

<p>T-1036-87 Thomas Fuller Construction Co., (1958) Limited <i>(Plaintiff)</i></p> <p>v.</p> <p>Her Majesty the Queen in right of Canada <i>(Defendant)</i></p> <p>T-1416-87 Thomas Fuller Construction Co., (1958) Limited <i>(Plaintiff/Respondent)</i></p> <p>v.</p> <p>Her Majesty the Queen in right of Canada <i>(Defendant/Applicant)</i></p> <p><i>INDEXED AS: THOMAS FULLER CONSTRUCTION Co., (1958) LTD. v. CANADA (T.D.)</i></p>	<p>T-1036-87 Thomas Fuller Construction Co., (1958) Limited <i>(demanderesse)</i></p> <p>a c.</p> <p>Sa Majesté la Reine du chef du Canada <i>(défenderesse)</i></p> <p>T-1416-87 Thomas Fuller Construction Co., (1958) Limited <i>(demanderesse/intimée)</i></p> <p>b</p> <p>c.</p> <p>c.</p> <p>d</p> <p><i>RÉPERTORIÉ: THOMAS FULLER CONSTRUCTION Co., (1958) LTD. c. CANADA (1^{re} INST.)</i></p>
---	---

Trial Division, Dubé J.—Ottawa, June 17 and 18, 1991.

Contracts — Contractor suing Crown for delay — Contractor having entered into litigation agreements with subcontractors authorizing contractor to sue on their behalf — Subcontractors to provide witnesses, contribute to costs of action — Agreements providing for division of successful judgment — Crown moving to dismiss portion of claim relating to subcontractors — Whether agreements invalid as assignments of bare right to litigate or for maintenance and champerty — Subcontractors having no cause of action against owner — Subcontractor's claims against contractor would arise in negligence — Agreements not creating jurisdiction in Federal Court over subcontractors' claims — Agreements tantamount to maintaining or promoting another's litigation and dividing proceeds thereof — Assignment of cause of action valid where assignee having pre-existing commercial interest in outcome of litigation — Contract with Crown prohibiting assignment without Minister's consent.

This was a motion by the defendant for orders that the litigation agreements between the plaintiff chief contractor and its sub-contractors be declared void and that the plaintiff's claims on behalf of the sub-contractors be dismissed.

The principal actions relate to contracts between the plaintiff and the defendant for construction at the National Aviation

Section de première instance, juge Dubé—Ottawa, 17 et 18 juin 1991.

Contrats — Un entrepreneur a poursuivi la Couronne pour cause de retard — L'entrepreneur avait conclu avec les sous-traitants des ententes en cas de litige qui l'autorisaient à agir en justice pour leur compte — Les sous-traitants devaient fournir des témoignages et payer leur part des frais et dépens de l'action — Les ententes prévoyaient le partage en cas d'un jugement où l'entrepreneur obtiendrait gain de cause — La Couronne a présenté une requête visant le rejet de la partie de la demande concernant les sous-traitants — Les ententes sont-elles invalides parce qu'il s'agirait de cessions d'un simple droit d'agir en justice ou de cessions en vue du soutien d'une partie et de pactes de quota litis — Les sous-traitants n'avaient pas de cause d'action contre la propriétaire — Les réclamations du sous-traitant contre l'entrepreneur seraient fondées sur la négligence — Les ententes ne conféraient pas de pouvoir à la Cour fédérale en ce qui concerne les réclamations des sous-traitants — Les ententes équivalent à soutenir une partie ou à promouvoir l'action d'une autre personne et à partager les dommages-intérêts en résultant — La cession d'une cause d'action est valable lorsque le cessionnaire avait un intérêt commercial préalable dans l'issue du litige — Le contrat passé avec la Couronne interdisait toute cession sans le consentement du ministre.

Il s'agissait d'une requête par laquelle la défenderesse tentait d'obtenir des ordonnances afin que les ententes en cas de litige intervenues entre la demanderesse, qui était l'entrepreneur principal, et ses sous-traitants soient déclarées nulles et que les réclamations présentées par la demanderesse au nom des sous-traitants soient rejetées.

Les actions principales se rapportent à des contrats conclus entre la demanderesse et la défenderesse pour les travaux au

Museum and Ottawa International Airport. The plaintiff and the sub-contractors entered into "litigation agreements" purporting to authorize the plaintiff to sue on behalf of the sub-contractors. By these agreements, the plaintiff acknowledges the validity of the sub-contractors' claims, and they undertake to provide evidence and witnesses, and to contribute to the costs of the action. The head contract under which the plaintiff carried out the work provided that it could not be assigned without the written consent of the Minister, that every subcontract adopt the general terms of the head contract, and that no subcontract impose liability upon the Crown.

Held, the motion should be allowed.

In the absence of privity between the defendant and the sub-contractors, the plaintiff cannot assert their claims as its own. A subcontractor has no right to claim payment from the owner; its recourse is in its claim against the prime contractor. Here, the claims of the subcontractors against the contractor would be in negligence, but the cause of action alleged by the contractor against the owner is delay.

