

T-2662-87

Northeast Marine Services Limited (*Plaintiff*)

v.

Atlantic Pilotage Authority (*Defendant*)

INDEXED AS: NORTHEAST MARINE SERVICES LTD. v. ATLANTIC PILOTAGE AUTHORITY (T.D.)

Trial Division, McNair D.J.—Halifax, December 9, 1991 and October 19, 1992.

Contracts — Action for damages for breach of contract for pilot boat services — Plaintiff not awarded contract although lowest bidder — Defendant relying on disclaimer clause, fearing monopoly — Whether failure to disclose precondition against monopoly in tender specifications unfairly excluded plaintiff's bid from consideration — Financial Administration Act, s. 124, by-laws not requiring defendant to award contract to lowest bidder — Case law on tendering reviewed — Defendant implicitly bound by preliminary "contract A" to treat all bidders fairly in tendering process — Implied term to award contract to lowest bidder where cost primary factor in evaluation of tenders — All terms and conditions of specifications in call for tenders met by plaintiff — Disclaimer clause not entitling defendant to attach to tender call preferential preconditions concerning monopoly not disclosed to bidders — No right to pierce corporate veil of groups of companies — Erroneous perception of dangers of monopoly — Defendant breaching preliminary "contract A", prima facie liable in damages.

Torts — Negligence — Whether defendant guilty of misrepresentation in failing to disclose material information on concerns as to monopoly in tender specifications — No fiduciary duty owed with respect to tendering process under Financial Administration Act, s. 124, by-laws, tendering procedures — No special relationship between defendant and plaintiff within Hedley Byrne doctrine requiring disclosure of preconditions against monopoly.

Equity — Equitable doctrine of "clean hands" based on wrongful interference with tendering process by plaintiff — Allegations of bribery and conspiracy irrelevant as concerned officers not parties to action — Equitable defences available only where relief sought subject of separate action or asserted

T-2662-87

Northeast Marine Services Limited (*demanderesse*)

c.

a Administration de pilotage de l'Atlantique (*défenderesse*)

RÉPERTORIÉ: NORTHEAST MARINE SERVICES LTD. c. b ADMINISTRATION DE PILOTAGE DE L'ATLANTIQUE (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge suppléant McNair —Halifax, 9 décembre 1991 et 19 octobre 1992.

c *Contrats — Action en dommages-intérêts pour rupture de contrat de fourniture de services de bateau-pilote — La demanderesse n'a pas obtenu le marché, malgré le fait que son offre soit la plus basse — La défenderesse invoque une clause de dénégation, craignant une situation de monopole — Le défaut de divulguer des conditions requises relativement au monopole dans le cahier des charges a-t-il exclu injustement de l'examen la soumission de la demanderesse? — L'art. 124 de la Loi sur la gestion des finances publiques et le règlement interne n'obligent pas la défenderesse à attribuer le marché au moins-disant — Examen de la jurisprudence portant sur les appels d'offres — La défenderesse, liée implicitement par le contrat préliminaire A, doit traiter équitablement tous les soumissionnaires dans le cadre du processus d'appel d'offres — Il existe une condition implicite d'attribuer le marché au moins-disant lorsque le coût est le principal critère dans l'évaluation des soumissions — Toutes les conditions du cahier des charges dans l'appel d'offres ont été respectées par la demanderesse — La clause de dénégation ne donne pas le droit à la défenderesse d'assortir l'appel d'offres de conditions requises, liées à sa préférence concernant le monopole, qui n'ont pas été divulguées aux soumissionnaires — Aucun droit de lever le paravent de la société des groupes de sociétés — Perception erronée du risque de monopole — La défenderesse ayant dérogé au contrat préliminaire A, elle doit, à première vue, verser des dommages-intérêts.*

h *Responsabilité délictuelle — Négligence — La défenderesse s'est-elle rendue coupable de déclaration inexacte en ne divulguant pas des renseignements importants, relatifs à son appréhension de monopole, dans le cahier des charges de l'appel d'offres? — L'art. 124 de la Loi sur la gestion des finances publiques, le règlement interne et les procédures en matière d'appel d'offres ne créent aucune obligation fiduciaire à l'égard du processus d'appel d'offres — Aucune relation particulière entre la défenderesse et la demanderesse au sens de la doctrine établie dans l'arrêt Hedley Byrne obligeant de divulguer les conditions requises relativement au monopole.*

i *Equity — La doctrine d'équité exigeant une «conduite irréprochable» est invoquée relativement à l'immixtion induite de la demanderesse dans le processus d'appel d'offres — Les allégations de corruption et de complot ne sont pas pertinentes puisque les dirigeants en cause ne sont pas parties à l'action —*

by counterclaim — No evidence to support defendant's allegations — Equitable pleas no defence to liability for breach of contract.

Damages — Limiting principles — Remoteness — Plaintiff bidding on tender for pilot boat services with expectation of realizing profits — Damages for breach of contract based on loss of profit — Damages for lost profits must be proven on balance of probabilities — Case law reviewed — Doctrine of remoteness explained — Claim for damages for loss of profits not too remote — Defendant must have reasonably foreseen likely consequences of breach of contract.

Practice — Interest — Under Federal Court Act, ss. 36, 37, prejudgment and postjudgment interest now determined by law of province where cause of action arose — Prejudgment interest not awarded — Law of Nova Scotia applicable to postjudgment interest.

This was an action for damages for breach of contract, negligent misrepresentation, breach of fiduciary, statutory or common law duty with respect to the awarding of a contract for pilot boat services. The plaintiff alleged that the defendant wrongfully interfered with sound economic business principles by not awarding the contract to it, even though its bid was the lowest of all those received on Tender 50. The defendant relied on a so-called disclaimer clause whereby it reserved "the right to reject any or all tenders or to accept any tender considered in its best interest". The main factor inducing the defendant to reject the plaintiff's bid was a growing concern regarding the perception that a monopoly existed in the pilot boat business in the Cape Breton region. The defendant also invoked the equitable doctrine of "clean hands", arguing that the plaintiff had sought to improperly interfere with the tendering process. The issue was whether the defendant's failure to disclose the pre-condition of monopoly in the tender specifications unfairly stacked the cards against the plaintiff on Tender 50 such that the tendering process became nothing more than a sham.

Held, the action should be allowed in part.

There is no express provision either in the defendant's by-laws and tendering manual or in the *Financial Administration Act*, section 124, which imposes a fiduciary duty or statutory obligation upon the defendant to award any contract to the lowest bidder. Such duty or obligation is imposed on the direc-

Les moyens de défense d'équité ne peuvent être invoqués que si la réparation demandée fait l'objet d'une action distincte ou d'une demande reconventionnelle — Aucun élément de preuve n'appuie les allégations de la défenderesse — Les moyens de défense d'équité ne sont pas opposables à l'action en responsabilité contractuelle.

Dommages-intérêts — Facteurs limitatifs — Éloignement — La demanderesse a présenté une soumission à l'appel d'offres à l'égard de services de bateau-pilote en s'attendant à réaliser un profit — Les dommages-intérêts pour manquement à un contrat sont fondés sur le manque à gagner — Les dommages-intérêts en cas de perte de manque à gagner doivent être prouvés selon la prépondérance des probabilités — Examen de la jurisprudence — Explication de la doctrine de l'éloignement — Les dommages-intérêts réclamés à l'égard du manque à gagner ne sont pas trop éloignés — La défenderesse doit avoir raisonnablement prévu les conséquences probables de la rupture du contrat.

Pratique — Intérêts — En vertu des art. 36 et 37 de la Loi sur la Cour fédérale, l'intérêt avant jugement et l'intérêt sur le jugement sont maintenant accordés selon les règles de droit en vigueur dans la province où est survenu le fait générateur — L'intérêt avant jugement n'est pas accordé — La Loi de la Nouvelle-Écosse est applicable à l'égard de l'intérêt sur le jugement.

Il s'agit d'une action en dommages-intérêts pour rupture de contrat, déclaration inexacte imputable à la négligence, manquement à une obligation fiduciaire et à une obligation prévue par la loi ou la common law relativement à l'attribution d'un marché pour la fourniture des services de bateau-pilote. La demanderesse allègue que la défenderesse a dérogé aux principes de saine gestion en ne lui attribuant pas le marché, malgré le fait qu'elle ait déposé l'offre la plus basse parmi toutes celles reçues relativement à l'appel d'offres n° 50. La défenderesse excipe une prétendue clause de dénégaration de responsabilité aux termes de laquelle elle s'était réservée «le droit de rejeter toutes les soumissions ou d'accepter toute soumission qu'elle jugerait plus avantageuse». Le facteur déterminant ayant incité la défenderesse à rejeter l'offre de la demanderesse était l'appréhension croissante née de la perception qu'il existait une situation de monopole au sein des services de bateau-pilote dans la région du Cap-Breton. La défenderesse invoque aussi la doctrine d'équité de la «conduite irréprochable» en raison du fait que la demanderesse a cherché à s'immiscer indûment dans le processus d'appel d'offres. La question en litige est de savoir si, en ne mentionnant pas dans le cahier des charges de l'appel d'offres la condition touchant le monopole, la défenderesse a injustement pipé les dés au détriment de la demanderesse dans le cas de l'appel d'offres n° 50 de sorte que le processus d'appel d'offres a été réduit à un artifice.

Jugement: l'action doit être accueillie en partie.

Aucune disposition expresse du règlement interne de la défenderesse, de son manuel concernant les appels d'offres ou de l'article 124 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* impose à la défenderesse une obligation fiduciaire ou une obligation légale d'attribuer le marché au moins-disant. L'obliga-

tors and officers of the defendant in their capacity as agents and trustees for the Crown corporation and not as something which might enure to the benefit of a third party stranger. According to the evidence, the preconditions regarding the issue of monopoly were never communicated to the plaintiff prior to the submission of its bid on Tender 50. This contravened the defendant's desire to give every tenderer a fair chance in the bidding process. The monopoly issue, the driving force behind the decision-making process on Tender 50, was an irrelevant consideration which ought not to have influenced the decision to reject the plaintiff's lower bid. The defendant's directors committed an error of law by arbitrarily piercing the corporate veil so as to deny the autonomous and independent existence of the Slater group of companies. It was a foregone conclusion in the collective mind of the defendant that the plaintiff was never in the running for fair consideration with respect to its bids on Tender 50 because of the undisclosed preconditions against a monopoly; the tendering process was rigged against the plaintiff from the outset.

The law on tendering changed with the decision of the Supreme Court of Canada in *R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, wherein a tender call became an offer and a tender bid an acceptance which, if made in compliance with the conditions of the call for tenders, created a preliminary contract or "contract A". On the basis of that principle, a preliminary, unilateral "contract A" was created between the defendant and the plaintiff on the submission of the latter's bid. This preliminary "contract A" contained the implied term or obligation to treat all bidders fairly; it also contained an implied term or obligation to award the contract on Tender 50 to the lowest qualified bidder, the instant case being one where cost or price would have to be an important criterion in the evaluation of tenders. The plaintiff met all the terms and conditions of the specifications set out in the call for tenders, but its low bid failed because of the defendant's apprehensions regarding monopoly. The disclaimer clause did not entitle the latter to ignore the implied terms of the preliminary "contract A" arising from the submission of the tender bid by attaching to its tender call preferential preconditions which were not disclosed to the bidders. The defendant has breached the preliminary "contract A" and was *prima facie* liable in damages.

There was no special relationship between the defendant and the plaintiff such as to impose on the former a duty of care to disclose in the tender specifications the preferential preconditions of monopoly. The elements of negligent misrepresentation as enunciated in the English case *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* were not met in that there was no breach of a duty of care by negligent words as opposed to negligent conduct. The defendant was not liable to the plaintiff for

tion est imposée aux administrateurs et dirigeants de la défenderesse en raison de leur qualité de mandataires et de fiduciaires d'une société d'État et ne constitue pas une obligation énoncée au profit d'un tiers. Il ressort de la preuve que les conditions requises concernant le monopole n'ont jamais été communiquées à la demanderesse avant qu'elle n'ait présenté sa soumission en réponse à l'appel d'offres n° 50. Cela allait à l'encontre de la volonté de la défenderesse d'accorder à chaque soumissionnaire des chances égales dans le cadre du processus d'appel d'offres. La question du monopole, la raison déterminante dans le processus décisionnel quant à l'appel d'offres n° 50, n'était pas un facteur pertinent et n'aurait pas dû jouer dans la décision de rejeter l'offre de la demanderesse, qui était la plus basse. Les administrateurs de la défenderesse ont commis une erreur de droit en levant, de façon arbitraire, le paravent de la société de façon à nier l'existence autonome et indépendante du groupe de sociétés Slater. Il était prévu, dans l'esprit de la défenderesse, que la demanderesse n'aurait même pas la chance de voir ses soumissions examinées équitablement dans le cadre de l'appel d'offres n° 50, à cause des conditions requises, non divulguées, relatives au monopole; le processus d'appel d'offres a été truqué au détriment de la demanderesse dès le départ.

Le droit en matière d'appel d'offres a changé depuis l'arrêt de la Cour suprême du Canada *R. du chef de l'Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, dans lequel l'appel d'offres est devenu une offre et la soumission est devenue une acceptation qui, si elle est conforme aux conditions de l'appel d'offres, engendre un contrat préliminaire ou «contrat A». En application de ce principe, un contrat préliminaire, unilatéral, ou «contrat A», a été conclu entre la défenderesse et la demanderesse quand cette dernière a présenté sa soumission. Ce «contrat A» préliminaire contenait la condition ou l'obligation implicite de traiter équitablement tous les soumissionnaires; il renfermait aussi la condition ou l'obligation implicite d'attribuer le marché, dans le cadre de l'appel d'offres n° 50, au moins-disant qui remplissait les conditions, puisqu'il s'agissait d'un appel d'offres pour lequel le coût ou le prix devait être un critère important dans l'évaluation des soumissions. La demanderesse remplissait toutes les conditions du cahier des charges énoncées dans l'appel d'offres, mais son offre, qui était la plus basse, n'a pas été retenue à cause des craintes de la défenderesse au sujet du monopole. La clause de dénégation ne donnait pas à la défenderesse le droit de ne pas tenir compte des conditions implicites du «contrat A» préliminaire découlant de la présentation de la soumission, en assortissant son appel d'offres de conditions requises, liées à sa préférence, qui n'ont pas été divulguées aux soumissionnaires. La défenderesse a dérogé au «contrat A» préliminaire et doit, à première vue, verser des dommages-intérêts.

Il n'y avait pas, entre la défenderesse et la demanderesse, de relation particulière, telle que la défenderesse avait une obligation de diligence pour ce qui est de divulguer dans le cahier des charges de l'appel d'offres les conditions requises liées à sa préférence relative au monopole. Les éléments d'une déclaration inexacte imputable à la négligence énoncés dans l'arrêt anglais *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* étaient absents puisqu'il n'y a pas eu dérogation à l'obligation

any negligent misrepresentation or misstatement or other breach of duty sounding in tort arising from its failure to disclose in the tender documents the preconditions of monopoly. The defendant's actions should be judged in the perspective of whether there was any breach of a duty of fairness between the plaintiff and all tenderers, rather than on the basis of an obligation or duty sounding in tort.

The equitable doctrine of "clean hands" relied on by the defendant was based on the allegation that the plaintiff improperly interfered with the tendering process. There was no evidence to support this allegation of a conspiracy and bribery involving executives of various companies. These allegations and any evidence with respect thereto were irrelevant since the persons in question were not parties to the present action nor to any action in which said allegations were brought directly in issue. The equitable defences pleaded would avail the defendant only where the relief sought in respect of the conduct complained of was made the subject of a separate action or asserted by way of counterclaim. The defendant's equitable pleas were no defence to the liability for breach of contract.

The assessment of damages for breach of contract was based on loss of profit projected over a five-year period. The basic rule with respect to damages, as set out by the case law, is that loss of profits is not compensable if too remote according to the test enunciated in *Hadley v. Baxendale*. Damages for lost profits, like all damages for breach of contract, must be proven on a balance of probabilities. According to the doctrine of remoteness, a defendant is liable for such losses as, in all the circumstances, he ought reasonably to have contemplated at the time the contract was made. In the instant case, the plaintiff bid on Tender 50 with the full expectation of realizing some profit therefrom over the whole contract period had it been successful on its bid, and the loss of such profit was something which the defendant ought reasonably to have foreseen as the likely consequence of any breach of the preliminary "contract A" at the time it was made. The plaintiff's claim for damages for loss of profits, based on its reasonable expectation interest, was not too remote under the first branch of the rule in *Hadley v. Baxendale*. The defendant must be taken to have reasonably foreseen the likely consequences of the breach of its contract with the plaintiff.

As to interest on the damages award, the new sections 36 and 37 of the *Federal Court Act* divest the Court of much of its discretion in the awarding of both prejudgment and postjudgment interest by making interest determinable according to the law of the province in which the cause of action arose. Subsec-

de diligence par des propos négligents par opposition à un acte négligent. La responsabilité de la défenderesse à l'endroit de la demanderesse, du fait qu'elle n'a pas divulgué dans le cahier des charges les conditions requises relativement au monopole, ne peut être retenue sur la base d'une déclaration inexacte imputable à la négligence, d'une fausse déclaration ou d'un autre manquement à une obligation. Il faut juger les actions de la défenderesse en se demandant s'il y a eu manquement à une obligation d'agir équitablement entre la demanderesse et tous les soumissionnaires, et non s'il y avait une obligation ou un devoir fondé sur la responsabilité délictuelle.

La défenderesse a invoqué la doctrine d'*equity* qui exige une «conduite irréprochable» en alléguant que la demanderesse s'est immiscée indûment dans le processus des appels d'offres. Les éléments de preuve n'étaient pas cette allégation de complot et de corruption impliquant les dirigeants de différentes sociétés. Ces allégations et tout élément de preuve s'y rattachant ne sont pas pertinents puisque les personnes en cause ne sont pas parties à la présente action ni du reste à aucune action dans laquelle ces allégations sont directement mises en cause. La défenderesse ne pourrait faire valoir les moyens de défense d'*equity* que si la réparation demandée à l'égard des actes dont elle se plaint faisait l'objet d'une action distincte ou d'une demande reconventionnelle. Les moyens de défense d'*equity* de la défenderesse ne sont pas opposables à l'action en responsabilité contractuelle.

L'évaluation des dommages-intérêts dus en raison de la rupture de contrat a été effectuée en tenant compte du manque à gagner sur une période de cinq ans. Conformément à la règle fondamentale relative aux dommages-intérêts, établie par la jurisprudence, le manque à gagner ne peut être compensé si le préjudice est trop éloigné conformément au critère énoncé dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale*. Les dommages-intérêts en cas de manque à gagner, comme tous les dommages-intérêts consécutifs à la rupture de contrat, doivent être prouvés selon la prépondérance des probabilités. Selon la doctrine du caractère éloigné, le défendeur est tenu responsable des pertes que, vu l'ensemble des circonstances, il aurait normalement dû prévoir au moment où le contrat a été conclu. En l'espèce, la demanderesse a présenté une soumission, en réponse à l'appel d'offres n° 50, en s'attendant vraiment à réaliser ainsi un profit tout au long de la durée du marché si celui-ci lui était attribué, et ce manque à gagner était quelque chose que la défenderesse aurait dû normalement prévoir lors de la conclusion du contrat comme conséquence probable de la rupture du «contrat A» préliminaire. Les dommages-intérêts réclamés par la demanderesse à l'égard du manque à gagner, soit le préjudice lié à son expectative raisonnable, ne sont pas trop éloignés selon le premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale*. La défenderesse est présumée avoir normalement prévu les conséquences probables de la rupture de son contrat avec la demanderesse.

Quant à l'intérêt sur l'indemnité accordée, les nouveaux articles 36 et 37 de la *Loi sur la Cour fédérale* ont pour effet de priver la Cour d'une grande partie de son pouvoir discrétionnaire relativement à l'intérêt avant jugement et à l'intérêt sur les jugements en précisant qu'ils sont accordés selon les règles

tion 36(6) precludes any award of prejudgment interest on damages for the period prior to February 1, 1992 and new section 37 makes the matter of postjudgment interest determinable by the law of Nova Scotia. Under the *Interest On Judgments Act* of Nova Scotia, section 2, postjudgment interest may only be awarded at the prescribed statutory rate of 5 percent per annum.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 36 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 9), 37 (as am. *idem*).
Financial Administration Act, R.S.C. 1970, c. F-10, s. 124 (as enacted by S.C. 1984, c. 31, s. 11).
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 115.
Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, s. 18(1).
Interest On Judgments Act, R.S.N.S. 1989, c. 233, s. 2.
Pilotage Act, S.C. 1970-71-72, c. 52.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd., [1981] 1 S.C.R. 111; (1981), 119 D.L.R. (3d) 267; 13 B.L.R. 72; 35 N.R. 40; *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293; (1985), 58 N.R. 295 (C.A.); *Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. v. Canada*, [1987] 3 F.C. 144; (1987), 37 D.L.R. (4th) 591; 77 N.R. 141 (C.A.); *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)* (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 345; [1990] 1 W.W.R. 624; 35 C.L.R. 241 (C.A.), affg (1987), 28 C.L.R. 290 (Co. Ct.); *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.); *Cabott (Walter) Construction Ltd. v. The Queen* (1974), 44 D.L.R. (3d) 82 (F.C.T.D.); vard (1975), 69 D.L.R. (3d) 542; 12 N.R. 285 (F.C.A.); *Houweling Nurseries Ltd. v. Fisons Western Corp.* (1988), 49 D.L.R. (4th) 205; 37 B.C.L.R. (2d) 2; 29 C.P.C. (2d) 168 (C.A.); varg (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 65 (S.C.); *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694; (1980), 115 D.L.R. (3d) 257; 14 C.C.L.T. 294; 34 N.R. 1; *Hadley v. Baxendale* (1854), 156 E.R. 145; 9 Ex. 341 (Ex. Ct.).

DISTINGUISHED:

Guerin et al. v. The Queen et al., [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Leo Lisi Ltd. v. Province of New Brunswick* (1975), 11 N.B.R. (2d) 701 (C.A.); affg (1975), 10 N.B.R. (2d) 449 (Q.B.).

CONSIDERED:

Northern Electric Co. Ltd. v. Frank Warkentin Electric Ltd. et al. (1972), 27 D.L.R. (3d) 519 (Man. C.A.);

de droit en vigueur dans la province où est survenu le fait générateur. Le paragraphe 36(6) interdit d'accorder un intérêt avant jugement sur des dommages-intérêts à l'égard de la période antérieure au 1^{er} février 1992, et le nouvel article 37 précise que la question de l'intérêt sur le jugement doit être tranchée conformément à la loi de la Nouvelle-Écosse. En vertu de l'article 2 de la *Interest On Judgments Act* de la Nouvelle-Écosse, l'intérêt sur le jugement ne peut être accordé qu'au taux fixé par la loi, soit 5 pour cent par année.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Interest On Judgments Act, R.S.N.S. 1989, ch. 233, art. 2.
Loi sur l'administration financière, S.R.C. 1970, ch. F-10, art. 124 (édicte par L.C. 1984, ch. 31, art. 11).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 36 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 9), 37 (mod., *idem*).
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 115.
Loi sur le pilotage, S.C. 1970-71-72, ch. 52.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 18(1).

JURISPRUDENCE:

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. du chef de l'Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd., [1981] 1 R.C.S. 111; (1981), 119 D.L.R. (3d) 267; 13 B.L.R. 72; 35 N.R. 40; *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293; (1985), 58 N.R. 295 (C.A.); *Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. c. Canada*, [1987] 3 C.F. 144; (1987), 37 D.L.R. (4th) 591; 77 N.R. 141 (C.A.); *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)* (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 345; [1990] 1 W.W.R. 624; 35 C.L.R. 241 (C.A.), conf. (1987), 28 C.L.R. 290 (C. cté); *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.); *Cabott (Walter) Construction Ltd. v. The Queen* (1974), 44 D.L.R. (3d) 82 (C.F. 1^{re} inst.); mod. par (1975), 69 D.L.R. (3d) 542; 12 N.R. 285 (C.A.F.); *Houweling Nurseries Ltd. v. Fisons Western Corp.* (1988), 49 D.L.R. (4th) 205; 37 B.C.L.R. (2d) 2; 29 C.P.C. (2d) 168 (C.A.); mod. (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 65 (C.S.); *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694; (1980), 115 D.L.R. (3d) 257; 14 C.C.L.T. 294; 34 N.R. 1; *Hadley v. Baxendale* (1854), 156 E.R. 145; 9 Ex. 341 (Ex. Ct.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Guerin et autres c. La Reine et autre, [1984] 2 R.C.S. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Leo Lisi Ltd. v. Province of New Brunswick* (1975), 11 N.B.R. (2d) 701 (C.A.); conf. (1975), 10 N.B.R. (2d) 449 (B.R.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Northern Electric Co. Ltd. v. Frank Warkentin Electric Ltd. et al. (1972), 27 D.L.R. (3d) 519 (C.A. Man.);

Bruinsma (Ben) & Sons Ltd. v. Chatham (1984), 29 B.L.R. 148 (Ont. H.C.); *Whistler Service Park Ltd. v. Whistler (Resort Municipality)* (1990), 41 C.L.R. 132; 50 M.P.L.R. 233 (B.C.S.C.); *Sodd Corporation Inc. v. Tessis* (1977), 17 O.R. (2d) 158; 79 D.L.R. (3d) 632; 25 C.B.R. (N.S.) 16; 2 C.C.L.T. 245 (C.A.); *The Pas (Town of) v. Porky Packers Ltd. et al.*, [1977] 1 S.C.R. 51; (1976), 65 D.L.R. (3d) 1; [1976] 3 W.W.R. 138; 7 N.R. 569; *Nelson Lumber Co. Ltd. v. Koch* (1980), 111 D.L.R. (3d) 140; [1980] 4 W.W.R. 715; 2 Sask R. 303 (C.A.); affg [1977] 6 W.W.R. 25.

REFERRED TO:

Central Trust Co. v. Rafuse, [1986] 2 S.C.R. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *Sun Trust Company Ltd. v. Bégin*, [1937] S.C.R. 305; [1937] 3 D.L.R. 81; (1937), 18 C.B.R. 357; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; (1973), 40 D.L.R. (3d) 371; 11 C.P.R. (2d) 206; *Re Kinookimaw Beach Association and The Queen in right of Saskatchewan* (1979), 102 D.L.R. (3d) 333; [1979] 6 W.W.R. 84 (Sask. C.A.); *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.); *Megatech Contracting Ltd. v. Ottawa-Carleton (Regional Municipality)* (1989), 68 O.R. (2d) 503; 34 C.L.R. 35 (H.C.); *Elgin Construction Ltd. v. Russell (Twp)* (1987), 24 C.L.R. 253 (Ont. H.C.); *Kawneer Co. Canada (Ltd.) v. Bank of Canada* (1982), 40 O.R. (2d) 275 (C.A.); *Calgary v. Northern Construction Co.* (1985), 67 A.R. 95; [1986] 2 W.W.R. 426; 42 Alta L.R. (2d) 1; 32 B.L.R. 81 (C.A.); *Sirois and Therrien v. New Brunswick Teachers Federation (N.B.T.F.) and L'Association des Enseignants Francophones du Nouveau-Brunswick (A.E.F.N.B.)* (1984), 56 N.B.R. (2d) 50; 8 D.L.R. (4th) 279; 146 A.P.R. 50; 28 C.C.L.T. 280 (Q.B.); *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801 (C.A.); *The Queen v. Jennings et al.*, [1966] S.C.R. 532; *Guy v. Trizec Equities Ltd. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 756; (1979), 32 N.S.R. (2d) 345; 99 D.L.R. (3d) 243; 54 A.P.R. 345; 10 C.C.L.T. 197; 27 N.R. 301; *Andrews et al. v. Grand & Toy Alberta Ltd. et al.*, [1978] 2 S.C.R. 229; (1978), 8 A.R. 182; 83 D.L.R. (3d) 452; [1978] 1 W.W.R. 577; 3 C.C.L.T. 225; 19 N.R. 50; *Arnold et al. v. Teno et al.*, [1978] 2 S.C.R. 287; (1978), 83 D.L.R. (3d) 609; 3 C.C.L.T. 272; 19 N.R. 1; *Keizer v. Hanna et al.*, [1978] 2 S.C.R. 342; (1978), 82 D.L.R. (3d) 449; 3 C.C.L.T. 316; 19 N.R. 209; *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; (1989), 58 D.L.R. (4th) 193; [1989] 4 W.W.R. 218; 36 B.C.L.R. (2d) 273; 94 N.R. 321; *Harvey Foods Ltd. v. Reid* (1971), 3 N.B.R. (2d) 444; 18 D.L.R. (3d) 90 (C.A.).

AUTHORS CITED

Charlesworth on Negligence, 5th ed. by R. A. Percy. London: Sweet and Maxwell, 1971.
Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Company Limited, 1987.

Bruinsma (Ben) & Sons Ltd. v. Chatham (1984), 29 B.L.R. 148 (H.C. Ont.); *Whistler Service Park Ltd. v. Whistler (Résort Municipality)* (1990), 41 C.L.R. 132; 50 M.P.L.R. 233 (C.S.C.-B.); *Sodd Corporation Inc. v. Tessis* (1977), 17 O.R. (2d) 158; 79 D.L.R. (3d) 632; 25 C.B.R. (N.S.) 16; 2 C.C.L.T. 245 (C.A.); *Le Pas (Ville de) c. Porky Packers Ltd. et autres*, [1977] 1 R.C.S. 51; (1976), 65 D.L.R. (3d) 1; [1976] 3 W.W.R. 138; 7 N.R. 569; *Nelson Lumber Co. Ltd. v. Koch* (1980), 111 D.L.R. (3d) 140; [1980] 4 W.W.R. 715; 2 Sask R. 303 (C.A.), confirmant [1977] 6 W.W.R. 25.

