

T-2294-89

Olympia Janitorial Supplies (136971 Canada Ltd.) (Plaintiff)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Minister of Public Works (Defendant)

INDEXED AS: OLYMPIA JANITORIAL SUPPLIES v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS) (T.D.)

Trial Division, Wetston J.—Ottawa, May 27, 28 and July 24, 1996.

Crown — Torts — Pure economic loss — Third-party goods supplier seeking recovery against Crown for pure economic loss argues to have been suffered due to Crown's negligence when failed to take into account plaintiff's interests before paying contractor money owing under building maintenance contract as contractor had no capacity to satisfy any judgment — Insufficient proximity necessary to support duty of care — Loss not reasonably foreseeable — Risk of liability in indeterminate amount — Case not one in which new category of claim for pure economic loss should arise — Damage to plaintiff did not flow from conduct of defendant.

Torts — Negligence — Pure economic loss — Third-party goods supplier seeking recovery against Crown for pure economic loss argued as having been suffered due to Crown's negligence when failed to take into account plaintiff's interests before paying contractor money owing under building maintenance contract as contractor had no capacity to satisfy any judgment — Insufficient proximity necessary to support duty of care — Loss not reasonably foreseeable — Risk of liability in indeterminate amount — Case not one in which new category of claim for pure economic loss should arise — Damage to plaintiff did not flow from conduct of defendant.

The plaintiff supplied cleaning equipment and materials to J.N.M. Maintenance Limited (JNM) which provided

T-2294-89

Olympia Janitorial Supplies (136971 Canada Ltd.) (demanderesse)

c.

Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, représentée par le Ministre des Travaux publics (défenderesse)

RÉPERTORIÉ: OLYMPIA JANITORIAL SUPPLIES c. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Wetston—Ottawa, 27 et 28 mai et 24 juillet 1996.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Perte purement économique — Demande d'un tiers fournisseur de biens en vue d'être indemnisé par l'État d'une perte purement économique imputable à la négligence dont ce dernier avait fait preuve en omettant de tenir compte des intérêts de la demanderesse avant de payer à un entrepreneur une somme d'argent exigible en vertu d'un contrat d'entretien d'immeubles, car l'entrepreneur n'était pas en mesure de payer une somme due en vertu d'un jugement — Le lien étroit nécessaire était insuffisant pour satisfaire à l'obligation de diligence — La perte n'était pas raisonnablement prévisible — Le risque de responsabilité était d'un montant indéterminé — Il ne s'agissait pas d'une affaire qui devait donner lieu à une nouvelle catégorie de réclamation pour perte purement économique — Le dommage subi par la demanderesse ne résultait pas de la conduite du défendeur.

Responsabilité délictuelle — Négligences — Perte purement économique — Demande d'un tiers fournisseur de biens en vue d'être indemnisé par l'État d'une perte purement économique imputable à la négligence dont ce dernier avait fait preuve en omettant de tenir compte des intérêts de la demanderesse avant de payer à un entrepreneur une somme d'argent exigible en vertu d'un contrat d'entretien d'immeubles, car l'entrepreneur n'était pas en mesure de payer une somme due en vertu d'un jugement — Le lien étroit nécessaire était insuffisant pour satisfaire à l'obligation de diligence — La perte n'était pas raisonnablement prévisible — Le risque de responsabilité était d'un montant indéterminé — Il ne s'agissait pas d'une affaire qui devait donner lieu à une nouvelle catégorie de réclamation pour perte purement économique — Le dommage subi par la demanderesse ne résultait pas de la conduite du défendeur.

La demanderesse fournissait du matériel et de l'équipement de nettoyage à J.N.M. Maintenance Limited (JNM),

maintenance services to certain federal government buildings pursuant to contracts (valued at approximately \$2 million) with the Department of Public Works (DPW). The plaintiff was not a party to any of the contracts between JNM and DPW. As a result of performance and financial problems, JNM was sold to another company and JNM's cleaning and maintenance contracts were assigned to the new company. DPW consented to the assignment.

The plaintiff claimed entitlement to JNM's security deposits with DPW. The plaintiff requested that DPW withhold the funds that it intended to pay to JNM under the cleaning and maintenance contracts, to give it the opportunity to obtain a favourable judgment against JNM, and then execute the judgment by securing the withheld funds. DPW nevertheless made the final payment, in the amount of \$73,733.56, for services rendered. A clause of the contract (26.3) provided that the contractor would not be entitled to progress payments until it had provided a statutory declaration testifying as to the payment for labour, material, tools and equipment supplied under the contract. The plaintiff concluded that this was intended to protect third-party suppliers such as Olympia.

The plaintiff sought recovery for pure economic loss suffered as a result of the alleged tortious acts of the defendant, asserting that the defendant was negligent when it failed to take into account the plaintiff's interests before it paid out money owing under the building maintenance contract.

Held, the action should be dismissed.

To succeed with a negligence claim, the plaintiff must establish: (1) that the plaintiff was owed a duty of care by the defendant; (2) that the defendant should have observed a particular standard of care in order to perform or fulfil that duty; (3) that the defendant breached his duty of care by failing to fulfil or observe the relevant standard of care; (4) that this breach of duty caused damage or loss to the plaintiff; and (5) that such damage was not too remote a consequence of the breach.

It was established in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, that liability for economic loss will not be imposed in tort cases if there is no connection, or proximity, between the defendant's negligent conduct and the plaintiff's loss, as well as a reasonable foreseeability that the plaintiff would suffer harm as a result of the acts or omissions of the defendant.

qui assurait l'entretien de certains immeubles du gouvernement fédéral dans le cadre de divers contrats (d'une valeur de 2 millions de dollars environ) conclus avec le ministère des Travaux publics (TPC). La demanderesse n'était partie à aucun des contrats conclus entre JNM et TPC. À cause de problèmes financiers et de rendement, JNM a été vendue à une autre société, à laquelle ont été cédés ses contrats de nettoyage et d'entretien. TPC a approuvé la cession.

La demanderesse a revendiqué un droit sur les dépôts de garantie que JNM avait fournis à TPC. Elle a demandé que TPC retienne les fonds qu'il entendait verser à JNM dans le cadre des contrats de nettoyage et d'entretien, afin de lui donner l'occasion d'obtenir un jugement favorable contre JNM et, ensuite, d'exécuter ce jugement en obtenant les fonds retenus. TPC a toutefois effectué le dernier paiement, d'un montant de 73 733,56 \$, pour services fournis. Selon une clause du contrat (26.3), l'entrepreneur n'avait droit à des paiements progressifs qu'après avoir fourni une déclaration statutaire attestant le paiement des frais relatifs à la main-d'œuvre, aux matériaux, aux outils et au matériel fournis en vertu du contrat. La demanderesse a conclu que cette clause avait pour objet de protéger les tiers fournisseurs tels qu'Olympia.

La demanderesse désirait être indemnisée d'une perte purement économique imputable aux présumés actes délictuels de la défenderesse, soutenant que cette dernière avait fait preuve de négligence en omettant de tenir compte des intérêts de la demanderesse avant de verser une somme d'argent exigible en vertu du contrat d'entretien d'immeubles.

Jugement: l'action doit être rejetée.

Pour obtenir gain de cause dans une action pour négligence, la partie demanderesse doit établir que: (1) la partie défenderesse avait à son endroit une obligation de diligence; (2) la partie défenderesse aurait dû observer une norme de diligence particulière dans le but d'exécuter cette obligation; (3) la partie défenderesse a violé son obligation de diligence en négligeant de respecter la norme de diligence pertinente; (4) cette violation a causé un dommage ou une perte à la partie demanderesse; (5) le dommage en question n'était pas une conséquence trop éloignée de la violation.

Il est établi dans l'arrêt *Cie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, que la responsabilité d'une perte économique n'est pas imposée dans les affaires de nature délictuelle s'il n'existe aucun lien — ou proximité — entre le comportement négligent du défendeur et la perte subie par le demandeur, et qu'une prévisibilité raisonnable que le demandeur subira un préjudice du fait des actes ou des omissions du défendeur.

An examination of the requirements of the Ontario *Construction Lien Act* (CLA), and other similar legislation, as well as the common law relating to legal and equitable liens lead to the conclusion that no lien was available to the plaintiff for supplying materials to JNM under the maintenance contracts. No liens were available under these circumstances, whether the property in question was owned by the Crown or a private party. Accordingly, clause 26.3 was not included in the contracts for the specific purpose of protecting subcontractors who would be unable to obtain a lien against the property. There was therefore insufficient proximity to give rise to a duty of care or vicarious liability under the *Crown Liability and Proceedings Act*. Furthermore, while the defendant was aware of the plaintiff's claims, the communications between the parties did not result in such a proximate relationship that the defendant became subject to a duty to take into account the plaintiff's interests when administering the contracts with JNM.

Although there was insufficient evidence to establish the proximity which was necessary to support a finding that a duty of care existed, the question of whether the alleged harm was reasonably foreseeable was nevertheless considered.