The agreements are an attempt to assign a bare right to sue, which is not assignable unless it is coupled with a property right. The forum for the subcontractors is the court of the province. They cannot create, by contract with the plaintiff, a jurisdiction in the Federal Court. Jurisdiction cannot be brought about by agreement between private parties. Since the liability of the contractor to the subcontractors in negligence is independent of the contractors' cause of action against the owner, that the subcontractors may succeed against the contractor does not entail the liability of the owner to the contractor.

It is maintenance when a person maintains, supports or promotes the litigation of another. Champerty is the taking of action on the part of another in order to take a share in the damages. The assignment of a bare right to sue is champertous unless the assignment conveys a property right to which the right of action is incidental. The litigation agreements are thus tainted by both maintenance and champerty.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act respecting Champerty, R.S.O. 1897, c. 327.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Fredrickson v. Insurance Corporation of British Columbia (1986), 28 D.L.R. (4th) 414; [1986] 4 W.W.R. 504; 3

Musée national de l'aviation et à l'Aéroport international d'Ottawa. La demanderesse et les sous-traitants ont passé des «ententes en cas de litige» visant à autoriser la demanderesse à agir en justice pour le compte des sous-traitants. Par ces ententes, la demanderesse reconnaît la validité des prétentions des sous-traitants, et ceux-ci conviennent de fournir les éléments de preuve et les témoignages nécessaires, et également de payer leur part des frais et dépens de l'action. Dans le contrat principal en vertu duquel la demanderesse a exécuté les travaux, il était prévu que ledit contrat ne pouvait pas être cédé sans le consentement écrit du ministre, que tout sous-contrat devait adopter les modalités d'application générale du contrat principal et qu'aucun sous-contrat n'imposait quelque responsabilité à la Couronne.

Jugement: la requête devrait être accueillie.

En l'absence d'un lien entre la défenderesse et les sous-traitants, la demanderesse ne peut pas faire siennes les demandes des sous-traitants. Le sous-traitant n'a pas le droit de réclamer un paiement du propriétaire; son recours se limite à présenter une réclamation contre l'entrepreneur principal. En l'espèce, les réclamations que les sous-traitants peuvent avoir contre l'entrepreneur découleraient de la négligence, mais la cause de l'action intentée par l'entrepreneur est le retard dû à la propriétaire.

Les ententes tentent de céder un simple droit de poursuivre, lequel est incessible à moins d'être associé à un droit de propriété. C'est au tribunal de la province que doivent s'adresser les sous-traitants. Ils ne peuvent pas, au moyen d'un contrat conclu avec la demanderesse, conférer un pouvoir à la Cour fédérale. On ne peut pas conférer de pouvoir à un tribunal au moyen d'une entente intervenue entre des parties privées. Étant donné que la responsabilité de l'entrepreneur vis-à-vis des sous-traitants pour négligence est indépendante de la cause d'action que l'entrepreneur peut avoir contre le propriétaire, le fait que les sous-traitants puissent obtenir gain de cause contre l'entrepreneur n'entraîne pas la responsabilité du propriétaire vis-à-vis de l'entrepreneur.

Il y a soutien d'une partie lorsqu'une personne soutient, appuie ou promeut l'action d'une autre personne. Le pacte de *quota litis* consiste à intenter une action pour le compte d'une autre personne afin de participer aux dommages-intérêts. La cession d'un simple droit d'agir en justice est de la nature d'un pacte de *quota litis* à moins que la cession ne transporte un droit de propriété auquel le droit d'action est accessoire. Les ententes en cas de litige sont donc viciées par les deux notions du soutien d'une partie et du pacte de *quota litis*.

LOIS ET RÈGLEMENTS

An Act respecting Champerty, R.S.O. 1897, chap. 327.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Fredrickson v. Insurance Corporation of British Columbia (1986), 28 D.L.R. (4th) 414; [1986] 4 W.W.R. 504; 3

B.C.L.R. (2d) 145; 17 C.C.L.I. 194; [1986] I.L.R. 1-2100 (C.A.); affd [1988] 1 S.C.R. 1089; (1988), 49 D.L.R. (4th) 160; 86 N.R. 48.

CONSIDERED:

Trendtex Trading Corp. v. Credit Suisse, [1982] A.C. 679 (H.L.). ^a

REFERRED TO:

Standing v. The London Gas Co. (1861), 21 U.C.Q.B. 209 (C.A.); *Craig v. Matheson* (1899), 32 N.S.R. 452 (C.A.); ^b *Tucker v. Puget Sound Bridge Dredging Co.* (1910), 15 B.C.R. 393; 14 W.L.R. 468 (C.A.); *Derco Industries Ltd. v. A.R. Grimwood Ltd.* (1986), 20 C.L.R. 174 (B.C.S.C.); *A.N. Bail Co. v. Gingras et al.*, [1982] 2 S.C.R. 475; (1982), 54 N.R. 280; *Prosser v. Edmonds* (1835), 1 Y. & C. Ex. 481; 160 E.R. 196 (Ex. Div.); *Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (P.C.); ^c *Biro (George) Real Estate Ltd. v. Sheldon*, [1965] 1 O.R. 49; (1965), 46 D.L.R. (2d) 610 (H.C.); *Ellis-Don Ltd. v. Norton*; *Dickie Const. Ltd. v. Bank of N.S.* (1982), 5 C.L.R. 281 (Ont. H.C.); *453416 Ont. Inc. c.o.b. Cranes and Services v. White* (1984), 42 C.P.C. 209 (Ont. H.C.); *Sherman v. Drabinsky* (1990), 74 ^d O.R. (2d) 596 (H.C.).