DÉCISIONS CITÉES:

Central Trust Co. c. Rafuse, [1986] 2 R.C.S. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *Sun Trust Company Ltd. c. Bégin*, [1937] R.C.S. 305; [1937] 3 D.L.R. 81; (1937), 18 C.B.R. 357; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; (1973), 40 D.L.R. (3d) 371; 11 C.P.R. (2d) 206; *Re Kinookimaw Beach Association and The Queen in right of Saskatchewan* (1979), 102 D.L.R. (3d) 333; [1979] 6 W.W.R. 84 (C.A. Sask.); *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.); *Megatech Contracting Ltd. v. Ottawa-Carleton (Regional Municipality)* (1989), 68 O.R. (2d) 503; 34 C.L.R. 35 (H.C.); *Elgin Construction Ltd. v. Russell (Twp)* (1987), 24 C.L.R. 253 (H.C. Ont.); *Kawneer Co. Canada (Ltd.) v. Bank of Canada* (1982), 40 O.R. (2d) 275 (C.A.); *Calgary v. Northern Construction Co.* (1985), 67 A.R. 95; [1986] 2 W.W.R. 426; 42 Alta L.R. (2d) 1; 32 B.L.R. 81 (C.A.); *Sirois and Therrien v. New Brunswick Teachers Federation (N.B.T.F.) and L'Association des Enseignants Francophones du Nouveau-Brunswick (A.E.F.N.B.)* (1984), 56 N.B.R. (2d) 50; 8 D.L.R. (4th) 279; 146 A.P.R. 50; 28 C.C.L.T. 280 (B.R.); *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801 (C.A.); *The Queen v. Jennings et al.*, [1966] R.C.S. 532; *Guy c. Trizec Equities Ltd. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 756; (1979), 32 N.S.R. (2d) 345; 99 D.L.R. (3d) 243; 54 A.P.R. 345; 10 C.C.L.T. 197; 27 N.R. 301; *Andrews et autres. c. Grand & Toy Alberta Ltd. et autre*, [1978] 2 R.C.S. 229; (1978), 8 A.R. 182; 83 D.L.R. (3d) 452; [1978] 1 W.W.R. 577; 3 C.C.L.T. 225; 19 N.R. 50; *Arnold et autre c. Teno et autre*, [1978] 2 R.C.S. 287; (1978), 83 D.L.R. (3d) 609; 3 C.C.L.T. 272; 19 N.R. 1; *Keizer c. Hanna et autre*, [1978] 2 R.C.S. 342; (1978), 82 D.L.R. (3d) 449; 3 C.C.L.T. 316; 19 N.R. 209; *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; (1989), 58 D.L.R. (4th) 193; [1989] 4 W.W.R. 218; 36 B.C.L.R. (2d) 273; 94 N.R. 321; *Harvey Foods Ltd. v. Reid* (1971), 3 N.B.R. (2d) 444; 18 D.L.R. (3d) 90 (C.A.).

DOCTRINE

Charlesworth on Negligence, 5th ed. by R. A. Percy. London: Sweet and Maxwell, 1971.
Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Company Limited, 1987.

Gower, L. C. B. *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979.

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book Inc., 1992.

Welling, Bruce. *Corporate Law in Canada: the Governing Principles*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1991.

ACTION for damages for breach of contract, negligent misrepresentation, breach of fiduciary, statutory or common law duty with respect to the awarding of a contract for the provision of pilot boat services. Action allowed in part.

COUNSEL:

Michael W. Swinwood for plaintiff.

Tosh Hayashi and *Peter A. Heathcote* for defendant.

SOLICITORS:

Lang, Michener, Honeywell, Wotherspoon, Ottawa, for plaintiff.

Metcalf, Hayashi, Halifax, for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MCNAIR D.J.:

The Case

The plaintiff's action is for damages for the defendant's alleged breach of contract, negligent misrepresentation, breach of fiduciary duty and breach of statutory or common law duty with respect to the awarding of a contract for the provision of pilot boat services in the Strait of Canso, Nova Scotia, pursuant to the defendant's tender calls on Tender 48 and Tender 50. In particular, the plaintiff alleges that the defendant breached its duty, both under the *Pilotage Act* [S.C. 1970-71-72, c. 52] and the *Financial Administration Act* [R.S.C. 1970, c. F-10], by rejecting on November 25, 1986 all tender proposals submitted on Tender 48. The plaintiff further alleges that the defendant wrongfully interfered with sound economic business principles by awarding the pilot boat contract for the Strait of Canso on Tender 50 to East Coast Marine Services Ltd., notwithstanding

Gower, L. C. B. *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979.

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book Inc., 1992.

Welling, Bruce. *Corporate Law in Canada: the Governing Principles*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1991.

ACTION en dommages-intérêts pour rupture de contrat, déclaration inexacte imputable à la négligence, manquement à une obligation fiduciaire et à une obligation prévue par la loi ou la common law relativement à l'attribution d'un marché pour la fourniture des services de bateau-pilote. Action accueillie en partie.

AVOCATS:

Michael W. Swinwood pour la demanderesse.

Tosh Hayashi et *Peter A. Heathcote* pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Lang, Michener, Honeywell, Wotherspoon, Ottawa, pour la demanderesse.

Metcalf, Hayashi, Halifax, pour la défenderesse.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par

LE JUGE SUPPLÉANT MCNAIR:

Historique du litige

L'action de la demanderesse vise l'obtention de dommages-intérêts et est fondée sur les allégations suivantes: rupture de contrat, déclaration inexacte imputable à la négligence, manquement à une obligation fiduciaire et manquement à une obligation prévue par la loi ou la common law relativement à l'attribution d'un marché pour la fourniture des services de bateau-pilote pour le détroit de Canso, en Nouvelle-Écosse, conformément aux appels d'offres n^{os} 48 et 50 faits par la défenderesse. En particulier, la demanderesse allègue que la défenderesse a manqué à son obligation, tant en vertu de la *Loi sur le pilotage* [S.C. 1970-71-72, ch. 52] que de la *Loi sur l'administration financière* [S.R.C. 1970, ch. F-10], en rejetant, le 25 novembre 1986, toutes les offres présentées par suite de l'appel d'offres n^o 48. La demanderesse allègue en outre que la défenderesse a

that the plaintiff's bid was the lowest of all those received by the defendant on Tender 50. The plaintiff also alleges that the defendant breached its duties under section 12 of the *Pilotage Act* and section 124 of the *Financial Administration Act* [enacted by S.C. 1984, c. 31, s. 11] with respect to the tendering process on Tender 50. As a foreseeable result of the defendant's alleged wrongdoing in relation to the aforementioned tendering processes, the plaintiff claims damages of \$350,000 for loss of profit, expenses of \$5,000 incurred in connection with its two tender bids, exemplary damages of \$500,000, interest on any judgment award and its costs of the action on a solicitor client basis.

Needless to say, the defendant does not see matters in quite the same light. The defendant alleges that its tendering processes in relation to Tender 48 and Tender 50 were conducted properly and fairly at all material times and that all prospective tenderers were made fully aware that the contract would not necessarily be awarded to the lowest bidder. The defendant pleads and relies on the disclaimer/exclusion clause, so-called, whereby it reserved "the right to reject any or all tenders or to accept any tender considered in its best interest". Although this disclaimer clause was inadvertently omitted from the specifications for Tender 50, the defendant says that it was inserted in newspaper advertisements announcing the call for tenders and alleges that the plaintiff was fully aware from past practice of its implication and effect. Paragraph 7 of the defence, as amended, reads:

No contract was created at any time between also APA and the Plaintiff as a result of tendering process no. 48 or tendering process no. 50. In putting out each tender, APA invited boat owners and operators to make offers, *i.e.*, APA made only invitations to treat. Boat owners and operators such as the Plaintiff put in bids or offers on Tenders 48 and 50. All bids or offers made on Tender No. 48 were rejected as unsuitable. Plaintiff's bid on Tender 48 was rejected because the Board of Directors of APA considered it was "too high" or too expensive. As for Tender no. 50 an offer or bid of a party other than the Plaintiff

dérogé aux principes de saine gestion en attribuant le marché de bateau-pilote pour le détroit de Canso, par suite de l'appel d'offres n° 50, à East Coast Marine Services Ltd., malgré le fait que la demanderesse ait déposé l'offre la plus basse. Elle allègue de plus que la défenderesse a manqué à ses obligations en vertu de l'article 12 de la *Loi sur le pilotage* et de l'article 124 de la *Loi sur l'administration financière* [édicte par S.C. 1984, ch. 31, art. 11] relativement au processus de l'appel d'offres, dans le cas de l'appel n° 50. Au regard du résultat prévisible de l'acte délictueux allégué de la défenderesse relativement au processus de l'appel d'offres dans les cas susmentionnés, la demanderesse réclame des dommages-intérêts pour le manque à gagner, des dépenses de 5 000 \$ engagées pour déposer ses deux soumissions, des dommages-intérêts exemplaires de 500 000 \$, l'intérêt sur la somme accordée et ses dépens de l'action fixés selon le tarif entre procureur et client.

Il va sans dire que la défenderesse ne voit pas les choses du même œil. Elle allègue qu'à l'époque en cause, le processus de l'appel d'offres, quant aux appels n°s 48 et 50, a été suivi régulièrement et équitablement et que tous les intéressés ont été bien informés que le marché ne serait pas nécessairement attribué au moins-disant. La défenderesse excipe de la prétendue clause de dénégation/d'exonération de responsabilité, aux termes de laquelle elle s'était réservé [TRADUCTION] «le droit de rejeter toutes les soumissions ou d'accepter toute soumission qu'elle jugerait plus avantageuse». Quoique cette clause de dénégation ait été omise par inadvertance dans le cahier des charges de l'appel d'offres n° 50, la défenderesse dit qu'elle a été insérée dans les annonces parues dans les journaux au sujet des appels d'offres et elle allègue que la demanderesse était bien au courant, étant donné son expérience, des effets de cette clause. Voici le texte du paragraphe 7 de la défense, modifié:

[TRADUCTION] Aucun contrat n'a été conclu, à quel que moment que ce soit, entre l'APA et la demanderesse par suite du processus de l'appel d'offres, quant à l'appel n° 48 ou à l'appel n° 50. En annonçant chaque appel d'offres, l'APA a invité les propriétaires et exploitants de bateaux à présenter des soumissions, c'est-à-dire que l'APA n'a fait que les inviter à traiter. Les propriétaires et exploitants de bateaux comme la demanderesse ont présenté des soumissions ou des offres en réponse aux appels n°s 48 et 50. Toutes les soumissions ou offres faites pour l'appel n° 48 ont été rejetées parce qu'elles

was accepted by the Authority for good and proper reasons, as stated in paragraph 5 above, but more particularly Plaintiff's bid on no. 50 was rejected in favour of another bid mainly because APA's Board of Directors did not wish to give all of its business concerning pilot boat operations in the Cape Breton region to a perceived "monopoly", did not want to put all of that business under one roof; in that connection, APA says Cantow Marine Limited which had been awarded APA's pilot boat contract on Tender No. 47 for Sydney and Bras d'or Lakes regions in November of 1986, the Plaintiff company which was bidding on the pilot boat contract for the Strait of Canso at the material times, and Chedabucto Shipwrights Limited which was at the material times building a pilot boat for APA for use in Newfoundland, were for commercial and practical purposes "one and the same business" controlled by one Alick Slater, who was also an employee pilot of APA in the Cape Breton region. At all material times: Alick Slater was the majority shareholder in Cantow Marine Limited; Cantow Marine Limited was the majority shareholder of the Plaintiff company; and Alick Slater was majority shareholder of Chedabucto Shipwrights Limited. The three companies referred to will be referred to at trial by APA as the "Slater group of companies". Whenever officers of APA dealt with any of these companies they would almost invariably deal with Alick Slater and APA believed and relied on the fact that Alick Slater was the primary spokesperson and controlling mind of all of these companies and was in a position of authority to bind these companies in contractual negotiations, etc.

APA also says that on said Tender 47 the Slater group of companies had committed the vessel "Captain Parker" for use in Sydney and Bras d'or Lakes, because pilots had complaints about the vessel "Salvador A" which the Slater group of companies had intended to use to fulfill their obligations under that tender. Indeed, Tender 47 was awarded to the Slater group of companies on the condition that the "Salvador A" be replaced by either the "Captain Parker" or a new purpose built pilot boat. Alick Slater had indicated to APA before the contract for Tender 47 was awarded that the "Captain Parker" would be shifted from the Strait of Canso to Sydney if Cantow Marine Limited was awarded the said contract. The Plaintiff thus did not have the "Captain Parker" available for use on Tender 50, even though it did submit this vessel as part of its tender. Plaintiff's claim in respect of Tender 50 is based mainly on its submission of the "Captain Parker" and is accordingly prejudiced by these events. (Defendant's emphasis.)

No action lies in tort for what are essentially Plaintiff's incurred expenses and disappointment in not being awarded the contract referred to. The risks of not being awarded a con-

ne remplissaient pas les conditions voulues. La soumission de la demanderesse pour l'appel n° 48 a été rejetée parce que le conseil d'administration de l'APA a estimé qu'elle était «trop élevée» ou trop coûteuse. Quant à l'appel d'offres n° 50, une offre ou une soumission d'une partie autre que la demanderesse a été acceptée par l'Administration pour des raisons valables, tel qu'il appert du paragraphe 5 ci-dessus, mais plus particulièrement, la soumission de la demanderesse pour l'appel n° 50 a été écartée et une autre a été retenue principalement parce que le conseil d'administration ne voulait pas que toute son activité concernant des bateaux-pilotes dans la région du Cap-Breton fût l'objet de ce qu'il tenait pour un «monopole», ne voulait pas qu'une seule entreprise fût chargée de cette activité: sous ce rapport, l'APA dit que Cantow Marine Limited à qui a été attribué le marché relatif au bateau-pilote, par suite de l'appel d'offres n° 47, pour les régions de Sydney et du lac Bras d'or en novembre 1986, la société demanderesse qui a présenté une soumission à l'égard du marché de bateau-pilote pour le détroit de Canso à l'époque en cause et Chedabucto Shipwrights Limited, qui construisait à l'époque en cause au nom de l'APA un bateau-pilote destiné à Terre-Neuve, étaient en pratique une seule et même entreprise contrôlée par un nommé Alick Slater, qui était aussi un pilote employé par l'APA dans la région du Cap-Breton. À l'époque en cause, Alick Slater était l'actionnaire majoritaire de Cantow Marine Limited; Cantow Marine Limited était l'actionnaire majoritaire de la société demanderesse; Alick Slater était en outre l'actionnaire majoritaire de Chedabucto Shipwrights Limited. Les trois sociétés précitées seront désignées au procès par l'APA «le groupe de sociétés de Slater». Chaque fois que des dirigeants de l'APA ont fait affaire avec l'une ou l'autre de ces sociétés, ils ont eu invariablement affaire à Alick Slater et l'APA a cru qu'Alick Slater était le principal porte-parole et l'âme dirigeante de toutes ces sociétés et qu'il était en situation d'autorité et habilité à lier ces sociétés lors de négociations contractuelles, etc.

L'APA dit aussi qu'au regard de l'appel d'offres n° 47, le groupe de sociétés de Slater s'était engagé à utiliser le navire *Captain Parker* pour Sydney et le lac Bras d'or, parce que les pilotes s'étaient plaint du navire *Salvador A* que le groupe de sociétés de Slater voulait utiliser pour s'acquitter de ses obligations résultant de cet appel d'offres. En effet, la soumission du groupe de sociétés de Slater avait été retenue à l'égard de l'appel d'offres n° 47 à la condition que le *Salvador A* fût remplacé par soit le *Captain Parker* ou un nouveau bateau-pilote construit spécialement pour cet usage. Alick Slater avait indiqué à l'APA avant que le marché n'ait été attribué à l'égard de l'appel d'offres n° 47 que le *Captain Parker* serait déplacé du détroit de Canso à Sydney si ledit marché était attribué à Cantow Marine Limited. La demanderesse ne pouvait donc pas utiliser le *Captain Parker* pour l'appel d'offres n° 50, encore qu'elle ait inclus ce navire dans sa soumission. La demande de la demanderesse relative à l'appel d'offres n° 50 est basée surtout sur l'utilisation du *Captain Parker* et, dans cette mesure, ces faits minent son bien-fondé. (Souligné par la défenderesse.)

La demanderesse ne peut pas fonder d'action en responsabilité délictuelle sur les dépenses qu'elle a engagées et sur la déception qu'elle a éprouvée du fait que le marché ne lui a pas

tract on either tender were risks the Plaintiff voluntarily and knowingly assumed.

The defendant further alleges in paragraphs 10 and 11 of the defence as follows:

10. The Defendant also relies on the equitable doctrine of "clean hands" and the equitable maxim that "equity suffers no wrong without a remedy", by reason of the fact that the Plaintiff sought to improperly interfere with the tendering process.

11. The Authority repeats the foregoing and asks this Honourable Court to condemn the Plaintiff and to dismiss the Plaintiff's claims, each and every part thereof, with solicitor and client costs. (Defendant's emphasis.)

Facts

The plaintiff "Northeast Marine" was incorporated in 1981 under the laws of the province of Nova Scotia for the purpose of carrying on the business of providing pilot boat services in the area of Atlantic Canada, including the Strait of Canso. In the fall of 1986 and spring of 1987 Cantow Marine Limited was the majority shareholder of the plaintiff company. At the same time, Captain Alick Slater was the majority shareholder both of Cantow Marine Limited and another associated company, Chedabucto Shipwrights Limited. Captain Slater was a director and officer of Cantow and Chedabucto during the same period, but not of Northeast Marine. He was, however, the principal actor and spokesman for all three companies.

The defendant, Atlantic Pilotage Authority, was established in 1971 as a statutory body corporate under the *Pilotage Act*, S.C. 1970-71-72, c. 52, with a Chairman and not more than six other members to be appointed by the Governor in Council. Its objects were to operate and maintain in the interests of safety an efficient pilotage service within the area of Atlantic Canada, with authority to make regulations and by-laws for the attainment of its objects and the management of its internal affairs. As such, the Authority was a parent Crown corporation subject to the provisions of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10, as amended by S.C. 1984, c. 31, but it was not an agent of Her Majesty. Captain A. D. Latter served as Chairman and chief executive officer of the Authority from the time of its inception in 1971 until his retirement in 1988.

été attribué. C'est volontairement et sciemment qu'elle a pris le risque de ne pas obtenir le marché à l'égard de l'un et l'autre des appels d'offres.

De plus, aux paragraphes 10 et 11 de la défense, la défenderesse allègue ce qui suit:

10. La défenderesse invoque aussi la doctrine d'*equity* qui exige une «conduite irréprochable» et la maxime voulant que «l'*equity* ne laisse passer aucune injustice», en raison du fait que la demanderesse a cherché à s'immiscer indûment dans le processus des appels d'offres.

11. L'Administration répète ce qui précède et demande à la Cour de blâmer la demanderesse et de rejeter toutes ses allégations avec dépens, fixés selon le tarif entre procureur et client. (Souligné par la défenderesse.)

Les faits

La demanderesse «Northeast Marine» a été constituée en 1981 sous le régime des lois de la province de Nouvelle-Écosse. Elle a pour objet de fournir des services de bateau-pilote dans la région des Provinces atlantiques, y compris le détroit de Canso. À l'automne 1986 et au printemps 1987, Cantow Marine Limited était l'actionnaire majoritaire de la société demanderesse. Au même moment, le capitaine Alick Slater était l'actionnaire majoritaire de Cantow Marine Limited et d'une autre société associée, Chedabucto Shipwrights Limited. Le capitaine Slater était un administrateur et un dirigeant de Cantow et de Chedabucto durant la même période, mais non de Northeast Marine. Il était toutefois le principal agent et porte-parole des trois sociétés.

L'Administration de pilotage de l'Atlantique, défenderesse, a été constituée en personne morale en 1971 par la *Loi sur le pilotage*, S.C. 1970-71-72, ch. 52, et se compose d'un président et d'au plus six autres membres nommés par le gouverneur en conseil. Elle a pour mission de faire fonctionner et d'entretenir, pour la sécurité de la navigation, un service de pilotage efficace dans les eaux canadiennes de la région atlantique, et est habilitée à prendre des règlements généraux nécessaires à l'exécution de sa mission et à régir son activité par règlement administratif. En tant que telle, l'Administration était une société d'État mère soumise aux dispositions de la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, ch. F-10, modifiée par S.C. 1984, ch. 31, mais elle n'était pas mandataire de Sa Majesté. Le capitaine A. D. Latter a occupé le poste de président et de pre-

mier dirigeant de l'Administration à compter de la création de celle-ci en 1971 jusqu'à sa retraite en 1988.

A meeting of the defendant's board of directors was held in Halifax on November 18 and 19, 1986 for purposes of considering the award of a contract for pilot boat services in North Sydney pursuant to Tender 47, and also dealing with the tender proposals for similar services in the Strait of Canso pursuant to Tender 48. The Pilot Boat Committee of the Authority had met concurrently on November 18, 1986 for the purpose of evaluating the bids on Tenders 47 and 48 and providing the board with a summary of its recommendation. The Committee was an emanation of the board of directors and all of its members were also directors. The persons serving on the Committee at this time were Captain A. D. Latter, D. R. Bell, P. Ennis and J. Sutherland. The defendant's Director of Operations, Captain Peter J. Stow, customarily attended all meetings of the Pilot Boat Committee, accompanied by a recording secretary. Sometimes other persons were invited to attend. The minutes of this meeting of the Pilot Boat Committee were signed by Captain Stow, and concluded with the following summary of recommendations:

I believe the choice lies between the Seabase and Cantow bids. If the Seabase boat can be modified as required and is acceptable to the pilot, then the Board may wish to consider that bid. If not, then Cantow offers the only viable option.

From a conflict of interest standpoint, I would be reluctant to see one of our pilots have a monopoly on pilot boat services in Cape Breton, particularly since he is also building a new boat for Newfoundland.

The target of the Committee's concern regarding monopoly was obviously Captain Alick Slater.

The board of directors proceeded to pass resolutions with respect to Tender 47 and Tender 48. Resolution No. 86-95 awarded the North Sydney contract to Cantow Marine Limited for a five-year period commencing January 1, 1987 at a price to be negoti-

^a Figuraient à l'ordre du jour de la réunion du conseil d'administration de la défenderesse tenue à Halifax, les 18 et 19 novembre 1986, l'attribution d'un marché concernant les services de bateau-pilote à North Sydney en conformité avec l'appel d'offres n° 47, ainsi que l'examen des propositions à l'égard de services semblables pour le détroit de Canso en conformité avec l'appel d'offres n° 48. Le comité des bateaux-pilotes de l'Administration s'était réuni en même temps le 18 novembre 1986 afin d'évaluer les soumissions à l'égard des appels d'offres n°s 47 et 48 et de présenter au conseil un résumé de ses recommandations. Ce comité était une émanation du conseil d'administration et tous ses membres étaient aussi des administrateurs. Le comité était alors formé du capitaine A. D. Latter, de D. R. Bell, de P. Ennis et de J. Sutherland. Le capitaine Peter J. Stow, directeur des opérations de la défenderesse, assistait d'ordinaire à toutes les réunions du comité des bateaux-pilotes, accompagné d'une secrétaire chargée du compte rendu. Parfois, d'autres personnes étaient invitées à y assister. Le procès-verbal de cette réunion du comité des bateaux-pilotes est signé par le capitaine Stow et il se termine par le sommaire des recommandations, que voici:

[TRADUCTION] Je crois qu'il faut choisir entre les soumissions de Seabase et de Cantow. Si le bateau de Seabase peut être modifié selon les exigences pour qu'il soit jugé acceptable par le pilote, le conseil voudra peut-être examiner cette soumission. Si non, Cantow constitue alors la seule option viable.

Du point de vue du conflit d'intérêts, il me répugnerait de voir l'un de nos pilotes avoir le monopole des services de bateau-pilote au Cap-Breton, d'autant plus qu'il construit en outre un nouveau bateau pour Terre-Neuve.

ⁱ C'était manifestement le capitaine Alick Slater qui constituait le sujet d'inquiétude du comité par rapport au monopole.

^j Le conseil d'administration a adopté des résolutions relativement aux appels d'offres n°s 47 et 48. Par la résolution n° 86-95, il a accordé le marché de North Sydney à Cantow Marine Limited pour cinq ans, à partir du 1^{er} janvier 1987 à un prix que les par-

ated between the parties, but not to exceed the Option "B" bid price of \$197,357.

Resolution No. 86-96 provisionally approved the award of the contract for pilot boat services in the Strait of Canso to Seabase Offshore Services Ltd., subject to the Authority's examination and approval of its pilot boat vessel *John Eric II*. Inspections later in November of that year by authorized personnel on behalf of the Authority revealed that the *John Eric II* was not suitable for pilot boat service in the Strait of Canso. As a result, the defendant, acting through its Chairman and its Director of Operations, decided to reject all tender bids for the provision of pilot boat service in the Strait of Canso under Tender 48, and put out a new tender call for the same. All of the original tenderers were notified to that effect by a form letter under the signature of Director of Operations, Captain Stow. Advertisements of the new tender call for pilot boat services in the Strait of Canso were published in the local newspapers on December 27, 1986 and January 3, 1987. These all contained the standard disclaimer clause.

During the period between the meeting of the board of directors in November, 1986 and the next board meeting in January, 1987, the defendant became aware that Chedabucto Shipwrights had fallen into financial difficulties, resulting in foreclosure proceedings against its plant facility in Port Hawkesbury by Cape Breton Development Corporation. Chedabucto Shipwrights had been party to contractual negotiations with the defendant for the construction of a pilot boat vessel for Newfoundland. It attempted to assign this contract to Cantow Marine Limited, but the defendant refused its consent. On December 19, 1986, the defendant entered into a contract with Chedabucto Shipwrights for the construction of the Newfoundland pilot boat vessel. Seemingly, any immediate concerns the defendant may have entertained regarding the financial plight of Chedabucto Shipwrights were allayed by assurances from Cantow Marine that the shipbuilding contract would proceed apace. Undoubtedly, all this fostered a growing concern on the part of the defendant regard-

ties devaient négocier, mais qui ne devait pas dépasser le prix de la soumission de l'option «B», soit 197 357 \$.

Par la résolution n° 86-96, il a approuvé provisoirement l'attribution du marché de services de bateau-pilote pour le détroit de Canso à Seabase Offshore Services Ltd., sous réserve de l'examen et de l'approbation de son navire-pilote, le *John Eric II*. Les inspections faites plus tard en novembre de cette année-là par des représentants autorisés de l'Administration ont révélé que le *John Eric II* n'était pas conçu pour assurer les services de bateau-pilote dans le détroit de Canso. En conséquence, la défenderesse, agissant par l'entremise de son président et du directeur des opérations, a décidé de rejeter toutes les soumissions concernant les services de bateau-pilote dans le détroit de Canso dans le cadre de l'appel d'offres n° 48 et de lancer un nouvel appel d'offres à cet égard. Tous les soumissionnaires initiaux ont été avisés par une lettre type signée par le capitaine Stow, directeur des opérations. Des annonces du nouvel appel d'offres à l'égard de services de bateau-pilote pour le détroit de Canso ont été publiées dans les journaux locaux le 27 décembre 1986 et le 3 janvier 1987. Elles contenaient toutes la clause habituelle de dénégation.

Durant la période qui s'est écoulée entre la réunion du conseil d'administration, tenue en novembre 1986, et la réunion suivante, en janvier 1987, la défenderesse a appris que Chedabucto Shipwrights éprouvait des difficultés financières, étant l'objet d'une action en forclusion contre son établissement de Port Hawkesbury engagée par la Société de développement du Cap-Breton. Chedabucto Shipwrights était entrée en pourparlers avec la défenderesse en vue de la construction d'un navire-pilote pour Terre-Neuve. Elle a essayé de céder ce contrat à Cantow Marine Limited, mais la défenderesse n'y a pas acquiescé. Le 19 décembre 1986, la défenderesse a conclu un contrat avec Chedabucto Shipwrights pour la construction du navire-pilote destiné à Terre-Neuve. Apparemment, les inquiétudes qu'avait pu avoir la défenderesse au sujet des difficultés financières de Chedabucto Shipwrights ont été apaisées par l'assurance que lui a donnée Cantow Marine que le contrat de construction serait exécuté rapidement. Sans aucun doute, tout cela a contribué à l'appréhension croissante de la

ing the perception of a monopoly involving the Slater group of companies.

Letters went out from the defendant in early January of 1987 enclosing copies of the specifications in response to requests from prospective tenderers. The principal changes in the pilot boat specifications from previous tenders were the increase of the minimum speed to eleven knots, a new provision relating to the Authority's willingness to accept an interim pilot boat for a period not exceeding three months from March 1, 1986, and a change in the terms of hire from an hourly rate back to an assignment or trip basis. The specifications made no reference to the standard disclaimer clause, whereby the Authority reserved the right to reject any and all tenders or to accept any tender considered to be in its best interest. The following tender bids were received:

Pat Hearn and Omer Boudreau	46 ft. wooden boat	\$424.50 per assignment for first 3 years, with final 2 years to be negotiated.
Capt. Alexander Gay on behalf of Northeast Marine Services Ltd.	62 ft. steel boat	\$450.00 per assignment for the years 1987, 1988 and 1989.
Seabase Canso Offshore Services Ltd.	45 ft. aluminium boat	\$460.00 per trip
Northeast Marine Services Limited	52 ft. steel boat — <i>Capt. Parker</i>	\$398.75 per trip
Northeast Marine Services Limited	50 ft. purpose built steel vessel	\$441.81 per trip

The meeting for the opening of tenders was held at the defendant's office premises on January 16, 1987. Captain Stow was in charge of the meeting assisted by a Secretary, Mrs. Dias, and the Authority's Treasurer, Mr. Michael R. McGrath. All of the tenderers were represented. Mr. James Veitch, a shareholder

défenderesse que le groupe de sociétés de Slater ne soit en situation de monopole.

