCE Guarantee: Liquidated Damages – If the Performance Guarantee is not met during the final Performance Test, and if such failure is not due to the fault of Owner or its agents, employees, representatives, contractors (other than ENVERGENT) or subcontractors, then, in full satisfaction of ENGERGENT's obligations under this agreement and ENVERGENT's obligations relating to the warranties in Articles 10.3 and 10.5 of the Supply Agreement, ENVERGENT will pay liquidated damages to OWNER, which will be equal to the

¹⁴⁰ Par référence contenue à l'article 6.1 du Guarantee Agreement.

sum of the following amounts, up to a maximum of ten percent (10%) of the fixed price of the relevant Unit as set forth in ANNEX C of the Supply Agreement, provided that if and when OWNER purchases both Units within thirty (30) days of one another and makes payments in accordance with Annex C of the Supply Agreement, the aforesaid limitation shall increase to and be deemed set at twenty percent (20%) of the fixed price of the relevant Unit as set forth in ANNEX C of the Supply Agreement, less the expenses incurred by ENVERGENT in connection with any changes to the Unit under paragraph 3.1 above, and the expenses incurred by ENVERGENT in connection with any breach of the warranties in Articles 10.3 and 10.5 if the Supply Agreement:

<u>Performance Deficiency</u>	<u>Amount</u>
1.1a. Feed Stock Flow Rate, for each 1 BDMT per Operating Day less than guaranteed value	US \$ 12,500
b. Pyrolysis Oil Yield, for each 1.0 wt% less than guaranteed value	US \$ 125,000
c. Pyrolysis Oil Gross Heating Value, for each 1 MJ/kg	US \$125,000

(Le Tribunal a surligné)

[250] On doit donc procéder à des tests de performance afin de déterminer si les cibles de production quantitatives et qualitatives sont respectées. Les modalités de ces tests se retrouvent à l'article 2.0 de l'annexe 2. Ils doivent être effectués dès que possible et «within the first 90 operating days after the start of initial operation».

250

[251] L'annexe 1 définit les termes «performance test», «operating day» et «start of initial operation» tel qu'il suit:

251

Performance test: means a period of three (or less if mutually agreed) consecutive operating days of the unit, scheduled for the purpose of comparing the performance of the unit with the performance guarantee.

Operating day: means a continuous period of 24 hours during which the unit is on stream.

Start of initial operation: means the moment when mutually agreed biomass is first introduced into the unit with the intent to operate the unit.

[252] Si les critères de performance ne sont pas atteints lors d'un test, on doit en refaire jusqu'à ce qu'ils le soient pendant une période maximale de deux années. L'article 3.1 impose à Envergent d'apporter les correctifs à ses frais sauf quant aux coûts d'un tiers contracteur qui sont divisés 50-50 entre les parties. C'est ce qu'on a appelé la «fix it clause».

252

Les faits

[253] Selon Envergent, la biomasse a été introduite dans l'unité A, en vue d'être en opération, le 18 juin 2018. Cette date constitue le «start of Initial Operation» de l'unité A¹⁴¹. Quant à l'unité B, la date est celle du 23 janvier 2019¹⁴². 253

[254] Il n'est pas contesté qu'aucun test de performance n'avait eu lieu à la clôture du procès. Le témoin Bell a justifié cette inaction du fait que tous savaient que les paramètres ne pouvaient être atteints et qu'on était encore à «fixer les unités» au sens de l'article 3.1. D'après lui, il n'y avait pas lieu de procéder aux tests dans ce contexte. 254

[255] D'ailleurs, l'un des chefs de réclamation d'Envergent, discuté plus loin, couvre la part de frais imputés à AECN par référence à la «fix it clause». Envergent demande d'être remboursé d'un montant de 583 359 \$ US¹⁴³. 255

Discussion

[256] De deux choses l'une. Soit que les tests ont débuté, soit qu'ils n'ont pas encore commencé. Cette seconde alternative est celle que privilégie Envergent. Si tel est le cas, les termes de la «fix it clause» (3.1) ne peuvent s'appliquer puisqu'elle énonce: «If the performance guarantee is not met during any performance test ...». Cela dispose alors de la réclamation d'Envergent à ce chapitre. On n'en est donc pas à ajuster la performance mais à finaliser les travaux afin que l'usine fonctionne. 256

[257] Envergent ne justifie pas pourquoi les tests n'ont pas encore eu lieu malgré l'écoulement du temps, dont celui des 23 semaines ordonnées par la Cour le 19 mai 2021¹⁴⁴. Elle n'a pas expliqué, non plus, quand ils se feront. Or, on ne peut attendre éternellement. 257

[258] AECN plaide, avec raison, qu'on n'a pas atteint la performance définie alors que le « start of initial operation » remonte à quatre ans pour l'unité A et trois ans pour l'unité B. Ces délais excèdent le maximum de deux ans prévus à l'article 2.3. 258

[259] Autrement dit, Envergent soutient qu'il est trop tôt pour se prononcer sur l'atteinte de la performance, ou non, tandis qu'AECN dit qu'il est trop tard et que la pénalité est payable. 259

[260] Après avoir longuement analysé le tout et mûri la question, le Tribunal donne raison à AECN. Voici pourquoi. 260

[261] La complétion du projet avec célérité s'avérait un élément d'importance pour AECN, à la connaissance d'Envergent. La preuve documentaire et testimoniale ne fait guère de doute à ce propos. Le propriétaire voulait produire dès que possible et certainement pas des années plus tard. Cela est vrai non seulement sur le fait d'opérer, mais aussi de le faire en atteignant les niveaux de performance convenus. Envergent donnait une garantie quant à la quantité et 261

¹⁴¹ Voir le par. 39 du Document commun d'exposé d'audience.