AUTHORS CITED

Goldsmith, Immanuel and Heintzman, Thomas G., *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed., ^e Toronto: Carswell, 1988.
Waddams, S.M., *The Law of Contracts*, 2nd ed., Toronto: Canada Law Book Ltd., 1984.
Black's Law Dictionary, 4th ed., St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1968. "champerty". ^f

COUNSEL:

P. Donald Rasmussen and Ernest S. J. Schmidt for plaintiff.
Fred Tayar and R. P. Hynes for defendant. ^g

SOLICITORS:

Rasmussen, Starr & Ruddy, Ottawa, for plaintiff.
^h *Fred Tayar & Associates*, Toronto, for defendant.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

ⁱ *The following are the reasons for order rendered in English by*

DUBÉ J.: These two motions to determine a question of law were heard together pursuant to instructions of the Associate Chief Justice of May 17, 1991. ^j The plaintiff launched these two actions against the

B.C.L.R. (2d) 145; 17 C.C.L.I. 194; [1986] I.L.R. 1-2100 (C.A.); confirmée par [1988] 1 R.C.S. 1089; (1988), 49 D.L.R. (4th) 160; 86 N.R. 48.

DÉCISION EXAMINÉE:

Trendtex Trading Corp. v. Credit Suisse, [1982] A.C. 679 (H.L.).

DÉCISIONS CITÉES:

Standing v. The London Gas Co. (1861), 21 U.C.Q.B. 209 (C.A.); *Craig v. Matheson* (1899), 32 N.S.R. 452 (C.A.); ^b *Tucker v. Puget Sound Bridge Dredging Co.* (1910), 15 B.C.R. 393; 14 W.L.R. 468 (C.A.); *Derco Industries Ltd. v. A.R. Grimwood Ltd.* (1986), 20 C.L.R. 174 (C.S.C.-B.); *A.N. Bail Co. c. Gingras et autres*, [1982] 2 R.C.S. 475; (1982), 54 N.R. 280; *Prosser v. Edmonds* (1835), 1 Y. & C. Ex. 481; 160 E.R. 196 (Ex. Div.); *Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (P.C.); ^c *Biro (George) Real Estate Ltd. v. Sheldon*, [1965] 1 O.R. 49; (1965), 46 D.L.R. (2d) 610 (H.C.); *Ellis-Don Ltd. v. Norton*; *Dickie Const. Ltd. v. Bank of N.S.* (1982), 5 C.L.R. 281 (H.C. Ont.); *453416 Ont. Inc. c.o.b. Cranes and Services v. White* (1984), 42 C.P.C. 209 (H.C. Ont.); *Sherman v. Drabinsky* (1990), 74 ^d O.R. (2d) 596 (H.C.).

DOCTRINE

Goldsmith, Immanuel et Heintzman, Thomas G., *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed., Toronto: Carswell, 1988.
Waddams, S.M., *The Law of Contracts*, 2nd ed., Toronto: Canada Law Book Ltd., 1984.
Black's Law Dictionary, 4th ed., St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1968. «champerty». ^f

AVOCATS:

P. Donald Rasmussen et Ernest S. J. Schmidt pour la demanderesse.
Fred Tayar et R. P. Hynes pour la défenderesse. ^g

PROCUREURS:

Rasmussen, Starr & Ruddy, Ottawa, pour la demanderesse.
^h *Fred Tayar & Associates*, Toronto, pour la défenderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

ⁱ *Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

LE JUGE DUBÉ: Les deux présentes requêtes visant à trancher une question de droit ont été instruites en même temps conformément aux directives du juge en chef adjoint en date du 17 mai 1991. La demande- ^j

Crown with reference to two different contracts in which the plaintiff was the main contractor. The first (T-1036-87) is related to the construction of the National Aviation Museum and the second (T-1416-87) to the Ottawa International Airport.

In both actions, the plaintiff included in its claims against the defendant all potential claims the subcontractors may have had against it. The so-called "litigation agreements" between the main contractor and the several subcontractors authorize the plaintiff to sue on behalf of the subcontractors. By these agreements the plaintiff acknowledges the validity of the claims of the respective subcontractors in the sums set out in the respective agreements. The plaintiff also agrees to pursue an action against the Crown for a sum in excess of their claims but which will include their claims. The subcontractors agree to provide such evidence, assistance and witnesses as required, and also agree to contribute to the costs of the action. The agreements also provide for division of a successful judgment, if it cannot be ascertained from the judgment what amounts were awarded in relation to a particular subcontractor's claim. And the agreements provide for an arrangement dealing with the contingency of an offer of settlement which would be acceptable to some claimants and rejected by others.