Au début de janvier 1987, la défenderesse a fait parvenir des lettres contenant le cahier des charges aux soumissionnaires qui s'étaient montrés intéressés. Les principales modifications apportées au cahier des charges concernant le bateau-pilote, par rapport aux appels d'offres antérieurs, étaient l'augmentation de la vitesse minimale à onze nœuds, une nouvelle disposition touchant le consentement de l'Administration à accepter un bateau-pilote provisoire durant une période maximale de trois mois à compter du 1^{er} mars 1986 et une modification concernant le fret, savoir un prix calculé à la tâche ou au voyage au lieu d'un taux horaire. Le cahier des charges ne faisait aucunement mention de la clause de dénéga-tion habituelle, par laquelle l'Administration se réserve le droit de rejeter toutes les soumissions ou d'accepter toute soumission qu'elle jugerait plus avantageuse. Les soumissions qui suivent ont été reçues:

Pat Hearn et Omer Boudreau	bateau en bois de 46 pieds	424,50 \$ par tâche durant les 3 premières années et prix à négocier pour les 2 dernières années
Cap. Alexander Gay au nom de Northeast Marine Services Ltd.	bateau en acier de 62 pieds	450 \$ par tâche durant les années 1987, 1988 et 1989
Seabase Canso Offshore Services Ltd.	bateau en aluminium de 45 pieds	460 \$ par voyage
Northeast Marine Services Limited	bateau en acier de 52 pieds — <i>Captain Parker</i>	398,75 \$ par voyage
Northeast Marine Services Limited	navire en acier de 50 pieds, construit spécialement	441,81 \$ par voyage

La réunion convoquée pour l'ouverture des plis a été tenue au bureau de la défenderesse le 16 janvier 1987. Le capitaine Stow présidait la réunion et était assisté par une secrétaire, M^{me} Dias, et par le trésorier de l'Administration, M. Michael R. McGrath. Tous les soumissionnaires étaient représentés.

and purported director of Northeast Marine, had been deputized by Alick Slater to attend and deliver the bids on behalf of the plaintiff. He testified that as the meeting broke up he heard someone, whom he identified as Capt. Gay, say: "I don't care what you heard today, I am going to get the contract. And before the year is up, the other contract will be up for grabs". He reported this to his principal, Alick Slater. This may have prompted the letter of clarification from Captain Slater to Captain Stow, dated January 19, 1987, with respect to the plaintiff's two tenders. The point was made that if the defendant preferred to have the *Captain Parker* retained in the Strait of Canso, the plaintiff would commence construction of a new vessel for Sydney within two months, backed up by the *Salvador A* as standby. Alternatively, if the plaintiff's second proposal for the construction of a twin screw vessel for the Strait of Canso was preferred then construction would be commenced within two months and the *Captain Parker* would be sent to the Strait of Canso to cope with transit runs until its completion, with the *Cantow Cape* as the backup vessel in either case. The letter contained some negative comments regarding the proposal for bringing in an American built vessel to compete with local tenderers.

Captain Stow dutifully prepared a chart for evaluating the tender proposals according to certain percentage ratings for boat suitability, company capability, crew, financial assessment, replacement boat and quality of tender submission. He also chose to equate the individual bid prices per trip into their overall bid prices by applying the cost factor of 500 assignments, which calculations yielded the following results:

M. James Veitch, actionnaire donné pour un administrateur de Northeast Marine, avait été député par Alick Slater à l'assemblée pour remettre les soumissions au nom de la demanderesse. Il a témoigné qu'au moment de la clôture de la réunion, il avait entendu quelqu'un, le capitaine Gay, selon lui, dire: [TRADUCTION] «Je me fiche de ce que vous avez entendu aujourd'hui, je vais obtenir le contrat. Et avant la fin de l'année, on pourra mettre la main sur l'autre contrat.» Il a rapporté ces paroles à son mandant, Alick Slater. C'est peut-être cela qui a poussé le capitaine Slater à écrire une lettre de clarification au capitaine Stow, en date du 19 janvier 1987, relativement aux deux soumissions de la demanderesse. Il a fait remarquer que, si la défenderesse préférait conserver le *Captain Parker* dans le détroit de Canso, la demanderesse commencerait la construction d'un nouveau navire destiné à Sydney dans un délai de deux mois et que le *Salvador A* serait prêt à titre de navire de réserve. Par ailleurs, si la seconde proposition de la demanderesse, concernant la construction d'un navire à deux hélices destiné au détroit de Canso, était retenue, alors la construction commencerait dans un délai de deux mois et le *Captain Parker* serait envoyé au détroit de Canso et s'occuperait du passage des navires jusqu'à la fin des travaux de construction, et le *Cantow Cape* serait le navire de réserve dans les deux cas. La lettre renfermait quelques remarques défavorables au projet visant à permettre à un navire construit aux États-Unis de concurrencer les soumissionnaires nationaux.

h

Le capitaine Stow a préparé consciencieusement un tableau permettant de classer les soumissions selon un barème, établi en pourcentages, tenant compte de l'aptitude du bateau, de la capacité de la société, de l'équipage, de l'évaluation de la solvabilité, du bateau de réserve et de la qualité de la soumission. Il a également décidé de mettre en équation les prix de soumission individuels par voyage avec les prix de soumission totaux en prenant en compte le

coût de 500 tâches; ses calculs ont produit les résultats suivants:

<u>Tender</u>	<u>Vessel</u>	<u>Bid Price</u>	<u>Soumission</u>	<u>Bateau</u>	<u>Prix de soumission</u>
East Coast Marine Services Ltd.	62 ft. steel boat	\$225,000	<i>a</i> East Coast Marine Services Ltd.	bateau en acier de 62 pieds	225 000 \$
Pat Hearn and Omer Boudreau	46 ft. wooden boat	\$212,250	<i>b</i> Pat Hearn et Omer Boudreau	bateau en bois de 46 pieds	212 250 \$
Northeast Marine Services Limited	52 ft. steel boat (<i>Capt. Parker</i>)	\$199,375	Northeast Marine Services Limited	bateau en acier de 52 pieds (<i>Captain Parker</i>)	199 375 \$
Seabase Canso Offshore Services Ltd.	45 ft. aluminum boat	\$203,500	<i>c</i> Seabase Canso Offshore Services Ltd.	bateau en aluminium de 45 pieds	203 500 \$
Seabase Canso Offshore Services Ltd.	45 ft. steel boat	\$230,000	Seabase Canso Offshore Services Ltd.	bateau en acier de 45 pieds	230 000 \$
Northeast Marine Services Limited	50 ft. purpose built steel boat	\$220,905	<i>d</i> Northeast Marine Services Limited	bateau en acier de 50 pieds construit spécialement	220 905 \$

The Pilot Boat Committee of the defendant met in Halifax on January 20, 1987 for the purpose of considering the tender bids for pilot boat service in the Strait of Canso. Apart from the usual complement of members and other functionaries in attendance, Captain Terry Pittman was present by invitation on behalf of the Cape Breton Pilots' Association. Captain Stow presented the Committee with an overview of the tender proposals, consistent with his evaluation table, and the merits and demerits of each were thoroughly canvassed. The Committee reiterated its misgivings concerning the perception of monopoly from the fact that Captain Slater was building a boat for Newfoundland and also providing the pilot boat service in Sydney, which had come to the fore during the November meeting. The Pilot Boat Committee was unable to make a final choice of recommendation, but instead decided to refer the tenders of Northeast Marine Services Limited and East Coast Marine Services Ltd. to the board of directors for decision, albeit expressing the opinion that "the better boat would be from East Coast Marine Services and the better service would be from Northeast Marine".

The defendant's board of directors met in Halifax on January 20 and 21, 1987, chaired by Captain Lat-

e Le comité des bateaux-pilotes de la défenderesse s'est réuni à Halifax, le 20 janvier 1987, pour examiner les soumissions à l'égard des services de bateau-pilote pour le détroit de Canso. Hormis les membres habituels du comité et d'autres fonctionnaires présents, le capitaine Terry Pittman avait été invité à assister à la réunion au nom de l'Association des pilotes du Cap-Breton. Le capitaine Stow a présenté au comité un aperçu des soumissions, conforme à son tableau d'évaluation, et le comité a pesé longuement *g* le pour et le contre de chaque soumission. Le comité a réitéré sa crainte, qui avait été exprimée lors de la réunion de novembre, qu'en construisant un bateau destiné à Terre-Neuve et en fournissant aussi les services de bateau-pilote à Sydney, le capitaine Slater ne détienne un monopole. Le comité des bateaux-pilotes n'a pu faire de recommandation définitive, mais a plutôt décidé de renvoyer les soumissions de Northeast Marine Services Limited et d'East Coast Marine Services Ltd. au conseil d'administration, bien qu'il ait émis l'avis que [TRADUCTION] «le meilleur bateau serait celui d'East Coast Marine Services et les meilleurs services seraient assurés par Northeast Marine.»

j Le conseil d'administration de la défenderesse s'est réuni à Halifax, les 20 et 21 janvier 1987, sous

ter. Five other members were in attendance as well as the Director of Operations, Captain Stow, the Treasurer, M. R. McGrath, and a recording secretary. Captain Stow tabled the tender proposals from East Coast Marine Services Ltd., Seabase Canso, Northeast Marine, and Pat Hearn and Omer Boudreau, together with his evaluation table, and the matter was discussed at some length. The majority consensus was "that it was unwise to entrust all pilot boat services in one area to one company". Captains Goodyear and Bell both expressed concern that Northeast Marine was not as financially sound as they would like to see. The board's perception of monopoly was undoubtedly a predominant factor in the passage of the following resolution:

RESOLUTION NO. 87-3: Approval to Award a 5-Year Contract for Pilot Boat Service in the Strait of Canso to East Coast Marine Services Ltd.

WHEREAS, the tenders received for pilot boat service in the Strait of Canso were evaluated and discussed; and

WHEREAS, it was deemed by the majority of the Board members to be unwise to give a monopoly for pilot boat services in the Cape Breton Region to one operator; and

WHEREAS, it was agreed that East Coast Marine Services Ltd. could effect a saving of approximately ten thousand dollars off the estimated price quoted price because of the extra speed of the tendered boat;

THEREFORE, on a motion duly proposed by Mr. T. S. Goodyear and seconded by Captain D. R. Bell, it was unanimously resolved that

approval be given to award a contract for pilot boat services in the Strait of Canso to East Coast Marine Services Ltd. from March 1, 1987, to the last day of February, 1992, at the rate of four hundred fifty dollars (\$450.) per trip for the first three years of the contract and thereafter at a negotiated rate, provided that East Coast Marine can provide a back-up pilot boat and fulfill all the terms of the contract.

Actually, the resolution was not passed unanimously. The minutes record the fact that Messrs. Latter, Bell, Ennis and Goodyear voted in favour of the motion, and that Messrs. Sutherland and Worthington voted against it.

The word was soon out. Captain Stow wrote Captain Gay on January 22, 1987 advising that the con-

la présidence du capitaine Latter. Cinq autres membres étaient présents, outre le capitaine Stow, directeur des opérations, M. R. McGrath, trésorier, et une secrétaire chargée du compte rendu. Le capitaine Stow a déposé les soumissions d'East Coast Marine Services Ltd., de Seabase Canso, de Northeast Marine et de Pat Hearn et Omer Boudreau, ainsi que son tableau d'évaluation; la question a été examinée de façon approfondie. La majorité en est arrivée à la conclusion que [TRADUCTION] «il serait imprudent de confier tous les services de bateau-pilote dans une région à une seule société.» La solvabilité douteuse de Northeast Marine constituait un sujet d'inquiétude pour les capitaines Goodyear et Bell. La préoccupation du conseil relativement au monopole a indéniablement été un facteur déterminant dans l'adoption de la résolution suivante:

[TRADUCTION] RÉSOLUTION N^o 87-3: Approbation de l'attribution à East Coast Marine Services Ltd. d'un marché d'une durée de cinq ans relatif aux services de bateau-pilote pour le détroit de Canso

ATTENDU QUE les soumissions reçues à l'égard des services de bateau-pilote pour le détroit de Canso ont été évaluées et examinées;

ATTENDU QUE le conseil d'administration a estimé, à la majorité, qu'il serait imprudent d'accorder un monopole à un seul exploitant à l'égard des services de bateau-pilote pour la région du Cap-Breton;

ATTENDU QU'il a été convenu qu'East Coast Marine Services Ltd. pourrait apporter une économie d'environ dix mille dollars par rapport au prix estimatif proposé à cause de la vitesse supérieure du bateau offert;

EN CONSÉQUENCE, sur la proposition dûment présentée par M. T. S. Goodyear et appuyée par le capitaine D. R. Bell, il a été résolu à l'unanimité ce qui suit

approuver l'attribution d'un marché concernant les services de bateau-pilote pour le détroit de Canso à East Coast Marine Services Ltd. du 1^{er} mars 1987 au dernier jour de février 1992, au taux de quatre cent cinquante dollars (450 \$) par voyage durant les trois premières années du marché et par la suite à un taux négocié, à la condition que East Coast Marine puisse fournir un bateau-pilote de réserve et exécuter toutes les conditions du marché.

En réalité, la résolution n'a pas été adoptée à l'unanimité. D'après le procès-verbal, MM. Latter, Bell, Ennis et Goodyear ont voté pour la proposition et MM. Sutherland et Worthington ont voté contre.

La nouvelle n'a pas tardé à se savoir. Le capitaine Stow a écrit au capitaine Gay le 22 janvier 1987 pour

tract for pilot boat services in the Strait of Canso had been let to his company. The unsuccessful tenderers were advised of the result by registered letter. Captain Slater was not reluctant about publicly voicing his grievances and the matter became something of a *cause célèbre* with the news media. The defendant countered with the explanation that it hadn't wanted to put all the Cape Breton service in one basket and that the successful tenderer had the better boat. Thus were the battle lines drawn and the stage of conflict set.

The principal issue of the case, as I see it, is whether the defendant's failure to disclose the pre-condition of monopoly in the tender specifications unfairly stacked the cards against the plaintiff on the tender call for Tender 50 such that the tendering process became nothing more than a sham from its standpoint, irrespective of whether any consequent liability would sound in contract or in tort. In my opinion, this or any other related issue in the case is confined solely to the tender call for Tender 50. In short, I find nothing improper on the part of the defendant with respect to Tender 48.

The Arguments in Brief

Counsel for the plaintiff pressed the argument that section 124 of the *Financial Administration Act* (now section 115 of R.S.C., 1985, c. F-11) established a statutory standard of care akin to a fiduciary duty which, coupled with the defendant's by-laws and tendering procedures, mandated the appropriate course of conduct to be followed with respect to its tendering processes, including the awarding of any contract to the lowest bidder. In his submission, the defendant's major misconception was its misplaced reliance on the disclaimer clause as a complete answer to any allegations of wrongdoing on its part. He urged that this misconception ignored the current trend of authority relative to the tendering process and, more particularly the *Canamerican* [*Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. v. Canada*, [1987] 3 F.C. 144 (C.A.)], *Ron Engineering* [*R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111] and *Best Clean-*

l'informer de l'attribution à sa société du marché relatif aux services de bateau-pilote pour le détroit de Canso. Les soumissionnaires refusés ont été avisés du résultat par courrier recommandé. Le capitaine Slater n'a pas hésité à exprimer ses griefs publiquement et l'affaire est devenue en quelque sorte une cause célèbre par l'écho qu'elle a eu dans les médias. La défenderesse a répliqué qu'elle n'avait pas voulu confier à un seul exploitant tous les services au Cap-Breton et que l'entreprise retenue avait le meilleur bateau. Voilà pour les thèses des parties en présence et pour le cadre du conflit.

La question en litige principale, à mon sens, est de savoir si, en ne mentionnant pas dans le cahier des charges de l'appel d'offres la condition touchant le monopole, la défenderesse a injustement pipé les dés au détriment de la demanderesse dans le cas de l'appel n° 50 de sorte que le processus de l'appel d'offres a été réduit à un artifice, de la part de la défenderesse, peu importe que ce soit sur le plan contractuel ou sur le plan délictuel qu'elle a ainsi engagé sa responsabilité. À mon avis, cette question ou toute autre question connexe en l'espèce se limitent à l'appel d'offres n° 50. Bref, j'estime qu'aucun acte irrégulier ne peut être imputé à la défenderesse relativement à l'appel d'offres n° 48.

Résumé des arguments

L'avocat de la demanderesse a fait valoir l'argument que l'article 124 de la *Loi sur l'administration financière* (maintenant article 115, L.R.C. (1985), ch. F-11) établit une norme légale de diligence assimilable à une obligation fiduciaire qui, ajoutée aux règlements administratifs et aux formalités des appels d'offres de la défenderesse, créait l'obligation de suivre une ligne de conduite convenable quant au processus de l'appel d'offres, y compris l'attribution de tout marché au moins-disant. Selon son argumentation, le principal défaut de la thèse de la défenderesse résidait dans son argument spécieux que la clause de délégitation constituait une réponse suffisante à toute allégation d'acte délictueux qui lui serait imputable. Il a fait valoir que cette idée fautive ne tient pas compte du courant jurisprudentiel actuel quant au processus de l'appel d'offres, notamment les arrêts *Canamerican* [*Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. c. Canada*, [1987] 3 C.F. 144 (C.A.)], *Ron Engi-*

ers [*Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293 (C.A.)] cases, which stand for the proposition that a boilerplate disclaimer clause cannot be relied upon by a party inviting tenders in situations where there had been a breach of the preliminary contract A resulting from the submission of bids or, alternatively, some breach of a duty of care. Counsel made the further point that claims both in contract and in tort are generally regarded today as being concurrent with respect to the assertion of whatever cause of action appears most advantageous to the injured party, citing *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147. He also argued that the defendant was guilty of actionable misrepresentation in failing to disclose material information relating to its monopoly concerns in the tender specifications.

Plaintiff's counsel further contended that the defendant had no right to pierce the corporate veil of the Slater groups of companies as a means of raising the spectre of monopoly, having regard to the accepted doctrine that a corporation is a legal personality or entity entirely separate from its shareholders. Essentially, the plaintiff's bottom line position was simply that the defendant breached its duty of care by rejecting the plaintiff's lowest bid and awarding the contract to East Coast Marine Services Ltd., based on its erroneous perception of the dangers of monopoly.

Counsel for the defendant went right to the point with his principal contention that the defendant was entitled to rely on the published disclaimer clause in Tender 50 to award the contract in the context of what was perceived to be "the best interests of the corporation", regardless of whether or not any preliminary contract or contract A, so-called, was involved. Assuming that there was a contract A in the present case, it was his submission that the terms of that preliminary contract, whether expressed or implied, had to be defined in order to determine whether there had been any breach thereof, and that the onus of proof in that regard rested squarely on the

neering [*R. du chef de l'Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111] et *Best Cleaners [Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293 (C.A.)], qui veut que la partie qui lance un appel d'offres ne peut pas invoquer une clause de dénégation type, si elle a rompu le contrat préliminaire A découlant de la présentation de soumissions ou, subsidiairement, si elle a manqué à une obligation de diligence. L'avocat a fait remarquer en outre qu'en règle générale, aujourd'hui, l'action en responsabilité peut être fondée simultanément sur un contrat et sur un délit, et que le demandeur peut faire valoir la cause d'action qui lui paraît la plus avantageuse. Il s'est appuyé à cet égard sur l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147. Il a soutenu de plus que la défenderesse s'était rendue coupable de déclaration inexacte, donnant matière à procès, en ne divulguant pas des renseignements importants, relatifs à son appréhension de monopole, dans le cahier des charges de l'appel d'offres.

L'avocat de la demanderesse a en outre soutenu que la défenderesse n'avait pas le droit de contourner le paravent de la société dont jouit le groupe de sociétés de Slater, afin d'agiter le spectre du monopole, eu égard à la théorie acceptée qui veut qu'une société soit une personne morale tout à fait distincte de ses actionnaires. Essentiellement, la position de la demanderesse se résumait à l'argument que la défenderesse avait manqué à son obligation de diligence en rejetant l'offre la plus basse, présentée par la demanderesse, et en attribuant le marché à East Coast Marine Services Ltd., par suite de son opinion fautive au sujet des dangers du monopole.

L'avocat de la défenderesse est allé droit au but en affirmant en premier lieu que la défenderesse avait le droit d'invoquer la clause de dénégation publiée, dans le cadre de l'appel d'offres n° 50, pour attribuer le marché dans le contexte de ce qui, à son avis, était «au mieux des intérêts de la société», peu importe l'existence ou l'absence de contrat préliminaire ou de soi-disant contrat A. À supposer qu'il existe un contrat A en l'espèce, il soutient qu'il faut définir les conditions, explicites ou implicites, de ce contrat préliminaire, si l'on veut être en mesure de déterminer si elles ont été transgressées, et que c'est manifestement à la demanderesse qu'incombe la charge de la preuve

plaintiff. Defendant's counsel further submitted that the disclaimer clause was an essential term of any preliminary contract applicable to the present case, even though inadvertently omitted from the tender specifications on Tender 50, because the newspaper publication of the same was a representation to prospective bidders that the Authority reserved the right to reject any or all tenders or to accept any tender considered in its best interest. As he put it, this was a very clear message that the defendant did not have to accept the lowest qualified bid on Tender 50. He further contended that the plaintiff was acting hypocritically in presuming to judge what was in the best interest of the Authority with respect to Tender 50, having regard to the fact that in its own bid for Tender 48 the plaintiff unequivocally conceded "the Authority's right to place their interest foremost". Counsel also argued that the defendant's perception of the monopoly involving the Slater group of companies was a very real and legitimate concern both from the short-term and long-term standpoint. The short-term concern apprehended the possibility of the financial difficulties affecting Chedabucto Shipwrights spreading to the other member companies of the Slater group. The long-term concern was grounded on the belief that if the Slater group was given a monopoly of the pilot boat business then they could hold the defendant to ransom five years down the road from the fact there would be no competitors still around.

Defendant's counsel disputed the plaintiff's contention that section 124 of the *Financial Administration Act* created any fiduciary or other duty for the direct benefit or protection of the plaintiff. Rather, it was his submission that any duty enshrined in that section was designed for the protection of the Crown corporation itself, in this case Atlantic Pilotage Authority, such that no duty, fiduciary or otherwise, was owed by the defendant to the plaintiff. Finally, counsel for the defendant rejected the plaintiff's interpretation of paragraph 526(1)(b) of the by-laws as imposing a requirement for awarding a contract pursuant to tender call to the lowest bidder, pointing out that the paragraph was permissive in nature and intended to provide for the delegation of authority to sign contracts to the Chairman and other lesser func-

à cet égard. L'avocat de la défenderesse soutient de plus que la clause de dénégalion était une condition essentielle de tout contrat préliminaire conclu en l'espèce, encore qu'elle ait été omise par inadvertance dans le cahier des charges de l'appel d'offres n° 50, parce que l'annonce de celui-ci dans les journaux constituait pour les soumissionnaires éventuels un avis que l'Administration se réservait le droit de rejeter toutes les soumissions ou d'accepter toute soumission qu'elle jugerait plus avantageuse. Pour reprendre ses paroles, c'était un message très clair que la défenderesse n'avait pas à accepter l'offre la plus basse remplissant les conditions de l'appel d'offres n° 50. Il a prétendu aussi que la demanderesse avait agi hypocritement en se permettant de juger ce qui était plus avantageux pour l'Administration dans le cas de l'appel d'offres n° 50, compte tenu du fait que dans sa propre soumission à l'égard de l'appel d'offres n° 48, la demanderesse avait concédé sans équivoque [TRADUCTION] «le droit de l'Administration de faire passer ses intérêts avant tout». L'avocat a soutenu de plus que l'appréhension de la défenderesse au sujet du monopole qui serait accordé au groupe de sociétés de Slater était très réelle et légitime tant à court terme qu'à long terme. Elle craignait à court terme que les difficultés financières qu'éprouvait Chedabucto Shipwrights ne s'étendent aux autres sociétés du groupe de Slater. À long terme, elle croyait que, si le groupe de Slater se voyait attribuer le monopole des services de bateau-pilote, il puisse exercer un chantage sur la défenderesse cinq ans plus tard car il ne resterait aucun concurrent.

L'avocat de la défenderesse a contesté l'affirmation de la demanderesse que l'article 124 de la *Loi sur l'administration financière* créait une obligation fiduciaire ou autre dont la demanderesse était la bénéficiaire directe. Il a plutôt soutenu que l'obligation inscrite dans cette disposition visait à protéger la société d'État elle-même, en l'occurrence l'Administration de pilotage de l'Atlantique, de sorte que la défenderesse ne devait s'acquitter d'aucune obligation, fiduciaire ou autre, envers la demanderesse. Pour terminer, l'avocat de la défenderesse a repoussé l'interprétation donnée par la demanderesse à l'alinéa 526(1)(b) du règlement intérieur, selon laquelle, en cas d'appel d'offres, le marché doit être attribué au moins-disant, soulignant que l'alinéa est facultatif et vise à autoriser la délégation de pouvoir de signature

tionaries in circumstances where certain preconditions had been satisfied. He stressed the fact that the Chairman had remained adamant in his testimony that during all of his years of service in that capacity he had "never signed a contract under 526".

Duties According to Statute and By-Laws

Subsections 124(1) and 124(2) of the *Financial Administration Act* read as follows:

124. (1) Every director and every officer of a Crown corporation in exercising his powers and performing his duties shall

(a) act honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation; and

(b) exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.

(2) Every director and every officer of a parent Crown corporation or of a wholly-owned subsidiary of a parent Crown corporation shall comply with this Part, the regulations, the charter and by-laws of the corporation or subsidiary and any directive given to the corporation.

Section 520 of the defendant's by-laws authorizes the affixing of the Corporate Seal to contracts and other instruments in writing, and section 521 thereof provides for the execution of such contracts and instruments in writing under the signature of the Chairman and Corporate Secretary or such other persons as may be authorized in that behalf by resolution.

Subsection 524(1), paragraphs 526(1)(a) and 526(1)(b) and subsection 526(5) of the by-laws provide as follows:

524. (1) Tenders shall be called by public notice in accordance with the appropriate manual, for any contract or expenditure for the construction of any object, the purchase or supplying of goods or services or the leasing of any real or personal property for the Authority.

526. (1) Subject to sections 520 and 521, the Chairman and the following Officers may authorize any contract or any expenditure referred to in subsection 524(1) on behalf of the Authority, in the maximum amounts hereinafter indicated:

(a) the Chairman: any contract or expenditure for any amount not exceeding twenty-five thousand dollars and all payroll vouchers;

au président et à d'autres fonctionnaires subalternes lorsque certaines conditions sont remplies. Il a insisté sur le fait que le président était demeuré inflexible dans son témoignage que, durant toutes ses années dans ses fonctions, il n'avait [TRADUCTION] «jamais signé de contrat visé par 526».

Obligations prévues par la loi et par le règlement intérieur

Les paragraphes 124(1) et (2) de la *Loi sur l'administration financière* sont ainsi conçus:

124. (1) Les administrateurs et les dirigeants d'une société d'État doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir:

a) avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société;

b) avec le soin, la diligence et la compétence d'une personne prudente et avisée.

(2) Les administrateurs et les dirigeants d'une société d'État mère ou d'une de ses filiales à cent pour cent doivent observer la présente partie et ses règlements, la charte et les règlements administratifs de la société ou de la filiale et les instructions qui sont données à la société.

Aux termes de l'article 520 du règlement intérieur de la défenderesse, le sceau de la société d'État peut être apposé sur tout contrat ou autre acte écrit et l'article 521 contient des dispositions touchant la passation de ces contrats et actes écrits sous la signature du président et du secrétaire de la société ou des autres personnes autorisées à cette fin par résolution.

Le paragraphe 524(1), les alinéas 526(1)a) et b) et le paragraphe 526(5) du règlement intérieur sont ainsi libellés:

524. (1) Les appels d'offres par avis public doivent être effectués suivant le manuel approprié pour tout contrat ou dépense concernant la construction d'un objet, l'achat ou la fourniture de biens et services ou la location de propriétés mobilières ou immobilières pour le compte de l'Administration.

526. (1) Sous réserve des articles 520 et 521, le président et les administrateurs suivants peuvent autoriser tout contrat ou toute dépense dont il est question au paragraphe 521(1) au bénéfice de l'Administration, pour les montants maximum indiqués ci-après:

a) le président: tout contrat ou dépense n'excédant pas vingt-cinq mille dollars et toutes les pièces justificatives des listes de paye;

(b) the Chairman: any contract or expenditure for any amount exceeding twenty-five thousand dollars, when

- (i) the Members have passed a resolution approving the object of the contract or expenditure,
- (ii) tenders have been called, and
- (iii) the lowest of two or more tenders has been accepted;

(5) Any contract or expenditure for any purpose whatsoever not specifically provided for in subsection (1) shall be authorized and approved by the Members, in accordance with the provisions of these By-laws and in accordance with the appropriate manual.

The manual referred to in the last mentioned subsection is the Authority's manual of tendering and contracting policies and procedures, which makes no specific reference to the necessity of awarding any contract pursuant to a call for public tenders to the lowest bidder. However, the manual does provide for public calls for tenders for expenditures of \$15,000 and over and the public opening of all tenders submitted in response thereto in cases where cost is the chief or sole criterion, and prescribes the following procedure therefor, namely:

Since it is not possible to evaluate tenders, on the spot, at a public tender opening for conformity to all tender specifications, the Corporate Secretary should announce at the end of the tender meeting that "Subject to further mathematical verification and evaluation the apparent low bidder is _____".