¹⁴² *Idem*, par. 40.

¹⁴³ Voir le par. 605 de son plan d'argumentation.

¹⁴⁴ Voir la conclusion 5 de cette ordonnance du 19 mai 2021.

la qualité de la production et telle garantie ne peut être repoussée constamment, peu importe qu'il y ait des ventes de biocarburant ou non.

[262] C'est clairement ce qu'ont compris les parties. L'article 1.2 stipule que le «start of initial operation» doit se faire dans les 18 mois du «shipment date». Le premier test de performance ne pouvait excéder 90 jours d'opération selon l'article 2.1. Quant aux garanties, Envergent disposait de deux ans pour les satisfaire à compter du premier test. **262**

[263] Il est bien évident qu'Envergent ne pouvait reporter ces tests indéfiniment au motif qu'elle savait qu'elle ne pourrait rencontrer les objectifs. Cela serait trop facile et lui permettrait de se soustraire unilatéralement à des engagements importants. **263**

[264] À l'été 2022, quatre ans après le début des opérations de l'unité A, l'usine ne fonctionnait toujours pas de façon normale et n'avait jamais satisfait la garantie de performance. Pire que cela, Envergent n'avait jamais requis, ni procédé aux tests, estimant que c'était prématuré. **264**

[265] Cette réalité est préjudiciable à AECN, même si son biocarburant n'est pas certifié. Elle ne peut produire régulièrement, ce qu'elle devrait être capable de faire depuis longtemps. **265**

[266] Il est vrai qu'il y a eu des problèmes de communication entre les parties et que certains arrêts de production et de travaux ont été notamment causés par des problèmes dus à AECN ou liés à la COVID-19. **266**

[267] Mais il y a aussi la réalité indéniable que l'usine ne fonctionnait toujours pas, plus d'une année après l'ordonnance du 19 mai 2021, et plus de quatre ans après l'introduction de la biomasse. Le Tribunal comprend qu'Envergent s'est engagée à réaliser ultérieurement les tests de performance. Elle l'a affirmé en plaidoirie. Il lui faudra respecter cet engagement. Cependant, cela ne peut faire échec à l'application de la pénalité. **267**

[268] Ceci étant exprimé, comment doit-on quantifier les dommages en l'absence de tests et de données? Il n'y a d'autre option que d'appliquer le montant maximal prévu à l'entente. Toute autre avenue est rendue impossible par l'omission d'avoir procédé aux tests et obtenu les résultats, obligation qui incombe à Envergent. **268**

[269] Le maximum prévu à la clause 3.2 est de 20% du prix des unités si AECN en a acheté deux dans les 30 jours. Tel est le cas. Comme chaque unité vaut 17 500 000 \$ US, la pénalité s'élève à 20% de 35 000 000 \$ US soit 7 000 000 \$ US. Doit-on réduire ce taux à 10% au motif qu'un solde demeure impayé à Envergent? Le Tribunal opine que non, estimant qu'AECN était justifié de suspendre le paiement retenu compte tenu des circonstances. C'est l'application de la règle de l'exception d'inexécution. Envergent n'a d'ailleurs pas soulevé cet aspect (le taux) dans sa défense ou dans sa plaidoirie. **269**

[270] Il n'y a pas lieu de déduire ce qu'Envergent a payé pour faire des corrections. En effet, ces sommes ne sont pas en lien avec les résultats de tests au sens de la «fix it clause» 3.1 puisqu'il n'y a pas eu de tels tests. Quant à la référence aux «expenses incurred by Envergent in connection with any breach of the warranties in articles 10.3 and 10.5 of the supply **270**

agreement», le Tribunal ignore de quoi il s'agit concrètement, ne disposant d'aucune preuve à cet effet. Il constate qu'il serait étrange que les dommages-intérêts liquidés pour non-atteinte de performance puissent être réduits par les frais de correction de défaut relatifs au fonctionnement normal, sans égard à la performance convenue. Quoiqu'il en soit, aucun chiffre n'a été fourni.