The motion under action number T-1036-87 (related to the National Aviation Museum) is for an order that the litigation agreements be declared void, or struck down, as offending the laws of maintenance or champerty. The motion in the other action T-1416-87 (related to the Ottawa International Airport) is for an order for judgment dismissing that part of the plaintiff's claim against the defendant relating to the subcontractors.

It was agreed at the outset of the hearing that the motion would be for a determination of a question of

resse a intenté les deux présentes actions contre la Couronne relativement à deux contrats différents dans lesquels ladite demanderesse était l'entrepreneur principal. La première action (T-1036-87) concerne la construction du Musée national de l'aviation et la seconde (T-1416-87), l'Aéroport international d'Ottawa.

Dans les deux actions, la demanderesse a inclus dans ses réclamations contre la défenderesse toutes les réclamations éventuelles que les sous-traitants auraient pu avoir contre celle-ci. Les soi-disant «ententes en cas de litige» intervenues entre l'entrepreneur principal et les nombreux sous-traitants autorisent la demanderesse à agir en justice pour le compte des sous-traitants. Par ces ententes, la demanderesse reconnaît la validité des prétentions des sous-traitants respectifs sur les sommes mentionnées dans les ententes respectives. La demanderesse convient également d'intenter une action contre la Couronne pour un montant supérieur à leurs réclamations mais qui les comprendra. Les sous-traitants conviennent de fournir les éléments de preuve, l'aide et les témoignages qui seront nécessaires, et également de payer leur part des frais et dépens de l'action. Les ententes prévoient également le partage des gains advenant que le jugement leur soit favorable, si l'on ne peut établir à partir du jugement quels montants ont été accordés relativement à la réclamation d'un sous-traitant en particulier. En outre, les ententes prévoient un arrangement au cas où une offre de règlement serait acceptable selon certains réclamants et rejetée par d'autres.

La requête présentée dans le cadre de l'action portant le numéro du greffe T-1036-87 (qui concerne le Musée national de l'aviation) vise à obtenir une ordonnance selon laquelle les ententes en cas de litige seraient déclarées nulles, ou radiées, parce qu'elles contreviennent aux règles du soutien d'une partie ou du pacte de *quota litis*. La requête relative à l'action numéro T-1416-87 (qui se rapporte à l'Aéroport international d'Ottawa) vise à obtenir une ordonnance rejetant la partie de la réclamation présentée par la demanderesse contre la défenderesse en ce qui a trait aux sous-traitants.

Il a été convenu au commencement de l'audience que la requête viserait à trancher une question de

law, namely, whether the so-called litigation agreements between the plaintiff and the subcontractors are invalid because they are assignments of a bare right to litigate or are offensive to the laws of maintenance or champerty.

Because of a trial date set for early September, both parties have asked that I expedite this decision. If necessary, amendments will be made to the pleadings in accordance with my decision.

In my view, the plaintiff cannot assert as its own the claims of its subcontractors in the absence of any privity or liability between the subcontractors and the defendant. The litigation agreements are invalid because they are assignments of a bare right to litigate and they also offend the laws of champerty and maintenance. For the following reasons.

In both contracts between the plaintiff and the defendant, clause GC 3 entitled "Assignment of Contract" under Part C, "General Conditions", expressly forbids any assignments by the contractor without the Minister's consent. The clause reads:

3.1 The contract may not be assigned by the Contractor, either in whole or in part, without the written consent of the Minister.

The subsequent clause GC 4 entitled "Subcontracting by Contractor" provides as follows under clauses 4.7 and 4.8:

4.7 Every subcontract entered into by the Contractor shall adopt all of the terms and conditions of this contract that are of general application.

4.8 Neither a subcontracting nor the Engineer's consent to a subcontracting by the Contractor shall be construed to relieve the Contractor from any obligation under the contract or to impose any liability upon Her Majesty.

Moreover, even without these expressed provisions forbidding assignment or imposition of any further liability upon Her Majesty through subcontracting, there would still be no liability in law upon the

droit, à savoir si les soi-disant ententes en cas de litige intervenues entre la demanderesse et les sous-traitants sont invalides parce qu'elles constituent des cessions d'un simple droit de poursuivre ou vont à l'encontre des règles du soutien d'une partie ou du pacte de *quota litis*.

Comme la date du procès a été fixée au début de septembre, les deux parties ont demandé que je rende rapidement la présente décision. S'il y a lieu, des modifications seront apportées aux plaidoiries en conformité avec ma décision.

À mon avis, la demanderesse ne peut pas faire siennes les demandes de ses sous-traitants en l'absence d'un lien ou d'une obligation entre les sous-traitants et la défenderesse. Les ententes en cas de litige ne sont pas valides parce qu'elles constituent des cessions d'un simple droit de poursuivre et vont également à l'encontre des règles du pacte de *quota litis* et du soutien d'une partie. Et ce, pour les raisons suivantes.