As indicated previously, plaintiff's counsel takes the position that section 124 of the *Financial Administration Act*, coupled with subsection 526(1) of the defendant's by-laws, mandated a fiduciary duty to award any contract pursuant to a public call for tenders to the lowest bidder upon obtaining the necessary authorizing resolution of the members. Defendant's counsel argued that the whole thrust of subsection 526(1) of the by-laws was permissive in the context of bestowing on the Chairman and other officers the power or privilege of authorizing contracts or expenditures in varying amounts on certain terms and conditions. In his submission, the present case did not involve any such delegation of authority and hence did not have to meet the requirement stipulated in subparagraph 526(1)(b)(iii) of the by-laws for accepting "the lowest of two or more tenders". I agree with the submission of defendant's counsel. In

b) le président: tout contrat ou dépense pour un montant excédant vingt-cinq mille dollars lorsque

- (i) les Membres ont approuvé en principe, l'objet du contrat ou de la dépense;
- (ii) des appels d'offres ont été effectués; et
- (iii) la moindre somme d'au moins deux appels d'offres a été acceptée;

(5) Tout contrat ou dépense, quel qu'en soit l'objet, qui n'est pas prévu au paragraphe (1) doit être autorisé par les membres, conformément aux dispositions du présent règlement et du manuel approprié.

Le manuel mentionné au dernier paragraphe est le manuel des politiques et des procédures de l'Administration en matière d'appels d'offres et d'attribution de marchés; il n'y est pas fait mention expressément de l'obligation d'attribuer au moins-disant un marché conformément à un appel d'offres public. Toutefois, le manuel prévoit un appel d'offres public à l'égard des dépenses de 15 000 \$ ou plus et l'ouverture publique de tous les plis lorsque le coût est le principal ou le seul critère, et il énonce les modalités suivantes:

[TRADUCTION] Comme il n'est pas possible d'évaluer les soumissions, immédiatement, à l'ouverture publique des plis, pour vérifier si elles sont conformes au cahier des charges, le secrétaire de la société doit annoncer à la fin de la réunion convoquée pour l'ouverture, que «sous réserve de la vérification des calculs et de l'évaluation qu'il y a lieu de faire, l'offre apparemment la plus basse est _____».

Répetons-le, l'avocat de la demanderesse a adopté le point de vue selon lequel l'article 124 de la *Loi sur l'administration financière*, ajouté au paragraphe 526(1) du règlement de la défenderesse, crée l'obligation fiduciaire, en cas d'appel d'offres public, d'attribuer le marché au moins-disant, une fois adoptée la résolution des membres nécessaire à cette fin. L'avocat de la défenderesse a soutenu que, essentiellement, le paragraphe 526(1) du règlement était facultatif, investissant le président et d'autres dirigeants du pouvoir ou du privilège d'autoriser des contrats ou des dépenses selon certains montants et certaines modalités. D'après son argumentation, la présente espèce ne comporte pas de délégation de pouvoir de cette nature et, en conséquence, n'a pas à satisfaire à l'exigence énoncée au sous-alinéa 526(1)(b)(iii) du règlement intérieur relative à «la moindre somme d'au moins deux appels d'offres a

my opinion, the contract or expenditure in the present case is one coming within the purview of subsection 526(5) of the defendant's by-laws, requiring the approval of the members in accordance with the provisions of the by-laws and the tendering manual. I find further support for this conclusion in the evidence of Captain A. D. Latter. By the same token, I find it somewhat strange that the actual contract between the defendant and the successful bidder, East Coast Marine Services Ltd., is nowhere to be found in the evidence. One can only infer that there was such a formal contract executed on behalf of the defendant by the Chairman and some other designated officer, if not the Secretary.

I can find no express provision either in the by-laws or in the tendering manual which would specifically require the defendant to award any contract pursuant to a call for public tenders to the lowest bidder. That is not to say, however, that the by-laws and the manual necessarily exclude an implied, qualified obligation to accept the lowest bid in the case of public tender calls, where cost or price is the chief or sole criterion.

I must also reject the argument of plaintiff's counsel that section 124 of the *Financial Administration Act* imposes a fiduciary duty or statutory obligation on the defendant with respect to its tendering processes, including the obligation to award any contract pursuant to a call for public tenders to the lowest bidder. In my opinion, the fiduciary duty or obligation imposed on the directors and officers of the defendant by virtue of section 124 of the *Financial Administration Act* is one imposed on them in their capacity of agents and trustees for the Crown corporation and not as something which might enure to the benefit of a third party stranger: see *Sun Trust Company Ltd. v. Bégin*, [1937] S.C.R. 305 per Duff C.J. at pages 307-308; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; Welling, *Corporate Law in Canada: the Governing Principles*, 2nd ed., at pages 378-384; and Gower, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4th ed., at pages 572-580.

The case of *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335, relied on by plaintiff's counsel, held that the Crown had a fiduciary obligation under

été acceptée». Je souscris à l'opinion de l'avocat de la défenderesse. À mon avis, le contrat ou la dépense en l'espèce tombe sous le coup du paragraphe 526(5) du règlement de la défenderesse, exigeant l'approbation des membres conformément aux dispositions du règlement et du manuel concernant les appels d'offres. Cette conclusion est étayée en outre, à mon sens, par le témoignage du capitaine A. D. Latter. De même, je trouve quelque peu étrange que le contrat conclu entre la défenderesse et l'attributaire, East Coast Marine Services Ltd., n'ait pas été versé en preuve. On peut seulement inférer qu'un tel contrat en bonne et due forme a été signé au nom de la défenderesse par le président et un autre dirigeant désigné, sinon par le secrétaire.

Selon moi, aucune disposition expresse soit du règlement, soit du manuel concernant les appels d'offres, n'oblige explicitement la défenderesse, en cas d'appel d'offres public, à attribuer le marché au moins-disant. Cela ne veut cependant pas dire que le règlement et le manuel écartent nécessairement une obligation implicite, conditionnelle, d'accepter l'offre la plus basse en cas d'appel d'offres public, si le coût ou le prix est le principal ou le seul critère.

Je dois repousser aussi l'argument de l'avocat de la demanderesse que l'article 124 de la *Loi sur l'administration financière* impose à la défenderesse une obligation fiduciaire ou une obligation légale relativement au processus de l'appel d'offres, dont l'obligation, en cas d'appel d'offres public, d'attribuer le marché au moins-disant. À mon avis, l'obligation fiduciaire imposée aux administrateurs et dirigeants de la défenderesse par l'article 124 de la *Loi sur l'administration financière* leur est faite en raison de leur qualité de mandataires et de fiduciaires d'une société d'État et ne constitue pas une obligation énoncée au profit d'un tiers: voir l'arrêt *Sun Trust Company Ltd. c. Bégin*, [1937] R.C.S. 305, juge en chef Duff, aux pages 307 et 308; l'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; Welling, *Corporate Law in Canada, the Governing Principles*, 2^e éd., aux pages 378 à 384; Gower, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4^e éd., aux pages 572 à 580.

Dans l'arrêt *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335, cité par l'avocat de la demanderesse, la Cour a décidé que la Couronne avait, envers

subsection 18(1) of the *Indian Act* [R.S.C. 1952, c. 149] to an Indian Band with respect to the surrender of its lands and subsequent leasing thereof to a third party. I am unable to see how this principle has any application to the facts of the case at bar.

I conclude therefore that no fiduciary duty or obligation was owed by the defendant to the plaintiff with respect to the tendering process on Tender 50, whether by reason of the interaction of section 124 of the *Financial Administration Act* with the defendant's by-laws and tendering procedures or otherwise howsoever.

Evidentiary Analysis and Some Findings of Fact

The evidence is incontrovertible that the predominant criterion for evaluating the bids on Tender 50 at the time of the board meeting on January 18, 1987 was the issue of monopoly as it pertained to the plaintiff, viewed both from the short-term concern of the apparent financial difficulties involving the Slater group of companies and the long-term concern that if the tender were let to one of that group then Slater would somehow be in a position to hold the Authority to ransom on the expiry of the contract for the Strait of Canso five years hence. While the issue may not have come openly to the fore until the board meeting of January 1987, the matter had been very much on the mind of the Director of Operations since the meeting of directors on November 18, 1986 and had been the subject of discussions between him and the Chairman on a number of occasions. The fact remains that these preconditions regarding monopoly were never communicated to the plaintiff prior to the submission of its bid on Tender 50. What occurred as a result of that at the meeting of the board of directors on January 18 and 19, 1987 is forcibly illustrated by the following evidence of the Chairman, Captain Latter, under cross-examination:

Q. And you are now sitting there trying to contemplate whether Northeast Marine should have the contract for the Strait of Canso and the monopoly issue predominated in the decision.

une bande indienne, une obligation de fiduciaire en vertu du paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1952, ch. 149] relativement à la cession de ses terres et à leur location ultérieure à un tiers. Je ne vois pas en quoi ce principe serait applicable aux faits de l'espèce.

Je conclus donc que la défenderesse n'avait aucune obligation fiduciaire envers la demanderesse relativement au processus de l'appel d'offres n° 50, que ce soit en raison de l'interaction de l'article 124 de la *Loi sur l'administration financière* et du règlement intérieur de la défenderesse, ainsi que des procédures des appels d'offres, ou pour quelque raison que ce soit.

Analyse de la preuve et constatations de fait

Il ressort de la preuve irrécusable que le critère prédominant selon lequel les soumissions dans le cadre de l'appel d'offres n° 50 ont été évaluées, lors de la réunion du conseil du 18 janvier 1987, a été la question du monopole par rapport à la demanderesse, considérée tant du point de vue de la crainte à court terme suscitée par les difficultés financières du groupe de sociétés de Slater, que de celui de l'appréhension à long terme, au cas où le marché serait attribué à un membre de ce groupe, que Slater fût en mesure, en quelque sorte, d'exercer un chantage sur l'Administration à l'expiration du contrat touchant le détroit de Canso dans cinq ans. Certes, la question n'a peut-être pas été soulevée franchement avant la réunion du conseil de janvier 1987, mais le directeur des opérations l'avait vraiment à l'esprit depuis la réunion du 18 novembre 1986 et il en avait discuté avec le président à plusieurs reprises. Il reste que ces conditions requises concernant le monopole n'ont jamais été communiquées à la demanderesse avant qu'elle n'ait présenté sa soumission en réponse à l'appel d'offres n° 50. Ce qui s'est produit par suite de ce fait à la réunion du conseil d'administration des 18 et 19 janvier 1987 est illustré avec netteté par le témoignage donné par le président, capitaine Latter, au moment de son contre-interrogatoire:

[TRADUCTION] Q. Et vous êtes alors réunis pour décider si le marché devrait être attribué à Northeast Marine à l'égard du détroit de Canso et la question du monopole a été un facteur prédominant de cette décision.

A. Monopoly became second to safety, yes sir.

Q. Well, there was no issue in relation to safety. What was the issue in relation to safety?

A. Safety was the first feeling for the board, and —

Q. Well, I appreciate —

A. Both boats—let me put it to you this way. Safety was put aside because there was no factor in safety. Both were safe boats.

Q. Right. So, safety wasn't an issue.

A. No, but I —

Q. What I'm saying to you, sir, is what predominated was this issue of monopoly.

A. Monopoly was the second predomination, yes.

Q. Yes. And that essentially, was a criteria that was applied against Northeast Marine and no one else.

A. Yes, there was nobody else in that position.

During his examination-in-chief, the Chairman testified to his understanding of the *raison d'être* for the tendering process as follows:

... the reason for tendering is to go out and see what's out there, and give everybody an even break.

I accept without question Captain Latter's evidence regarding the defendant's desire to give every tenderer an even break or fair chance in the bidding process and, in the case of Tender 50, find this to be an implied term of any preliminary, unilateral contract A arising from the submission of bids.

While price was the governing criterion in the award of the North Sydney contract on Tender 47, there can be little doubt that the monopoly issue was the driving force behind the decision-making process on Tender 50 for the Strait of Canso. The following evidence elicited from the Director of Operations, Captain Peter J. Stow, on cross-examination makes this abundantly clear:

Q. Well, you see, what you did recommend however, was that we derail Northeast Marine's bid in both the first and in the second.

A. No. I don't believe I did do that.

R. Le monopole était au deuxième rang, après la sécurité, oui Monsieur.

Q. Eh bien, la question de la sécurité ne se posait pas. Quelle question se posait quant à la sécurité?

R. La sécurité était au premier rang dans l'esprit du conseil, et —

Q. Bon, je me rends bien compte —

R. Les deux bateaux—si je peux m'exprimer autrement. La sécurité a été laissée de côté parce qu'elle n'était pas un facteur. C'étaient deux bateaux solides.

Q. D'accord. Alors, la sécurité n'était pas en cause.

R. Non, mais je —

Q. Ce que je vous dis, Monsieur, c'est que le facteur prédominant a été la question du monopole.

R. Le monopole a été le deuxième facteur prédominant, Monsieur.

Q. Oui. Et cela a été, essentiellement, un critère qui a été appliqué au détriment de Northeast Marine et de personne d'autre.

R. Oui, personne d'autre n'était dans cette position.

Au cours de l'interrogatoire principal, le président a témoigné sur sa perception de la raison d'être du processus de l'appel d'offres:

[TRADUCTION] ... le but de l'appel d'offres est de tâter le terrain et de donner à chacun des chances égales.

J'accepte sans réserve le témoignage du capitaine Latter au sujet de la volonté de la défenderesse d'accorder à chaque soumissionnaire des chances égales dans le cadre du processus de l'appel d'offres et, dans le cas de l'appel d'offres n° 50, je conclus qu'il s'agissait d'une clause implicite de tout contrat préliminaire, unilatéral, ou contrat A, découlant de la présentation de soumissions.

Certes, le prix a été le critère dominant pour ce qui était d'attribuer le marché concernant North Sydney conformément à l'appel d'offres n° 47, mais il y a peu de doute que la question du monopole ait été la raison déterminante dans le processus décisionnel quant à l'appel d'offres n° 50 pour le détroit de Canso. Cela ressort très clairement du témoignage du capitaine Peter J. Stow, directeur des opérations, lors de son contre-interrogatoire:

[TRADUCTION] Q. Eh bien, vous voyez, ce que vous avez recommandé, cependant, c'est que l'on fasse dérailler la soumission de Northeast Marine dans la première et dans la deuxième.

R. Non. Je ne pense pas que j'aie fait cela.

Q. Well, it seems to me, sir, that you are the one who raised the issue of monopoly.

A. I did that in the first instance. That's correct.

Q. And it seems to me, sir, that the issue of monopoly prevailed in the bumping of Northeast Marine's bid in tender #50. a

A. In tender 50 I would say that was correct.

The following excerpt from Captain Stow's cross-examination is particularly relevant: b

Q. So that essentially when we are talking about this very decision that was made on Tender No. 50, it is quite important to know whether or not it was done on a basis that was fair to all. c

A. That is correct, yes.

Q. And the concept, for instance, about the issue of monopoly, is not something that was ever, ever communicated to Northeast Marine before they bid, was it? d

A. No, it wasn't.

Clearly, the preoccupation of the directors with the issue of monopoly militated against their giving any consideration to the plaintiff's alternate proposal for the construction of a twin screw vessel at a trip price of \$440.81, or an overall bid price of \$220,905. The only comparison of vessels was between the plaintiff's *Captain Parker* and the successful bidder's *Chapel Hill* and the directors appear to have conveniently ignored the fact that the plaintiff's second bid proposal would have yielded a new vessel compared to one sixteen years or so old at a price that was still lower than that of the successful bidder. This can hardly be considered a fair basis of evaluation by any standard. e

I am persuaded that I should make findings of fact with respect to certain allegations or statements to the effect that it was a foregone conclusion that the contract for pilot boat services in the Strait of Canso would go to Alec Gay or his company, East Coast Marine Services Ltd., if their bid was within \$30,000 of the lowest bidder. In this context, I accept the evidence of James Veitch over that of Captain Gay regarding the boastful comment attributed to the latter at the close of the meeting for the opening of tenders on January 16, 1987 to the effect that he was get- f

Q. Eh bien il me semble, Monsieur, que c'est vous qui avez soulevé la question du monopole.

R. Je l'ai fait dans le premier cas. C'est exact.

Q. Et il me semble, Monsieur, que la question du monopole a été déterminante dans le rejet de la soumission de Northeast Marine dans le cas de l'appel d'offres n° 50. a

R. Dans le cas de l'appel d'offres n° 50, je dirais que c'est exact.

Le passage qui suit du contre-interrogatoire du capitaine Stow est particulièrement pertinent: b

[TRADUCTION] Q. Ainsi, essentiellement, quand nous parlons de la décision qui a été prise dans le cadre de l'appel d'offres n° 50, il importe beaucoup de savoir si elle l'a été de manière équitable pour tous. c

R. C'est exact, oui.

Q. Et le principe, par exemple, quant à la question du monopole, n'a jamais été communiqué à Northeast Marine avant qu'elle ne présente sa soumission, n'est-ce pas? d

R. Non, en effet.

De toute évidence, la préoccupation des administrateurs au sujet de la question du monopole a milité contre l'examen de la seconde proposition de la demanderesse relativement à la construction d'un navire à deux hélices au prix de 440,81 \$ par voyage, ou au prix global de 220 905 \$. Les seuls navires qui ont été comparés sont le *Captain Parker* de la demanderesse et le *Chapel Hill* appartenant à l'attributaire, et les administrateurs semblent, pour des raisons de commodité, ne pas avoir tenu compte du fait que la seconde soumission de la demanderesse aurait permis d'avoir un navire neuf, par comparaison avec un navire construit depuis environ seize ans, à un prix qui était tout de même inférieur à celui de l'attributaire. À tous égards, on ne peut guère considérer qu'il s'agit là d'un critère équitable d'évaluation. e

Je suis persuadé qu'il y a lieu que je fasse des constatations de fait relativement à certaines allégations ou déclarations selon lesquelles il était prévu d'avance que le marché de services de bateau-pilote pour le détroit de Canso serait attribué à Alec Gay ou à sa société, East Coast Marine Services Ltd., si l'écart entre leur soumission et celle du moins-disant était d'au plus 30 000 \$. Dans ce contexte, j'accepte le témoignage de James Veitch plutôt que celui du capitaine Gay au sujet des propos fanfarons que ce dernier aurait tenus à la fin de la réunion convoquée f

ting the contract, regardless of what they had just heard. I also accept as evidence the statement contained in paragraph 2 of the affidavit of Captain Terry Pittman concerning what Captain Stow told him about Gay getting the contract for the Strait of Canso if his bid was within \$30,000 of the lowest bidder, subject to his qualifying admission on cross-examination that he saw nothing particularly devious or sinister in that remark. Finally, and despite the defendant's aspersions regarding the credibility of the plaintiff's witness, Bruce Jardine, in other areas of his testimony, I find as a fact that Alec Gay told him at or about the time of Gay's application for Incor financing substantially what was averred in paragraphs 4, 5 and 6 of the Jardine affidavit (Exhibit P-25).

Consequently, I am unable to accept Captain Stow's evidence that he would not have mentioned the \$30,000 price spread in his conversation with Captain Pittman nor that he would have been likely to have said anything like that to Captain Gay. The figure of \$30,000 and the statements attributed to Captain Stow in reference thereto did not just spring coincidentally from nowhere. Moreover, I consider that Captain Stow played more than the role of a passive, disinterested bystander with respect to the tendering process on Tender 50 *vis-à-vis* East Coast Marine Services Ltd. He was the one who first raised the issue of monopoly as an arrow pointing directly to the plaintiff. And it was he who alerted Captain Gay to the availability of the *Chapel Hill* as a pilot boat vessel, following his official visit with the *Sandy Hook* pilots of New York in July of 1986. However, he was not the only one among the defendant's officers inclined to possible favouritism. Indeed, I find it to be quite significant in this regard that Captain Gay's bid on Tender 50 had annexed thereto as Exhibit "B" a letter dated September 11, 1986 on the Authority's letterhead from the Corporate Secretary, J. B. Kushner, in which the author gives a glowing testimonial to Captain Gay's personal qualities and capabilities as well as the "eminently satisfactory" service provided by him for the Authority in the North Sydney crewing service and pilot boat opera-

pour l'ouverture des plis, le 16 janvier 1987, c'est-à-dire qu'il allait obtenir le contrat, peu importe ce qu'ils venaient d'entendre. Constitue en outre une preuve acceptable, à mon sens, la déclaration contenue au paragraphe 2 de l'affidavit du capitaine Terry Pittman, c'est-à-dire que le capitaine Stow lui a dit que Gay obtiendrait le marché à l'égard du détroit de Canso si l'écart entre sa soumission et celle du moins-disant était d'au plus 30 000 \$, sous réserve de la nuance qu'il a apportée lors du contre-interrogatoire en disant que cette remarque n'avait pour lui rien de particulièrement tortueux ou sinistre. Pour terminer, en dépit des calomnies de la défenderesse concernant la crédibilité du témoin de la demanderesse, Bruce Jardine, en ce qui a trait à d'autres parties de son témoignage, je conclus qu'en fait, à peu près à l'époque où il a demandé un prêt à Incor, Alec Gay lui a dit pour l'essentiel ce qui est affirmé aux paragraphes 4, 5 et 6 de l'affidavit de Jardine (pièce P-25).

Par conséquent, je ne peux pas accepter le témoignage du capitaine Stow qu'il n'aurait pas fait mention de l'écart de prix de 30 000 \$ lors de sa conversation avec le capitaine Pittman et qu'il est peu probable qu'il ait rien dit de tel au capitaine Gay. La somme de 30 000 \$ et les déclarations attribuées au capitaine Stow à ce sujet n'ont pas surgi de nulle part, par une coïncidence. Au surplus, j'estime que le capitaine Stow n'a pas joué un rôle purement passif, de spectateur désintéressé, en ce qui concerne le processus de l'appel d'offres n° 50, par rapport à East Coast Marine Services Ltd. C'est lui qui, le premier, a soulevé la question du monopole, en visant directement la demanderesse. Et c'est lui qui a signalé au capitaine Gay la possibilité d'utiliser le *Chapel Hill* comme bateau-pilote, à la suite de sa rencontre officielle avec les pilotes du *Sandy Hook* de New York en juillet 1986. Toutefois, il n'était pas le seul dirigeant de la défenderesse qui ait peut-être été enclin au favoritisme. En effet, j'estime tout à fait révélatrice sous cet aspect la lettre en date du 11 septembre 1986 (pièce B) annexée à la soumission du capitaine Gay dans le cadre de l'appel d'offres n° 50; cette lettre à en-tête de l'Administration envoyée par le secrétaire de la société, J. B. Kushner, est une recommandation chaleureuse du capitaine Gay en raison de ses qualités personnelles et de ses compétences, ainsi que des services [TRADUCTION] «éminemment satisfai-

tions since 1977. The letter would appear to be in direct contravention of subsection 501(9) of the defendant's by-laws.

I am also of the view that the defendant's perception of monopoly was an extraneous or irrelevant consideration which ought not to have influenced their decision to reject the plaintiff's lower bids and award the contract to East Coast Marine Services Ltd. In my opinion, the directors committed a serious error of law by arbitrarily lifting or piercing the corporate veil so as to deny the autonomous and independent existence of the Slater group of companies in the absence of any evidence at the material time to suggest that the group corporate structure was deliberately designed to perpetrate some fraudulent or collusive purpose: see *Re Kinookimaw Beach Association and The Queen in right of Saskatchewan* (1979), 102 D.L.R. (3d) 333 (Sask. C.A.) *per* Culliton C.J.S. at page 336; and *Northern Electric Co. Ltd. v. Frank Warkentin Electric Ltd. et al.* (1972), 27 D.L.R. (3d) 519 (Man. C.A.). The *Northern Electric* case was a complicated mechanics' lien action wherein one of the issues under appeal was the decision of the Trial Judge to pierce the corporate veil and treat the owner, Victoria Park, and the general contractor, Quiring Construction, as one entity. Dickson J.A. (later Chief Justice of Canada), writing the majority opinion overruling the lower court decision to depart from the distinct legal entity principle enunciated in the *Salomon*¹ case, said at page 530:

Unless it can be established, on the evidence, that the two corporations are but *alter egos* for Mr. Quiring, or that by reason of mutual covenants, conspiracy, fraud, agency, one of the corporations is liable for the obligations of the other, no legal ground exists for interblending the bodies corporate. The evidence does not support any such findings.

In my view, there is no cogent evidence to support the conclusion of Captains Goodyear and Bell that "Northeast Marine was not as financially sound as

¹ *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.).

sants» qu'il a rendus à l'Administration depuis 1977 à l'égard des équipages pour North Sydney et des bateaux-pilotes. Cette lettre semble constituer une transgression directe du paragraphe 501(9) du règlement intérieur de la défenderesse.

Je suis également d'avis que la perception de la défenderesse au sujet du monopole était un facteur qui n'avait aucun rapport avec la décision, ou qui n'était pas pertinent, et qu'il n'aurait pas dû jouer dans le rejet des offres de la demanderesse, qui étaient les plus basses, et dans l'attribution du marché à East Coast Marine Services Ltd. À mon avis, les administrateurs ont commis une grave erreur de droit en levant ou en contournant arbitrairement le paravent de la société de façon à nier l'existence autonome et indépendante du groupe de sociétés de Slater en l'absence de tout élément de preuve qui eût pu, à l'époque en cause, les porter à croire que la structure du groupe avait été conçue délibérément soit pour réaliser un dessein frauduleux, soit par suite d'une collusion: voir *Re Kinookimaw Beach Association and The Queen in right of Saskatchewan* (1979), 102 D.L.R. (3d) 333 (C.A. Sask.), juge en chef Culliton, à la page 336; *Northern Electric Co. Ltd. v. Frank Warkentin Electric Ltd. et al.* (1972), 27 D.L.R. (3d) 519 (C.A. Man.). L'affaire *Northern Electric* était une affaire complexe de privilège du constructeur dans laquelle une des questions litigieuses en appel était la décision du juge de première instance de contourner le paravent de la société et de considérer le propriétaire, Victoria Park, et l'entrepreneur général, Quiring Construction, comme une seule entité. Le juge Dickson (plus tard juge en chef du Canada), écrivant au nom de la Cour, qui a infirmé à la majorité la décision du tribunal d'instance inférieure d'écarter le principe de l'entité juridique distincte énoncé dans l'arrêt *Salomon*¹ dit ce qui suit, à la page 530:

[TRADUCTION] Sauf s'il peut être établi, d'après la preuve, que les deux sociétés ne sont que l'*alter ego* de M. Quiring, ou qu'à cause de conventions réciproques, de complot, de fraude, de mandat, l'une des sociétés doit s'acquitter des obligations de l'autre, il n'y a aucun motif juridique qui justifie de tenir les personnes morales pour une seule et même personne. La preuve ne permet pas de tirer une telle conclusion.

À mon avis, aucune preuve convaincante ne justifie la conclusion des capitaines Goodyear et Bell que [TRADUCTION] «la solvabilité de Northeast Marine

¹ *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.).

they would like to see". At best, this can be seen as nothing other than far-fetched speculation based on second hand knowledge of apparent financial difficulties besetting Chedabucto Shipwrights. Nor is there any evidence, in my view, capable of supporting the defendant's long-term concern that the awarding of the contract on Tender 50 would somehow eliminate all future competition for pilot boat service in the Cape Breton area and enhance the risk of ransom demands being made by Captain Slater or his group of companies.

Taking all these factors into account, I find that it was a foregone conclusion in the collective mind of the defendant, acting through its responsible officers and directors, that the plaintiff was never even in the running for fair consideration with respect to its bids on Tender 50 because of the undisclosed preconditions of monopoly. In other words, the tendering process was rigged against the plaintiff from the very outset. The question which remains to be answered is this: what legal consequences does this entail, if any?

Some Law on Tendering

The conventional approach had always been that calls for tender were nothing more than invitations to treat. The tender bids constituted the offers which the tender caller could accept or reject in his discretion in accordance with the usual privilege or exclusion clause in the invitation to tender. All this changed with the decision of the Supreme Court of Canada in *R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111; (*sub nom. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd. v. Ontario*) (1981), 119 D.L.R. (3d) 267 wherein the tender calls became offers and the tender bids became acceptances which, if made in compliance with the conditions of the call for tenders, created preliminary contracts or contracts A. The strict *ratio* of the case is accurately set out in the headnote [of D.L.R.]:

A tender for a building contract, submitted on terms that an accompanying deposit is to be forfeited if the tender is with-

était douteuse». Au mieux, cette affirmation peut être considérée comme rien d'autre qu'une supposition tirée par les cheveux, fondée sur une information de seconde main concernant les difficultés financières qui auraient assailli Chedabucto Shipwrights. Et aucune preuve n'a été fournie, selon moi, qui puisse étayer l'appréhension de la défenderesse quant à l'effet à long terme de l'attribution du marché dans le cadre de l'appel d'offres n° 50, c'est-à-dire l'élimination de la concurrence dans l'avenir pour les services de bateau-pilote dans la région du Cap-Breton et l'augmentation du risque de chantage de la part du capitaine Slater ou de son groupe de sociétés.

Prenant en considération tous ces facteurs, je conclus qu'il était prévu d'avance, dans l'esprit de la défenderesse, agissant par l'entremise de ses dirigeants et administrateurs compétents, que la demanderesse n'aurait même pas la chance de voir ses soumissions examinées équitablement dans le cadre de l'appel d'offres n° 50, à cause des conditions requises, non divulguées, relatives au monopole. Autrement dit, le processus de l'appel d'offres a été truqué au détriment de la demanderesse dès le départ. Il reste seulement à décider quelles sont les conséquences juridiques, s'il en est, de ce fait.