[271] Envergent doit donc payer la somme de 7 000 000 \$ US à titre de dommages-intérêts liquidés sous réserve des règles de compensation. **271**

iv) Les coûts d'opération

[272] AECN réclame la totalité des coûts qu'elle a encourus entre le mois de juin 2018, date de mise en marche de l'unité A, et juin 2022. Elle veut donc se faire rembourser tout ce qu'elle a payé durant ces quatre années. Cela inclut la totalité des dépenses liées à l'opération de l'usine telle la main-d'œuvre, les taxes, le coût du financement, le chauffage, etc. L'ensemble s'élève à 18 033 349 \$, déduction faite des revenus de vente de biocarburant¹⁴⁵. C'est ce qu'elle désigne sous le vocable «coûts d'opération». **272**

[273] Selon elle, il s'agit là d'une conséquence directe du mauvais fonctionnement de l'usine et de la non-atteinte des performances promises. Elle ajoute qu'Envergent aurait été de mauvaise foi et aurait minimisé l'importance des vices, leur nature et leur sévérité. Il y aurait eu de fausses représentations et de la négligence grossière à son égard. **273**

[274] Qu'en est-il de ces prétentions et du droit de réclamer ces frais? **274**

[275] Tel que conclu précédemment, il est clair qu'on a éprouvé de nombreux problèmes dans l'assemblage et la mise en fonction des unités. En juin 2022, AECN devait toujours composer avec des déficiences non résolues. **275**

[276] Par contre, le Tribunal ne retient pas les allégations de fausses représentations ni celles de négligence grossière. Il en sera traité dans la prochaine section. Il y a un pas à franchir entre de tels reproches et la survenance, même répétée, de déficiences que l'on peine à corriger. La preuve offerte ne supporte pas les prétentions de négligence grossière, de mauvaise foi et de fausses représentations dans l'exécution du contrat. Une telle qualification n'est pas fondée aux yeux du soussigné. **276**

[277] La question revient donc à se demander si la preuve de l'existence de vices donne ouverture à une indemnité correspondant, en tout ou en partie, aux coûts d'opération compilés. Un tel chef de dommages est-il, ici recevable? Le Tribunal opine que non et n'accordera pas cette demande. **277**

[278] D'abord, on ne peut se rabattre sur l'absence du rendement convenu. La clause de dommages liquidés, prévue au cas de non-atteinte de la performance, règle cet aspect. Le Tribunal accorde d'ailleurs des dommages à ce niveau et il ne saurait y avoir cumul. **278**

¹⁴⁵ Voir la pièce A-264.1.

[279] Quant au fonctionnement erratique et aux nombreux arrêts de production, en bonne partie imputable à Envergent¹⁴⁶, ils pourraient, sous réserve des clauses limitatives de responsabilité, donner lieu à une indemnisation pour pertes subies ou gains manqués en découlant¹⁴⁷. C'est la règle habituelle en semblable matière. 279

[280] En l'espèce, la preuve de gains manqués est absente compte tenu de la non-certification RIN du produit. Même si l'usine avait pu opérer pleinement, AECN n'aurait pas pu la rentabiliser. Elle n'a donc pas subi une perte de profits. AECN était incapable de vendre sa production en l'absence de certification pour générer des RIN. Bien qu'alléguées à l'époque, les prétentions d'une perte de profits mensuelle de 1 000 000 \$ US, n'ont été ni expliquées, ni soutenues, ni maintenues. Encore aujourd'hui AECN ne prévoit pas atteindre le niveau de rentabilité avant 2023, au mieux. 280

[281] Les coûts d'opération ne peuvent non plus constituer des pertes subies attribuables aux déficiences puisqu'ils auraient été encourus de toute façon. Il n'y a pas de causalité entre le mauvais fonctionnement des unités et les déboursés. Autrement dit, en quoi ces dépenses sont-elles la conséquence des problèmes d'opération? Elles n'en découlent pas et ne constituent pas des pertes occasionnées par les vices. 281

[282] La demanderesse n'a référé à aucun précédent en droit, à New York comme au Québec, où l'on ait accordé un tel remboursement dans un contexte similaire. Selon l'expert Hyman, le droit de son État ne le permet pas. À l'opposé, son collègue, le professeur Lieb y voit un dommage direct mais ne cite aucune autorité convaincante. 282

[283] La situation serait possiblement différente advenant une demande d'annulation du contrat et une remise en état des parties. Encore faudrait-il démontrer une cause valide d'annulation. Quoiqu'il en soit, telle n'est pas la demande soumise au Tribunal. Il n'est pas question de nullité d'entente et de restitution de quoi que ce soit. 283

[284] AECN a référé à l'article I-305 du UCC qui énonce un principe général quant à l'octroi de dommages. Voici ce qu'il dit: 284

I-305 a) The remedies provided by the UCC must be liberally administered to the end that the aggrieved party may be put in as good a position as if the other party had fully performed [...]

L'expert Hyman cite les deux autorités suivantes¹⁴⁸ au soutien de ce principe:

Recovery of full operating costs is not a cognizable measure of damages under New York law, whether under New York common law or under the UCC.¹⁴⁹

¹⁴⁶ AECN admet qu'il y a eu des cessations de production sans lien avec Envergent ou le non-fonctionnement des unités. Voir son courriel Di-52, p.3.

¹⁴⁷ Voir l'article 74 de la CVIM.

¹⁴⁸ Voir le rapport Di-234, p. 4.

¹⁴⁹ *Brushston-Moira Central School District v. Fred H. Thomas Assocs*, 692 N.E. 2d 551, 553 (N.Y. 1998).

The general rule for measuring damages for breach of contract has long been settled. It is the amount necessary to put the plaintiff in the same economic position he would have been in had the defendant fulfilled his contract¹⁵⁰.