Dans les deux contrats intervenus entre la demanderesse et la défenderesse, la clause GC3 intitulée [TRADUCTION] «Cession de contrat» sous le régime de la Partie C [TRADUCTION] «Conditions générales» interdit expressément toute cession par l'entrepreneur sans le consentement du ministre. La clause est libellée ainsi:

[TRADUCTION] 3.1 Le contrat ne peut pas être cédé par l'entrepreneur, en tout ou en partie, sans le consentement écrit du ministre.

La clause suivante GC4 intitulée [TRADUCTION] «Sous-traitance par l'entrepreneur» prévoit ce qui suit aux paragraphes 4.7 et 4.8:

[TRADUCTION] 4.7 Tout sous-contrat conclu par l'entrepreneur doit adopter toutes les modalités d'application générale du présent contrat.

4.8 Ni la conclusion d'un sous-contrat ni le consentement de l'ingénieur à la conclusion d'un sous-contrat par l'entrepreneur ne seront interprétés comme déchargeant l'entrepreneur de quelque obligation en vertu du contrat ou imposant quelque responsabilité à Sa Majesté.

De plus, même sans ces dispositions interdisant expressément la cession ou l'imposition de quelque responsabilité supplémentaire à Sa Majesté au moyen de la sous-traitance, la propriétaire n'encourrait encore aucune responsabilité en droit à l'égard des

owner for claims by the subcontractors. *Goldsmith on Canadian Building Contracts* (4th)¹ writes:

... the subcontractor has no right to claim payment or compensation from the owner, and his rights are confined to making a claim against the prime contractor.

Clearly, in the absence of any privity between the subcontractors and Her Majesty, they have no right of action against her, particularly in these instances where claims the subcontractors may have against the main contractor would have to arise from the negligence of the main contractor, but the cause of action, as alleged by the contractor, is delay on the part of the owner. Having no cause of action against the owner, the subcontractors may not improve their position by asserting their claims through the main contractor as a nominee. This is clearly an attempt by the contractor to have this Court adjudicate upon a matter for which it has no jurisdiction.

Having said this, it would not be strictly necessary to deal with the arguments based on maintenance and champerty, but having heard arguments at length on the subject, I feel it would be useful to deal with them.

The litigation agreements between the contractor and the subcontractors are clearly an attempt to assign a bare right to sue in contract for damages and constitute as such an assignment which is not recognized by law and are therefore void. By their very nature certain rights are not assignable, including bare rights of litigation, unless the right to sue is coupled with a right of property.²

¹ Goldsmith and Heintzman, *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed., 1988, at p. 7-6; see also *Standing v. The London Gas Co.* (1861), 21 U.C.Q.B. 209 (C.A.); *Craig v. Matheson* (1899), 32 N.S.R. 452 (C.A.); *Tucker v. Puget Sound Bridge & Dredging Co.* (1910), 15 B.C.R. 393 (C.A.); *Derco Industries Ltd. v. A.R. Grimwood Ltd.* (1986), 20 C.L.R. 174 (B.C.S.C.); and *A.N. Bail Co. v. Gingras et al.*, [1982] 2 S.C.R. 475.

² See *Prosser v. Edmonds* (1835), 1 Y. & C. Ex. 481; 160 E.R. 196 (Ex. Div.). See also Waddams, S.M., *The Law of Contracts*, (2nd ed.), at pp. 197-198.

demandes des sous-traitants. Dans l'ouvrage *Goldsmith on Canadian Building Contracts* (4^e éd.)¹, il est mentionné:

[TRADUCTION] ... le sous-traitant n'a pas le droit de réclamer un paiement ou une indemnité du propriétaire, et ses droits se limitent à présenter une réclamation contre l'entrepreneur principal.

Il est évident que, en l'absence de tout lien entre les sous-traitants et Sa Majesté, ils n'ont aucun droit d'action contre elle, tout particulièrement dans les affaires où les réclamations que les sous-traitants peuvent avoir contre l'entrepreneur principal devraient découler de la négligence de l'entrepreneur principal, mais la cause d'action, selon les allégations de l'entrepreneur, est le retard dû à la propriétaire. N'ayant aucune cause d'action contre la propriétaire, les sous-traitants ne peuvent pas améliorer leur situation en faisant valoir leurs réclamations par la voie de l'entrepreneur principal en tant que mandataire. Il s'agit manifestement d'un cas où l'entrepreneur tente d'amener la Cour à se prononcer sur une affaire à l'égard de laquelle elle n'a pas la compétence voulue.

Cela dit, il ne serait pas strictement nécessaire de traiter des arguments fondés sur le soutien d'une partie et le pacte de *quota litis*, mais, après avoir entendu l'exposé au long desdits arguments sur le sujet, j'estime utile d'en parler.