Points de droit en matière d'appel d'offres

Selon le point de vue classique, l'appel d'offres n'était rien d'autre qu'une invitation à traiter. Les soumissions constituaient les offres qu'une administration publique pouvait, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, accepter ou rejeter en conformité avec la clause habituelle de privilège ou d'exonération, contenue dans l'appel d'offres. Tout cela a changé depuis l'arrêt de la Cour suprême du Canada *R. du chef de l'Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111; (*sub nom. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd. v. Ontario*) (1981), 119 D.L.R. (3d) 267, dans lequel l'appel d'offres est devenu une offre et la soumission est devenue une acceptation qui, si elle est conforme aux conditions de l'appel d'offres, engendre un contrat préliminaire ou contrat A. Le *ratio* en tant que tel de l'arrêt est exposé correctement dans le sommaire de l'arrêtiste [du D.L.R.]:

[TRADUCTION] Une soumission pour un marché de construction, présentée conformément à la condition qu'un dépôt qui y

drawn or if the tenderer refuses to proceed, creates a contract binding on the tenderer. Consequently, when a tenderer discovers shortly after the tenders are opened that an error has occurred in the calculations leading up to its tender, and then refuses to proceed with the execution of contract documents, the owner is entitled to retain the deposit according to the terms on which the tender was submitted.

Estey J. stated the rationale underlying the broader concept of the preliminary contract A at pages 122-123 S.C.R.:

The tender submitted by the respondent brought contract A into life. This is sometimes described in law as a unilateral contract, that is to say a contract which results from an act made in response to an offer, as for example in the simplest terms, "I will pay you a dollar if you will cut my lawn". No obligation to cut the lawn exists in law and the obligation to pay the dollar comes into being upon the performance of the invited act. Here the call for tenders created no obligation in the respondent or in anyone else in or out of the construction world. When a member of the construction industry responds to the call for tenders, as the respondent has done here, that response takes the form of the submission of a tender, or a bid as it is sometimes called. The significance of the bid in law is that it at once becomes irrevocable if filed in conformity with the terms and conditions under which the call for tenders was made and if such terms so provide. There is no disagreement between the parties here about the form and procedure in which the tender was submitted by the respondent and that it complied with the terms and conditions of the call for tenders. Consequently, contract A came into being. The principal term of contract A is the irrevocability of the bid, and the corollary term is the obligation in both parties to enter into a contract (contract B) upon the acceptance of the tender. Other terms include the qualified obligations of the owner to accept the lowest tender, and the degree of this obligation is controlled by the terms and conditions established in the call for tenders. [Emphasis added.]

The contract A concept enunciated in the *Ron Engineering* case was applied by the majority of the Federal Court of Appeal in *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293 (C.A.) to override a stipulation that the respondent department need not accept the lowest or any tender, where the respondent breached the contract A condition for a two-year contract by awarding to the higher bidder what was a four-year contract in substance. Mahoney J., after alluding to the *Ron Engineering* principle, stated the following *ratio* of the decision at pages 306-307:

était joint serait retenu en cas de retrait de la soumission ou de refus du soumissionnaire d'y donner suite, crée un contrat qui lie le soumissionnaire. En conséquence, lorsqu'un soumissionnaire découvre peu après l'ouverture des plis que les calculs ayant servi à l'établissement de la soumission comportaient une erreur, puis refuse de signer le contrat d'entreprise, le propriétaire a le droit de retenir le dépôt conformément aux conditions de l'appel d'offres.

Le juge Estey a énoncé le principe qui sous-tend la notion générale du contrat préliminaire A, aux pages 122 et 123 (R.C.S.):

La soumission présentée par l'intimée a donné naissance au contrat A. Celui-ci est parfois appelé en droit contrat unilatéral, c.-à-d. un contrat qui résulte d'un acte fait en réponse à une offre, par exemple, de la façon la plus simple: «Je vous paierai un dollar si vous tondez mon gazon». Il n'y a pas, en droit, d'obligation de tondre le gazon et l'obligation de verser un dollar ne naît que de l'exécution de l'acte mentionné dans l'offre. En l'espèce, l'appel d'offres n'a créé aucune obligation pour l'intimée, ni pour qui que ce soit dans l'industrie de la construction ou hors de celle-ci. Quand une entreprise de construction répond à un appel d'offres, comme l'intimée l'a fait en l'espèce, elle le fait en présentant une soumission ou une enchère comme on l'appelle parfois. L'aspect important de l'enchère, en droit, est qu'elle devient immédiatement irrévocable si elle est présentée conformément aux conditions générales de l'appel d'offres et si ces conditions le prévoient. Il n'y a pas de désaccord entre les parties quant à la formule utilisée et à la procédure suivie par l'intimée pour présenter la soumission ni quant à la conformité de celle-ci aux conditions générales de l'appel d'offres. En conséquence, il y a eu formation du contrat A. La condition principale du contrat A est l'irrévocabilité de l'offre, et la condition qui en découle est l'obligation pour les deux parties de former un autre contrat (le contrat B) dès l'acceptation de la soumission. Les autres conditions comportent l'obligation, sous certaines réserves, pour la propriétaire d'accepter la soumission la plus basse, obligation dont l'étendue est déterminée par les conditions générales mentionnées à l'appel d'offres. [Non souligné dans le texte original.]

La notion du contrat A énoncée dans l'arrêt *Ron Engineering* a été appliquée par la Cour d'appel fédérale à la majorité dans l'arrêt *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293 (C.A.). Celle-ci l'a invoquée pour écarter une stipulation suivant laquelle le ministère intimé n'accepterait pas nécessairement ni la plus basse ni aucune des soumissions, car l'intimé avait violé la condition du contrat A relative à un contrat de deux ans en attribuant à l'autre candidat dont l'offre était plus haute ce qui était, quant au fond, un contrat de quatre ans. Après avoir fait mention du principe énoncé dans l'arrêt *Ron Engineering*, le juge Mahoney expose le *ratio* de

The respondent's obligation under contract A was not to award a contract except in accordance with the terms of the tender call. The stipulation that the lowest or any tender need not be accepted does not alter that. The respondent might award no contract at all or it might award contract B to Tower, but it was under a contractual obligation to the appellant not to award Tower something other than contract B. [Emphasis added.]

Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. v. Canada, [1987] 3 F.C. 144 (C.A.) was an appeal from an unreported decision of the Federal Court of Canada, Trial Division [judgment dated March 4, 1985, T-4780-76] holding that Transport Canada had breached the terms of the bid contract by awarding Tilden its lowest bid in the domestic category for car rental concessions at major airports. The Trial Court awarded Hertz damages of \$232,500 equal to the excess amount which was bid because of the breach of the tender contract. Transport Canada appealed and Hertz cross-appealed the refusal to award damages for loss of profit. The Federal Court of Appeal upheld the decision of the learned Trial Judge that there had been a breach of the preliminary contract A created by the tendering process, and dismissed both the appeal and cross-appeal. Heald J.A., in reviewing the findings of the learned Trial Judge on liability, said at pages 157-158:

The Trial Judge rejected the appellant's reliance on the "no tender need necessarily be accepted" clause. After observing that it was "a 'boiler-plate' type" clause she expressed the following view (A.B., Vol. 1, page 43):

If the defendant's argument is correct, that clause would vitiate any tender contract; it would empower the Department to choose in a completely arbitrary way between tenderers.

I agree with that view of the matter. I would add that to give paramountcy to this clause of the Specifications would be to render nugatory and completely meaningless the Award Procedure clause of the Specifications quoted earlier herein (A.B.,

la décision, aux pages 306 et 307, dans les termes suivants:

En vertu du contrat A, l'intimée avait l'obligation de n'accorder un contrat qu'en conformité des modalités de l'appel d'offres. La stipulation suivant laquelle le Ministère n'acceptera pas nécessairement ni la plus basse ni aucune des soumissions ne vient pas changer cet état de choses. L'intimée pouvait n'accorder aucun contrat du tout ou encore accorder le contrat B à Tower, mais elle avait une obligation contractuelle envers l'appelante, soit celle de ne pas accorder autre chose à Tower que le contrat B. [Non souligné dans le texte original.]

L'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. c. Canada*, [1987] 3 C.F. 144 (C.A.) portait sur un appel formé contre une décision non publiée de la Section de première instance de la Cour fédérale [jugement en date du 4 mars 1985, T-4780-76]. Celle-ci avait conclu que Transports Canada avait transgressé les conditions du contrat régissant les soumissions en acceptant la plus basse des soumissions de Tilden (celle présentée dans la catégorie domestique) pour les concessions de location d'automobiles dans les principaux aéroports. Le juge de première instance avait accordé à Hertz des dommages-intérêts d'un montant de 232 500 \$, équivalant au montant supplémentaire offert, à cause de la rupture du contrat régissant les soumissions. Transports Canada a interjeté appel et Hertz a formé un appel incident contre le refus d'accorder des dommages-intérêts pour le manque à gagner. La Cour d'appel fédérale a confirmé la décision du juge de première instance concluant à la rupture du contrat préliminaire A créé par l'appel d'offres et a rejeté l'appel et l'appel incident. Analysant les conclusions du juge de première instance sur la question de la responsabilité, le juge Heald, J.C.A., dit, aux pages 157 et 158:

Le juge de première instance a rejeté l'argument de l'appelante fondé sur la clause stipulant que le Ministère «n'est tenu de retenir aucune soumission». Après avoir observé que cette clause était une «clause de style», elle a énoncé l'opinion suivante (dossier d'appel, vol. 1, page 43):

Si l'argument de la défenderesse est bien fondé, la présence de cette clause aurait pour effet de vicier tout contrat de soumission. De plus, le Ministère pourrait s'en autoriser pour choisir d'une manière complètement arbitraire entre les soumissionnaires.

Je partage cette opinion. J'ajouterais que le fait d'accorder la prépondérance à cette clause des Conditions annulerait et rendrait complètement dépourvue de sens la clause précitée des Conditions relative à l'adjudication (dossier d'appel, vol. 1,

Vol. 1, page 98). That clause specifically provides that where a tenderer is successful within more than one counter group, only one counter will be awarded and "the award will be made on the basis of the highest offer made by that tenderer in any group . . ." (emphasis added). As noted by the Trial Judge (A.B., Vol. 1, page 44):

. . . it was not argued that the award procedure clause of the tender specifications was in any way ambiguous. Both parties treated it as indicating that the highest bid by a tenderer would be chosen.

I agree with the learned Trial Judge.

Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.) (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 345 (C.A.) was an appeal by the respondent municipality from the trial decision [(1987), 28 C.L.R. 290 (B.C. Co. Ct.)] holding them liable in damages for having breached the preliminary contract A by reason of an implied term therein according to industry practice to award the contract to the lowest qualified bidder, notwithstanding a privilege or exclusion clause that "[t]he lowest or any tender will not necessarily be accepted." [at page 290], where the appellant's preferential precondition favouring local contractors had not been conveyed to the bidders. The Court of Appeal of British Columbia upheld the decision of the Trial Judge and dismissed the appeal. Legg J.A., writing the opinion of the Court, said at pages 349-350:

I am unable to accept counsel's submission that the privilege clause gave the appellant the right to exercise a local preference when that local preference was not revealed by, or stated in, the tender documents. The basis for that portion of the reasoning in *Ron Engr., supra* and for the reasoning in *M.S.K. Fin. Services Ltd.*² *supra*, giving effect to a privilege clause and relied upon by the appellant is the proposition that the tender documents have set out fully all the terms which will be incorporated into contract A once a bidder submits his bid in response to the tender documents. The concept is based upon offer and acceptance in the law of contract. But where the appellant attaches a condition to its offer, as the appellant did in the case at bar, and that condition is unknown to the respondent, the appellant cannot successfully contend that the privilege clause made clear to the respondent bidder that it had entered into a contract on the express terms of the wording of that clause. There was no consensus between the parties that the wording of the privilege clause governed. It would be inequitable to allow the appellant to take the position that the privi-

² (1987), 77 A.R. 362 (Q.B.).

page 98). Cette clause prévoit expressément qu'un soumissionnaire réussissant dans plus d'une catégorie ne se verra attribuer qu'un seul comptoir et que, dans une telle éventualité, « . . . l'adjudication se fera en fonction de l'offre la plus élevée dudit soumissionnaire . . . » (les soulignements sont ajoutés). Ainsi que l'a noté le juge de première instance (dossier d'appel, vol. 1, page 44):

. . . on n'a pas allégué la moindre ambiguïté dans la clause relative à l'adjudication figurant dans les conditions de l'appel d'offres. L'une et l'autre parties ont tenu pour acquis que l'offre la plus élevée d'un soumissionnaire serait retenue.

Je suis d'accord avec le juge de première instance.

Dans l'affaire *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)* (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 345 (C.A.), la municipalité intimée avait porté en appel la décision du juge de première instance [(1987), 28 C.L.R. 290 (C. cté C.-B.)] concluant qu'elle devait verser des dommages-intérêts pour avoir violé une clause implicite du contrat préliminaire A, selon laquelle la pratique de l'industrie voulait que le marché soit attribué au moins-disant qui remplit les conditions, malgré une clause de privilège ou d'exonération aux termes de laquelle elle [TRADUCTION] « n'accepterait pas nécessairement ni la plus basse ni aucune des soumissions. » [à la page 290], or, l'appelante n'avait pas informé les soumissionnaires de l'existence d'une condition requise tendant à accorder la préférence aux entrepreneurs locaux. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la décision de première instance et rejeté l'appel. Le juge Legg, exprimant l'opinion de la Cour, dit ceci (aux pages 349 et 350):

[TRADUCTION] Je ne peux pas accepter l'argument de l'avocat que la clause de privilège a donné à l'appelante le droit de choisir de préférence un entrepreneur local si cette préférence n'a pas été révélée ou énoncée dans les documents d'appel d'offres. Cette partie du raisonnement dans l'arrêt *Ron Engr., supra*, et le raisonnement dans l'affaire *M.S.K. Fin. Services Ltd.*², précitée, appliquant une clause de privilège et invoqués par l'appelante, reposent sur la proposition que les documents d'appel d'offres renferment toutes les conditions qui seront insérées dans le contrat A quand un soumissionnaire aura présenté son offre en réponse à ces documents. Le concept est basé sur le principe de l'offre et de l'acceptation en droit des contrats. Mais si l'appelante assortit son appel d'offres d'une condition, comme en l'espèce, et que l'intimée n'en est pas informée, l'appelante ne peut pas faire valoir que la clause de privilège a indiqué clairement au soumissionnaire intimé qu'il a conclu un contrat conforme aux conditions expresses de cette clause. Les parties ne sont pas tombées d'accord que la teneur de cette clause de privilège l'emporterait. Permettre à l'appe-

² (1987), 77 A.R. 362 (B.R.).

lege clause governed when the appellant had reserved to itself the right to prefer a local contractor whose bid was within 10 per cent of the lowest bid. By adopting a policy of preferring local contractors whose bids were within 10 per cent of the lowest bid, the appellant in effect incorporated an implied term without notice of that implied term to all bidders, including the respondent. In so doing, it was in breach of a duty to treat all bidders fairly and not to give any of them an unfair advantage over the others. [Emphasis added.]

The learned Judge went on to make the following pertinent statement at page 351:

I agree with counsel for the respondent that it is inherent in the tendering process that the owner is inviting bidders to put in their lowest bid and that the bidders will respond accordingly. If the owner attaches an undisclosed term that is inconsistent with that tendering process, a term that the lowest qualified bid will be accepted should be implied in order to give effect to that process. [Emphasis added.]

In *Bruinsma (Ben) & Sons Ltd. v. Chatham* (1984), 29 B.L.R. 148 (Ont. H.C.) the plaintiff was the initial low bidder on tenders called by the defendant municipality for the sodding or seeding of soccer fields. The call for tenders reserved to the municipality the right to reject any or all tenders or to accept any tender deemed to be in its interest. After the submission of tenders but prior to acceptance, the defendant altered the terms of the tender by deleting an item pertaining to sodding, resulting in another tenderer becoming low bidder to whom the contract was awarded. The Court held that the tender and contractual documents did not permit the defendant to delete items from the tender before acceptance and that this [at page 161] “was a breach of contract or a breach of duty on the part of Chatham within the contractual relationship with the plaintiff and all the tenderers”.

The New Brunswick Court of Appeal took the opposite tack from *Chinook Aggregates* in *Leo Lisi Ltd. v. Province of New Brunswick* (1975), 11 N.B.R. (2d) 701, decided before the advent of the *Ron Engineering* principle. The defendant called for tenders

lante d'affirmer que la clause de privilège était déterminante ne serait pas équitable si elle s'était réservé le droit de donner la préférence à un entrepreneur local dont la soumission n'excéderait pas l'offre la plus basse de dix pour cent. En adoptant une ligne de conduite accordant la préférence à un entrepreneur local dont la soumission n'excéderait pas l'offre la plus basse de dix pour cent, l'appelante a en fait incorporé une condition implicite sans en aviser tous les soumissionnaires, dont l'intimée. Elle a par cet acte manqué à une obligation de traiter équitablement tous les soumissionnaires et de ne pas accorder d'avantage injuste à l'un d'eux. [Non souligné dans le texte original.]

Le juge a ajouté l'observation pertinente qui suit (à la page 351):

[TRADUCTION] Je souscris à l'opinion de l'avocat de l'intimée qu'une caractéristique essentielle de l'appel d'offres veuille que le propriétaire invite les soumissionnaires à présenter leur offre la plus basse et que les soumissionnaires répondent en conséquence. Si le propriétaire inclut une condition non divulguée qui est incompatible avec cet appel d'offres, une condition voulant que l'offre la plus basse qui remplit les conditions soit acceptée doit être sous-entendue afin qu'il soit donné suite à cet appel d'offres. [Non souligné dans le texte original.]

Dans l'arrêt *Bruinsma (Ben) & Sons Ltd. v. Chatham* (1984), 29 B.L.R. 148 (H.C. Ont.), la demanderesse était la moins-disante, initialement, dans le cadre d'un appel d'offres lancé par la municipalité défenderesse relativement au gazonnage ou à l'ensemencement de terrains de soccer. Dans l'appel d'offres, la municipalité s'était réservé le droit de rejeter toutes les soumissions ou d'accepter toute soumission qu'elle jugerait avantageuse. Après le dépôt de soumissions mais avant leur acceptation, la défenderesse a modifié les conditions de l'appel d'offres en supprimant un élément relatif au gazonnage, de sorte qu'un autre soumissionnaire est devenu le moins-disant à qui le marché a été attribué. La Cour a décidé que l'appel d'offres et les documents contractuels ne permettaient pas à la défenderesse de supprimer des éléments de l'appel d'offres avant l'acceptation et que cela [TRADUCTION] [à la page 161] «constituait une violation du contrat ou un manquement à une obligation de la part de Chatham dans le cadre des relations contractuelles avec la demanderesse et avec tous les soumissionnaires.»

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick avait adopté une solution contraire à celle de l'affaire *Chinook Aggregates* dans l'affaire *Leo Lisi Ltd. v. Province of New Brunswick* (1975), 11 N.B.R. (2d) 701, qui a été tranchée avant qu'ait été énoncé le principe

for the supply of air handling units for a hospital under construction at Fredericton, N.B. The tenders were opened publicly and the plaintiff had the lowest bid of \$491,194. However, the contract was awarded to another supplier who was the third lowest bidder at \$522,796. The defendant advised the plaintiff that the reason for rejecting his bid was a preferential policy of awarding contracts to bidders located in the Maritime Provinces who were within ten percent of the low bid. The plaintiff brought an action for damages for misrepresentation against the defendant for omitting to disclose in a public tender call the reasons for which a low bid would be rejected. The Trial Judge [at (1975), 10 N.B.R. (2d) 449 (Q.B.)] dismissed the action on the ground that the evidence fell short of establishing that the reason for not accepting the plaintiff's low bid was the preferential policy of the defendant to award contracts to the lowest Maritime Provinces' bidders, if their bids were within ten percent of the lowest tender. The plaintiff argued that this constituted actionable misrepresentation and strongly relied on the principle enunciated in *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, [1963] 2 All E.R. 575. The Court dismissed the appeal on the ground that the defendant was not under a duty to disclose in a tender document its "preferential policy". Bugold J.A., in delivering the judgment of the Court, set the stage for achieving that result by making the following essential characterizations [at page 707]:

While the so-called provincial or preferential policy may not have been clearly established, I think, in the present case, a reasonable and proper inference may be drawn from the particulars of this case that such a policy existed at the ministerial level and played the major role in the non-acceptance of the plaintiff's tender.

The basic question for determination is whether the defendant owed a duty to the plaintiff to disclose, in the tender documents, the "preferential policy" as one of the reasons for the tender rejection and whether the failure to do so in the instant case constituted an actionable misrepresentation.

de l'arrêt *Ron Engineering*. La défenderesse avait lancé un appel d'offres relativement à la fourniture d'appareils de climatisation destinés à un hôpital en construction à Fredericton, au Nouveau-Brunswick.

- a* Les plis ont été ouverts en public et la demanderesse avait présenté l'offre la plus basse, soit 491 194 \$. Toutefois, le marché a été attribué à un autre fournisseur qui avait présenté la troisième offre la plus basse, soit 522 796 \$. La défenderesse a informé la demanderesse qu'elle avait rejeté sa soumission parce qu'elle donnait la préférence aux entrepreneurs des Provinces maritimes dont la soumission n'excédait pas la plus basse soumission de plus de dix pour cent.
- b* La demanderesse a engagé une action en dommages-intérêts contre la défenderesse pour avoir fait une déclaration inexacte en omettant de révéler dans un appel d'offres public les raisons pour lesquelles une offre plus basse serait rejetée. Le juge de première instance [à (1975), 10 N.B.R. (2d) 449 (B.R.)] a rejeté l'action parce que la preuve n'avait pas établi que la raison pour laquelle la soumission la plus basse, celle de la demanderesse, avait été rejetée, ressortissait à une politique de la défenderesse visant à donner la préférence aux soumissionnaires des Provinces maritimes dont les offres étaient les plus basses, si elles ne dépassaient pas l'offre la plus basse de plus de dix pour cent. La demanderesse a soutenu qu'il s'agissait d'une déclaration inexacte qui donnait matière à procès et a fait vigoureusement valoir le principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, [1963] 2 All E.R. 575. La Cour a rejeté l'appel parce que la défenderesse n'avait pas l'obligation de révéler dans un document d'appel d'offres sa «politique de traitement préférentiel». Rendant le jugement de la Cour, le juge Bugold a exposé la situation qui l'a amené à ce résultat en mettant en évidence les caractéristiques essentielles suivantes [à la page 707]:

[TRADUCTION] Certes, la prétendue politique de la province ou politique de traitement préférentiel n'a peut-être pas été établie clairement, mais je pense qu'en l'espèce, il est raisonnable et convenable d'inférer des circonstances de cette affaire qu'elle existait au niveau ministériel et qu'elle a joué le rôle principal dans le rejet de la soumission de la demanderesse.

La question fondamentale qu'il faut trancher est de savoir si la défenderesse avait, envers la demanderesse, l'obligation de l'informer, dans les documents d'appel d'offres, que la «politique de traitement préférentiel» était l'un des motifs de rejet d'une soumission et si l'omission de le faire en l'espèce constituait une déclaration inexacte qui donnait matière à procès.

The invitation to tender in the present case was not an offer to enter into a contract with the plaintiff and consequently, at the invitation to tender stage, I think there was no obligation on the part of the defendant to incorporate the ministerial preferential policy in the tender documents.

The learned Judge, after considering and rejecting the application of the *Hedley Byrne* doctrine, stated the *ratio* of the decision, at page 711:

In the case at bar, even though no contractual or fiduciary relationship existed between the plaintiff and the defendant, was the relationship between the parties such as to impose upon the defendant a legal duty to exercise such care as the circumstances required in compiling its invitation to bidder documents?

In my opinion, the defendant, having specified certain circumstances in which a tender would be rejected, was under no duty to the plaintiff, as one of the tenderers, to disclose every circumstance in which it might choose to award the contract to a bidder other than the lowest bidder. In any event, the plaintiff has no legitimate ground for complaint in view of the information contained in the "Right to Reject" clause which gave adequate warning to all bidders and which reads as follows: "The Owner reserves the right to reject any or all tenders and the lowest tender will not necessarily be accepted".

In my opinion, the *Leo Lisi* case is distinguishable by the fact that the Court found there that the invitation to tender was not an offer to enter into a contract with the plaintiff but was nothing more than an invitation to treat, whereby there was no obligation on the defendant to incorporate the preferential policy in the tender documents. Moreover, the Court was not called upon to consider the creation of any preliminary contract A resulting from the submission of a tender bid in response to a call for tenders, according to the *Ron Engineering* principle. Had that been the case, the result might well have been different. Mr. Justice Legg made reference to the *Leo Lisi* case in his reasons for judgment in *Chinook Aggregates*, *supra*, pointing out that he preferred the reasoning of the Federal Court of Appeal in *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, *supra*. Needless to say, I share the same view that the *Best Cleaners* case represents a better statement of the current law in terms of the application of the *Ron Engineering* principle.

L'invitation à présenter des soumissions n'était pas, en l'espèce, une offre de conclure un contrat avec la demanderesse et, par conséquent, au stade de l'appel d'offres, je pense que la défenderesse n'avait pas l'obligation d'incorporer dans les documents d'appel d'offres la politique ministérielle de traitement préférentiel.

Après avoir examiné, puis écarté, l'application de la doctrine formulée dans l'arrêt *Hedley Byrne*, le juge a exposé le *ratio* de sa décision, à la page 711:

[TRADUCTION] En l'espèce, quand même aucune relation contractuelle ou fiduciaire n'aurait existé entre la demanderesse et la défenderesse, la relation entre les parties était-elle de nature à imposer à la défenderesse l'obligation, en droit, de faire preuve de la diligence exigée par les circonstances, en rédigeant ses documents d'appel d'offres?

À mon avis, la défenderesse, après avoir spécifié certaines circonstances dans lesquelles une soumission serait rejetée, n'avait pas, envers la demanderesse, l'obligation de révéler toutes les circonstances dans lesquelles elle pourrait choisir d'attribuer le marché à un soumissionnaire autre que le moins-disant. De toute façon, la demanderesse ne peut faire valoir aucun grief légitime, étant donné l'information contenue dans la clause stipulant le «droit de rejeter» une soumission, qui donnait un avertissement suffisant à tous les soumissionnaires et qui était ainsi libellée: «Le propriétaire se réserve le droit de rejeter toutes les soumissions et il n'acceptera pas nécessairement la soumission la plus basse.»

À mon avis, l'affaire *Leo Lisi* peut être distinguée en raison de la conclusion que la Cour y a tirée que l'appel d'offres n'était pas une offre de conclure un contrat avec la demanderesse mais n'était rien d'autre qu'une invitation à traiter, ne faisant aucunement à la défenderesse l'obligation d'incorporer dans les documents d'appel d'offres la politique de traitement préférentiel. Par surcroît, la Cour n'était pas appelée à tenir compte de la création d'un contrat préliminaire A découlant de la présentation de soumissions en réponse à un appel d'offres, selon le principe énoncé dans l'arrêt *Ron Engineering*. Si cela avait été le cas, le résultat aurait bien pu être différent. Dans ses motifs de jugement dans l'affaire *Chinook Aggregates*, précitée, le juge Legg s'est reporté à la décision *Leo Lisi*, soulignant qu'il préférerait le raisonnement de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, précité. Il va sans dire que je souscris à son avis que la décision *Best Cleaners* représente un exposé plus exact de l'état du droit actuel pour ce qui est de l'application du principe énoncé dans l'arrêt *Ron Engineering*.

For other decisions sustaining the lottery theory of tendering or otherwise limiting the application of the *Ron Engineering* principle, see: *Megatech Contracting Ltd. v. Ottawa-Carleton (Regional Municipality)* (1989), 68 O.R. (2d) 503 (H.C.); *Elgin Construction Ltd. v. Russell (Twp)* (1987), 24 C.L.R. 253 (Ont. H.C.); *Whistler Service Park Ltd. v. Whistler (Resort Municipality)* (1990), 41 C.L.R. 132 (B.C.S.C.); *Kawneer Co. Canada (Ltd.) v. Bank of Canada* (1982), 40 O.R. (2d) 275 (C.A.); and *Calgary v. Northern Construction Co.* (1985), 67 A.R. 95 (C.A.).

Whistler Service Park v. Whistler (Resort Municipality) (1990), 41 C.L.R. 132 (B.C.S.C.) was one of the cases relied on by the defendant. The plaintiff, who was a major developer and large local contractor within the defendant resort municipality, brought an action against the municipality for damages for breach of public duty and unfairness with respect to its tendering processes in nine specific instances over the years, and also for breach of contract in the tendering procedures involving two specific work projects. I need refer only to the breach of contract aspect pertinent to these two projects. The plaintiff argued that the work should have been re-tendered in both cases. In the case of the first project, the plaintiff's bid did not comply with the terms and conditions of the call for tenders with the result that no contract A was found to have been created on the submission of the tender bid. The Court held that the contract for the second work project had been properly awarded to the low bidder, despite the existence of a contract A arising from the submission of bids. The plaintiff's action for breach of contract on these two tenders therefore failed. Harvey J., after alluding to the *Ron Engineering* case and other authorities enunciating the contract A principle, stated the following rationale for rejecting the plaintiff's tender for the second work project, at page 149:

Did the municipality's action in changing the sand requirement breach its obligations under Contract "A"? This is not a case of the municipality changing a specification set out in the tender call documents with the result that a bidder other than Sabre received the job. This is a case of the municipality

Pour d'autres décisions étayant la théorie de la loterie, en matière d'appel d'offres, ou limitant l'application du principe énoncé dans l'arrêt *Ron Engineering*, voir: *Megatech Contracting Ltd. v. Ottawa-Carleton (Regional Municipality)* (1989), 68 O.R. (2d) 503 (H.C.); *Elgin Construction Ltd. v. Russell (Twp)* (1987), 24 C.L.R. 253 (H.C. Ont.); *Whistler Service Park Ltd. v. Whistler (Resort Municipality)* (1990), 41 C.L.R. 132 (C.S.C.-B.); *Kawneer Co. Canada (Ltd.) v. Bank of Canada* (1982), 40 O.R. (2d) 275 (C.A.); *Calgary v. Northern Construction Co.* (1985), 67 A.R. 95 (C.A.).