It is the postulate of a duty of care that it arises out of circumstances of reasonably foreseeable harm avoidable by reasonable care. In the instant case, the uncertain nature of the foreseeable loss, if any, that might have been suffered by the plaintiff as a result of the defendant's failure to take certain steps was insufficient to satisfy the requirement of reasonably foreseeable harm in this action. It was not reasonably foreseeable that the defendant's conduct could cause the plaintiff to suffer a loss above and beyond the financial loss sustained as a result of non-payment by JNM.

In the absence of the requisite elements of proximity and foreseeable loss, the defendant was under no duty, when completing the contracts with JNM, to take into account the plaintiff's interests.

Nevertheless, the issue of whether, as a matter of policy, the plaintiff should be denied a right to recover from the defendant in the present case was determined.

For practical, policy reasons, limits are needed to prevent "liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class". In this case, what was lost was an opportunity, rather than a sum of money. The plaintiff has not suffered harm to person or property,

Il ressort d'un examen des exigences de la *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction* (LPIC) de l'Ontario et d'autres lois similaires, ainsi que des éléments de la common law qui se rapportent aux privilèges juridiques et en *equity*, que la demanderesse ne disposait d'aucun privilège à l'égard de la fourniture de matériaux à JNM dans le cadre des contrats d'entretien conclus. Aucun privilège n'était disponible dans ces circonstances, que les biens en question fussent la propriété de l'État ou d'une partie privée. Par conséquent, la clause 26.3 n'a pas été incluse dans les contrats dans le but précis de protéger les sous-traitants qui se trouveraient dans l'impossibilité d'obtenir un privilège contre les biens en question. Il n'y avait donc pas un lien suffisamment étroit pour donner lieu à une obligation de diligence ou une responsabilité du fait d'autrui en vertu de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. Qui plus est, la défenderesse était au courant des revendications de la demanderesse, mais les communications entre les deux n'ont pas donné lieu à un lien suffisamment étroit pour que la défenderesse se trouve obligée de tenir compte des intérêts de la demanderesse en administrant les contrats conclus avec JNM.

Malgré l'insuffisance des preuves permettant d'établir le lien étroit qui était exigé pour étayer la conclusion qu'il existait une obligation de diligence, la question de savoir si le préjudice allégué était raisonnablement prévisible a quand même été examinée.

Une obligation de diligence repose sur le postulat que celle-ci résulte de circonstances où l'exercice d'une diligence raisonnable permet d'éviter un préjudice raisonnablement prévisible. En l'espèce, l'incertitude de la perte prévisible, si perte il y avait, que la demanderesse aurait pu subir par suite du défaut de la défenderesse de prendre certaines mesures n'était pas suffisante pour satisfaire à l'exigence d'un préjudice raisonnablement prévisible. Il n'était pas raisonnablement prévisible que la conduite de la défenderesse amène la demanderesse à encourir une perte supérieure à la perte pécuniaire subie par suite du défaut de paiement de JNM.

En l'absence des deux éléments requis — lien étroit et perte prévisible — la défenderesse ne se trouvait pas dans l'obligation de tenir compte des intérêts de la demanderesse au moment d'exécuter les contrats conclus avec JNM.

Néanmoins, la question de savoir si, par principe, la demanderesse devrait se voir privée du droit d'être indemnisée par la défenderesse en l'espèce a été tranchée.

Pour des raisons pratiques générales, il est nécessaire de fixer des limites afin d'éviter «une responsabilité pour un montant indéterminé, pour un temps indéterminé et envers une catégorie indéterminée». En l'espèce, ce qui a été manqué était une occasion, plutôt qu'une somme d'argent.

nor was its loss consequent upon such physical harm; furthermore, damage to person or property did not appear imminent as a result of the actions of the defendant. In addition, there was no issue of negligent misrepresentation. The plaintiff did not suffer a pecuniary loss, as between himself and the defendant, but an opportunity foregone. The defendant should not be held liable for a type of loss that cannot be characterized and quantified with any degree of certainty. The plaintiff's case did not merit an expansion of the categories of recoverable economic loss.

Where a new category of claim for pure economic loss arises, the Court should consider the matter from the doctrinal point of view of duty and proximity, and from the pragmatic perspective of the purposes served and the dangers associated with the extension sought.

While the defendant could have paid into court the money owing to JNM, it was not established that damage or harm to the plaintiff flowed from the conduct of the defendant. Although the plaintiff suffered a loss, this clearly resulted from the actions of JNM. The defendant's acts or omissions have not caused the plaintiff to lose money, or to suffer any type of pecuniary loss. On balance, the plaintiff's lost opportunity to obtain a judgment for the monies was insufficient to support the element of causation.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Construction Lien Act, R.S.O. 1990, c. C.30, ss. 1(1) "improvement", 14.

Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), ss. 3(a), 10.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Donoghue v. Stevenson, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; (1992), 91 D.L.R. (4th) 289; 11 C.C.L.T. (2d) 1; 137 N.R. 241; *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241; (1951), 66 C.R.T.C. 316; 26 M.P.R. 389 (N.S.S.C.); *Ultramares Corporation v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931).

La demanderesse n'a pas subi de préjudice envers une personne ou un bien, pas plus que sa perte n'était consécutive à un tel préjudice physique; par ailleurs, il ne semblait pas que les agissements de la défenderesse causeraient un dommage imminent à une personne ou un bien. En outre, il n'était pas question d'une déclaration inexacte faite avec négligence. La demanderesse n'avait pas subi une perte pécuniaire, entre elle et la défenderesse; elle avait plutôt manqué une occasion. La défenderesse ne devrait pas être tenue responsable d'une sorte de perte qu'il est impossible de qualifier et de quantifier avec quelque certitude que ce soit. La cause de la demanderesse ne justifiait pas une extension des catégories de perte économique indemnisable.

Lorsque survient une nouvelle catégorie d'action pour perte purement économique, la Cour devrait examiner la question du point de vue doctrinal de l'obligation et de l'étroitesse du lien, ainsi que du point de vue pratique des objets poursuivis et des dangers liés à l'extension de l'indemnisation recherchée.

La défenderesse aurait pu payer en cour les fonds dus à JNM, mais il n'a pas été établi que le préjudice subi par la demanderesse était attribuable à la conduite de la défenderesse. La demanderesse a bel et bien subi une perte, mais celle-ci résultait clairement des actes de JNM. Les actes ou omissions de la défenderesse n'ont pas causé à la demanderesse une perte d'argent, ou un type quelconque de perte pécuniaire. Tout compte fait, l'occasion qu'a manquée la demanderesse d'obtenir un jugement à l'égard des fonds exigibles est insuffisante pour étayer l'élément de causalité.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 3a), 10.

Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction, L.R.O. 1990, ch. C.30, art. 1(1) «améliorations», 14.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Donoghue v. Stevenson, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Cie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; (1992), 91 D.L.R. (4th) 289; 11 C.C.L.T. (2d) 1; 137 N.R. 241; *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241; (1951), 66 C.R.T.C. 316; 26 M.P.R. 389 (C.S.N.-É.); *Ultramares Corporation v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931).

DISTINGUISHED:

Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd., [1993] 3 S.C.R. 206; (1993), 107 D.L.R. (4th) 169; 32 B.C.A.C. 221; 83 B.C.L.R. (2d) 145; 157 N.R. 241; 53 W.A.C. 221; *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87; (1993), 99 D.L.R. (4th) 626; 45 C.C.E.L. 153; 14 C.C.L.T. (2d) 113; 93 CLLC 14,019; 147 N.R. 169; 60 O.A.C. 1; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; (1995), 121 D.L.R. (4th) 193; [1995] 3 W.W.R. 85; 23 C.C.L.T. (2d) 1; 18 C.L.R. (2d) 1; 100 Man. R. (2d) 241; 176 N.R. 321; 43 R.P.R. (2d) 1; 91 W.A.C. 241; *Caparo Industries plc v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.); *Qit Fer Et Titane Inc. v. Upper Lakes Shipping Ltd.* (1994), 21 C.L.R. (2d) 122 (Ont. C.A.); *Kloeck v. Battenfelder* (1985), 64 A.R. 98; [1986] 1 W.W.R. 641; 41 Alta. L.R. (2d) 85 (Q.B.); *Union Construction et al., Re* (1980), 42 N.S.R. (2d) 622; 111 D.L.R. (3d) 728; 77 A.P.R. 622 (S.C.A.C.).

CONSIDERED:

Olympia Janitorial Supplies v. Canada (Minister of Public Works), [1991] 3 F.C. 374; (1991), 47 F.T.R. 163 (T.D.).

AUTHORS CITED

Bernstein, R. *Economic Loss*. London: Longman, 1993.
 Feldthusen, Bruce. "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1991), 17 *Can. Bus. L.J.* 356.
 Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, Vol. 1. Toronto: Carswell, 1989.
 Linden, A. *Canadian Tort Law*, 5th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.
 Lordon, P. *Crown Law*. Toronto: Butterworths, 1991.
 "Mechanics' and Construction Liens" 20 *C.E.D.* (Ont. 3rd) Title 91.