[285] Que serait-il arrivé si les unités avaient fonctionné pleinement? AECN aurait dû supporter ses coûts d'opération tout en faisant des pertes vu l'absence de certification RIN et d'acheteurs. Elle ne serait pas dans une meilleure position. Si on lui accordait ce qu'elle demande, elle en sortirait gagnante, ce qui est contraire aux règles du droit. On ne parlerait alors pas d'indemnisation mais d'enrichissement, ce qui ne saurait être comme on l'a vu plus haut. Elle serait remboursée malgré l'absence de causalité entre les vices attribuables à Envergent et ce qu'elle demande.

285

[286] Mais il y a plus. Les articles 10.3.2 et 10.5.2 du «Supply Agreement» limitent le type de dommages pouvant être réclamés par AECN à Envergent¹⁵¹.

286

10.3.2 Envergent's total liability for the breach of warranty made in article 10.3.1 with respect to a unit shall be limited to reperforming, at Envergent's expense that portion of the work and services for which such breach or otherwise has occurred [...]

(Le Tribunal a souligné)

(...)

10.5.2 Envergent agrees to remedy at Envergent's expense, subject to the limitation hereinafter set forth, any defect in workmanship with respect to a unit [...]

(Le Tribunal a souligné)

[287] Ces clauses, librement négociées, excluent les coûts ici recherchés. Elles visent la correction des déficiences, aux frais d'Envergent, ce que le Tribunal a ordonné en 2021. Le droit de réclamer les coûts d'opération est donc nié, en l'espèce, tant par le droit applicable au contrat que par le contrat lui-même et l'absence de causalité.

287

[288] D'autres embûches militent également à l'encontre de la demande. Ainsi, AECN a pu profiter, à certaines périodes, de l'usine. Celle-ci a alors opéré partiellement à compter de 2018. Certes, il y a eu usage parfois suspendu mais les causes ne sont pas uniques et ne peuvent toutes être imputées à Envergent.

288

[289] De plus, le tableau des items réclamés comprend une partie importante de coûts fixes qui incombent à tout propriétaire d'un bien comme les taxes, les assurances, les intérêts.

289

¹⁵⁰ *Adams v. Lindblad Travel Inc.*, 730 F.2d 89, 92 (2d Cir. 1984).

¹⁵¹ AECN reconnaît cette limitation. Voir le par. 670 du plan d'argumentation.

D'autres items ne sont nullement expliqués tels les honoraires légaux et autres frais professionnels.

[290] S'ajoute aussi l'argument lié à la clause d'exclusion de responsabilité que l'on retrouve à l'article 10.9 du «Supply Agreement»: 290

10.9 IN NO EVENT SHALL ENVERGENT OR ITS SUBCONTRACTORS BE LIABLE FOR OR OBLIGATED IN ANY MANNER FOR SPECIAL, CONSEQUENTIAL, OR INDIRECT DAMAGES INCLUDING, BUT NOT LIMITED TO, LOSS OF PROFITS AND LOSS OF USE. The provisions of the foregoing sentence shall apply whether the cause of action relates to this agreement or arises out of the services performed by ENVERGENT or its subcontractors under this agreement, and shall apply regardless of the legal theory (tort, contract or otherwise) upon which the cause of action is based. No single claim or the aggregate of all claims of any kind, related to this agreement for a Unit, shall be greater in amount than ten percent (10%) of the fixed price for such Unit set forth in ANNEX C, provided that if and when PURCHASER purchases both Units within thirty (30) days of one another and makes payments in accordance with Annex C, the aforesaid limitation for a Unit shall increase to and be deemed set at twenty percent (20%) of the fixed price of such Unit as set forth in ANNEX C.

[291] D'après Envergent et son expert, les coûts d'opération seraient couverts à titre de dommages indirects ou «consequential». AECN et son expert soumettent plutôt qu'il s'agit de dommages «incidental» non spécifiquement exclus. 291

[292] Les autorités portées à l'attention du Tribunal, de part et d'autre, ne conduisent pas à une réponse claire. Plusieurs des jugements rapportés ont trait à des cas où tant les dommages «incidental» que «consequential» étaient expressément écartés. Ces autorités n'ont guère d'utilité pour notre cas. D'autant plus que la qualification donnée à des coûts d'opération varie d'une décision à l'autre. 292

[293] Face à cette incertitude, au fait qu'on se doit d'étudier un droit étranger et que la réponse ne changera rien au résultat, (vu les autres motifs de rejet), le Tribunal ne considère pas nécessaire de s'attarder à cet aspect et d'étudier plus longuement le sens à donner à la clause 10.9. 293

[294] La demande de remboursement des couts d'opération est donc rejetée. 294

v) Les allégations de fausses représentations et de grossière négligence

[295] AECN s'attaque, entre autres, aux représentations que lui auraient faites Envergent, UOP et Honeywell. Ces deux dernières sont des géantes de l'industrie qui se présentent comme de grandes spécialistes dans leur domaine. Quant à Envergent, elle a écrit qu'elle était experte dans le procédé RTP. 295

[296] Le reproche fait aux défenderesses semble triple. D'une part, elles n'auraient pas donné l'heure juste quant à leur qualification. D'autre part, elles auraient minimisé la gravité 296

des défauts et caché leur incapacité à les résoudre. Enfin, elles auraient été fautives dans le choix du sous-contractant Libert.