L'affaire *Whistler Service Park v. Whistler (Resort Municipality)* (1990), 41 C.L.R. 132 (C.S.C.-B.) a été citée par la défenderesse. La demanderesse, qui était un important promoteur et entrepreneur exerçant son activité dans le territoire de la municipalité, a engagé contre celle-ci une action en dommages-intérêts pour avoir violé ses devoirs et avoir agi de manière inéquitable dans le passé à l'occasion de neuf appels d'offres, et pour avoir rompu un contrat dans le cadre d'appels d'offres concernant deux projets de construction. Qu'il me suffise de m'arrêter à l'aspect de l'affaire qui met en jeu la rupture de contrat relative à ces deux projets. La demanderesse a affirmé qu'il aurait convenu de recommencer les appels d'offres dans les deux cas. Dans le cas du premier projet, la soumission de la demanderesse n'était pas conforme aux conditions de l'appel d'offres, de sorte que la Cour a conclu que le contrat A n'avait pas été créé lorsque la soumission a été présentée. Dans le cas du second projet, elle a conclu que le marché avait été attribué correctement au moins-disant, malgré l'existence d'un contrat A découlant de la présentation de soumissions. La demanderesse n'a donc pas eu gain de cause quant à son action pour rupture de contrat. Après avoir fait allusion à l'arrêt *Ron Engineering* et à d'autres décisions reprenant le principe du contrat A, le juge Harvey a énoncé la raison pour laquelle la soumission de la demanderesse avait été rejetée dans le cas du second projet, dans les termes suivants, à la page 149:

[TRADUCTION] En modifiant l'exigence concernant le sable, la municipalité a-t-elle manqué à ses obligations prévues au contrat A? La municipalité n'a pas, en changeant une condition énoncée dans les documents d'appel d'offres, fait en sorte qu'un autre soumissionnaire que Sabre se voie attribuer les tra-

changing a term of Contract "B" after it had properly accepted the low bid of the successful contractor.

There is no express term in the tender call document which obligates the municipality, as part of its Contract "A" with all tenderers, not to change the job specifications after selecting the low bidder. The municipality may have an implied obligation not to "rig" the bid by designing tender specifications and requirements so as to discriminatorily exclude all but its preferred contractor or just one disapproved-of contractor. However, the plaintiffs did not put forward evidence of such manipulation. [Emphasis added.]

Sabre submitted a bid on equal footing with the successful bidder and was outbid. Whatever alterations were subsequently made concerned only the parties to Contract "B"; Whistler and the successful bidder. Those alterations in no way breached any obligation owed by Whistler to Sabre or any of the other bidders pursuant to Contract "A".

Cabott (Walter) Construction Ltd. v. The Queen (1974), 44 D.L.R. (3d) 82 (F.C.T.D.); *vard* (1975), 69 D.L.R. (3d) 542 (F.C.A.) was an interesting case which raised the issue of the breach of implied terms in a contract for the construction of a fish hatchery facility on the Capilano River in North Vancouver pursuant to tender calls, and the concomitant issue of negligent misrepresentation for withholding material information from the successful bidder. The Federal Court, Trial Division, found for the plaintiff on both issues and awarded damages for breach of contract and damages for negligent misrepresentations occurring prior to the creation of any contractual relationship between the parties. The Trial Judge, Mahoney J., after alluding to a statement of law propounded by Lord Devlin in the *Hedley Byrne* case, stated the following principle with respect to the misrepresentation issue at page 98 (44 D.L.R.):

I have no difficulty in finding that the relationship between the person who invites tenders on a building contract and those who accept that invitation is such a particular relationship as to impose a duty of care upon that person so as to render actionable an innocent but negligent misrepresentation in the information which he conveys to those whom he intends to act upon it. I am further of the view that, where the information is clearly material and obviously very much in the mind of the party withholding it, as in this instance, the failure to disclose it is a breach of the duty owed.

vaux. Elle a modifié une condition du contrat B après avoir accepté régulièrement l'offre du moins-disant.

Aucune condition expresse du document d'appel d'offres n'oblige la municipalité, dans le cadre de son contrat A avec tous les soumissionnaires, à ne pas modifier les conditions relatives aux travaux après qu'elle a choisi le moins-disant. La municipalité a peut-être l'obligation implicite de ne pas «triquer» l'appel d'offres en libellant les conditions et les exigences de façon à exclure par une distinction injuste tous les entrepreneurs, sauf celui qu'elle préfère, ou à en exclure seulement celui qu'elle désapprouve. Toutefois, les demanderessees n'ont pas produit de preuve de pareil tripotage. [Non souligné dans le texte original.]

Sabre a présenté une soumission sur un pied d'égalité avec l'attributaire et elle a perdu. Les modifications apportées postérieurement, quelles qu'elles soient, ne concernaient que les parties au contrat B: Whistler et l'attributaire. Ces modifications n'ont en rien constitué un manquement à quelque obligation de Whistler, prévue au contrat A, envers Sabre ou tout autre soumissionnaire.

La décision *Cabott (Walter) Construction Ltd. v. The Queen* (1974), 44 D.L.R. (3d) 82 (C.F. 1^{re} inst.); *mod. par* (1975), 69 D.L.R. (3d) 542 (C.A.F.), portait sur une affaire intéressante dans laquelle avaient été soulevées la question du manquement aux conditions implicites d'un contrat de construction d'une écloserie sur la rivière Capilano à North Vancouver, par suite d'un appel d'offres, et la question concomitante de la déclaration erronée imputable à la négligence découlant de l'omission de communiquer des renseignements importants à l'attributaire. La Section de première instance de la Cour fédérale a statué en faveur de la demanderesse sur les deux questions et a accordé des dommages-intérêts pour rupture de contrat ainsi que des dommages-intérêts pour déclarations erronées imputables à la négligence qui avaient été faites avant la création de tout contrat entre les parties. Après avoir fait allusion à une règle de droit énoncée par lord Devlin dans l'affaire *Hedley Byrne*, le juge de première instance Mahoney a formulé le principe qui suit relativement à la question des déclarations erronées (à la page 98 (44 D.L.R.):

Je n'ai pas la moindre difficulté à conclure que la relation qui existe entre la personne ayant publié des appels d'offres pour un contrat de construction et celles y ayant répondu, est de nature particulière et impose à la première une obligation de diligence, de sorte qu'elle peut être poursuivie si elle fait de bonne foi, aux personnes qui s'y fieront, des déclarations erronées imputables à la négligence. De plus, j'estime que lorsque les renseignements sont importants et qu'ils sont présents à l'esprit de celui qui les cache, comme en l'espèce, de ne pas les transmettre constitue un manquement à une obligation.

The defendant appealed that judgment to the Federal Court of Appeal, and the plaintiff cross-appealed the dismissal of the claim for extras and the assessment of damages. A majority of the Court upheld the findings of the Trial Judge on the breach of contract issue on the ground that it was an implied term of every building contract that the owner would provide sufficient space around the work site to enable the contractor to carry out his work unimpeded. However, the full Court rejected the principle enunciated by Mahoney J. with respect to negligent misrepresentation, but without fully elaborating the reasons therefor. Pratte J., from whom the majority differed on the breach of contract issue, held that there was no negligent misrepresentation because the appellant in inviting tenders was under no duty to disclose its intentions with respect to another proposed project in the vicinity of the one first contracted for. Urie J., writing the majority opinion, simply allowed the appeal in respect of the damages awarded for negligent misrepresentation and reduced the *quantum* accordingly, at the same time dismissing the respondent's cross-appeal on the assessment of damages.

Cf. *Sodd Corporation Inc. v. Tessis* (1977), 17 O.R. (2d) 158 (C.A.). This case was an appeal by the defendant from a judgment at trial in favour of the plaintiff in an action for damages for negligent misrepresentation. The defendant, a chartered accountant and licensed trustee in bankruptcy, advertised for sale by tender the stock-in-trade of a bankrupt represented as having a certain retail value, on which the plaintiff relied in submitting his tender. The advertisement for tenders contained an exemption clause to the effect that the purchaser had inspected the goods and that no warranty or condition was expressed or could be implied with respect thereto. The Trial Judge held the defendant liable for negligent misrepresentation on the basis of the *Hedley Byrne* principle. On appeal, it was argued by the defendant that this principle did not apply because there was no special relationship between the parties giving rise to a duty of care. The Ontario Court of Appeal held that the defendant as a professional accountant and trustee in bankruptcy

La défenderesse a porté le jugement en appel devant la Cour d'appel fédérale et la demanderesse a formé un appel incident contre le rejet de la demande touchant des travaux hors-devis et contre le montant des dommages-intérêts. À la majorité, la Cour a confirmé les conclusions du juge de première instance sur la question de la rupture de contrat parce que tout contrat de construction contient une condition implicite que le maître de l'ouvrage doit fournir un espace suffisant autour du chantier pour permettre à l'entrepreneur de réaliser les travaux sans entrave. Toutefois, la Cour a rejeté, en séance plénière, le principe énoncé par le juge Mahoney quant à la déclaration erronée imputable à la négligence, mais sans exposer exhaustivement les motifs de sa décision. Le juge Pratte, au jugement duquel la Cour n'a pas souscrit relativement à la question de la rupture de contrat, a conclu à l'absence de déclaration erronée imputable à la négligence parce que l'appelante, en faisant un appel d'offres, n'avait pas l'obligation de divulguer ses intentions quant à un autre projet envisagé dans les environs du premier projet, visé par le marché attribué. Au nom de la majorité, le juge Urie a simplement fait droit à l'appel relativement aux dommages-intérêts accordés pour la déclaration erronée imputable à la négligence et en a réduit le *quantum* en conséquence, tout en rejetant l'appel incident de l'intimée quant à l'estimation des dommages-intérêts.

Comparons l'arrêt *Sodd Corporation Inc. v. Tessis* (1977), 17 O.R. (2d) 158 (C.A.). Il s'agit d'un appel interjeté par le défendeur contre un jugement de première instance en faveur de la demanderesse dans une action en dommages-intérêts pour déclaration inexacte imputable à la négligence. Le défendeur, comptable agréé et syndic de faillite agréé, avait annoncé la vente aux enchères du stock d'un failli, représenté comme ayant une certaine valeur marchande; la demanderesse s'était fiée à cette annonce pour présenter sa soumission. L'annonce de l'appel d'offres contenait une clause d'exonération selon laquelle l'acheteur avait examiné les marchandises et selon laquelle celles-ci ne faisaient l'objet d'aucune garantie ou condition expresse ou implicite. Le juge de première instance a conclu à la responsabilité du défendeur pour déclaration inexacte imputable à la négligence suivant le principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne*. En appel, le défendeur a soutenu que ce principe n'était pas applicable parce qu'aucune

was in a special relationship creating a duty of care to the plaintiff and was negligent in his representation concerning the retail value of the stock-in-trade. The rationale of the decision with respect to the application of the *Hedley Byrne* principle was thus stated by Lacourcière J.A. at page 160:

... the present case did, in fact, involve a pre-contractual negligent misrepresentation which induced the plaintiff to submit its tender, and the defendant's liability follows on the authority of *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5; see also *Walter Cabott Construction Ltd. v. The Queen* (1974), 44 D.L.R. (3d) 82; varied (1975), 69 D.L.R. (3d) 542, 12 N.R. 285.

For other cases on the applicability of the *Hedley Byrne* principle, see: *The Pas (Town of) v. Porky Packers Ltd. et al.*, [1977] 1 S.C.R. 51; *Nelson Lumber Co. Ltd. v. Koch* (1980), 111 D.L.R. (3d) 140 (Sask. C.A.); and *Sirois and Therrien v. New Brunswick Teachers Federation (N.B.T.F.) and L'Association des Enseignants Francophones du Nouveau-Brunswick (A.E.F.N.B.)* (1984), 56 N.B.R. (2d) 50 (Q.B.). For the views of eminent textbook authors, see Linden, *Canadian Tort Law*, 4th ed., at pages 398-424 and Fleming, *The Law of Torts*, 7th ed., at pages 607-616.

In *The Pas (Town of) v. Porky Packers Ltd. et al.*, *supra*, a majority of the Supreme Court of Canada allowed the appellant's appeal from a judgment in favour of the respondent for negligent misrepresentation by officials of the appellant municipality on the basis of the *Hedley Byrne* doctrine. The doctrine was thus explained and defined by Spence J., who wrote the majority opinion, at page 63:

I agree with Matas J.A. that if the plaintiff's claim is to succeed it must be upon the basis of the doctrine considered in the important decision of the House of Lords in *Hedley Byrne*. I quote the statement in *Charlesworth on Negligence*, 5th ed., para. 49, p. 32, as being a proper statement of the principle applied in that authority:

The House of the Lords has thus expressed the opinion that if in the ordinary course of business including profes-

relation particulière n'avait été établie entre les parties qui puisse faire naître une obligation de diligence. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le défendeur, en qualité de comptable professionnel et de syndic de faillite, avait établi une relation particulière qui avait créé une obligation de diligence envers la demanderesse et qu'il avait été négligent en décrivant la valeur au détail du stock. Le juge Lacourcière a exposé le fondement de la décision relative à l'application du principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne* dans les termes suivants, à la page 160:

[TRADUCTION] ... il y a eu dans la présente espèce, en effet, une déclaration inexacte imputable à la négligence, antérieure à la conclusion du contrat, qui a poussé la demanderesse à présenter une soumission, et la responsabilité du défendeur est engagée en conformité avec l'arrêt *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5; voir aussi *Walter Cabott Construction Ltd. c. La Reine*, (1974), 44 D.L.R. (3d) 82, modifiée par (1975), 69 D.L.R. (3d) 542, 12 N.R. 285.

Voici d'autres décisions sur l'applicabilité du principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne: Le Pas (Ville de) c. Porky Packers Ltd. et autres*, [1977] 1 R.C.S. 51; *Nelson Lumber Co. Ltd. v. Koch* (1980), 111 D.L.R. (3d) 140 (C.A. Sask.); *Sirois and Therrien v. New Brunswick Teachers Federation (N.B.T.F.) and L'Association des Enseignants Francophones du Nouveau-Brunswick (A.E.F.N.B.)* (1984), 56 N.B.R. (2d) 50 (B.R.). Pour connaître le point de vue d'auteurs éminents, voir Linden, *Canadian Tort Law*, 4^e éd., aux pages 398 à 424 et Fleming, *The Law of Torts*, 7^e éd., aux pages 607 à 616.

Dans l'arrêt *Le Pas (Ville de) c. Porky Packers Ltd. et autres*, précité, la Cour suprême du Canada à la majorité a fait droit au pourvoi de l'appelante contre un jugement en faveur de l'intimée pour déclaration inexacte imputable à la négligence, faite par des responsables de la municipalité appelante, en se fondant sur la doctrine établie dans l'arrêt *Hedley Byrne*. Voici en quels termes le juge Spence, qui a écrit l'opinion de la majorité, a expliqué et défini cette doctrine, à la page 63:

J'estime, en accord avec le juge Matas, que si la réclamation de la demanderesse doit être accueillie, ce doit être sur le fondement de la doctrine exposée dans l'arrêt important de la Chambre des lords dans *Hedley Byrne*. Je cite *Charlesworth on Negligence*, 5^e éd., par. 49, p. 32, où on a bien formulé le principe appliqué dans cet arrêt:

[TRADUCTION] La Chambre des lords a donc déclaré que si, dans le cours ordinaire des affaires ou des relations profes-

sional affairs a person seeks advice or information from another who is not under any contractual or fiduciary obligation to give it, in circumstances in which a reasonable man so asked would know that he was being trusted or that his skill or judgment was being relied on, and such person then chooses to give the requested advice or information without clearly disclaiming any responsibility for it, then he accepts a legal duty to exercise such care as the circumstances require in making his reply; for a failure to exercise that care, an action for negligence will lie if damage or loss results.

The learned Judge, after reviewing the evidence, concluded that there was no negligence on which the respondent could base its action under the principles in the *Hedley Byrne* case, for the following reason (at page 68):

It is a requisite for liability under the *Hedley Byrne* principle that the representations be made to a person who has not expert knowledge himself by a person whom the representee believes has a particular skill or judgment in the matter, and that the representations were relied upon to the detriment of the representee.

Nelson Lumber Co. Ltd. v. Koch, supra, was an appeal from a judgment at trial [[1977] 6 W.W.R. 25] in favour of the plaintiff respondent in an action for damages for negligent misrepresentation, based on the application of the *Hedley Byrne* principle. Appellant, who was a manufacturer of packaged homes, recommended a particular contractor to construct the home purchased by the respondent, knowing the contractor to be bankrupt. The contractor failed to complete construction because of financial problems. The Saskatchewan Court of Appeal dismissed the appeal on the ground that the appellant's failure to disclose the fact of the contractor's bankruptcy constituted the breach of an actionable duty of care within the scope of the *Hedley Byrne* doctrine. Bayda J.A. alluded to the *Hedley Byrne* principle as stated in the headnote of the case reported in *All England Law Reports* and the *Charlesworth on Negligence* version approved by Spence J. in the *Porky Packers Ltd.* case, supra, and proceeded to make the following analysis thereof at page 151:

As noted the principle encompasses three broad elements: (1) there must exist between the person giving advice or infor-

sionnelles, on demande un renseignement ou un conseil à quelqu'un qui n'est pas tenu de les donner aux termes d'une obligation contractuelle ou fiduciaire, dans des circonstances où une personne raisonnable ainsi consultée sait qu'on lui fait confiance et qu'on se fie à sa compétence ou à son jugement, et si cette dernière décide de donner le renseignement ou le conseil demandés sans clairement se dégager de toute responsabilité, elle accepte, ce faisant, l'obligation d'exercer la diligence requise par les circonstances; en cas de préjudice, toute omission à cet égard pourra entraîner des poursuites pour négligence.

Après avoir analysé la preuve, le juge a conclu qu'aucune négligence ne pouvait être invoquée par l'intimée pour fonder son action en conformité avec les principes énoncés dans l'arrêt *Hedley Byrne*, pour le motif suivant (à la page 68):

Pour qu'il y ait responsabilité selon les principes énoncés dans *Hedley Byrne*, il faut que la déclaration d'opinion visant une personne qui n'est pas experte, procède d'une autre qui, aux yeux de la première, possède une compétence ou un jugement particuliers en la matière, et que la première personne subisse un préjudice du fait qu'elle s'est fondée sur cette déclaration.

Dans l'arrêt *Nelson Lumber Co. Ltd. v. Koch*, précité, appel était interjeté d'un jugement rendu en première instance [[1977] 6 W.W.R. 25] en faveur de la demanderesse intimée dans une action en dommages-intérêts pour déclaration inexacte imputable à la négligence, et basée sur l'application du principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne*. L'appelante, qui vendait des maisons préfabriquées, avait recommandé à l'intimé de retenir les services d'un entrepreneur pour la construction de sa maison, sachant qu'il était en faillite. L'entrepreneur n'a pas achevé la construction à cause de difficultés financières. La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel parce que l'omission de l'appelante de divulguer le fait que l'entrepreneur avait fait faillite constituait un manquement à une obligation pour lequel elle pouvait être poursuivie suivant le doctrine établie dans l'arrêt *Hedley Byrne*. Le juge Bayda a fait allusion au principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne* tel qu'il est exposé dans le sommaire de l'arrêt publié dans *All England Law Reports* et dans la version tirée de *Charlesworth on Negligence* et approuvée par le juge Spence dans l'arrêt *Porky Packers Ltd.*, précité, puis il a fait l'analyse de ce principe en ces termes, à la page 151:

[TRADUCTION] Comme nous l'avons vu, le principe comporte trois éléments généraux: premièrement, il doit exister, entre la

mation and the person receiving the advice, a special relationship imposing a duty of care upon the former; (2) there must occur a breach of that duty by negligent words (as distinct from negligent conduct); (3) there must be reliance by the person receiving the advice or information upon the negligent words.

See also *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801 (C.A.) per Lord Denning M.R. at page 820.

Application of the Law and Further Findings Consequent Thereon

I turn now to the issue of negligent misrepresentation. Was there in the present case a special relationship between the defendant and the plaintiff within “the broad embrace of the *Hedley Byrne* doctrine” such as to impose on the former a duty of care to disclose in the tender specifications the preferential preconditions of monopoly? In my opinion, there was not. Where are the negligent words with respect to overt advice or information sought from a person believed to have particular skill or judgment in a matter on which the seeker intended to rely, as opposed to conduct, negligent or otherwise? Mr. Justice Mahoney held to the contrary in *Cabott (Walter) Construction Ltd. v. The Queen*, *supra*, but the full panel of the Federal Court of Appeal was unanimous in rejecting his finding of negligent misrepresentation based on a “particular relationship” between the person inviting tenders and those submitting tender bids. Despite the persuasive reasoning of the Ontario Court of Appeal in *Sodd Corporation Inc. v. Tessis*, *supra*, I am bound by the decision of our appellate Court, notwithstanding the paucity of its reasons with respect to the issue of negligent misrepresentation. I am further supported in my opinion by the New Brunswick Court of Appeal’s rejection of the *Hedley Byrne* principle in the *Leo Lisi* case and the reasoning of Spence J. in the Supreme Court of Canada decision in *The Pas (Town of) v. Porky Packers Ltd. et al.*, *supra*.

personne qui donne le conseil ou le renseignement et la personne qui le reçoit, une relation particulière, en sorte que la première a une obligation de diligence envers la seconde; deuxièmement, il doit y avoir eu manquement à cette obligation à cause de propos négligents (et non d’acte négligent); troisièmement, la personne qui reçoit le conseil ou le renseignement doit s’être fiée aux propos négligents.

Voir aussi l’arrêt *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801 (C.A.), lord Denning M.R., à la page 820.

Application du droit et autres conclusions en découlant

J’arrive à la question de la déclaration inexacte imputable à la négligence. Y avait-il en l’espèce, entre la défenderesse et la demanderesse, une relation particulière [TRADUCTION] «conforme aux paramètres de la doctrine établie dans l’arrêt *Hedley Byrne*», en sorte que la défenderesse avait une obligation de diligence pour ce qui est de divulguer dans le cahier des charges de l’appel d’offres les conditions requises liées à sa préférence relative au monopole? À mon avis, il n’y en avait pas. Où se trouvent les propos négligents — par opposition à un acte négligent ou autre — en ce qui concerne un conseil ou un renseignement qu’a ouvertement demandé une personne qui entendait s’y fier, à une personne considérée comme possédant une compétence ou un jugement particuliers en la matière? Le juge Mahoney a adopté la thèse contraire dans l’affaire *Cabott (Walter) Construction Ltd. v. The Queen*, précitée, mais la Cour d’appel fédérale, en séance plénière, a rejeté à l’unanimité sa conclusion qu’il y avait eu déclaration inexacte imputable à la négligence en raison de la «relation de nature particulière» qui existait entre la personne ayant publié des appels d’offres et celles y ayant répondu. Malgré le raisonnement convaincant de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Sodd Corporation Inc. v. Tessis*, précité, je suis lié par l’arrêt de notre Cour d’appel, en dépit de l’indigence de motifs justifiant sa décision sur la question de la déclaration inexacte imputable à la négligence. Mon opinion est renforcée par le rejet du principe énoncé dans l’arrêt *Hedley Byrne* par la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick dans l’arrêt *Leo Lisi*, ainsi que par le raisonnement du juge Spence dans l’arrêt de la Cour suprême *Le Pas (Ville de) c. Porky Packers Ltd. et autres*, précité.

I find therefore that the defendant is not liable to the plaintiff for any negligent misrepresentation or misstatement or other breach of duty sounding in tort arising from its failure to disclose in the tender documents the preconditions of monopoly.

In my opinion, the matter of liability, if any, falls to be determined on the basis of contract. I have already found it to be an implied term of any preliminary contract A arising from the submission of bids that the defendant would treat all bidders fairly in the tendering process. As I see it, the defendant's actions in that regard will have to be judged in the perspective of whether there was any breach of a duty of fairness within the contractual relationship established between the plaintiff and all the tenderers, rather than on the basis of an obligation or duty sounding in tort: see *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147 per Le Dain J., at page 205; and *Bruinsma (Ben) & Sons Ltd. v. Chatham*, supra, per Craig J., at page 161. Earlier in his reasons for judgment in *Bruinsma*, Craig J. made the following significant statement (at page 156):

I think council's action is at the least unfair and at its worst it smacks of trickery for its result was to freeze out the low bidder by a comparatively trifling amount. This in light of the course of conduct that council saw fit later to adopt creates the appearance of a deliberately contrived device to prevent Bruinsma from succeeding in obtaining the contract.

A similar implied term imposing on an owner calling tenders the obligation to treat all bidders fairly and not unfairly prefer one over the other was recognized by Legg J.A. in the *Chinook Aggregates* case as being referable to a statement made by Mr. Justice Pratte in the *Best Cleaners* case, which he then proceeded to quote as follows (at page 350):

In *Ron Engineering* the Supreme Court had to deal with rights and obligations that were clearly stipulated in the tender documents. Here, the situation is different. The tender documents contained no express provision prohibiting the Crown

Je conclus donc que la responsabilité délictuelle de la défenderesse à l'endroit de la demanderesse, du fait qu'elle n'a pas divulgué dans le cahier des charges les conditions requises relativement au monopole, ne peut pas être retenue sur la base d'une déclaration inexacte imputable à la négligence ou d'une fausse déclaration ou d'un autre manquement à une obligation.

À mon avis, la question de responsabilité, s'il en est, doit être tranchée selon les règles du droit des contrats. J'ai déjà conclu que tout contrat préliminaire A découlant de la présentation de soumissions contenait une condition implicite que la défenderesse devait traiter tous les soumissionnaires équitablement dans le cadre du processus de l'appel d'offres. Selon mon interprétation, les actions de la défenderesse à cet égard doivent être jugées par rapport à la question de savoir s'il y a eu manquement à une obligation d'agir équitablement dans le cadre de la relation contractuelle établie entre la demanderesse et tous les soumissionnaires, plutôt que par rapport à une obligation ou un devoir défini selon les règles de la responsabilité délictuelle: voir l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, le juge Le Dain, à la page 205; l'affaire *Bruinsma (Ben) & Sons Ltd. v. Chatham*, précitée, le juge Craig, à la page 161. Plus haut dans ses motifs de jugement dans l'affaire *Bruinsma*, le juge Craig a formulé l'importante observation suivante (à la page 156):

[TRADUCTION] Je crois que l'action du conseil est à tout le moins injuste et, en mettant les choses au pis, qu'elle sent la supercherie car elle a eu pour résultat d'écarter le moins-disant en raison d'un écart relativement insignifiant. Cela, étant donné la ligne de conduite que le conseil a trouvée bon d'adopter plus tard, donne à entendre qu'il a conçu à dessein un moyen artificiel d'empêcher Bruinsma d'obtenir le marché.

Dans l'arrêt *Chinook Aggregates*, le juge Legg a reconnu qu'une condition implicite semblable, faisant à un propriétaire qui lance un appel d'offres l'obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et de ne pas accorder de traitement préférentiel à l'un d'eux, pouvait être rapprochée du point de vue exprimé par le juge Pratte dans l'affaire *Best Cleaners*, qu'il a ensuite cité (à la page 350):

Dans l'affaire *Ron Engineering*, la Cour suprême devait examiner des droits et obligations clairement stipulés dans les documents de soumission. En l'espèce, la situation est différente. Les documents de soumission ne renfermaient aucune

from entering into negotiations with the bidders and changing the terms of the proposed contract. If the Crown was nevertheless prohibited from doing those things, the source of that prohibition could only be found in some implied terms of the unilateral contract resulting from the making of the tender. Those implied terms were not the subject of the Supreme Court's decision. In my opinion, they do nevertheless exist. I would not however describe them in the same manner as counsel for the appellant. In my view, they simply impose on the owner calling the tenders the obligation to treat all bidders fairly and not to give any of them an unfair advantage over the others. [Emphasis mine.]

Actually, the passage so quoted in an *obiter* statement from the dissenting reasons for judgment of Pratte J., who dismissed the appeal on grounds of the lack of any pleaded allegation and supporting evidence of a simulated transaction with respect to the two-year contract entered into by the Crown. Nonetheless, I consider that the statement of Mr. Justice Pratte regarding the implied term of contract A imposing on owners a duty to treat all bidders fairly represents an accurate statement of the law in the particular context in which it was uttered, as did Legg J.A. in the *Chinook Aggregates* case.