Les ententes en cas de litige intervenues entre l'entrepreneur et les sous-traitants visent manifestement à céder un simple droit de poursuivre en vertu du contrat en vue d'obtenir des dommages-intérêts et constituent à ce titre une cession qui n'est pas admise par la loi et qui est donc nulle. De par leur nature même, certains droits sont incessibles, notamment les simples droits de poursuivre, à moins que le droit de poursuivre ne soit associé à un droit de propriété.²

¹ Goldsmith et Heintzman, *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4^e éd., 1988, à la p. 7-6; voir également *Standing v. The London Gas Co.* (1861), 21 U.C.Q.B. 209 (C.A.); *Craig v. Matheson* (1899), 32 N.S.R. 452 (C.A.); *Tucker v. Puget Sound Bridge & Dredging Co.* (1910), 15 B.C.R. 393 (C.A.); *Derco Industries Ltd. v. A.R. Grimwood Ltd.* (1986), 20 C.L.R. 174 (C.S.C.-B.); et *A.N. Bail Co. c. Gingras et autre*, [1982] 2 R.C.S. 475.

² Voir *Prosser v. Edmonds* (1835), 1 Y. & C. Ex. 481; 160 E.R. 196 (Ex. Div.). Voir aussi Waddams, S.M., *The Law of Contracts* (2^e éd.), aux p. 197 et 198.

The contract between the owner and the main contractor under clause GC 4.7 does require that every subcontract entered into by the contractor shall adopt all of the terms and conditions of the main contract, but this clause does not create any contractual rights or privity which would allow the subcontractors to exercise a right of property vis-à-vis the owner.³ In the normal course of events the subcontractors would be expected to sue the main contractor in the provincial courts and not the owner in the Federal Court. The litigation agreements cannot have the effect of creating by contract a jurisdiction in the Federal Court which would not otherwise exist. It is a well recognized principle of law that jurisdiction cannot be brought about by way of agreements.⁴

However, even if the subcontractors were to be successful in the provincial courts against the main contractor, it does not necessarily follow that the main contractor would as a matter of course, be successful against the owner in another action, because the negligence or other fault which caused the subcontractors to be successful in their action may be the negligence or other fault of the main contractor, and not of the owner.

“Maintenance” has been defined as “maintaining, supporting or promoting the litigation of another”. “Champerty” is a bargain to divide the proceeds of litigation between the owner of the liquidated claim and a party supporting or enforcing the litigation.⁵ In Ontario, champerty has been defined through legislation: *An Act respecting Champerty*.⁶ The Act is concise and pithy. It contains only these two sections:

1. Champertors be they that move pleas and suits, or cause to be moved, either by their own procurement, or by others, and sue them at their proper costs, for to have part of the land in variance, or part of the gains.

2. All champertous agreements are forbidden, and invalid.

³ See *Goldsmith on Canadian Building Contracts* (4th ed.), at pp. 7-1-7-7.

⁴ See *Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (P.C.).

⁵ *Blacks' Law Dictionary* (4th ed.), at p. 292.

⁶ R.S.O. 1897, c. 327.

Le contrat intervenu entre la propriétaire et l'entrepreneur principal en vertu de la clause GC 4.7 exige effectivement que tout sous-contrat conclu par l'entrepreneur adopte toutes les modalités du contrat principal, mais cette clause ne crée pas de lien ou de droits contractuels qui permettent aux sous-traitants d'exercer un droit de propriété vis-à-vis de la propriétaire³. En temps normal, on s'attendrait à ce que les sous-traitants poursuivent l'entrepreneur principal devant les tribunaux provinciaux et non pas la propriétaire devant la Cour fédérale. Les ententes en cas de litige ne peuvent pas avoir pour effet de conférer à la Cour fédérale, par le biais d'un contrat, un pouvoir qui autrement n'existerait pas. Il est bien admis en droit que l'on ne peut pas conférer de pouvoir à un tribunal au moyen d'ententes⁴.

Cependant, même si les sous-traitants devaient obtenir gain de cause devant les tribunaux provinciaux contre l'entrepreneur principal, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'entrepreneur principal aurait naturellement gain de cause contre la propriétaire dans une autre action, parce que la négligence ou toute autre faute qui a fait obtenir gain de cause aux sous-traitants dans leur action peut être la négligence ou toute autre faute de l'entrepreneur principal, et non celle de la propriétaire.

Le «soutien d'une partie» a été défini comme [TRADUCTION] «le fait de soutenir, d'appuyer ou de promouvoir l'action d'une autre personne». Le «pacte de *quota litis*» est un marché en vue de partager le produit de l'action entre l'auteur de la demande d'une somme déterminée et une partie qui appuie ou fait valoir l'action⁵. En Ontario, le pacte de *quota litis* a été défini au moyen d'une loi: *An Act respecting Champerty*⁶. La Loi est brève et concise. Elle ne contient que les deux articles suivants:

[TRADUCTION] 1. Les parties à un pacte de *quota litis* sont celles qui poursuivent, ou font poursuivre, une instance à leur propre initiative ou à celle d'autres personnes et la poursuivent à leurs propres frais afin d'acquérir une partie du bien-fonds en contestation ou une partie des gains.

2. Toutes les ententes visant ce but sont interdites et nulles.

³ Voir *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4^e éd., aux p. 7-1 à 7-7.

⁴ Voir *Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (P.C.).