[297] Les prétentions relatives à la qualification des défenderesses ne sont pas fondées. Rien ne permet d'affirmer qu'UOP et Honeywell aient menti sur leur curriculum. Quant à Envergent, il était connu qu'elle en était à son premier projet de cette ampleur et pouvait, avec raison, référer à sa connaissance du procédé RTP par l'entremise de sa co-actionnaire Ensyn Corp. MM. Boulard et Muller, représentants d'AECN en savaient plus que quiconque sur le sujet¹⁵². **297**

[298] Pour ce qui est du second reproche, la preuve n'est pas concluante. S'il est vrai qu'Envergent faisait face à des problèmes de mise en service et de fonctionnement, AECN n'a pas établi qu'elle les ait volontairement camouflés, se sachant inapte à les corriger. **298**

[299] Ce n'est pas parce que des problèmes surviennent et que des erreurs ou manquements surgissent que l'on doit conclure à de fausses représentations. Au moment de la signature des ententes, il y a fort à parier qu'Envergent (et Ensyn) croyaient que les choses iraient bien. Ils ne s'attendaient pas à un échec comme celui vécu. Tout comme AECN pensait (de même qu'Ensyn) qu'elle obtiendrait sa certification de l'EPA. C'est ce qu'elle a laissé entendre à ses prêteurs et investisseurs. Elle était de bonne foi et on ne peut l'accuser, en rétrospective, de fausses représentations. C'est la même règle pour les deux. **299**

[300] AECN ne peut, non plus, soutenir avec succès qu'elle ignorait, ni même ne soupçonnait, les risques associés à cette technologie nouvelle. M. Mercier d'Arbec avait déjà vécu une expérience malheureuse avec la transformation de la biomasse¹⁵³. L'autre actionnaire d'AECN, Ensyn Bio, était derrière toute l'innovation. AECN n'était pas un acheteur innocent et non informé d'un bien. Ses représentants provenant de la coactionnaire, Ensyn Bio, ont été consultés par rapport au design d'UOP¹⁵⁴. D'autres siégeaient au comité de pilotage d'AECN. M. Boulard a lui-même signé les deux contrats à l'origine du projet. **300**

[301] AECN affirme, de plus, que son co-contractant Envergent n'était pas fiable et n'aurait pas effectué des vérifications adéquates afin de s'assurer de la compétence du fabricant Libert. **301**

[302] La preuve ne supporte pas un tel énoncé. Envergent n'a jamais caché qu'elle ferait probablement affaire avec un sous-traitant basé à l'extérieur de l'Amérique. Elle avait le droit de le faire. Elle a fait une vérification diligente et a vérifié qui était Libert et ce qu'elle avait réalisé dans le passé¹⁵⁵. Certes, il y a eu des déceptions de ce côté. Mais cela ne suffit pas pour prouver une faute ou des fausses représentations. **302**

¹⁵² Voir la pièce DI-60, annexe A, p. 29.

¹⁵³ *Produits Forestiers Arbec c. Combustion Maxtherm inc.*, 2017 QCCS 6208.

¹⁵⁴ Voir l'affidavit de Sathit Kutprathipanja, par. 26.

¹⁵⁵ Voir les pièces A-44, A-82 et A-85. Voir aussi le formulaire de préqualification A-283 et le témoignage de Michael Schultz.

[303] Même s'ils étaient fondés, ces arguments n'ajoutent rien au débat puisque le Tribunal a déjà conclu que les unités comportaient des vices et qu'on n'a pas livré les performances promises. Il accorde des dommages à ce chapitre. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que la demande introductive d'instance ne demande pas l'annulation des contrats et qu'il ne saurait être question d'un retour à la case départ. **303**

[304] On a aussi soulevé, du côté d'AECN, la présence de négligence grossière de la part d'Envergent ou de ses employés. Cette attaque vise, on s'en doute bien, à contrecarrer l'impact des clauses limitatives de responsabilité que l'on retrouve aux contrats. **304**

[305] Tant la preuve documentaire que testimoniale ne soutiennent pas telle accusation. Dans leur rapport conjoint, les experts Lieb et Hyman conviennent que la grossière négligence, dans l'État de New York «requires something that smacks of intentional wrongdoing or evinces a reckless indifference to the rights of others»¹⁵⁶. Ils citent, à ce sujet la décision «*In the Matter of Part 60 Put-Back Litigation*»¹⁵⁷. **305**

[306] Comme on le voit, la barre est haute et le contexte de cette affaire ne rencontre pas le seuil à franchir. Le Tribunal l'affirme sans hésitation. **306**

E) Les réclamations monétaires d'Envergent

i) La balance du prix de vente

[307] Le prix de vente des deux unités RTP n'est pas contesté, tout comme celui des paiements effectués à ce jour. Il reste un solde de 1 992 259 \$ US, constitué principalement d'une retenue contractuelle de 7.1%. **307**

[308] Dans sa déclaration assermentée datée du 19 mai 2022, M. Kelly Seibert, vice-président et directeur général d'UOP atteste du montant impayé à ce jour¹⁵⁸. Il réfère aux factures pertinentes¹⁵⁹. **308**

[309] Envergent ajoute à cela des intérêts de 1 119 418 \$ US. Le détail et le calcul de ces intérêts ne sont pas fournis. **309**

[310] Sans disputer le montant en capital, AECN soulève deux points de défense. **310**

[311] Ainsi, elle serait justifiée de refuser de payer vu le défaut de livrer des unités fonctionnelles. C'est le principe de l'exception d'inexécution. Additionnellement, le recours serait prescrit puisqu'intenté en janvier 2022 alors que certaines factures remontent à 2016. **311**

¹⁵⁶ Voir leur rapport conjoint du 14 juin 2022, p. 2.