Applying the *Ron Engineering* principle, I am of the opinion that a preliminary, unilateral contract A was created between the defendant and the plaintiff on the submission of the latter's tender bid. It goes without saying that similar contracts A were formed between the defendant and each of the other bidders on Tender 50. From the standpoint of the plaintiff's case, this preliminary contract A contained the implied term or obligation to treat all bidders fairly in the sense of not giving any of them an unfair advantage over the others, as I have already found to be the fact. I also found as a fact that the defendant rigged the bid against the plaintiff in the tendering process for Tender 50 by adopting as its governing criteria for the awarding of the tender conditions which excluded the plaintiff from any consideration whatever, and thus unfairly preferred the rival bidder, East Coast Marine Services Ltd., to whom the contract was awarded.

disposition interdisant expressément à la Couronne d'entamer des négociations avec les soumissionnaires et de modifier les conditions du contrat envisagé. Si ces gestes étaient néanmoins interdits à la Couronne, cette interdiction ne pouvait provenir que de quelques conditions implicites du contrat unilatéral résultant de la présentation de la soumission. Ces conditions implicites n'ont pas fait l'objet de la décision de la Cour suprême. Je suis néanmoins d'avis qu'elles existent bel et bien. Toutefois, je ne les décrirais pas de la même façon que l'avocat de l'appelante. Selon moi, elles ne font qu'imposer au propriétaire qui présente un appel d'offres l'obligation de traiter équitablement tous les soumissionnaires et de n'accorder à aucun d'entre eux un avantage indu sur les autres.» [Non souligné dans le texte original.]

En réalité, le passage cité est une opinion incidente émise par le juge Pratte dans ses motifs de dissidence. Il aurait rejeté l'appel parce qu'on n'avait pas allégué que le contrat d'une durée de deux ans conclu par la Couronne était une transaction simulée, ni présenté d'éléments de preuve à cet effet. Néanmoins, j'estime que l'opinion du juge Pratte au sujet de la condition implicite du contrat A qui fait aux propriétaires l'obligation de traiter équitablement tous les soumissionnaires représente un exposé exact de l'état du droit dans le contexte particulier dans lequel elle a été émise, tout comme celle du juge Legg dans l'affaire *Chinook Aggregates*.

Appliquant le principe énoncé dans l'arrêt *Ron Engineering*, je suis d'avis qu'un contrat préliminaire, unilatéral, ou contrat A, a été conclu entre la défenderesse et la demanderesse quand cette dernière a présenté sa soumission. Il va sans dire que des contrats A semblables ont été conclus entre la défenderesse et chacun des autres soumissionnaires dans le cadre de l'appel d'offres n° 50. En ce qui concerne la position de la demanderesse, ce contrat préliminaire A contenait la condition implicite ou l'obligation de traiter équitablement tous les soumissionnaires en ce sens qu'aucun ne se voit accorder d'avantage indu sur les autres; or, j'ai déjà conclu que tel avait été le cas. J'ai également conclu que la défenderesse avait truqué l'appel d'offres au détriment de la demanderesse dans le processus de l'appel d'offres n° 50 en adoptant comme critères déterminants pour l'attribution du marché des conditions qui écartaient directement la demanderesse et accordaient ainsi injustement la préférence au concurrent East Coast Marine Services Ltd., à qui le marché a été attribué.

Considering the evidence in its entirety, I find that this preliminary contract A also contained an implied term or obligation to award the contract on Tender 50 to the lowest qualified bidder, given the case of a call for public tenders by a Crown corporation for the supplying of a pilot boat service where cost or price would have to be an important criterion in the evaluation of tenders and the ultimate accountability of such Crown corporation to the Parliament of Canada for the conduct of its affairs. It seems to me that this is implicit from the plain meaning of the words contained in the defendant's own tendering manual and according to the weight of the evidence. Captain Slater had testified under cross-examination to a customary low bidder practice. When questioned on redirect examination regarding his "expectations with respect to Tender 50", he replied to the effect that they expected to be treated fairly and had presumed they would be likely to get the contract, based on the low bidder concept and from the fact of having the right equipment.

There is no question here that the plaintiff met all the terms and conditions of the specifications set out in the call for tenders, but that its low bid failed because of the defendant's apprehensions regarding monopoly. Does the exclusion or disclaimer or privilege clause, call it what you will, entitle the defendant to ignore the implied terms of the preliminary contracts A arising from the submission of the tender bids by attaching to its tender call preferential preconditions which were not disclosed or communicated to the bidders? In my opinion, it does not. I adopt the reasoning of Legg J.A. in *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, *supra*, that the defendant, by attaching the undisclosed preconditions of monopoly to its tender offer, deprived itself of any benefit or advantage afforded by the disclaimer clause because it would be inequitable to allow that clause to govern in the face of the contractual duty or obligation to treat all bidders fairly. In the result, I find that the defendant has breached the preliminary contract A with the plaintiff and is *prima facie* liable in damages.

Prenant en considération l'ensemble de la preuve, je conclus que ce contrat préliminaire A renfermait aussi la condition implicite ou l'obligation d'attribuer le marché, dans le cadre de l'appel d'offres n° 50, au moins-disant qui remplissait les conditions, puisqu'il s'agissait d'un appel d'offres public, lancé par une société d'État et concernant la fourniture de services de bateau-pilote, pour lequel le coût ou le prix devait être un critère important de l'évaluation des soumissions, et puisque cette société d'État devait en définitive rendre compte de sa gestion devant le Parlement fédéral. Cela m'apparaît ressortir implicitement du sens ordinaire des mots employés dans le propre manuel des appels d'offres de la défenderesse, ainsi que du poids de la preuve. Le capitaine Slater avait témoigné lors du contre-interrogatoire que la pratique était l'attribution au moins-disant. Quand il a été interrogé lors du nouvel interrogatoire principal au sujet de ses [TRADUCTION] «attentes quant à l'appel d'offres n° 50», il a répondu qu'ils s'attendaient à être traités équitablement et qu'ils avaient présumé qu'ils obtiendraient vraisemblablement le marché, vu le principe de l'attribution au moins-disant et le fait qu'ils possédaient le bon matériel.

Il n'y a aucun doute qu'en l'espèce, la demanderesse remplissait toutes les conditions du cahier des charges énoncées dans l'appel d'offres, mais que son offre, qui était la plus basse, n'a pas été retenue à cause des craintes de la défenderesse au sujet du monopole. La clause d'exonération ou de dénégalion ou de privilège, appelons-la comme on voudra, donnait-elle à la défenderesse le droit de ne pas tenir compte des conditions implicites des contrats préliminaires A découlant de la présentation des soumissions, en assortissant son appel d'offres de conditions requises, liées à sa préférence, qui n'ont pas été divulguées ou communiquées aux soumissionnaires? À mon avis, la réponse est non. Je fais mien le raisonnement du juge Legg dans l'affaire *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, précitée, selon lequel la défenderesse, en assortissant son appel d'offres de conditions requises, relativement au monopole, qui n'ont pas été divulguées, s'est privée des avantages que lui procurait la clause d'exonération car il ne serait pas équitable de permettre que cette clause l'emporte sur l'obligation contractuelle de traiter équitablement tous les soumissionnaires. Par conséquent, je conclus que la défenderesse a dérogé au

contrat préliminaire A conclu avec la demanderesse et doit, à première vue, verser des dommages-intérêts à cette dernière.

The Equitable Defences and Related Matters

In its amended defence, the defendant pleads the equitable doctrine of “clean hands” and the sweeping maxim that “equity suffers no wrong without a remedy” and alleges that the plaintiff improperly interfered with the tendering process. The evidence said to support these pleas and the allegation of wrongful interference, coupled with the submissions of defendant’s counsel, point the finger of suspicion to a conspiracy between the one-time Executive Director of Incor, Bruce Jardine, and Captain Slater with respect to Alec Gay’s application for Incor funding and the leaking of information by Jardine to Slater regarding Captain Gay’s bid on Tender 50, thereby enabling the latter to undercut the Gay bid. The other wrongful interference imputed to Captain Slater relates to an alleged bribe he offered Edward Yorke Barrington at their meeting in the dining room of the Isle Royal Motel in Sydney, Nova Scotia, in late February of 1987. Barrington was the owner and operator of the tug *Offshore Diver*, which was being utilized by Captain Gay as a back-up vessel for his Strait of Canso contract until the vessel he had purchased in New York, *Chapel Hill*, could be brought into service. According to Mr. Barrington, Alick Slater offered the bribe during the course of their meeting in the motel dining room by stating: “Well, just how much would it take to have you not fill in for Alec Gay?”, or words to that effect. Mr. Barrington professed to be shocked by this blatant bribery attempt. However, the matter only came prominently to light on or about December 8, 1991 as the result of investigative efforts on the part of the defendant’s private investigator, John E. Norton.

Plaintiff’s counsel takes the position that these allegations and any evidence bearing thereon are totally irrelevant by reason that Alick Slater and Bruce Jardine are not parties to the present action nor

a Les moyens de défense en equity et les questions connexes

Dans sa défense modifiée, la défenderesse invoque la doctrine d’*equity* qui exige une «conduite irréprochable» et la maxime générale voulant que «l’*equity* ne laisse passer aucune injustice», et elle allègue que la demanderesse s’est immiscée indûment dans le processus des appels d’offres. Les éléments de preuve qui étayeraient, selon elle, ces moyens de défense, et l’allégation d’immixtion indue, conjugués aux arguments de l’avocat de la défenderesse, font peser des soupçons de complot sur l’ex-directeur administratif d’Incor, Bruce Jardine, et sur le capitaine Slater relativement à la demande de prêt d’Alec Gay adressée à Incor et à la divulgation de renseignements par Jardine à Slater au sujet de la soumission du capitaine Gay en réponse à l’appel d’offres n° 50, permettant au premier de faire une offre inférieure à celle du second. L’autre acte d’immixtion indue imputé au capitaine Slater se rapporte à un prétendu pot-de-vin qu’il aurait offert à Edward Yorke Barrington lors de leur réunion dans la salle à manger du Isle Royal Motel de Sydney, en Nouvelle-Écosse, vers la fin de février 1987. Barrington était le propriétaire exploitant du remorqueur *Offshore Diver*, que le capitaine Gay utilisait comme bateau de réserve pour son contrat concernant le détroit de Canso jusqu’à ce que le navire qu’il avait acheté à New York, le *Chapel Hill*, puisse être mis en service. D’après M. Barrington, Alick Slater a offert le pot-de-vin durant leur réunion dans la salle à manger du motel, en disant: [TRADUCTION] «Eh bien, combien au juste demandez-vous pour ne pas remplacer Alec Gay temporairement?», ou quelque chose du genre. M. Barrington s’est dit stupéfié par cette tentative flagrante de corruption. Toutefois, l’affaire n’a vraiment été mise en lumière que vers le 8 décembre 1991 par suite d’enquêtes faites par John E. Norton, détective privé dont la défenderesse avait retenu les services.

L’avocat de la demanderesse soutient que ces allégations et tout élément de preuve s’y rattachant ne sont absolument pas pertinents parce que Alick Slater et Bruce Jardine ne sont pas parties à la présente

indeed any action in which these allegations of bribery and conspiracy are brought directly in issue. I quite agree. In my view, the equitable defences pleaded would only avail the defendant where the relief or remedy sought in respect of the conduct complained of on the part of Slater and Jardine was made the subject of a separate action or asserted by way of counterclaim, which is not the present case. Moreover, I am not persuaded that Captain Slater was in any legal sense the *alter ego* of the plaintiff company with respect to the matters complained of. However, the matters do go to the issue of credibility and I propose to deal with them on that footing.

Mr. Barrington's memory was sketchy regarding specific details surrounding the incident in the Isle Royal Motel and yet his recollection of the exact words said to have been spoken by Alick Slater was letter perfect almost four years after the event. He says he told his wife about it on returning home and may have reported the incident to Alex Gay that same evening. He claims to have also told his partner shortly afterwards. Nothing more was said until December 8, 1991 when Captain Gay called him about being interviewed by the investigator, Mr. Norton. I consider Mr. Barrington's version of what Slater is alleged to have said to him at their meeting in the Isle Royal Motel in late February of 1987 a little too pat and prone to the power of suggestion to be completely credible. In short, I accept Captain Slater's unequivocal denial of ever having offered a bribe to Mr. Barrington. Furthermore, I find no evidence to support the defendant's contention that the much maligned Executive Director of Incor, Bruce Jardine, and Alick Slater were party to a conspiracy to sabotage Alex Gay's application for Incor funding or undercut his bid on Tender 50. Mr. Jardine testified that he never saw Gay's complete and final bid package (Exhibit D-20) in the Incor file and denies ever having leaked details of the same to Captain Slater, and I believe him on both scores.

It follows therefore that the defendant's equitable pleas are no defence to the liability for breach of contract.

action ni du reste à aucune action dans laquelle ces allégations de corruption et de complot sont directement mises en cause. Je suis tout à fait d'accord. À mon avis, la défenderesse ne pourrait faire valoir les moyens de défense fondés sur l'*equity* que si la réparation demandée à l'égard des actes dont elle se plaint et qui sont imputables à Slater et à Jardine faisait l'objet d'une action distincte ou d'une demande reconventionnelle, ce qui n'est pas le cas. Au surplus, je ne suis pas persuadé que le capitaine Slater ait été, en droit, l'*alter ego* de la société demanderesse quant aux questions visées par ce grief. Toutefois, ces questions touchent la crédibilité et je me propose de les examiner dans cette optique.

M. Barrington ne se souvenait pas de tous les détails de l'incident du motel Isle Royal et pourtant il s'est parfaitement rappelé les mots exacts qu'aurait prononcés Alick Slater presque quatre ans après le fait. Il dit en avoir informé son épouse à son retour à la maison et peut-être avoir signalé l'incident à Alex Gay le même soir. Il prétend en avoir parlé aussi à son associé peu après. Rien d'autre n'a transpiré avant le 8 décembre 1991, au moment où le capitaine Gay lui a téléphoné pour l'informer qu'il avait été interrogé par le détective Norton. Je considère que la version de M. Barrington de ce que lui aurait dit Slater lors de la réunion tenue au Isle Royal Motel vers la fin de février 1987 s'apparente un peu trop à une réponse toute prête et sujette à changer sous l'influence de la suggestion pour être tout à fait vraisemblable. Bref, j'accepte la dénégation catégorique du capitaine Slater qui dit n'avoir jamais offert de pot-de-vin à M. Barrington. Par surcroît, aucun élément de preuve n'appuie, à mon sens, l'assertion de la défenderesse que le directeur administratif tant calomnié d'Incor, Bruce Jardine, et Alick Slater ont participé à un complot visant à saboter la demande de prêt présentée à Incor par Alex Gay ou à présenter une offre inférieure à la sienne en réponse à l'appel d'offres n° 50. M. Jardine a témoigné qu'il n'avait jamais vu la teneur intégrale et définitive de la soumission de Gay (pièce D-20) dans le dossier d'Incor et il nie en avoir jamais divulgué des détails au capitaine Slater. J'ajoute foi à ces deux affirmations.

Il s'ensuit donc que les moyens de défense de la défenderesse fondés sur l'*equity* ne sont pas opposables à l'action en responsabilité contractuelle.

Assessment of Damages

I turn now to the assessment of the plaintiff's damages for breach of contract, based on loss of profit or earnings projected over a five-year period. The plaintiff claimed for loss of profit on both Tender 48 and Tender 50. Incidentally, the plaintiff chose in its statement of claim to set the limit of these damages at \$350,000. I have already found that the defendant incurred no liability to the plaintiff with respect to Tender 48 so I can confine myself to the damages attributable to the breach of the preliminary contract A on Tender 50. Opinion evidence was adduced from the plaintiff's expert accounting witness, Oscar Boyd Tilley, who swore an affidavit of his proposed evidence on November 28, 1991.

The plaintiff's expert testified on his examination-in-chief to the methodology employed. Without going into elaborate detail, Mr. Tilley reviewed the financial statements of the plaintiff prepared by its Chartered Accountant, Leo D. Sears, for the two-year period ending December 31, 1986 and, based on information provided by corporate management, postulated nine assumptions supporting his projection of the likely earnings of the plaintiff over the five-year period ending March 31, 1992, had it been awarded the contract on Tender 50. His initial calculations showed net earnings, after taxes, of \$49,826 for 1988, \$58,028 for 1989, \$61,396 for 1990, \$73,415 for 1991 and \$86,646 for 1992 for a cumulative total of \$329,311.

Mr. Tilley admitted on cross-examination to the possibility of having committed three major errors in his assumptions relative to his lost earnings projections on Tender 50, namely:

(1) by utilizing an assumed 3% inflation rate add-on to expenses over the five-year period of the contract instead of the annual inflation rates indicated by The Consumer Price Index For Canada for the same period, averaged at 4.9%;

Évaluation des dommages-intérêts

J'arrive à l'évaluation des dommages-intérêts dus à la demanderesse en raison de la rupture de contrat, en fonction du manque à gagner sur une période de cinq ans. La demanderesse veut être indemnisée du manque à gagner à l'égard des appels d'offres n^{os} 48 et 50. Soit dit en passant, la demanderesse a choisi de limiter, dans sa déclaration, ces dommages-intérêts à 350 000 \$. J'ai déjà conclu que la défenderesse n'avait pas engagé sa responsabilité envers la demanderesse quant à l'appel d'offres n^o 48 de sorte que je peux m'arrêter seulement au préjudice imputable à la rupture du contrat préliminaire A dans le cadre de l'appel d'offres n^o 50. Oscar Boyd Tilley, comptable expert cité comme témoin par la demanderesse, dont le témoignage a été consigné dans un affidavit préparé en vue de sa déposition le 28 novembre 1991, nous a fait part de son opinion.

Lors de l'interrogatoire principal, l'expert cité par la demanderesse a exposé sa méthodologie. Sans entrer dans le détail, M. Tilley a étudié les états financiers de la demanderesse préparés par son comptable agréé, Leo D. Sears, pour la période de deux ans se terminant le 31 décembre 1986, et, sur la base des renseignements fournis par les dirigeants de la société, a posé neuf hypothèses justifiant ses pronostics des revenus probables de la demanderesse durant la période de cinq ans prenant fin le 31 mars 1992, au cas où le marché lui aurait été attribué dans le cadre de l'appel d'offres n^o 50. Ses premiers calculs indiquaient des bénéfices nets, après impôts, de 49 826 \$ pour 1988, de 58 028 \$ pour 1989, de 61 396 \$ pour 1990, de 73 415 \$ pour 1991 et de 86 646 \$ pour 1992, soit au total: 329 311 \$.

Lors du contre-interrogatoire, M. Tilley a admis qu'il était possible qu'il ait commis trois erreurs d'importance dans ses hypothèses relatives aux pronostics de pertes de revenus au regard de l'appel d'offres n^o 50, savoir:

(1) appliquer un taux d'inflation présumé de 3 % aux dépenses sur la durée de cinq ans du contrat au lieu des taux d'inflation annuels indiqués par l'indice des prix à la consommation du Canada pour la même période, établi en moyenne à 4,9 %;

(2) by neglecting to include as a foreseeable expense during the whole five-year period a cost figure of \$10,000 incurred for "Vessel Hire" in 1986; and

(3) by mistakenly assuming an annual reduction of \$28,000 in wages and employee benefits in his projections relative to Tender 50 through a reduction of crew to three members, instead of the actual crew complement of four members required by the more onerous manning terms of the tender specifications.

The following evidence from Mr. Tilley's cross-examination is particularly illustrative with respect to item (3):

Q. Right. The difference being that in tender 48 you could leave it unmanned when it wasn't in use. In tender 50 you could never leave it unmanned. It had to be partially manned. Now, let's look at the mathematical implications of what we've been talking about—or financial implications. By overlooking this extra man on paper you effected a cost saving in expenses of 28,000 a year. Right?

A. Plus 3% inflation. Right.

Q. Plus 3% inflation, which we've added on. So it's more than 28,000 a year. And over the life of the five year contract we're talking about 140,000 plus interest. Right?

A. Yes. Less income taxes.

Q. Without getting into the other calculations. So in effect what you've done is you've decreased expenses by 140,000 plus inflation and you've increased earnings by the same amount. Right?

A. Yes

Q. Do you have a calculator handy?

A. I'm sorry. I don't.

Q. Can you calculate for us what the actual figure is, 140 plus interest? What are we talking about?

A. It will take me a while. Do you wish to inflate it by 3% annually?

Q. Well, at this point you can do that because that's the figure you've used.

A. Let me understand the calculation you require. Could you repeat the —

Q. Well, what I'm saying is add in the extra man. Just talking about that one man. I want to know to what extent — what is the full extent to which you've reduced expenses

(2) négliger d'inclure à titre de dépense prévisible sur toute la durée de cinq ans un coût de 10 000 \$ supporté à l'égard de la location de navire en 1986;

(3) supposer erronément, dans ses pronostics relatifs à l'appel d'offres n° 50, une réduction annuelle de 28 000 \$ des salaires et avantages sociaux des employés attribuable à la diminution de l'effectif, soit un équipage de trois hommes au lieu des quatre exigés par les conditions plus coûteuses du cahier des charges.

Voici un passage du témoignage de M. Tilley lors du contre-interrogatoire qui est particulièrement révélateur quant au troisième élément ci-dessus:

[TRADUCTION] Q. C'est exact. La différence, c'est que dans l'appel d'offres n° 48, on pouvait se passer d'équipage quand le bateau n'était pas utilisé. Dans le cas de l'appel d'offres n° 50, on ne pouvait jamais se passer d'équipage. Un effectif partiel était exigé. Considérons maintenant les conséquences de ce dont nous avons parlé sur les calculs — les conséquences financières. En ne tenant pas compte de cet homme supplémentaire dans les calculs, vous réduisez les dépenses de 28 000 \$ par an. N'est-ce pas?

R. Plus 3 % d'inflation. C'est exact.

Q. Plus 3 % d'inflation, que nous avons ajouté. Alors, c'est plus de 28 000 par an. Et pendant la durée du contrat de cinq ans, cela représente environ 140 000 plus les intérêts. N'est-ce pas?

R. Oui. Moins les impôts.

Q. Sans entrer dans les autres calculs. Alors, en fait, ce que vous avez fait, c'est réduire les dépenses de 140 000 plus l'inflation et augmenter les revenus d'autant. N'est-ce pas?

R. Oui.

Q. Avez-vous une calculatrice sous la main?

R. Non, je suis désolé. Je n'en ai pas.

Q. Pouvez-vous calculer pour nous le chiffre exact, 140 plus les intérêts? De quelle somme parlons-nous?

R. Cela va me prendre un peu de temps. Voulez-vous le rajuster pour l'inflation selon un taux de 3 % par an?

Q. Eh bien, tant qu'à faire, allez-y puisque c'est le taux que vous avez utilisé.

R. Je veux bien comprendre ce que vous voulez calculer. Pourriez-vous répéter le —

Q. Eh bien, ce que je veux dire, c'est ajouter l'homme supplémentaire. Il s'agit seulement de cet homme-là. Je veux savoir dans quelle mesure — à quel point avez-

and inflated earnings when you add in the interest on that amount as well?

A. If wages had — if salaries had not reduced from four to three the earnings for the five year period would be less by 148,600.

Q. 148 —

A. Plus — I'm not able to quickly do the interest factor here.

Q. Just an approximation. 148,600. Is that what you're saying?

A. Yes. Plus approximately fifteen thousand dollars (\$15,000.00) interest.

Q. Plus 15,000 interest. So we're talking about —

A. 163,000 before tax reduction in earnings.

Q. That's a fair bit of money, isn't it, 163,000 if that's your approximate figure?

A. Yes.

Q. We won't hold you to that being mathematically accurate, but around there.

A. Yes.

Q. And if in fact what happened here was based on an incorrect assumption, this is a rather significant and major error, isn't it?

A. Yes.

By agreement of counsel, an undertaking was given at the conclusion of Mr. Tilley's testimony that he would revise his projected earnings calculations on both Tender 48 and Tender 50, having regard to the three major assumptive errors, and file amended schedules of projected earnings on both tenders, which would be treated as the defendant's evidence. The undertaking was complied with and filed as Exhibit D-33. Exhibit D-33 discloses that Mr. Tilley chose to apply the inflation factor indicated for each year instead of the weighted average of 4.9 percent for the whole period.

In my view, the final result as it pertains to the schedule of projected earnings for Tender 50 is inexplicable, inconclusive and inordinately low, having regard to the overall weight of evidence. The revised figures for net earnings over the five-year period ending March 31, 1992 show the following results: for 1988, \$9,106, for 1989, \$11,314, for 1990, \$5,521, for 1991, \$9,174 and for 1992, \$9,464, for cumulative total of \$44,580. Defendant's counsel makes the point in his written brief that the original cumulative

vous réduit les dépenses et augmenté les revenus, si vous y ajoutez les intérêts?

R. Si les salaires n'étaient pas passés de quatre à trois, les revenus pour la période de cinq ans seraient diminués de 148 600.

Q. 148 —

R. Plus — Je suis incapable de calculer rapidement les intérêts ici.

Q. Juste une approximation. 148 600. C'est ce que vous dites?

R. Oui. Plus environ quinze mille dollars (15 000 \$) d'intérêts.

Q. Plus 15 000 d'intérêts. Alors, nous parlons de —

R. Des revenus de 163 000 avant la soustraction des impôts.

Q. C'est une jolie somme, n'est-ce pas, 163 000, si c'est votre calcul approximatif?

R. Oui.

Q. Nous n'allons pas exiger de vous un calcul rigoureusement exact, mais c'est la somme approximative.

R. Oui.

Q. Et si, en fait, ce qui s'est produit ici était fondé sur une hypothèse inexacte, c'est une erreur assez importante, n'est-ce pas?

R. Oui.

Avec l'assentiment des avocats, M. Tilley s'est engagé à la fin de son interrogatoire à réviser ses pronostics des revenus à l'égard des appels d'offres nos 48 et 50, en tenant compte des trois erreurs d'importance commises dans ses hypothèses, et à déposer des tableaux modifiés des revenus prévus au regard des deux appels d'offres, qui seraient tenus pour la preuve de la défenderesse. L'engagement a été respecté et les documents forment la pièce D-33. On y constate que M. Tilley a choisi d'appliquer le taux d'inflation indiqué pour chaque année au lieu de la moyenne pondérée de 4,9 pour cent pour toute la période.

À mon avis, le résultat en ce qui a trait au tableau des revenus prévus à l'égard de l'appel d'offres n° 50 est inexplicable, peu concluant et excessivement bas, eu égard au poids de l'ensemble de la preuve. Les calculs révisés des revenus nets pour la période de cinq ans se terminant le 31 mars 1992 donnent les résultats suivants: pour 1988, 9 106 \$, pour 1989, 11 314 \$, pour 1990, 5 521 \$, pour 1991, 9 174 \$ et pour 1992, 9 464 \$, soit au total 44 580 \$. L'avocat de la défenderesse fait remarquer dans son mémoire

earnings figure of \$329,311 is approximately 738% higher than the cumulative net earnings total of \$44,580 shown in the revised schedule of projected earnings on Tender 50. I am unable to credit or accept that such a monumental difference could be attributable to the so-called three major errors which were so painstakingly explored during the course of the witness' cross-examination. However, before delving further into the realm of figures there are several legal points which must be addressed and resolved.

In *Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. v. Canada*, *supra*, the Trial Judge, Madam Justice Reed, allowed the plaintiff damages of \$232,500 based on the excess amount of its bid and rejected as being "just too remote" the alternative damages claim for loss of profit on what might have been earned had Avis been forced off the airport. The Court of Appeal upheld her rejection of the damages claimed for loss of profit based on Hertz' expectation interest. Heald J.A. stated the following rationale for his opinion on the point at pages 165-166:

From this evidence, I think it clear, that in so far as Transport Canada was concerned, it was not in their "reasonable contemplation" that Avis would be forced off-airport at the time the tenders were submitted. At that point in time, they did not know what the amounts of the tenders were going to be. At that juncture, everything was speculative. Accordingly, neither the objective nor the subjective test of *Hadley v. Baxendale* were met in the circumstances of this case, in my view.

Stone J.A., who agreed with his colleague in the final result, felt constrained to make some additional observations on the damages aspect, wherein he stated, *inter alia*, at page 170:

I agree that the expectation interest is not compensable. The preliminary or initial contract came into existence when Hertz submitted its bid in conformity with the Specifications. It was breached by non-compliance with the Award Procedure clause. I do not consider this to be the classic breach of contract scenario with a single contract, two parties and loss of profits stemming directly from the breach. Some factors are unique to the present situation. Here we have multiple double contracts (initial and final), breaches of the initial contracts, numerous parties and indirect loss of additional profits based upon the continued presence of Avis at the airports. Notwithstanding these breaches, a number of final contracts did come into existence.

que le total initial des revenus, soit 329 311 \$, est environ 738 % plus élevé que le total des revenus nets, c-à-d. 44 580 \$, indiqué dans le tableau révisé des pronostics des revenus à l'égard de l'appel d'offres n° 50. Je ne peux pas croire ou accepter qu'une différence aussi monumentale puisse être attribuable aux trois prétendues erreurs d'importance qui ont été examinées avec tant de soin au cours du contre-interrogatoire du témoin. Toutefois, avant d'étudier les chiffres plus à fond, il faut examiner et trancher plusieurs points de droit.

Dans l'affaire *Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. c. Canada*, précitée, Madame le juge Reed, en première instance, a accordé à la demanderesse 232 500 \$ en dommages-intérêts calculés en fonction du montant supplémentaire qu'elle avait offert et a refusé d'accorder des dommages-intérêts en compensation du manque à gagner causé par le fait qu'Avis n'a pas été exclue des aéroports, parce que ces dommages-intérêts visaient un préjudice «tout simplement trop éloigné». La Cour d'appel a confirmé le refus d'accorder une indemnité proportionnelle à l'expectative de Hertz (manque à gagner). L'opinion du juge Heald, J.C.A., sur ce point est fondée sur le raisonnement suivant (aux pages 165 et 166):

À mon sens, il ressort clairement de cette déposition que Transports Canada ne pouvait «raisonnablement prévoir» l'exclusion d'Avis de l'aéroport, à l'époque où les offres ont été soumises. À ce moment, ce ministère ne savait pas quels montants seraient offerts; il ne pouvait faire que des conjectures. J'estime donc que, en l'espèce, il n'est satisfait ni au critère objectif ni au critère subjectif énoncés dans l'affaire *Hadley v. Baxendale*.