ACTION by which plaintiff, supplier of materials, sought to recover from the Crown for pure economic loss argued as having been suffered due to the Crown's negligence in failing to take into account the plaintiff's interests prior to paying out money owing to plaintiff's debtor, a maintenance contractor, under a building maintenance contract. Action dismissed.

COUNSEL:

Justin R. Fogarty for plaintiff.
Ian M. Donahoe for defendant.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd., [1993] 3 R.C.S. 206; (1993), 107 D.L.R. (4th) 169; 32 B.C.A.C. 221; 83 B.C.L.R. (2d) 145; 157 N.R. 241; 53 W.A.C. 221; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87; (1993), 99 D.L.R. (4th) 626; 45 C.C.E.L. 153; 14 C.C.L.T. (2d) 113; 93 CLLC 14,019; 147 N.R. 169; 60 O.A.C. 1; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; (1995), 121 D.L.R. (4th) 193; [1995] 3 W.W.R. 85; 23 C.C.L.T. (2d) 1; 18 C.L.R. (2d) 1; 100 Man. R. (2d) 241; 176 N.R. 321; 43 R.P.R. (2d) 1; 91 W.A.C. 241; *Caparo Industries plc v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.); *Qit Fer Et Titane Inc. v. Upper Lakes Shipping Ltd.* (1994), 21 C.L.R. (2d) 122 (C.A. Ont.); *Kloeck v. Battenfelder* (1985), 64 A.R. 98; [1986] 1 W.W.R. 641; 41 Alta. L.R. (2d) 85 (B.R.); *Union Construction et al., Re* (1980), 42 N.S.R. (2d) 622; 111 D.L.R. (3d) 728; 77 A.P.R. 622 (C.S.D.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Olympia Janitorial Supplies c. Canada (Ministre des Travaux publics), [1991] 3 C.F. 374; (1991), 47 F.T.R. 163 (1^{re} inst.).

DOCTRINE

Bernstein, R. *Economic Loss*. London: Longman, 1993.
 Feldthusen, Bruce. «Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow» (1991), 17 *Can. Bus. L.J.* 356.
 Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, Vol. 1. Toronto: Carswell, 1989.
 Linden, A. *Canadian Tort Law*, 5th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.
 Lordon, P. *Crown Law*. Toronto: Butterworths, 1991.
 «Mechanics' and Construction Liens» 20 *C.E.D.* (Ont. 3rd) Title 91.

ACTION par laquelle la demanderesse, un fournisseur de matériaux, cherchait à être indemnisée par l'État d'une perte purement économique qu'elle disait imputable à la négligence avec laquelle l'État avait omis de tenir compte des intérêts de la demanderesse avant de payer une somme d'argent à la débitrice de cette dernière, un entrepreneur en services d'entretien, dans le cadre d'un contrat d'entretien d'immeubles. Action rejetée.

AVOCATS:

Justin R. Fogarty, pour la demanderesse.
Ian M. Donahoe, pour la défenderesse.

SOLICITORS:

Beament Green Dust, Ottawa, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

- 1 WETSTON J.: The plaintiff, Olympia Janitorial Supplies (Olympia), seeks recovery for pure economic loss suffered as a result of the alleged tortious acts of the defendant. The plaintiff asserts that the defendant was negligent when it failed to take into account the plaintiff's interests before it paid out money owing under a building maintenance contract.

FACTS

- 2 In 1987, the plaintiff began supplying cleaning equipment and materials to J.N.M. Maintenance Limited (JNM), which provided maintenance services to certain federal government buildings. In 1987 and thereafter, JNM contracted with the Department of Public Works (DPW) to clean and maintain a number of government buildings. By March 1989, there were fourteen such contracts, valued at approximately \$2 million, in total. At this time, JNM accounted for about 20% of the plaintiff's business. The plaintiff was not a party to any of the contracts between JNM and DPW.

- 3 Initially, JNM met its contractual obligations to the plaintiff; however, by June 30, 1989, JNM had incurred an account balance of \$117,946.10. According to Mr. George Petrakos, who testified on behalf of Olympia, the plaintiff did not immediately act on the outstanding payments because payment delays under maintenance contracts are not uncommon. Furthermore, JNM was expanding, and the plaintiff did not wish to place any undue pressure on the growing company. In addition, unbeknownst to the plaintiff at this time, JNM had some performance

PROCUREURS:

Beament Green Dust, Ottawa, pour la demanderesse.

Le sous-procureur général du Canada, pour la défenderesse.

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

- 1 LE JUGE WETSTON: La demanderesse, Olympia Janitorial Supplies (Olympia), désire être indemnisée d'une perte purement économique imputable aux présumés actes délictuels de la défenderesse. La demanderesse soutient qu'en négligeant de tenir compte de ses intérêts avant de payer une somme d'argent exigible en vertu d'un contrat d'entretien d'immeubles, la défenderesse a fait preuve de négligence.

LES FAITS

- 2 En 1987, la demanderesse a commencé à fournir du matériel et de l'équipement de nettoyage à J.N.M. Maintenance Limited (JNM), qui assurait l'entretien de certains immeubles du gouvernement fédéral. En 1987 et par la suite, JNM a conclu avec le ministère des Travaux publics (TPC) des contrats de nettoyage et d'entretien d'un certain nombre d'immeubles publics. En mars 1989, quatorze de ces contrats, d'une valeur globale de 2 millions de dollars environ, avaient été signés. À cette époque, JNM représentait à peu près 20 p. 100 du chiffre d'affaires de la demanderesse. Cette dernière n'était partie à aucun des contrats conclus entre JNM et TPC.

- 3 Au début, JNM s'est acquittée de ses obligations contractuelles envers la demanderesse; toutefois, le 30 juin 1989, JNM s'est trouvée aux prises avec un solde de compte de 117 946,10 \$. Selon M. George Petrakos, qui a témoigné pour le compte d'Olympia, la demanderesse n'a pas pris de mesure immédiate au sujet des paiements en souffrance parce qu'il n'est pas rare qu'il survienne des retards de paiement dans le cadre de contrats d'entretien. Par ailleurs, JNM était en expansion, et la demanderesse ne voulait pas exercer de pressions excessives sur cette

problems with regard to its contracts with DPW. In fact, it now appears that DPW had reduced some of its payments to JNM due to non-performance.

4 At the end of June 1989, Mr. Petrakos contacted JNM regarding the outstanding payments. He then received three post-dated cheques, dated July 6, July 28 and August 6, 1989. The cheques were dishonoured, however, due to insufficient funds. In early July 1989, Mr. Petrakos heard rumours that JNM had been sold. In fact, on June 30, 1989, JNM was sold to Les Services d'Entretien d'Immeubles Staf 2000 Inc. (Staf 2000). JNM's cleaning and maintenance contracts were assigned to Staf 2000 for the sum of \$45,000. DPW consented to this assignment.

5 On July 12, 1989, through its counsel, the plaintiff contacted DPW and claimed entitlement to JNM's security deposits with DPW. In addition, the plaintiff requested advice from DPW regarding procedures to protect Olympia's financial interests. Plaintiff's counsel wrote once again to DPW, on July 18, 1989, and attached a statement of claim in respect of a potential lawsuit against JNM and Staf 2000. The plaintiff also requested that DPW withhold any funds that it intended to pay to JNM under the cleaning and maintenance contracts. On July 21, 1989, DPW made a final payment to JNM, in the amount of \$73,733.56, for services rendered to the end of June 1989. On July 24, 1989, defendant's counsel wrote to the plaintiff, stating that DPW was legally unable to withhold funds that it owed to JNM.

6 Shortly thereafter, Mr. Petrakos obtained a standard-form cleaning and maintenance contract that was similar to the contracts between DPW and JNM (the contracts). Clause 26.3 of the contracts required security to be posted, and specifically provided for payment on the following terms:

entreprise en croissance. De plus, à l'insu de la demanderesse à cette époque, JNM avait quelques difficultés à exécuter les contrats qu'elle avait conclus avec TPC. En fait, il semble aujourd'hui que TPC avait réduit certains des paiements faits à JNM pour cause d'inexécution.

4 À la fin de juin 1989, M. Petrakos a communiqué avec JNM au sujet des paiements en souffrance. Il a alors reçu trois chèques postdatés, portant les dates du 6 juillet, du 28 juillet et du 6 août 1989. Toutefois, ces chèques n'ont pu être honorés, faute de fonds. Au début de juillet 1989, M. Petrakos a entendu dire que JNM avait été vendue. En fait, le 30 juin 1989, JNM avait été vendue à Les Services d'Entretien d'Immeubles Staf 2000 Inc. (Staf 2000). Les contrats d'entretien et de nettoyage de JNM ont été cédés à Staf 2000 contre la somme de 45 000 \$. TPC a donné son accord à cette cession.