⁵ *Blacks' Law Dictionary*, 4^e éd., à la p. 292.

⁶ R.S.O. 1897, chap. 327.

There are no allegations of bad faith directed at the contractor or the subcontractors, but the two statements of claim, as presently framed include elements (which were only found at discovery) that fall under the definitions of both the doctrines of maintenance and champerty. The litigation agreements between the contractor and the several subcontractors are tantamount to the maintaining, supporting or promoting of the litigation of another, and also of dividing the proceeds of litigation, in the sense that the subcontractors stand to recover their claims and the main contractor stands to be exonerated from liability for those claims. The agreements provide that the main contractor will be entitled to his mark-up over those claims. The main contractor avoids law suits from his subcontractors. The main contractor admits the validity of the claims of the subcontractors, without any consequential liability to him, but full liability for such claims being passed on to the owner, without her having any say in such admissions of liability.

The Ontario jurisprudence in the matter has developed from the English jurisprudence and is based on the premise that the assignment by agreement of the bare right to sue for damages can be deemed a champertous transaction. Courts have held such an agreement to be invalid.⁷

The main English case on the subject is *Trendtex Trading Corpn. v. Credit Suisse*.⁸ That House of Lords' decision dealt with the purchase of a right to sue a bank, at considerable potential profit. In that case, the Lords confirmed the principle that the assignment of a bare right to sue for damages is invalid, nevertheless it recognized that where the assignee has by the assignment acquired a property right and the cause of action was incidental to that right, the assignment would constitute lawful maintenance.

⁷ See *Biro (George) Real Estate Ltd. v. Sheldon*, [1965] 1 O.R. 49 (H.C.); *Ellis-Don Ltd. v. Norton*; *Dickie Const. Ltd. v. Bank of N.S.* (1982), 5 C.L.R. 281 (Ont. H.C.); 453416 Ont. Inc. c.o.b. *Cranes and Services v. White* (1984), 42 C.P.C. 209 (Ont. H.C.); and *Sherman v. Drabinsky* (1990), 74 O.R. (2d) 596 (H.C.).

⁸ [1982] A.C. 679 (H.L.).

Il n'y a aucune allégation de mauvaise foi contre l'entrepreneur ou les sous-traitants, mais les deux déclarations, selon leur libellé actuel, contiennent des éléments (qui n'ont été découverts qu'à l'interrogatoire préalable) qui entrent dans les définitions des doctrines du soutien d'une partie et du pacte de *quota litis*. Les ententes en cas de litige intervenues entre l'entrepreneur et les nombreux sous-traitants équivalent à soutenir, appuyer ou promouvoir l'action d'une autre personne et également à partager les gains résultant du litige, en ce sens que les sous-traitants ont des chances de recouvrer leurs réclamations et l'entrepreneur principal d'être exonéré de toute responsabilité à l'égard de ces réclamations. Les ententes prévoient que l'entrepreneur principal aura droit à une part de ces réclamations. L'entrepreneur principal évite les poursuites judiciaires de la part de ses sous-traitants. L'entrepreneur principal reconnaît la validité des réclamations des sous-traitants, sans aucune responsabilité subséquente pour lui, mais l'entière responsabilité à l'égard de ces réclamations est reportée sur la propriétaire, sans que celle-ci ait quelque chose à dire dans de telles admissions de responsabilité.

La jurisprudence de l'Ontario sur cette question vient de la jurisprudence anglaise et se fonde sur la prémisse selon laquelle la cession, par contrat, du simple droit de poursuivre en vue de dommages-intérêts peut être considérée comme une opération de la nature du pacte de *quota litis*. Les tribunaux ont jugé qu'une telle entente n'était pas valide⁷.

Le principal arrêt anglais sur le sujet est l'arrêt *Trendtex Trading Corpn. v. Credit Suisse*⁸. Cette décision de la Chambre des lords traite de l'acquisition du droit de poursuivre une banque, avec la possibilité d'en tirer un profit important. Dans cette affaire-là, les lords ont confirmé le principe selon lequel la cession d'un simple droit de poursuivre en vue de dommages-intérêts est invalide, néanmoins ils ont reconnu que, lorsque le cessionnaire a, par la cession, acquis un droit de propriété et que la cause d'ac-

⁷ Voir *Biro (George) Real Estate Ltd. v. Sheldon*, [1965] 1 O.R. 49 (H.C.); *Ellis-Don Ltd. v. Norton*; *Dickie Const. Ltd. v. Bank of N.S.* (1982), 5 C.L.R. 281 (H.C. Ont.); 453416 Ont. Inc. c.o.b. *Cranes and Services v. White* (1984), 42 C.P.C. 209 (H.C. Ont.); et *Sherman v. Drabinsky* (1990), 74 O.R. (2d) 596 (H.C.).

⁸ [1982] A.C. 679 (H.L.).