¹⁵⁷ 36 N.Y. 3d 342 (N.Y. 2020), p. 354.

¹⁵⁸ Voir le par. 13 a).

¹⁵⁹ Voir la pièce DI-12.

[312] Sur ce second point, tous conviennent que la période de prescription est de quatre ans selon le UCC¹⁶⁰. Or, la preuve ne permet pas d'accueillir favorablement la thèse d'AECN sur laquelle repose le fardeau de la preuve. **312**

[313] Au contraire, AECN a reconnu sa dette à plusieurs reprises lors du dépôt de ses états financiers¹⁶¹. Cela a eu pour effet de prolonger l'arrivée de la prescription selon le droit de l'État de New York¹⁶². De plus, la COVID-19 a entraîné une suspension de 228 jours, entre le 20 mars et le 3 novembre 2020, dans l'État de New York¹⁶³. Enfin, deux ententes d'interruption de prescription sont intervenues¹⁶⁴. L'expert Lieb, mandaté par AECN, ne commente aucunement l'impact de ces éléments. **313**

[314] Face à cela, le Tribunal ne peut conclure que le droit est prescrit. Cela est encore plus vrai, paradoxalement, lorsqu'on considère l'argument contradictoire d'AECN à l'effet que la retenue n'est pas encore exigible. **314**

[315] Ce n'est que récemment que l'usine a pu fonctionner avec régularité, sans être victime de bris, déficiences ou arrêts de production répétés. Or, outre son obligation de livrer les composantes des unités, Envergent était chargée de l'ingénierie complète des procédés RTP. Il y a donc eu inexécution partielle de ses obligations jusqu'à la correction récente des vices ordonnée par le Tribunal. **315**

[316] Les conditions d'application¹⁶⁵ de l'article 1591 du *Code civil du Québec* sont rencontrées, l'inexécution pouvant être partielle¹⁶⁶ et justifier le non-paiement des intérêts. **316**

[317] Cette réclamation est donc acceptée pour 1 992 259 \$US, soit le capital dû, mais les intérêts sont refusés. Ce montant est sujet à compensation avec celui payable à AECN. **317**

ii) Ordres de changement 06 et 08 et services techniques et de conseil

[318] Envergent inclut ici quatre factures totalisant 1 724 055 \$ US auxquelles s'ajoutent 487 139 \$ US en intérêts. La preuve est très mince de part et d'autre. **318**

[319] Envergent se base sur la déclaration assermentée de Kelly Siebert qui réfère aux factures et dit que les sommes sont dues. De son côté, AECN ne plaide rien d'additionnel à ses arguments de prescription et d'exception d'inexécution. **319**

[320] Il est certain que la prescription ne peut valoir compte tenu des dates des travaux (2017 et 2018) et de la suspension due à la COVID-19. L'argument d'exception d'inexécution peut valoir pour les intérêts mais non pour le capital. **320**

¹⁶⁰ Voir l'article 2-725 1).

¹⁶¹ Voir les pièces DI-23, DI-38 et DI-80.

¹⁶² Voir le second rapport de Me Martin Hyman, pièce DI-234, p.16.

¹⁶³ *Idem*.

¹⁶⁴ Voir les pièces DI-245 à DI-247.

¹⁶⁵ *Biron c. 150 Marchand Holdings inc.*, 2020 QCCA 1537, par. 87.

¹⁶⁶ Vincent KARIM, *Les obligations*, 5e éd., vol. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 2020, p. 592 No 1604.