5 Le 12 juillet 1989, par l'entremise de son avocat, la demanderesse a communiqué avec TPC et revendiqué un droit sur les dépôts de garantie que JNM avait fournis à TPC. En outre, la demanderesse a demandé conseil à TPC au sujet des mesures à prendre pour protéger les intérêts financiers d'Olympia. L'avocat de la demanderesse a écrit de nouveau à TPC, le 18 juillet 1989, joignant à la lettre une déclaration concernant une poursuite éventuelle contre JNM et Staf 2000. La demanderesse a demandé aussi que TPC retienne tous les fonds qu'il entendait verser à JNM dans le cadre des contrats de nettoyage et d'entretien. Le 21 juillet 1989, TPC a versé un dernier paiement à JNM, d'un montant de 73 733,56 \$, pour les services fournis jusqu'à la fin de juin 1989. Le 24 juillet suivant, dans une lettre adressée à la demanderesse, l'avocat de la défenderesse a déclaré que TPC n'était pas en mesure, légalement, de retenir les fonds qu'il devait à JNM.

6 Peu après, M. Petrakos a obtenu un contrat type de nettoyage et d'entretien, similaire aux contrats passés entre TPC et JNM (les contrats). La clause 26.3 de ces derniers exigeait le dépôt d'une garantie et, plus précisément, prévoyait que les paiements seraient effectués dans les conditions suivantes:

26.3.1 The contractor shall not be entitled to any payment until he has provided contract security pursuant to clause 2.7 of the Tender and Acceptance.

26.3.2 The contractor shall not be entitled to the second or subsequent progress payments until he has provided a statutory declaration testifying as to the payment of labour, materials, tools and equipment supplied under the contract.

Upon reviewing the terms of the contracts, Mr. Petrakos concluded that clause 26.3 was intended to protect third-party suppliers such as Olympia.

7 Regardless of clause 26.3, it appears that it was DPW's policy to request a statutory declaration only upon termination of the contracts. In the present case, no statutory declaration was obtained from JNM once it had fulfilled its obligations under the contracts. The plaintiff later decided not to pursue its action against JNM. It was of the view that JNM had no capacity to satisfy a judgment, since its only assets of any value, the maintenance contracts, had been assigned to Staf 2000.

ARGUMENTS OF THE PARTIES

8 Although it was not a party to the contracts between JNM and DPW, the plaintiff argues that the defendant was under a duty of care to consider the plaintiff's interests when managing its contracts with JNM. It is contended that this duty arose due to clause 26.3 of the contracts, and as a result of notification of the plaintiff's concerns. The plaintiff submits that this duty of care was breached because the defendant failed to obtain statutory declarations ensuring payment to subcontractors, as required under the contracts; the defendant paid the balance owing to JNM under the contracts, after it had been notified of the plaintiff's concerns; and the defendant allowed JNM to assign the contracts to Staf 2000, even though it must have known that such assignment would impair the plaintiff's chances of collecting any money owing to it. In addition, the

[TRANSDUCTION] **26.3.1** L'entrepreneur n'a droit à un paiement que s'il a déposé la garantie contractuelle prévue à la clause 2.7 de l'avis d'offre et d'acceptation.

26.3.2 L'entrepreneur n'a droit au deuxième paiement progressif ou aux paiements progressifs subséquents qu'à la condition d'avoir fourni une déclaration statutaire attestant le paiement des frais relatifs à la main-d'œuvre, aux matériaux, aux outils et au matériel fournis dans le cadre du contrat.

Après avoir analysé les modalités des contrats, M. Petrakos a conclu que la clause 26.3 avait pour objet de protéger les tiers fournisseurs tels qu'Olympia.

7 Indépendamment de la clause 26.3, il semble que TPC avait pour règle de ne demander une déclaration statutaire qu'à la résiliation des contrats. En l'espèce, aucune déclaration de cette nature n'a été obtenue de JNM après que celle-ci se fut acquittée de ses obligations en vertu des contrats. La demanderesse a plus tard décidé de ne pas poursuivre son action contre JNM. Elle était d'avis que JNM n'était pas capable de payer une somme due en vertu d'un jugement, puisque les seuls éléments d'actif de quelque valeur qu'elle détenait—les contrats d'entretien—avaient été cédés à Staf 2000.

LES ARGUMENTS DES PARTIES

8 Même si elle n'était pas partie aux contrats conclus entre JNM et TPC, la demanderesse fait valoir que la défenderesse avait une obligation de diligence, celle de tenir compte des intérêts de la demanderesse en gérant les contrats conclus avec JNM. Cette obligation, est-il allégué, découlait de la clause 26.3 des contrats et de la notification des préoccupations de la demanderesse. Cette dernière est d'avis qu'il y a eu violation de cette obligation de diligence parce que la défenderesse a négligé d'obtenir des déclarations statutaires garantissant que les sous-traitants seraient payés, ainsi que cela était exigé en vertu des contrats; la défenderesse a payé le solde dû à JNM en vertu des contrats, après avoir été informée des préoccupations de la demanderesse; de plus, la défenderesse a permis à JNM de céder les contrats à Staf 2000, et ce, même si elle savait sûrement que

plaintiff contends that the assignment agreement between JNM and Staf 2000 was completed with the approval of the defendant, without any notice to the subcontractors of JNM, particularly Olympia. Accordingly, the plaintiff submits that it has suffered damages in the form of pure economic loss. The plaintiff acknowledges that it is entitled not to \$117,946.10, but only to \$73,733.56, since this amount represents the final settlement of the cleaning and maintenance contracts between JNM and DPW.

9 The plaintiff asserts that it did not expect the defendant to pay over to Olympia the money that it owed to JNM; rather, the plaintiff wanted the defendant to withhold payment of the final instalment to JNM. This would have given the plaintiff an opportunity to obtain a favourable judgment against JNM, and then execute the judgment by securing the withheld funds. Alternatively, the plaintiff would have been satisfied if the defendant had imposed, in the assignment agreement, conditions regarding payment of the amount owing to JNM. In addition, the money could have been paid into court.

10 The defendant argues that clause 26.3 in the contracts between JNM and the defendant, pursuant to which the plaintiff seeks to derive some benefit, was not designed to protect subcontractors. The defendant also asserts that the plaintiff has failed to establish vicarious liability on the part of the Crown.

11 The defendant characterizes the alleged tort as a breach of the duty to administer a contract in the best interests of third parties. The defendant argues that this tort has not previously been found to exist. In the defendant's opinion, there is no duty, when considering whether or not to assign a contract, to either consult with a third party, or to impose conditions for the purpose of protecting third parties. Alternatively, the defendant denies that the plaintiff has suffered damages at all as a result of the defendant's activities.

cette cession nuirait aux chances de la demanderesse de recouvrer toute somme d'argent qui lui était due. En outre, la demanderesse estime que l'entente de cession entre JNM et Staf 2000 a été conclue avec l'assentiment de la défenderesse, sans en informer de quelque manière les sous-traitants de JNM, et, plus particulièrement, Olympia. La demanderesse fait donc valoir qu'elle a subi des dommages sous la forme d'une perte purement économique. Elle reconnaît qu'elle a droit non pas à 117 946,10 \$, mais uniquement à 73 733,56 \$, puisque ce montant représente le règlement final des contrats de nettoyage et d'entretien conclus entre JNM et TPC.

9 La demanderesse allègue qu'elle ne s'attendait pas à ce que la défenderesse paye à Olympia l'argent qu'elle devait à JNM; elle voulait plutôt que la défenderesse retienne le dernier paiement dû à JNM. Cette mesure lui aurait donné l'occasion d'obtenir un jugement favorable contre JNM, et d'exécuter ensuite le jugement en obtenant les fonds retenus. Subsidièrement, la demanderesse aurait été satisfaite si la défenderesse avait imposé, dans l'entente de cession, des conditions relatives au paiement du montant dû à JNM. En outre, l'argent aurait pu être payé en cour.

10 La défenderesse fait valoir que, dans les contrats conclus entre JNM et la défenderesse, en vertu desquels la demanderesse cherche à obtenir un avantage, la clause 26.3 n'était pas conçue pour protéger les sous-traitants. Elle allègue aussi que la demanderesse n'est pas parvenue à établir l'existence d'une responsabilité du fait d'autrui de la part de l'État.

11 La défenderesse qualifie l'acte délictuel présumé de violation du devoir d'administrer un contrat au mieux des intérêts de tierces parties. Elle allègue qu'il n'a pas été conclu antérieurement que cet acte délictuel existait. De l'avis de la défenderesse, lorsque l'on envisage de céder ou non un contrat, rien n'oblige à consulter une tierce partie, ou à imposer des conditions dans le but de protéger des tiers. Subsidièrement, la défenderesse nie que la demanderesse ait subi un dommage quelconque par suite de ses activités.