Le juge Stone, J.C.A., qui a souscrit à l'opinion de son collègue quant au résultat, s'est senti obligé d'ajouter des observations sur la question des dommages-intérêts, disant entre autres ce qui suit (à la page 170):

Je suis d'accord pour dire que le préjudice lié à l'expectative n'est pas compensable. Le contrat préliminaire ou initial est né lorsque Hertz a présenté son offre conformément aux conditions de l'appel d'offres. L'appelante a violé son contrat en ne se conformant pas à la clause relative à l'adjudication figurant dans l'appel d'offres. Je ne considère pas que le déroulement des faits de l'espèce correspond au scénario classique de la rupture de contrat, qui met en jeu un unique contrat, deux parties et une perte de profits résultant directement de cette rupture. Certains facteurs sont particuliers à la situation actuelle. En l'espèce, nous sommes en présence de nombreux doubles contrats (initiaux et définitifs), de ruptures des contrats ini-

One such contract gave Hertz a counter at the airports and left Hertz to profit by that contract if it could. It is not complained that the breach caused Hertz to lose profits under its final contract but that the configuration resulting from the breach prevented Hertz from gaining additional profits from a share of Avis' business. I agree that loss of those profits is not compensable because they are too remote according to the test enunciated in *Hadley v. Baxendale*. [Emphasis added.]

The emphasized passages from Stone J.A.'s reasons amply serve to distinguish *Best Cleaners* from the present case, where loss of profits directly occasioned by the breach of contract A forms the basis of the plaintiff's claim as having been within the reasonable completion of the parties at the time of contracting.

In *Houweling Nurseries Ltd. v. Fisons Western Corp.* (1988), 49 D.L.R. (4th) 205 (C.A.) the British Columbia Court of Appeal upheld an appeal from a judgment at trial [(1986), 9 B.C.L.R. (2d) 65] awarding global damages of \$2 million for lost profits suffered by the operator of a plant nursery. The Trial Judge expressed dissatisfaction with the expert accountants' evidence of lost profits without making specific findings on the amount of lost sales or the rate of profits. The Court of Appeal, in allowing the appeal, held that it was for the Court, not for the accountants, to estimate the lost profits but that the Judge should have made findings with respect to the factual assumptions on which the calculations were based. Under the circumstances, the Court held that compensation was recoverable for lost future sales with a reduction on account of uncertainty, and made the necessary findings in order to avoid the expense of a new trial. McLachlin J.A., delivering the judgment of the Court, noted several relevant English authorities pertaining to the recovery of damages for loss of future business, and said at pages 210-211:

In my view, the law may be summarized as follows. The basic rule is that damages for lost profits, like all damages for

taux, de nombreuses parties ainsi que de la perte de profits additionnels due au maintien de la présence d'Avis dans les aéroports. Malgré ces ruptures, plusieurs contrats définitifs ont vu le jour. Un de ceux-ci a attribué à Hertz un comptoir dans les aéroports, pour la laisser ensuite se débrouiller et faire, si elle le pouvait, un profit. Hertz ne prétend pas que la rupture de ce contrat lui a fait perdre certains des profits qu'elle aurait dû réaliser grâce au contrat définitif mais que, dans la conjoncture résultant de cette rupture, Hertz se trouve empêchée de réaliser les profits additionnels qui lui viendraient d'une partie de l'achalandage d'Avis. Je suis d'accord pour dire que la perte de tels profits ne peut être compensée parce que ce préjudice, si nous appliquons le critère énoncé dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale*, est trop éloigné. [Non souligné dans le texte original.]

Le passage souligné des motifs du juge Stone, J.C.A., nous autorise nettement à opérer une distinction entre les faits de l'arrêt *Best Cleaners* et ceux de l'espèce, car la demande de dommages-intérêts de la demanderesse vise le manque à gagner qui a été causé directement par la rupture du contrat A, manque que les parties pouvaient raisonnablement prévoir au moment où elles ont conclu le contrat.

Dans l'arrêt *Houweling Nurseries Ltd. v. Fisons Western Corp.* (1988), 49 D.L.R. (4th) 205 (C.A.), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait droit à un appel d'un jugement de première instance [(1986), 9 B.C.L.R. (2d) 65] accordant un montant global de deux millions de dollars en dommages-intérêts pour le manque à gagner subi par l'exploitant d'une pépinière. Le juge de première instance n'a pas jugé satisfaisante la preuve d'expert présentée par des comptables quant au manque à gagner sans tirer de conclusion sur le montant des ventes perdues ni sur le taux des profits. Faisant droit à l'appel, la Cour d'appel a décidé qu'il appartenait à la Cour, et non à des comptables, d'estimer les profits perdus, mais que le juge aurait dû se prononcer sur la preuve factuelle sur laquelle les calculs étaient fondés. Vu les circonstances, la Cour a conclu qu'une indemnité pouvait être accordée relativement aux ventes futures perdues, tout en la réduisant pour tenir compte du facteur incertitude, et elle a tiré les conclusions qui s'imposaient afin d'éviter la tenue d'un nouveau procès. Rendant jugement au nom de la Cour d'appel, le juge McLachlin s'est reportée à diverses décisions anglaises pertinentes, concernant le versement de dommages-intérêts pour la perte de chiffre d'affaires éventuel, puis elle a ajouté, aux pages 210 et 211:

[TRADUCTION] À mon sens, on peut résumer ainsi l'état du droit. La règle fondamentale veut que les dommages-intérêts

breach of contract, must be proven on a balance of probabilities. Where it is shown with some degree of certainty that a specific contract was lost as a result of the breach, with a consequent loss of profit, that sum should be awarded. However, damages may also be awarded for loss of more conjectural profits, where the evidence demonstrates the possibility that contracts have been lost because of the breach, and also establishes that it is probable that some of these possible contracts would have materialized, had the breach not occurred. In such a case, the court should make a moderate award, recognizing that some of the contracts may not have materialized had there been no breach.

The matter may be put another way. Even though the plaintiff may not be able to prove with certainty that it would have obtained specific contracts but for the breach, it may be able to establish that the defendant's breach of contract deprived it of the opportunity to obtain such business. The plaintiff is entitled to compensation for the loss of that opportunity. But it would be wrong to assess the damages for that lost opportunity as though it were a certainty.

I turn to the other principle upon which the defendant relies—the doctrine of remoteness. This doctrine is sometimes expressed as consisting of two rules, one dealing with imputed knowledge and one with actual knowledge of special circumstances: *Victoria Laundry, supra, per Asquith L.J.* at p. 539. However, for our purposes it may be conveniently stated as one rule—that the defendant is liable for such losses as, in all the circumstances, he ought reasonably to have contemplated at the time the contract was made.

The effect of the doctrine of remoteness is to exclude losses which it is established were caused by the breach of contract, but which were not reasonably foreseeable when the contract was made. The rationale for this exclusion is that it would be unfair to require the defendant to pay such damages, when, if he had been aware of them, he might have declined the risk or made other arrangements: *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341 at p. 355, 156 E.R. 145 at p. 151.

In my opinion, the evidence, weighed on the balance of probabilities, establishes to a sufficient degree of certainty that the plaintiff bid on Tender 50 with the full expectation of realizing some profit or monetary advantage therefrom over the whole contract period had it been successful on its bid, and that the loss of such profit was something which the defendant ought reasonably to have foreseen or contemplated, in the usual course of things, as the likely consequence of any breach of the preliminary contract A at the time it was made. Consequently, I am unable to find the plaintiff's claim for damages for

en cas de manque à gagner, comme tous les dommages-intérêts consécutifs à la rupture de contrat, soient prouvés selon la prépondérance des probabilités. S'il est établi avec un degré de certitude quelconque qu'un marché donné a été perdu par suite de la rupture, et qu'un manque à gagner en a résulté, c'est précisément cette somme qui doit être accordée. Toutefois, des dommages-intérêts peuvent aussi être accordés pour la perte de profits plus incertains s'il ressort de la preuve que des marchés ont peut-être été perdus à cause de la rupture et en outre qu'il est probable que quelques-uns de ces marchés possibles se seraient concrétisés si la rupture ne s'était pas produite. En pareil cas, le tribunal doit attribuer un montant modéré, reconnaissant que certains marchés ne se seraient peut-être pas concrétisés s'il n'y avait pas eu de rupture.

La règle peut être exprimée différemment. Encore que le demandeur ne soit pas à même de prouver avec certitude qu'il aurait obtenu des marchés donnés, n'eût été la rupture, il peut être à même d'établir que la rupture du contrat par le défendeur l'a privé de la possibilité d'obtenir ces marchés. Le demandeur a droit à une indemnité pour la perte de cette possibilité. Mais on aurait tort d'évaluer les dommages-intérêts consécutifs à la perte de cette possibilité comme s'il s'agissait d'une chose certaine.

J'arrive à l'autre principe qu'invoque la défenderesse—la doctrine du caractère éloigné. On a dit parfois que cette doctrine comportait deux règles, l'une relative à la connaissance présumée, l'autre concernant la connaissance effective de circonstances particulières: arrêt *Victoria Laundry*, précité, lord Asquith, à la p. 539. Toutefois, en ce qui nous concerne et par souci de commodité, nous pouvons la ramener à une règle unique, c'est-à-dire que le défendeur doit être tenu responsable des pertes que, vu l'ensemble des circonstances, il aurait raisonnablement dû prévoir au moment où le contrat a été conclu.

La doctrine du caractère éloigné a pour effet d'exclure les pertes qui, selon la preuve, ont été causées par la rupture de contrat, mais qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles quand le contrat a été conclu. Cette exclusion repose sur le raisonnement qu'il ne serait pas équitable d'obliger le défendeur à réparer ce préjudice alors que, s'il en avait eu connaissance, il aurait pu refuser de prendre le risque ou conclure d'autres accords: arrêt *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, à la p. 355, 156 E.R. 145, à la p. 151.

À mon avis, selon la prépondérance des probabilités, la preuve établit avec un degré de certitude suffisant que la demanderesse a présenté une soumission, en réponse à l'appel d'offres n° 50, en s'attendant vraiment à réaliser ainsi un profit ou à faire une affaire rentable tout au long de la durée du marché si celui-ci lui était attribué et que la privation de ce profit était quelque chose que la défenderesse aurait dû raisonnablement prévoir ou envisager lors de la conclusion du contrat, selon le cours normal des choses, comme conséquence probable de la rupture du contrat préliminaire A. Par conséquent, je ne peux

loss of profits, based on its reasonable expectation interest, to be too remote under the first branch of the rule in *Hadley v. Baxendale* [(1854), 156 E.R. 145 (Ex. Ct.)] or otherwise. The defendant was experienced in the practice of calling tenders for the provision of pilotage service, knew the plaintiff and the nature of its business, and was aware that the plaintiff would be acting in accordance with the low bid concept on Tender 50. In the result, I find as a fact that the defendant must be taken to have reasonably foreseen the likely consequences of the breach of its contract with the plaintiff.

I return to the question whether Mr. Tilley's arithmetical calculations can serve as a useful guide in assessing the plaintiff's damages for loss of profit. Unfortunately, these afford little real assistance in arriving at a precise mathematical calculation of such damages, except to reinforce my belief that Mr. Tilley's original cumulative total of \$329,311 is too high and that his revised cumulative earnings figure of \$44,580 in Exhibit D-33 is inordinately low. Mr. Tilley made deductions for income taxes at the rate of 22 percent in calculating his net earnings projections for each of the years 1988 to 1992. In my opinion, this constituted an error according to the principle established by the Supreme Court of Canada that income tax should not be deducted in calculating damage for loss of future earnings, except in fatal accident cases: *Waddams, The Law of Damages*, 2nd ed., paras. 3.320, 3.950-3.980; *The Queen v. Jennings et al.*, [1966] S.C.R. 532; *Guy v. Trizec Equities Ltd. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 756; *Andrews et al. v. Grand & Toy Alberta Ltd. et al.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Arnold et al. v. Teno et al.*, [1978] 2 S.C.R. 287; *Keizer v. Hanna et al.*, [1978] 2 S.C.R. 342; and *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694.

In my opinion, Mr. Tilley's revised calculations of projected earnings set out in Exhibit D-33 are little more than the composite result of assumptions put to him by defendant's counsel. The witness admitted on cross-examination to an erroneous expense saving of

pas conclure que les dommages-intérêts réclamés par la demanderesse à l'égard du manque à gagner, soit le préjudice lié à son expectative raisonnable, sont trop éloignés selon le premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale* [(1854), 156 E.R. 145 (Ex. Ct.)] ou pour une autre raison. La défenderesse avait l'habitude de la tenue d'appels d'offres à l'égard de la fourniture de services de bateau-pilote, elle connaissait la demanderesse et la nature de son activité et elle savait que la demanderesse réglerait sa conduite sur le principe de l'offre la plus basse en réponse à l'appel d'offres n° 50. En conséquence, je suis arrivé à la conclusion que la défenderesse doit être présumée avoir raisonnablement prévu les conséquences probables de la rupture de son contrat avec la demanderesse.

Je reviens à la question de savoir si les calculs arithmétiques de M. Tilley peuvent être d'une grande utilité pour évaluer les dommages-intérêts dus à la demanderesse pour le manque à gagner. Malheureusement, ils ne me servent pas vraiment à calculer ces dommages-intérêts avec une précision mathématique, sauf pour me renforcer dans mon opinion que le total initial de M. Tilley, soit 329 311 \$, est trop élevé et que son total révisé des revenus dans la pièce D-33, soit 44 580 \$, est excessivement bas. Pour établir ses pronostics des revenus nets pour chacune des années de 1988 à 1992, ce dernier a soustrait les impôts sur le revenu au taux de 22 p. 100. À mon avis, c'était une erreur étant donné le principe établi par la Cour suprême du Canada selon lequel il ne faut pas soustraire les impôts sur le revenu dans le calcul des dommages-intérêts pour la perte de revenus futurs, sauf en cas d'accident mortel: *Waddams, The Law of Damages*, 2^e éd., par. 3.320, 3.950 à 3.980; *The Queen v. Jennings et al.*, [1966] R.C.S. 532; *Guy c. Trizec Equities Ltd. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 756; *Andrews et autres c. Grand & Toy Alberta Ltd. et autre*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Arnold et autre c. Teno et autre*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Keizer c. Hanna et autre*, [1978] 2 R.C.S. 342; *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694.

À mon avis, les pronostics révisés des revenus qu'a établis M. Tilley, tels qu'indiqués dans la pièce D-33, ne sont guère plus que le résultat composite d'hypothèses que lui a suggérées l'avocat de la défenderesse. Le témoin a admis au cours du contre-interro-

approximately \$148,600 over the period of the contract by overlooking the additional crew member requirement on Tender 50. I can find nothing in the evidence to support a mandatory requirement for a four-man crew at all times and seasons. The specifications in Tender 48 and Tender 50 are identical with respect to the conditions pertaining to boat service and manning, except for the deletion from the former of the word "unmanned" so as to leave the latter reading "but may be partially unmanned when not in use". The defendant's Director of Operations, Captain Stow, explained the significance of the term "partially unmanned" in his examination-in-chief:

Q. It's the "... but may be partially manned ..." is the change, I gather. Whereas before it said "... may be unmanned or partially manned ..."

A. That's correct, yes.

Q. So, now there is no longer the option of leaving it unmanned?

A. No. It had to be now manned alongside because of the fact that we knew for sure it was going to be compulsory. There was also one other change which we missed, and it related to that one. If it had been unmanned in the first instance there was no requirement for it specifically to have a shore phone. And in the second one there was, and therefore that was added.

Mr. Tilley reaffirmed on redirect examination that his initial projection calculation for crew expenses was based on information provided him by management that the plaintiff would be operating with a three-man crew after September of 1986. I consider on balance that the validity of this initial assumption remains largely intact. However, the witness' lack of conviction for his opinions and readiness to agree with assumptive postulates put to him by defendant's counsel cast an element of doubt over the whole spectrum of his expert evidence. Under the circumstances I feel constrained to adopt a global approach in endeavouring to arrive at a fair and realistic assessment of the plaintiff's damages for breach of contract. I find some comfort for this approach in the fol-

gatoire qu'en oubliant l'exigence contenue dans l'appel d'offres n° 50 au sujet du membre d'équipage additionnel, il avait omis une dépense représentant une économie d'environ 148 600 \$ à l'expiration du contrat. À mon sens, aucun élément de preuve ne permet de conclure à l'obligation d'avoir un équipage de quatre hommes en tout temps et en toute saison. Les cahiers des charges dans les appels d'offres nos 48 et 50 sont identiques pour ce qui est des conditions touchant le service et la manœuvre du bateau, excepté la suppression, dans le premier, des mots [TRADUCTION] «sans équipage» de sorte que, dans le second, la condition était ainsi libellée: «mais une partie de l'équipage suffit quand le bateau n'est pas utilisé». Le capitaine Stow, directeur des opérations de la société défenderesse, a expliqué lors de l'interrogatoire principal la signification des mots «une partie de l'équipage suffit»:

[TRADUCTION] Q. C'est la «... mais une partie de l'équipage suffit...», c'est la modification, à ce que je comprends. Tandis qu'auparavant, le libellé était: «... sans équipage ou une partie de l'équipage suffit...»

R. C'est exact, oui.

Q. Alors, il n'est plus possible de le laisser sans équipage?

R. Non. Il fallait désormais un équipage à côté parce que nous étions certains que cela serait obligatoire. Il y a une autre modification qui nous a échappé et elle se rapporte à la première. Dans le premier cas, s'il n'y avait pas d'équipage, il n'était pas obligatoire de disposer d'un téléphone à terre. Dans le second cas, c'était obligatoire, par conséquent cela a été ajouté.

Lors du nouvel interrogatoire principal, M. Tilley a affirmé de nouveau que son pronostic initial des dépenses relatives à l'équipage était basé sur l'information, qu'il tenait de la direction, que la demanderesse n'emploierait qu'un équipage de trois hommes après septembre 1986. J'estime à tout prendre que cette hypothèse initiale reste largement valable. Toutefois, le manque de conviction du témoin et son empressement à accepter les suppositions que lui suggérait l'avocat de la défenderesse jettent un doute sur l'ensemble de son témoignage d'expert. Vu les circonstances, comme je veux évaluer d'une manière équitable et réaliste les dommages-intérêts dus à la demanderesse pour la rupture de contrat, je me sens contraint d'adopter une approche globale. Je citerai à

lowing statement by Dickson J. in *Lewis v. Todd and McClure*, *supra*, at pages 708-709:

If the courts are to apply basic principles of the law of damages and seek to achieve a reasonable approximation to pecuniary *restitutio in integrum* expert assistance is vital. But the trial judge, who is required to make the decision, must be accorded a large measure of freedom in dealing with the evidence presented by the experts. If the figures lead to an award which in all the circumstances seems to the judge to be inordinately high it is his duty, as I conceive it, to adjust those figures downward; and in like manner to adjust them upward if they lead to what seems to be an unusually low award.

Taking Mr. Tilley's cumulative earnings figure of \$329,311 as a starting point, I would add back income tax of \$72,448, calculated at his 22 percent rate of tax, which yields the gross-up total of \$401,759. I feel this should be reduced by the deduction of a 42 percent contingency factor to account for uncertainties, which leaves a net balance of \$233,020. I would allow the plaintiff the additional sum of \$2,390 for the cost of preparing its bid on Tender 50. The resulting total is \$235,410 which I hereby assess as the plaintiff's damages for breach of contract, rounded off to \$235,000.

The plaintiff claimed exemplary damages of \$500,000 owing to the defendant's conduct. Punitive or exemplary damages are rarely awarded in breach of contract cases. In any event, such damages could only be awarded in a case where the conduct complained of was so harsh, vindictive, reprehensible or extreme in nature as to be deserving, by any reasonable standard, "of full condemnation and punishment": *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, *per* McIntyre J., at pages 1107-1108; and *Harvey Foods Ltd. v. Reid* (1971), 3 N.B.R. (2d) 444 (C.A.), *per* Hughes J.A., at pages 448-450. I can find nothing in the defendant's conduct in the present case to justify an award of punitive or exemplary damages.

Interest

I turn now to the question of interest on the damages award. Prejudgment and postjudgment interest

l'appui de cette solution les propos qui suivent du juge Dickson dans l'arrêt *Lewis c. Todd et McClure*, précité, aux pages 708 et 709:

Si les tribunaux doivent appliquer les principes fondamentaux du droit aux dommages-intérêts et chercher à assurer une remise en état pécuniaire aussi proche de la réalité que possible, il est essentiel de faire appel à des experts. Mais il faut accorder au juge de première instance, qui doit prendre la décision, une grande liberté dans l'examen de la preuve présentée par les experts. Si le juge estime que le montant des dommages-intérêts dicté par les chiffres est, dans les circonstances, déraisonnablement élevé, il doit, à mon avis, ajuster ces chiffres à la baisse; de même, il doit les ajuster à la hausse si l'indemnité qu'ils indiquent est anormalement faible.

Au total des revenus calculé par M. Tilley, soit 329 311 \$, je rajouterais les impôts, soit 72 448 \$ au taux de 22 pour cent qu'il a utilisé, pour obtenir le total majoré, savoir 401 759 \$. Il faut réduire cette somme, à mon sens, de 42 pour cent pour tenir compte du facteur incertitude, ce qui laisse un solde net de 233 020 \$. J'accorderais à la demanderesse une autre somme de 2 390 \$ à l'égard du coût de préparation de sa soumission en réponse à l'appel d'offres n° 50. Le nouveau total de 235 410 \$ forme le montant des dommages-intérêts que j'estime dus à la demanderesse pour la rupture de contrat, arrondi à 235 000 \$.

La demanderesse a réclamé des dommages-intérêts exemplaires de 500 000 \$ en raison de la conduite de la défenderesse. Les tribunaux accordent rarement des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires en cas de rupture de contrat. De toute façon, de tels dommages-intérêts ne peuvent être accordés qu'à l'égard d'un comportement qui est essentiellement dur, vengeur, répréhensible ou de nature extrême, et qui mérite, selon toute norme raisonnable, «d'être condamné et puni»: *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, juge McIntyre, aux pages 1107 et 1108; *Harvey Foods Ltd. v. Reid* (1971), 3 N.B.R. (2d) 444 (C.A.), juge Hughes, aux pages 448 à 450. Rien, à mon sens, dans la conduite de la défenderesse en l'espèce ne justifie d'accorder des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires.

Intérêt

J'arrive à la question de l'intérêt sur l'indemnité accordée. Dans sa déclaration, la demanderesse n'a

were not specifically claimed in the plaintiff's statement of claim, although tacitly recognized as being part and parcel thereof.

Sections 36 and 41 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], dealing with prejudgment and postjudgment interest respectively in cases involving claims against the Crown, were repealed by Statutes of Canada 1990, c. 8, ss. 9 and 11, which enacted new sections 36 and 37 providing for such interest in proceedings other than those involving the Crown, that is, between subject and subject. The new provisions came into force on February 1, 1992. Their general effect was to divest the Court of much of its discretion in the awarding of both prejudgment and postjudgment interest by making the same determinable according to the law of the province in which the cause of action arose, in this case Nova Scotia. Several exceptions were created in both cases with respect to causes of action arising outside any province or in more than one province, where more discretionary latitude was permitted. In the case of prejudgment interest only, another exception was created for cases coming within the ambit of Canadian maritime law. The present case, in my view, does not fall within this last mentioned exception. Subsection 36(6) of the new statutory provisions relating to prejudgment interest provides as follows:

36. ...

(6) This section applies in respect of the payment of money under judgment delivered on or after the day on which this section comes into force, but no interest shall be awarded for a period before that day.

In my opinion, this would seem to preclude any award of prejudgment interest on damages for the period prior to February 1, 1992.

Whether I am correct or not in my interpretation of the subsection, the point becomes academic for purposes of the present case. If I apprehend the evidence correctly, Mr. Tilley's projection of cumulative earnings on Tender 50 made provision for the inclusion of "an average of 10% interest annually". I agree with

pas demandé expressément des intérêts avant jugement et sur le jugement, bien qu'ils soient tacitement reconnus comme faisant partie intégrante de sa déclaration.

^a

Les articles 36 et 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], traitant respectivement de l'intérêt avant jugement et de l'intérêt sur les jugements, dans les cas de plainte contre la Couronne, ont été abrogés par les Lois du Canada, 1990, ch. 8, art. 9 et 11, dans lesquelles sont édictés les nouveaux articles 36 et 37 relatifs à l'intérêt dans toute instance, sauf celle mettant en cause la Couronne, c'est-à-dire toute instance entre particuliers. Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} février 1992. Elles ont eu pour effet, généralement, de priver la Cour d'une grande partie de son pouvoir discrétionnaire relativement à l'intérêt avant jugement et à l'intérêt sur les jugements car il y est précisé qu'ils sont accordés selon les règles de droit en vigueur dans la province où est survenu le fait générateur, en l'espèce la Nouvelle-Écosse. En ce qui concerne les deux types d'intérêt, plusieurs exceptions ont été créées à l'égard des faits générateurs qui ne sont pas survenus dans une province ou qui sont survenus dans plusieurs provinces, la Cour étant alors investie d'un pouvoir discrétionnaire plus large. Dans le cas de l'intérêt avant jugement seulement, une autre exception a été créée à l'égard d'une instance en matière de droit maritime canadien. La présente espèce n'est pas visée, à mon sens, par cette dernière exception. Le paragraphe 36(6) des nouvelles dispositions relatives à l'intérêt avant jugement est ainsi conçu:

36. ...

(6) Le présent article s'applique aux sommes accordées par jugement rendu à compter de la date de son entrée en vigueur. Aucun intérêt ne peut être accordé à l'égard d'une période antérieure à cette date.

À mon avis, cela semble interdire d'accorder un intérêt avant jugement sur des dommages-intérêts à l'égard de la période antérieure au 1^{er} février 1992.

Que j'aie raison ou tort en donnant cette interprétation au paragraphe, le point est purement théorique dans la présente espèce. Si je comprends bien la preuve, les pronostics de revenus totaux, établis par M. Tilley, au regard de l'appel d'offres n^o 50, incluait [TRADUCTION] «un intérêt au taux annuel

the submission of defendant's counsel that any award of prejudgment interest on damages would result in interest being factored in twice, absent any adjustment therefor. In my judgment, there should be no award of prejudgment interest in the present case.

The new section 37 of the *Federal Court Act*, effective February 1, 1992, makes the matter of postjudgment interest determinable by the law of Nova Scotia. Section 2 of the *Interest on Judgments Act*, R.S.N.S. 1989, c. 233, reads:

2. (1) Until it is satisfied, every judgment debt shall bear interest at the rate of five per cent *per annum* or, where another rate is prescribed pursuant to subsection (2), at that other rate.

(2) The Governor in Council may make regulations

(a) determining rates of interest on judgment debts, including judgment debts which are, on the coming into force of this subsection, unsatisfied in whole or in part;

(b) respecting the method and frequency of determining the rates of interest;

(c) fixing the periods during which the rates of interest are in effect.

(3) The exercise of the authority contained in subsection (2) shall be regulations within the meaning of the *Regulations Act*.

In my opinion, section 2 of the *Interest on Judgments Act* prevents my awarding postjudgment interest at anything other than the prescribed statutory rate of 5 percent *per annum* in the absence of any proof of a regulation of the Governor in Council of Nova Scotia providing for a higher rate.

Conclusion

For the foregoing reasons, I award judgment in favour of the plaintiff for total damages of \$235,000, together with postjudgment interest thereon at the rate of 5 percent *per annum*, compounded annually, from the date of judgment until payment or satisfaction. The matter of the disposition of costs is reserved, pending further submissions by counsel.

moyen de 10 %». Je souscris à l'argument de l'avocat de la défenderesse qu'accorder un intérêt avant jugement sur les dommages-intérêts équivaldrait à doubler les intérêts, si aucun rajustement n'était effectué. À mon sens, il ne convient pas d'accorder d'intérêt avant jugement dans la présente espèce.

Aux termes du nouvel article 37 de la *Loi sur la Cour fédérale*, entré en vigueur le 1^{er} février 1992, la question de l'intérêt sur le jugement doit être tranchée conformément à la loi de la Nouvelle-Écosse. L'article 2 de la *Interest On Judgments Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 233 est ainsi conçu:

[TRANSCRIPTION] 2. (1) Jusqu'à ce qu'elle ait été payée, la créance reconnue par jugement porte intérêt au taux de cinq pour cent l'an ou au taux fixé conformément au paragraphe (2).

(2) Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

a) fixer les taux d'intérêt sur les créances reconnues par jugement, y compris celles qui, à la date de l'entrée en vigueur du présent paragraphe, n'ont pas été payées, en tout ou en partie;

b) établir les modalités et la fréquence de la fixation des taux d'intérêt;

c) déterminer les périodes durant lesquelles les taux d'intérêt sont en vigueur.

(3) L'exercice du pouvoir attribué au paragraphe (2) est assimilable à la prise d'un règlement au sens de la *Regulations Act*.

À mon avis, l'article 2 de la *Interest On Judgments Act* m'interdit d'accorder des intérêts sur le jugement à un autre taux que celui fixé par la Loi, soit 5 pour cent par année, en l'absence de preuve concernant un taux plus élevé fixé par un règlement pris par le gouverneur en conseil de la Nouvelle-Écosse.

Conclusion

Pour les motifs exposés ci-dessus, j'accorde à la demanderesse des dommages-intérêts, fixés au total à 235 000 \$, ainsi que les intérêts sur ladite somme au taux de 5 pour cent par année à partir de la date du jugement, composés annuellement, jusqu'à ce que la somme intégrale soit payée. La décision sur les dépens est réservée, jusqu'à ce que les avocats aient présenté leurs observations.