- [321] Deux des factures portent sur des services de conseil et technique prévus à l'annexe 3 du «Guarantee Agreement». Leur paiement est régi par l'annexe 4. Ces deux factures s'élèvent à 1 252 455 \$ US¹⁶⁷. Les services ont été requis, tel que prévu au contrat, et sont payables. Rien ne démontre le contraire. **321**
- [322] Par contre, les deux autres factures constituent des ordres de changement, non signés par le client¹⁶⁸. Personne n'a décrit ce qui a été fait et pourquoi ce serait un extra payable. Elles ne seront donc pas accordées devant une telle imprécision. **322**
- iii) «Fix it clause» et travaux hors contrat**
- [323] Cette troisième série de réclamations a, elle aussi, donné lieu à un débat très limité. Elle couvre les travaux effectués depuis l'ordonnance de mai 2021. Invoquant la «fix it clause» ci-avant discutée, Envergent veut se faire rembourser 50% de frais d'installation payés à Groupstech (583 359 \$ US). Elle réclame également le paiement de travaux qui déborderaient de la portée du contrat et de ses obligations («out of scope work» totalisant 944 598 \$ US). **323**
- [324] La preuve repose sur le dépôt de diverses factures¹⁶⁹ et de tableaux sommaires¹⁷⁰ dont on ignore l'auteur et dont on n'a donné aucune explication. **324**
- [325] Le Tribunal ne s'estime aucunement convaincu, selon la preuve, du bien-fondé de ces montants. D'une part la clause 3.1 (fix it) ne peut justifier le paiement du 50% puisqu'on n'est pas dans le cadre des tests de performance, lesquels, rappelons-le, n'ont jamais eu lieu. **325**
- [326] Quant au reste, le Tribunal ne peut savoir si ces travaux correctifs outrepassent ce qui avait été convenu ou non. Il ne peut se baser sur des tableaux qui se limitent à dire oui, non ou peut-être. **326**
- [327] Tout comme pour les réclamations relatives aux tiers précédemment analysées, celui qui les demande doit aller plus loin qu'une simple affirmation non appuyée. Cette position, plaidée par Envergent en défense, doit lui être opposée à son tour en ce qui a trait aux travaux hors contrat. **327**
- [328] Par ailleurs, il n'y a pas lieu d'arbitrer ici un montant, car le Tribunal ignore s'il y a une base juridique donnant ouverture à la demande. Cela se distingue des demandes en garantie où il a reconnu le bien-fondé sans connaître l'étendue précise de la valeur des préjudices. **328**
- [329] Cette troisième demande est donc rejetée. **329**

¹⁶⁷ Voir les factures 200322354 et 200326620 à la pièce DI-12.

¹⁶⁸ Voir les ordres de changement A-17.6 et A-17.7 et les factures 200316167, 200326621, pièce DI-12.

¹⁶⁹ Voir la pièce DI-127.

¹⁷⁰ Voir les pièces DI-125 et DI-291.

iv) Conclusion

[330] La demande reconventionnelle d'Envergent est donc fondée pour 3 244 714 \$ US soit 1 992 259 \$ additionné à 1 252 455 \$.

F) La réclamation contre UOP

[331] UOP détient une participation de 55% dans Envergent, l'autre 45% appartenant à Ensyn Corp. UOP a cautionné les obligations d'Envergent. C'est ce qu'ont convenu les parties et c'est ce que dit le «Supply Agreement»¹⁷¹. Cette exigence provenait du fait qu'Envergent, nouvelle société, n'avait réalisé aucun projet jusqu'alors.

[332] De façon particulière, UOP garantit les obligations du «Supply Agreement» et l'atteinte de la performance. On vise ici celle définie au «Guarantee Agreement»:

[...] and (UOP) will pay sums that may be payable in consequence of such non performance by Envergent [...].¹⁷²

[333] Le document n'est pas complété totalement, laissant des passages en blanc et ne comporte pas la signature d'UOP. Il était toutefois compris que cette dernière se liait lorsque le «Supply Agreement» a été signé par sa société apparentée comme le confirme l'article 10.12.

[334] Conséquemment, UOP est débitrice solidaire de la condamnation à l'encontre d'Envergent suivant ce que ci-haut énoncé.

[335] Elle n'encourt cependant aucune responsabilité additionnelle. Le Tribunal ne retient pas qu'elle ait commis une faute particulière, que ce soit quant aux reproches de fausses représentations ou autre. D'ailleurs, la plaidoirie d'AECN ne cible rien de spécifique à cet égard, se limitant à traiter les deux entités (AECN et UOP) comme si elles n'étaient pas distinctes, ce qui n'est pas le cas.

G) La réclamation contre Honeywell et Libert

[336] Il n'existe aucun lien de droit contractuel entre AECN et Libert ou HPS. Ces deux dernières ont été engagées par Envergent, laquelle doit répondre de leurs agissements face à AECN. Cela ne confère cependant pas un droit direct profitant à la demanderesse.

[337] Quoiqu'il en soit, la preuve ne permet nullement d'identifier la faute qu'aurait commise HPS et le préjudice direct en découlant. Cela ne serait que pure spéculation.

[338] Du côté de Libert, celle-ci n'a pas comparu de sorte que l'affaire a procédé par défaut. Cela n'est pas synonyme de condamnation automatique. Encore faut-il que la demanderesse satisfasse son fardeau de preuve envers elle. S'il est clair que Libert a fabriqué des pièces

¹⁷¹ Voir la pièce A-1.2, Exhibit 2 de l'annexe C, p.30 de même que l'article 10.12.

¹⁷² *Idem*.

défectueuses, mal identifiées et mal assemblées, il n'est pas possible d'isoler et de départir ce qui serait de sa faute et ce qui ne le serait pas.