ANALYSIS

12 The ingredients of liability for the tort of negligence are summarized by G. H. L. Fridman in *The Law of Torts in Canada*, Vol. 1 (Toronto: Carswell, 1989), at page 233. To succeed with a negligence claim, the plaintiff must establish (i) that he or she was owed a duty of care by the defendant; (ii) that the defendant should have observed a particular standard of care in order to perform or fulfil that duty; (iii) that the defendant broke his or her duty of care by failing to fulfil or observe the relevant standard of care; (iv) that this breach of duty caused damage or loss to the plaintiff; and (v) that such damage was not too remote a consequence of the breach. All of these elements must be satisfied, on a balance of probabilities, in order for the plaintiff to succeed in its action: see also, A. Linden, *Canadian Tort Law*, 5th ed. (Markham, Ont.: Butterworths, 1993).

1. Duty of Care

13 The case of *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), first set out the test for determining whether the initial element of a negligence claim, a duty of care, has been established. Lord Atkin stated, at page 580, that one must take care to avoid acts or omissions which one can reasonably foresee would be likely to injure one's neighbours. The House of Lords subsequently indicated, in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, that a court, in determining whether or not a duty of care was owed in the case before it, must first ask whether, as between the alleged tortfeasor and the plaintiff, there is a sufficient relationship of proximity such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter; if this question is answered affirmatively, the court must then determine if the extension of liability is desirable from a practical or policy point of view.

ANALYSE

12 Les éléments de la responsabilité du délit de négligence sont résumés par G. H. L. Fridman dans son ouvrage intitulé *The Law of Torts in Canada*, vol. 1 (Toronto: Carswell, 1989), à la page 233. Pour obtenir gain de cause dans une action pour négligence, la partie demanderesse doit établir que: i) la partie défenderesse avait à son endroit une obligation de diligence; ii) la partie défenderesse aurait dû observer une norme de diligence particulière dans le but d'exécuter cette obligation; iii) la partie défenderesse a violé son obligation de diligence en négligeant de respecter la norme de diligence pertinente; iv) cette violation a causé un dommage ou une perte à la partie demanderesse; v) le dommage en question n'était pas une conséquence trop éloignée de la violation. Il importe de satisfaire à tous ces éléments, selon la prépondérance des probabilités, pour que la partie demanderesse obtienne gain de cause dans son action: voir aussi, A. Linden, *Canadian Tort Law*, 5^e éd. (Markham, Ont.: Butterworths, 1993).

1. Obligation de diligence

13 L'arrêt *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), a été le premier à exposer le critère permettant de déterminer si l'élément initial d'une action pour négligence—une obligation de diligence—a été établi. À la page 580 du recueil, lord Atkin déclare qu'il faut veiller à éviter les actes ou les omissions qui, peut-on raisonnablement prévoir, seraient de nature à causer un préjudice à ses voisins. La Chambre des lords a indiqué par la suite, dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, qu'au moment de déterminer si, dans l'affaire dont elle était saisie, il y avait une obligation de diligence ou non, une cour doit d'abord se demander si, entre l'auteur présumé du délit et la partie demanderesse, il existe un lien suffisamment étroit pour que, lorsque l'on examine de façon raisonnable le cas dudit auteur du délit, un comportement négligent de sa part soit susceptible de porter préjudice à ladite partie; si la réponse à cette question est affirmative, la cour doit ensuite déterminer s'il est souhaitable d'un point de vue pratique ou administratif d'étendre la responsabilité.

- 14 *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at page 1152, established that liability for economic loss will not be imposed in tort cases if there is no connection, or proximity, between the defendant's negligent conduct and the plaintiff's loss, which would make it just for the defendant to indemnify the plaintiff. In addition to the actual relationship between the parties, proximity may consist of various forms of closeness, including physical, circumstantial, causal or assumed. In this regard, pure economic loss is *prima facie* recoverable where, in addition to negligence and foreseeable loss, there is sufficient proximity between the negligent act and the loss. Accordingly, in order for a duty of care to exist, there must be proximity between the plaintiff's loss and the negligent conduct of the defendant, as well as a reasonable foreseeability that the plaintiff will suffer harm as a result of the acts or omissions of the defendant.
- 15 The plaintiff submits that the defendant owed a duty of care for two reasons: clause 26.3 was included in the contracts in order to benefit subcontractors like the plaintiff, and the communications between the parties revealed, to the defendant, the plaintiff's concerns. The plaintiff further submits that these incidents of reasonably foreseeable harm are indicative of the proximate relationship between the plaintiff and the defendant. In my opinion, however, evidence of reasonably foreseeable harm may not be sufficient to satisfy the additional requirement of proximity. As noted above, McLachlin J., in *Norsk*, *supra*, stated that recovery for pure economic loss is *prima facie* possible where, in addition to negligence and foreseeable loss, there is sufficient proximity between the negligent act and the loss. Similarly, as suggested by G. H. L. Fridman, *supra*, at page 235, foreseeability does not automatically lead to a finding of a duty of care. Proximity, then, may not necessarily flow from instances of reasonably foreseeable harm; rather, evidence of proximity may be required to establish a duty of care. In my opinion, I must determine, in this case, whether there was sufficient proximity between the plaintiff
- L'arrêt *Cie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, à la page 1152 du recueil, établit que la responsabilité d'une perte économique ne sera pas imposée dans les affaires de nature délictuelle s'il n'existe aucun lien, ou proximité, entre le comportement négligent du défendeur et la perte subie par le demandeur, qui fait qu'il est juste que le défendeur indemnise le demandeur. Outre le lien effectif qui unit les parties, le lien étroit peut revêtir diverses formes, qu'il s'agisse de proximité physique, circonstancielle, causale ou présumée. À cet égard, une perte purement économique peut, à première vue, donner lieu à indemnisation lorsqu'en plus d'une négligence et d'une perte prévisible, il existe un lien suffisamment étroit entre l'acte négligent et la perte subie. En conséquence, pour qu'il y ait obligation de diligence, il doit exister un lien étroit entre la perte subie par le demandeur et le comportement négligent du défendeur, de même qu'une prévisibilité raisonnable que le demandeur subira un préjudice du fait des actes ou des omissions du défendeur.
- 15 Selon la demanderesse, la défenderesse était soumise à une obligation de diligence pour deux raisons: la clause 26.3 était incluse dans les contrats pour avantager les sous-traitants tels que la demanderesse, et les communications entre les parties ont révélé, à la défenderesse, les préoccupations qu'avait la demanderesse. Cette dernière allègue de plus que ces incidents de préjudice raisonnablement prévisibles dénotent le lien étroit qui existe entre la demanderesse et la défenderesse. À mon avis, toutefois, la preuve d'un préjudice raisonnablement prévisible ne suffit peut-être pas pour satisfaire à la condition supplémentaire de l'existence d'un lien étroit. Ainsi qu'il a été signalé plus tôt, le juge McLachlin, dans l'arrêt *Norsk*, précité, a déclaré qu'une perte purement économique peut, à première vue, donner lieu à indemnisation lorsqu'en plus d'une négligence et d'une perte prévisible, il existe un lien suffisamment étroit entre l'acte négligent et la perte subie. Parallèlement, comme le laisse entendre G. H. L. Fridman, précité, à la page 235 de son ouvrage, la prévisibilité n'amène pas d'office à conclure à l'existence d'une obligation de diligence. Le lien étroit ne découle donc peut-être pas forcément de situations de préju-

and defendant to give rise to a duty of care.

(a) Proximity

16 The plaintiff argues that subcontractors were clearly within the contemplation of the defendant, when it drafted clause 26.3 of the contracts, because no lien is available against Crown property. The plaintiff relies upon an interlocutory decision in the present matter, which dealt with the defendant's application to strike out the statement of claim. In *Olympia Janitorial Supplies v. Canada (Minister of Public Works)*, [1991] 3 F.C. 374 (T.D.), Reed J. noted that a supplier of materials cannot file a lien against Crown property. She then stated the following, at page 378: "If the clauses were placed in the contracts to benefit suppliers and sub-contractors, when no possibility of a lien being filed exists, then, there is a very good argument that the relationship between the plaintiff and the defendant is very proximate indeed". Hence, Reed J. concluded that there is a potential argument in this case that clause 26.3 of the contracts was designed specifically for the benefit and protection of suppliers and subcontractors. In other words, she held that the matter should proceed to trial.

17 The defendant submits that clause 26.3 of the contracts gives the defendant the power to insist upon a statutory declaration; it does not impose a positive duty or obligation to do so. With respect to the specific terms of clause 26.3, the defendant notes that the word "shall" is binding on JNM, but not on DPW. According to the defendant, then, the clause merely ensures that JNM cannot demand payment, or sue DPW for its monthly draw, if it does not give a statutory declaration.