Following upon that English decision, the Supreme Court of Canada affirmed in 1988 the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Fredrickson v. Insurance Corporation of British Columbia*.⁹ In that case, McLachlin J.A. (as she then was) agreed with the trial judge that an assignment of a cause of action may be valid where the assignee has a pre-existing genuine commercial interest in the outcome of the litigation. She also pointed out the six categories of contract which are considered to be unassignable (at page 426). They are:

1. Contracts which expressly by their terms exclude assignment;
2. Mere rights of action (assignments savouring of maintenance and champerty);
3. Contracts which by their assignment throw un contemplated burdens on the debtor;
4. Personal contracts;
5. Assignments void by public policy (public officers' wages or salary and alimony or maintenance agreements); and
6. Assignments prohibited by statutory provisions.

The contract between the plaintiff and the defendant clearly falls under the first heading. As mentioned earlier, clause GC 3 of the General Conditions provides that the contract may not be assigned by the contractor without the consent of the Minister. There is no evidence or allegation to the effect that the minister would have consented in the two instant cases. The second category includes precisely the type of assignments presently under attack. The assignments to the subcontractors would also fall under the third category as they placed upon Her Majesty the un contemplated burden of subcontractors' claims which ought to be directed to the main contractor.

The plaintiff claims that it has a genuine commercial interest in taking the assignments from the subcontractors and enforcing them, for its own benefit

⁹ (1986), 28 D.L.R. (4th) 414 (B.C.C.A.); *affd* by [1988] 1 S.C.R. 1089.

tion est accessoire à ce droit, la cession constituerait le soutien légal d'une partie.

À la suite de cette décision anglaise, la Cour suprême du Canada a confirmé en 1988 la décision rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Fredrickson v. Insurance Corporation of British Columbia*.⁹ Dans cette affaire-là, madame le juge d'appel McLachlin (tel était alors son titre) était d'accord avec le juge de première instance pour dire que la cession d'une cause d'action peut être valide si le cessionnaire a un véritable intérêt commercial préalable dans l'issue du litige. Elle a également énoncé les six genres de contrats qui sont considérés comme incessibles (à la page 426). Ce sont:

- [TRADUCTION] 1. Les contrats qui, selon leurs termes mêmes, excluent expressément la cession;
2. Les simples droits d'action (cessions évoquant à l'esprit l'idée du soutien d'une partie et d'un pacte de *quota litis*);
 3. Les contrats qui, par leur cession même, font peser des charges non prévues sur le débiteur;
 4. Les contrats privés;
 5. Les cessions nulles en vertu de l'ordre public (le traitement des fonctionnaires et les ententes relatives au versement d'une pension alimentaire); et
 6. Les cessions interdites par des dispositions législatives.

Le contrat conclu entre la demanderesse et la défenderesse est visé clairement au premier paragraphe. Ainsi qu'il a déjà été mentionné, la clause GC 3 des Conditions générales prévoit que le contrat ne peut pas être cédé par l'entrepreneur sans le consentement du ministre. Il ne ressort nullement de la preuve ou des allégations que le ministre aurait donné son consentement dans les deux affaires. La deuxième catégorie comprend précisément le genre de cessions qui sont présentement contestées. Les cessions faites aux sous-traitants relèveraient également de la troisième catégorie car elles imposent à Sa Majesté la charge non prévue des réclamations des sous-traitants qui devraient être adressées à l'entrepreneur principal.

La demanderesse prétend qu'elle a un véritable intérêt commercial à accepter les cessions faites par les sous-traitants et à les exécuter à son propre avan-

⁹ (1986), 28 D.L.R. (4th) 414 (C.A.C.-B.); *conf.* par [1988] 1 R.C.S. 1089.

and the benefit of the subcontractors, as against the defendant. In that sense, it is conceded that the financial interest of the plaintiff might be better served by only one action launched in the Federal Court against Her Majesty. It would be to its advantage to clean up all the problems in one stroke, but for reasons mentioned earlier, it cannot legally be done.

Consequently, I find that, for the purposes of these two actions, the litigation agreements are invalid. In view of the urgency expressed by both parties, the plaintiff will have twenty days to amend its statement of claim in accordance with these reasons and the defendant will have a further twenty days to amend her defence, if necessary. Hopefully, this decision will be in the interest of justice and reduce the length of the trial. Under the circumstances, costs will be in the cause.

tage et à celui des sous-traitants, contre la partie défenderesse. Dans ce sens, il est admis que l'intérêt financier de la demanderesse pourrait être mieux servi par une seule et unique action intentée en Cour fédérale contre Sa Majesté. Il serait à son avantage de régler tous les problèmes d'un seul coup, mais, pour les raisons mentionnées précédemment, on ne peut pas légalement le faire.

Par conséquent, j'estime que les ententes en cas de litige ne sont pas valides aux fins des deux présentes actions. Vu l'urgence de la situation exprimée par les deux parties, la demanderesse disposera d'un délai de vingt jours pour modifier sa déclaration en conformité avec les présents motifs et la partie défenderesse disposera de vingt jours supplémentaires pour modifier sa défense, s'il y a lieu. J'espère que la présente décision sera dans l'intérêt de la justice et réduira la durée du procès. Dans les circonstances, les dépens suivront l'issue de la cause.