[339] Chose certaine, elle n'était pas débitrice de l'obligation de performance et des dommages-intérêts liquidés. Elle a sans doute une part de responsabilité pour les dommages causés aux tiers. Cela est tellement vrai qu'elle aurait accordé un crédit de 275 000 \$ US à Envergent. 339

[340] En l'absence de lien de droit avec AECN et tenant compte de la condamnation prononcée à l'égard d'Envergent et d'UOP, le Tribunal ne saurait condamner cette dernière. 340

H) Frais de justice et d'expertise

[341] Le Tribunal considère que chaque partie devrait supporter ses frais de justice. 341

[342] La règle générale est prévue à l'article 340 du *Code de procédure civile*: 342

340 Les frais de justice sont dus à la partie qui a eu gain de cause, à moins que le Tribunal n'en décide autrement.

[343] Difficile en l'instance de déterminer qui obtient gain de cause. Ni l'une ni l'autre partie n'obtient ce qu'elle demandait. AECN réclamait au-delà de 40 000 000 \$. Envergent s'estimait créancière, après compensation, pour environ 4 000 000 \$. 343

[344] Comme chacune des parties a gain de cause partiellement, le Tribunal opine qu'elles assument leurs propres frais sans contribution à ceux de l'autre. 344

[345] Cela vaut aussi pour les frais d'expertise. Ceux-ci sont hors de proportion avec l'utilité apportée. Ainsi, les seuls frais d'Accuracy, communiqués à la Cour, totalisent 507 085 \$ (hors taxes)¹⁷³. Il faut rajouter ceux de six autres experts mandatés par les deux parties. Or, certains rapports ont été retirés. D'autres sont rejetés. Les auteurs ont donné plus dans l'excès que dans la synthèse et la modération, cherchant la preuve parfaite et oubliant le gros bon sens. 345

[346] Seules les expertises des avocats de New York se sont avérées nécessaires vu l'obligation d'établir le droit étranger. Quant au reste, c'est beaucoup d'argent par rapport à l'éclairage transmis. 346

[347] Le Tribunal est conscient qu'il est plus facile de poser un tel diagnostic à la fin du dossier. Cela est vrai. Jauger la pertinence des expertises n'est pas toujours aisé et les parties et les procureurs préfèrent jouer prudemment. Il faut cependant savoir relativiser le tout, surtout lorsque la situation financière est précaire. Ne vaut-il pas mieux d'investir les ressources dans un règlement, si bien sûr, l'ouverture réciproque s'y prête? 347

[348] Tout cela pour dire que ni les frais de justice ni ceux d'expertise ne seront accordés. 348

¹⁷³ Voir la pièce DI-251.1.

v) Conclusions

[349] Quoiqu'elle semble sur le point d'y arriver, Envergent n'a pas livré, en date du procès, des unités RTP entièrement fonctionnelles et performantes. Le contrat remonte à six ans et la mise en service à plus de quatre ans quant à l'unité A et plus de trois ans pour l'unité B. 349

[350] Cette situation a causé des dommages à AECN et ses entrepreneurs. En outre de la somme admise par Envergent, soit 948 613 \$, le Tribunal ajoute une indemnité de 800 000 \$. Le total s'élève à 1 748 613 \$. 350

[351] La réclamation de dommages-intérêts liquidés de 7 000 000 \$ US pour retard et livraison n'est pas accueillie car les conditions d'ouverture ne sont pas rencontrées. Celle relative aux coûts d'opération supportés par AECN entre le printemps 2018 et juin 2022 est aussi rejetée. 351

[352] Le Tribunal accorde par ailleurs des dommages-intérêts liquidés de 7 000 000 \$ US pour non-atteinte de performance dans les délais requis. Cela représente 9 450 000 \$ CDN¹⁷⁴. 352

[353] Quant à la réclamation faite par Envergent, elle est justifiée pour la somme de 3 244 714 \$ US sans intérêts soit 4 380 363 \$ CDN. Elle se compose du solde impayé de factures et retenues (1 992 259 \$ US) de même que du coût de services techniques et de conseils, (1 252 455 \$ US). 353

[354] Il y a lieu de compenser ces créances. Celle d'AECN s'élève à 11 198 613 \$ tandis que celle d'Envergent totalise 4 380 363 \$, cela représente un écart de 6 818 250 \$, payable par Envergent et sa caution UOP. Cette condamnation donne lieu à des intérêts au taux légal et l'indemnité additionnelle à compter de la signification de la demande introductive originale dans le dossier 650-17-001215-207. La poursuite est par ailleurs rejetée envers HPS et Libert. Chaque partie supporte ses frais de justice et d'experts. 354

[355] Enfin, le juge soussigné tient à souligner l'excellence du travail des procureurs et à les remercier pour leur disponibilité, leur collaboration et leur efficacité. 355

Pour ces Motifs, le Tribunal:

[356] **ACCUEILLE** la demande principale de Bioénergie AE Côte-Nord Canada inc. envers Envergent Technologies LLC et UOP LLC pour la somme de 11 198 613 \$ en capital; 356

[357] **REJETTE** la demande principale envers Honeywell Process Solutions et Jiangsu China Nuclear Industry Libert inc.; 357

[358] **ACCUEILLE** la demande reconventionnelle d'Envergent Technologies inc. envers Bioénergie AE Côte-Nord Canada inc. pour la somme de 4 380 363 \$ en capital. 358

¹⁷⁴ En utilisant un taux de conversion 1.35\$ CDN.

ET PROCÉDANT À COMPENSATION

[359] **CONDAMNE** les défenderesses Envergent Technologies LLC et UOP LLC à payer, **359**
solidairement à Bioénergie AE Côte-Nord Canada inc., la somme de 6 818 250 \$ avec intérêts
et indemnité additionnelle à compter de la signification dans le dossier 650-17-001215-207;

[360] Chaque partie supportant ses frais de justice et d'expertise. **360**