18 The defendant agrees that a construction lien cannot be filed against federal Crown property.

dice raisonnablement prévisible; il se peut plutôt que la preuve d'un lien étroit soit nécessaire pour établir l'existence d'une obligation de diligence. À mon sens, je me dois de décider, en l'espèce, si le lien qui existait entre la demanderesse et la défenderesse était suffisamment étroit pour donner lieu à une obligation de diligence.

a) Lien étroit

16 La demanderesse allègue qu'au moment de rédiger la clause 26.3 des contrats, la défenderesse envisageait manifestement les sous-traitants, car les biens de l'État ne peuvent faire l'objet d'aucun privilège. En l'espèce, la demanderesse se fonde sur une décision interlocutoire portant sur la requête de la défenderesse en vue de faire radier la déclaration. Dans l'arrêt *Olympia Janitorial Supplies c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1991] 3 C.F. 374 (1^{re} inst.), le juge Reed fait remarquer qu'un fournisseur de matériaux ne peut enregistrer de privilège contre des biens de l'État et, ajoute-t-elle à la page 378 du recueil: «[s]i les clauses des marchés étaient stipulées en faveur des fournisseurs et des sous-traitants, alors qu'ils ne pouvaient faire enregistrer de privilège, l'on pourrait très bien plaider que le rapport qui unit la défenderesse et la demanderesse est effectivement fort immédiat». Le juge Reed a donc conclu qu'il est possible d'invoquer dans cette affaire que la clause 26.3 des contrats était conçue expressément pour avantager et protéger les fournisseurs et les sous-traitants. Autrement dit, elle a statué que l'affaire devait être instruite.

17 La défenderesse fait valoir que la clause 26.3 lui confère le pouvoir d'insister sur l'obtention d'une déclaration statutaire; elle n'impose pas une obligation positive de le faire. En ce qui concerne le libellé exact de la clause 26.3, la défenderesse fait remarquer que le mot «*shall*» (dans le texte anglais de la clause) lie JNM, mais non TPC. Selon la défenderesse, cela signifie donc que la clause garantit simplement qu'en l'absence de déclaration statutaire, JNM ne peut exiger de paiement, ou poursuivre TPC en vue d'obtenir son versement mensuel.

18 La défenderesse reconnaît qu'un privilège de construction ne peut être enregistré contre des biens

However, in the defendant's view, the contracts in question are maintenance contracts, to which the construction lien legislation does not apply, regardless of whether or not the property is owned by the Crown. In this respect, the defendant notes the definition of "improvement" in subsection 1(1) of the Ontario *Construction Lien Act* (the CLA), R.S.O. 1990, c. C.30, as amended, which refers to "any alteration, addition or repair to," or "any construction, erection or installation on," any land. This provision has been interpreted to require some lasting physical alteration to the land, building, or property in question: [Mechanics' and Construction Liens] 20 *C.E.D.* (Ont. 3rd) Title 91, at page 27. Additionally, section 14 of the CLA provides that any person who supplies services or materials, for the purpose of making an improvement to the owner's premises, has a lien upon the interest of the owner in the improved premises. In the defendant's opinion, the provision of janitorial services under a maintenance contract does not constitute an improvement for the purposes of the CLA. Hence, the defendant argues that it is incorrect to suggest that clause 26.3 was included in the contracts because the federal Crown is immune from liens against property; a statutory lien cannot be filed with respect to a maintenance contract in any event.

19 During argument, the plaintiff noted that an equitable or other lien might have been available, even if a construction lien could not be obtained under the maintenance contracts. However, counsel for the plaintiff did not provide any further argument or support for this assertion.

20 In essence, I agree with the decision of Reed J. to the effect that a lien cannot be secured against Crown property. However, in the present case, we are concerned with a lien under maintenance contracts. After considering the requirements of the CLA, and other similar legislation, as well as the common law relating to legal and equitable liens, I am unable to conclude that a lien is available to the

de l'État fédéral. Toutefois, à son avis, les contrats en question sont des contrats d'entretien, auxquels ne s'applique pas la législation relative au privilège de construction, que les biens appartiennent à l'État ou non. À cet égard, la défenderesse souligne la définition du mot «améliorations» que l'on trouve au paragraphe 1(1) de la *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction* de l'Ontario (ci-après appelée la LPIC), L.R.O. 1990, ch. C.30, avec modificatifs, et où il est question de «la modification, du rajout ou de la réparation apportés à un bien-fonds» ou «de la construction ou de l'installation effectuées sur un bien-fonds». Cette disposition a été interprétée comme nécessitant une modification matérielle durable au terrain, au bâtiment ou au bien en question: [Mechanics' and Construction Liens] 20 *C.E.D.* (Ont. 3rd) Title 91, à la page 27. En outre, l'article 14 de la LPIC dispose que la personne qui fournit des services ou des matériaux en vue d'améliorer les locaux d'un propriétaire a un privilège sur l'intérêt du propriétaire dans les locaux ainsi améliorés. De l'avis de la défenderesse, la fourniture de services de nettoyage et d'entretien dans le cadre d'un contrat d'entretien ne constitue pas une amélioration aux fins de la LPIC. De ce fait, allègue-t-elle, il est erroné de laisser entendre que la clause 26.3 était incluse dans les contrats car l'État fédéral est à l'abri des privilèges grevant les biens; en tout état de cause, un privilège légal ne peut être enregistré à l'égard d'un contrat d'entretien.

Au cours des plaidoiries, la demanderesse a fait 19 remarquer qu'un privilège en *equity* ou d'autre nature aurait peut-être été disponible, même s'il était impossible d'obtenir un privilège de construction en vertu des contrats d'entretien. Cependant, l'avocat de la demanderesse n'a pas fourni d'argument supplémentaire pour étayer cette prétention.

Je souscris essentiellement à la décision du juge 20 Reed selon laquelle un privilège ne peut être enregistré contre un bien de l'État. Toutefois, en l'espèce, nous avons affaire à un privilège auquel donnent lieu des contrats d'entretien. Après avoir examiné les exigences de la LPIC, ainsi que d'autres lois analogues, de même que les éléments de la common law qui se rapportent aux privilèges en common law et

plaintiff for supplying materials to JNM under maintenance contracts with DPW. Indeed, no lien is available under these circumstances, whether the property in question is owned by the Crown or a private party. Accordingly, I am not satisfied that clause 26.3 was included in the contracts for the specific purpose of protecting subcontractors who would be unable to obtain a lien against the property.

en *equity*, il m'est impossible de conclure que la demanderesse dispose d'un privilège à l'égard de la fourniture de matériaux à JNM dans le cadre de contrats d'entretien conclus avec TPC. En fait, aucun privilège n'est disponible dans ces circonstances, que les biens en question appartiennent à l'État ou à une partie privée. Je ne suis donc pas persuadé que la clause 26.3 a été incluse dans les contrats dans le but précis de protéger les sous-traitants qui seraient incapables d'obtenir un privilège contre les biens en question.

21 In addition, the discovery evidence of Mr. Robert Matte, Regional Manager for Contracting and Material Management for Public Works Canada, National Capital Region, also suggests that, while clause 26.3 does contemplate subcontractors, it was included in the contracts for the purpose of giving DPW a "comfort feeling" that the general contractors were meeting their lawful obligations to subcontractors. The clause also provides a means to inhibit contractors from suing DPW when payments to subcontractors are outstanding. It appears, then, that clause 26.3 was not included in the contracts for the purpose of protecting third-party suppliers in the manner advanced by the plaintiff. Accordingly, I am unable to find sufficient proximity to establish a duty of care, as argued by the plaintiff.

De plus, il ressort également de l'interrogatoire préalable de M. Robert Matte, directeur régional des marchés et de la gestion du matériel auprès de Travaux Publics Canada (Région de la capitale nationale), que si la clause 26.3 vise bel et bien les sous-traitants, elle a été incluse dans les contrats dans le but de procurer à TPC le [TRADUCTION] «sentiment rassurant» que les entrepreneurs généraux s'acquittaient de leurs obligations légitimes envers les sous-traitants. La clause offre aussi un moyen d'empêcher les entrepreneurs de poursuivre TPC lorsque des paiements dus à des sous-traitants sont en souffrance. Il semble donc que la clause 26.3 n'a pas été incluse dans les contrats en vue de protéger des tiers fournisseurs, ainsi que le prétend la demanderesse. En conséquence, il m'est impossible de conclure à la présence d'un lien suffisamment étroit pour établir l'existence d'une obligation de diligence, comme l'allègue la demanderesse.

22 Furthermore, paragraph 3(a) of the *Crown Liability and Proceedings Act* (the CLPA), R.S.C., 1985, c. C-50, as amended [by S.C. 1990, c. 8, s. 21], provides that the Crown may be vicariously liable in tort for the harmful acts and omissions of its servants. According to section 10 of the CLPA, the Crown will not be vicariously liable for its servant's conduct unless such conduct could have given rise to a cause of action in tort against the servant personally. Crown liability in tort is therefore statutory in origin; it is also vicarious, not direct. Consequently, in order to impose liability under paragraph 3(a) of the CLPA, it generally must be shown that a servant of the Crown, acting within the scope of employment, violated a duty owed to the

Qui plus est, l'alinéa 3a) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* (la LRCECA), L.R.C. (1985), ch. C-50, dans sa forme modifiée [par L.C. 1990, ch. 8, art. 21], dispose que l'État peut être tenu responsable des actes et omissions préjudiciables de ses préposés. Aux termes de l'article 10 de la LRCECA, l'État ne sera tenu responsable de la conduite de ses préposés que si cette dernière peut avoir donné lieu à une cause d'action délictuelle contre le préposé à titre personnel. La responsabilité délictuelle de l'État est donc d'origine légale; elle est aussi subsidiaire, et non directe. Par conséquent, pour qu'il soit possible d'imposer une responsabilité en vertu de l'alinéa 3a) de la LRCECA, il faut généralement prouver qu'un

plaintiff. The plaintiff must also establish that injury was caused by the Crown servant, in a manner sufficient to draw personal liability: P. Lordon, *Crown Law* (Toronto: Butterworths, 1991), at pages 327, 335 and 340.

préposé de l'État, agissant dans le cadre de ses fonctions, a violé une obligation due à la demanderesse. Cette dernière doit aussi démontrer que ledit préposé a causé un préjudice, et ce, d'une manière suffisante pour donner lieu à une responsabilité personnelle: P. Lordon, *Crown Law* (Toronto: Butterworths, 1991), aux pages 327, 335 et 340.

23 The defendant submits that there must be a duty owed to the plaintiff by a Crown servant, in order to ground recovery in tort against the Crown. In the defendant's view, such a person, in an economic loss case, would have to be in a sufficiently proximate relationship with the plaintiff, as there is no direct cause of action in tort available against the Crown. The defendant asserts, however, that there was no proximity between the plaintiff and any Crown servant; therefore, there was no public servant who owed the plaintiff a duty of care in the manner which has been alleged. Consequently, the defendant submits that the Crown cannot be held vicariously liable for the conduct of its employees in the present case.

23 La défenderesse fait valoir qu'il doit y avoir une obligation de la part d'un préposé de l'État envers la demanderesse pour justifier une indemnisation en matière délictuelle à l'encontre de l'État. De l'avis de la défenderesse, une telle personne, dans une situation de perte purement économique, devrait avoir un lien suffisamment immédiat avec la demanderesse, car il n'existe aucune cause directe d'action en matière délictuelle contre l'État. La défenderesse allègue, cependant, qu'il n'y avait pas de lien étroit entre la demanderesse et un préposé de l'État. Par conséquent, aucun préposé n'avait envers la demanderesse une obligation de diligence semblable à celle qui est alléguée. La défenderesse soutient donc que l'État ne peut être tenu responsable de la conduite de ses employés en l'espèce.

24 The plaintiff must show, on a balance of probabilities, that a particular Crown servant, or a number of servants together, committed a tort while acting within the scope of employment: P. Lordon, *supra*, at page 341. Vicarious liability can only be established in this case if Crown servants were negligent in the administration of the contracts between DPW and JNM, particularly in relation to clause 26.3. However, given my interpretation above, I am not satisfied that this clause can establish sufficient proximity, and therefore vicarious liability, in this case. Moreover, the events which occurred after June 30, 1989, when DPW was informed of the accounts owing to the plaintiff, are, in my opinion, also insufficient to ground vicarious liability in this case.

24 Il incombe à la demanderesse de faire la preuve, selon la prépondérance des probabilités, qu'un préposé particulier de l'État, ou un certain nombre de préposés agissant de concert, ont commis un acte délictuel dans le cadre de leurs fonctions: P. Lordon, précité, à la page 341. Il n'est possible d'établir la responsabilité du fait d'autrui en l'espèce que si les préposés de l'État ont fait preuve de négligence dans l'administration des contrats conclus entre TPC et JNM, notamment en rapport avec la clause 26.3. Toutefois, compte tenu de l'interprétation que j'ai faite plus tôt, je ne suis pas convaincu que cette clause peut établir l'existence d'un lien suffisamment étroit et, partant, d'une responsabilité du fait d'autrui, en l'espèce. En outre, les faits qui sont survenus après le 30 juin 1989, lorsque TPC a été informé des montants dus à la demanderesse, sont, selon moi, insuffisants aussi pour justifier dans cette affaire l'existence d'une responsabilité du fait d'autrui.

25 The plaintiff further submits that a duty of care arose out of the communications which took place between the plaintiff and the defendant. The plaintiff

25 La demanderesse allègue de plus que les communications entre la défenderesse et elle ont donné lieu à une obligation de diligence. Elle est d'avis que la

asserts that the defendant was clearly aware of the plaintiff's concerns regarding payment to JNM under the cleaning and maintenance contracts, before it paid out the final instalment which it owed to JNM. The defendant submitted, however, that it did not have a legal right to withhold the funds which it owed to JNM for services rendered. As a result, the defendant made no statements or representations to the plaintiff which would suggest a sufficiently close relationship with the plaintiff. Furthermore, no information or advice was conveyed by the defendant, upon which the plaintiff relied. Accordingly, while the defendant was aware of the plaintiff's claims, the communications between the parties did not result in such a proximate relationship that the defendant became subject to a duty to take into account the plaintiff's interests when administering the contracts with JNM.

26 Although there is insufficient evidence to establish the proximity which is necessary to support a finding that a duty of care existed, I will nevertheless consider whether the alleged harm was reasonably foreseeable.

(b) Reasonable Foreseeability of Harm

27 According to G. H. L. Fridman, *supra*, at pages 237-238, a duty of care arises out of circumstances where reasonably foreseeable harm is avoidable by the exercise of reasonable care. The probability, and not the possibility, of damage must be shown before the defendant will be placed under an obligation to act with care. Similarly, as MacDonald J. stated, in *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241 (N.S.S.C.), at page 265, it is the postulate of a duty of care that it arises out of circumstances of reasonably foreseeable harm avoidable by reasonable care.

28 The plaintiff submits that there are two reasons why the defendant must have reasonably foreseen that its conduct could cause harm to the plaintiff.

défenderesse était clairement au courant de ses préoccupations au sujet des paiements à verser à JNM dans le cadre des contrats de nettoyage et d'entretien avant qu'elle verse le dernier paiement dû à JNM. La défenderesse a allégué, toutefois, qu'elle n'avait pas le droit légal de retenir les fonds qu'elle devait à JNM au titre des services fournis. En conséquence, la défenderesse n'a fait à la demanderesse aucune déclaration ou observation qui donnerait à penser qu'il existait un lien suffisamment étroit avec la demanderesse. En outre, la défenderesse n'a transmis aucun renseignement ou avis sur lequel la demanderesse s'est fondée. Par conséquent, si la défenderesse était au courant des revendications de la demanderesse, les communications entre les deux n'ont pas donné lieu à un lien suffisamment étroit pour que la défenderesse se trouve obligée de tenir compte des intérêts de la demanderesse en administrant les contrats conclus avec JNM.

Malgré l'insuffisance des preuves permettant d'établir le lien étroit qui est exigé pour étayer la conclusion qu'il existait une obligation de diligence, j'examinerai tout de même si le préjudice allégué était raisonnablement prévisible. 26

b) Prévisibilité raisonnable du préjudice subi

Selon G. H. L. Fridman, précité, aux pages 237 et 238, une obligation de diligence résulte de circonstances où l'exercice d'une diligence raisonnable permet d'éviter un préjudice raisonnablement prévisible. La probabilité—et non la possibilité—d'un dommage doit être démontrée avant que la partie défenderesse soit soumise à une obligation d'agir avec diligence. De la même façon, comme l'a déclaré le juge MacDonald dans l'arrêt *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241 (C.S.N.-É.), à la page 265 du recueil, une obligation de diligence résulte, par principe, des circonstances d'un préjudice raisonnablement prévisible qu'il aurait été possible d'éviter en faisant preuve de diligence raisonnable. 27

La demanderesse soutient qu'il y a deux raisons pour lesquelles la défenderesse aurait dû prévoir de manière raisonnable que son comportement pouvait 28

Firstly, the plaintiff argues that clause 26.3 would not have been included in the contracts if the defendant had not foreseen that acts or omissions on its part might be likely to cause damage to subcontractors. Secondly, even if it was not reasonably foreseeable, prior to July 1989, that the defendant's conduct could potentially cause harm to Olympia, such harm was clearly foreseeable as a consequence of the correspondence between the plaintiff and the defendant, including the notice letter of July 12, 1989. With respect to the nature of the foreseeable loss, the plaintiff asserts that it "would have had a pool of monies available to satisfy a judgment", if the defendant had not assigned the contracts, or if it had withheld payment to JNM. In this regard, the plaintiff notes that no evidence has been tendered by the defendant to cast doubt on the plaintiff's ability to successfully recover the full amount owing to it by JNM. Thus, the plaintiff concludes that the defendant must have foreseen that the plaintiff could have attempted to obtain the final progress payment owed to JNM, if the defendant had held back those funds.

29 The defendant asserts that it was not clear what would have happened if DPW had acted differently. For example, it was unknown whether the plaintiff would have recovered none, or some, or all, of the \$73,733.56 which JNM received from DPW. In addition, according to the defendant, if DPW had carried out any of the options suggested by the plaintiff, such as withholding JNM's final instalment, or insisting upon the statutory declarations, the plaintiff's position would not have been improved. The plaintiff, in fact, recognizes that JNM needed the money from the defendant, and could not have paid the plaintiff in order to obtain a statutory declaration and receive its final instalment from the defendant.

30 In my opinion, the uncertain nature of the foreseeable loss, if any, that might have been suffered by the plaintiff as a result of the defendant's failure to take certain steps is insufficient to satisfy the

lui causer un préjudice. Premièrement, soutient-elle, la clause 26.3 n'aurait pas été incluse dans les contrats si la défenderesse n'avait pas prévu qu'il y avait un risque que des actes ou des omissions de sa part puissent porter préjudice à des sous-traitants. Deuxièmement, même s'il n'était pas raisonnablement prévisible, avant le mois de juillet 1989, que le comportement de la défenderesse risquait de causer préjudice à Olympia, ce préjudice était clairement prévisible du fait des lettres que s'étaient échangées la demanderesse et la défenderesse, y compris la lettre d'avis datée du 12 juillet 1989. En ce qui a trait à la nature de la perte prévisible, la demanderesse soutient qu'elle [TRADUCTION] «aurait disposé d'une réserve pour effectuer un paiement en vertu d'un jugement», si la défenderesse n'avait pas cédé les contrats, ou si elle avait retenu le paiement dû à JNM. À cet égard, la demanderesse fait remarquer que la défenderesse n'a produit aucune preuve pour mettre en doute la capacité de la demanderesse de recouvrer avec succès le montant intégral que lui devait JNM. La demanderesse conclut donc que la défenderesse a certainement dû prévoir qu'elle aurait pu tenter d'obtenir le dernier paiement dû à JNM si la défenderesse avait retenu l'argent en question.

La défenderesse soutient que l'on ne pouvait 29 savoir avec certitude ce qui serait arrivé si TPC avait agi différemment. Par exemple, on ignorait quel montant la demanderesse aurait recouvré—rien, une partie ou la totalité—des 73 733,56 \$ que JNM a reçus de TPC. De plus, selon la défenderesse, si TPC avait appliqué l'une quelconque des options suggérées par la demanderesse, comme le fait de retenir le dernier paiement destiné à JNM, ou si elle avait insisté pour obtenir les déclarations statutaires, la demanderesse ne se serait pas trouvée dans une situation meilleure. En fait, cette dernière reconnaît que JNM avait besoin de l'argent de la défenderesse et qu'elle n'aurait pas pu la payer afin d'obtenir une déclaration statutaire et toucher son dernier paiement de la défenderesse.

À mon avis, l'incertitude de la perte prévisible, si 30 perte il y avait, que la demanderesse aurait pu subir par suite du défaut de la défenderesse de prendre certaines mesures n'est pas suffisante pour satisfaire,

requirement of reasonably foreseeable harm in this action. From the defendant's point of view, it was clear that the plaintiff believed that the defendant had the capacity to intervene on the plaintiff's behalf. However, despite the plaintiff's expressed concerns, and its communications with the defendant, there is insufficient evidence as to the particular harm which the plaintiff could foreseeably have suffered as a result of the defendant's conduct. Although it might have been more appropriate for the money to be paid into court, I cannot say, on a balance of probabilities, that the plaintiff would have been successful in obtaining any or all of that money. It was not reasonably foreseeable that the defendant's conduct could cause the plaintiff to suffer a loss above and beyond the financial loss sustained as a result of non-payment by JNM. The plaintiff may have lost an opportunity to access certain funds, but this falls short of reasonably foreseeable harm as a requirement of a duty of care.

31 Accordingly, in the absence of the requisite elements of proximity and foreseeable loss, I am unable to conclude that the defendant was under a duty, when completing the contracts with JNM, to take into account the plaintiff's interests.

(c) Pragmatic Considerations

32 The plaintiff contends that the damage that has flowed from the negligent conduct of the defendant is the lost opportunity to obtain the \$73,733.56 which the defendant paid over to JNM. The plaintiff therefore argues that this is a clear case of economic loss. In the absence of a duty of care, I need not fully consider whether the facts of this case satisfy all of the criteria of the tort of economic loss, as established in *Norsk, supra*. Nevertheless, I will further determine whether, as a matter of policy, the plaintiff should be denied a right to recover from the defendant in the present case.

33 According to McLachlin J., in *Norsk, supra*, at page 1137, the reasonable foreseeability of harm is

en l'espèce, à l'exigence d'un préjudice raisonnablement prévisible. Du point de vue de la défenderesse, il était clair que la demanderesse croyait que cette dernière était capable d'intervenir pour son compte. Toutefois, malgré les préoccupations exprimées par la demanderesse, ainsi que ses communications avec la défenderesse, les preuves relatives au préjudice particulier que la demanderesse pouvait prévoir subir par suite du comportement de la défenderesse sont insuffisantes. Même s'il aurait peut-être été plus convenable que l'argent en question soit payé en cour, je ne puis dire, selon la prépondérance des probabilités, que la demanderesse aurait réussi à obtenir cet argent, en tout ou en partie. Il n'était pas raisonnablement prévisible que le comportement de la défenderesse amène la demanderesse à subir une perte supérieure à la perte pécuniaire subie à cause du non-paiement de la part de JNM. La demanderesse a peut-être bien manqué une occasion de toucher certains fonds, mais cela ne correspond pas à un préjudice raisonnablement prévisible en tant qu'élément requis d'une obligation de diligence.

Par conséquent, en l'absence des éléments requis du lien étroit et de la perte prévisible, il m'est impossible de conclure qu'au moment d'exécuter les contrats conclus avec JNM, la défenderesse se trouvait dans l'obligation de tenir compte des intérêts de la demanderesse. 31

c) Questions pratiques

La demanderesse soutient que le préjudice imputable au comportement négligent de la défenderesse est l'occasion manquée d'obtenir le montant de 73 733,56 \$ versé par la défenderesse à JNM. Elle soutient donc qu'il s'agit là d'un cas flagrant de perte économique. En l'absence d'une obligation de diligence, point n'est besoin que j'analyse en détail si les faits de l'espèce satisfont à tous les critères applicables au délit de la perte économique, tels qu'établis dans l'arrêt *Norsk*, précité. Je déciderai néanmoins si, par principe, la demanderesse devrait se voir privée du droit d'être indemnisée par la défenderesse en l'espèce. 32

Selon le juge McLachlin, dans l'arrêt *Norsk*, précité, à la page 1137 du recueil, la prévisibilité rai- 33

not the only limit placed on liability in economic loss cases. It is also necessary to limit recovery for practical, policy reasons. In this regard, McLachlin J. relied upon the oft-quoted comments of Cardozo J., in *Ultramares Corporation v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), who stated, at page 444, that limits are needed to prevent “liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class”. McLachlin J. went on to state, at page 1139, that restrictions on the potentially unlimited liability which can theoretically flow from negligence are necessary, as potential defendants must be able to gauge the extent of the risk they incur. Furthermore, at page 1154, McLachlin J. held that distant losses which arise from collateral relationships do not qualify for recovery. In a separate, but concurring, decision, Stevenson J. noted, at page 1176, that it is indeterminate liability, not infinite liability, which is the concern in recognizing new categories of economic loss. In his view, it would be oppressive to expose defendants to indeterminate liability.

sonnable du préjudice n’est pas la seule limite que l’on impose à la responsabilité dans les affaires mettant en cause une perte économique. Il est également nécessaire de limiter l’indemnisation pour des raisons pratiques générales. À cet égard, le juge McLachlin s’est appuyée sur les commentaires maintes fois cités du juge Cardozo, dans l’affaire *Ultramares Corporation v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), lequel a déclaré, à la page 444, qu’il fallait établir des limites afin d’éviter [TRADUCTION] «une responsabilité pour un montant indéterminé, pour un temps indéterminé et envers une catégorie indéterminée». Le juge McLachlin a ajouté, à la page 1139 du recueil, que les limites imposées à une responsabilité virtuellement illimitée qui, en théorie, peut être attribuable à de la négligence, sont nécessaires, car les défendeurs éventuels doivent pouvoir évaluer la portée du risque auquel ils s’exposent. De plus, à la page 1154, le juge McLachlin décrète que les pertes éloignées qui découlent de rapports connexes ne sauraient donner lieu à indemnisation. Dans une décision distincte, mais concordante, le juge Stevenson a fait remarquer, à la page 1176, que l’on se soucie de l’existence d’une responsabilité indéterminée, et non d’une responsabilité illimitée, lorsque l’on reconnaît de nouvelles catégories de perte économique. À son avis, il serait abusif d’exposer les défendeurs à une responsabilité indéterminée.

34 There have been numerous attempts over the years to classify the various types of economic loss for which recovery may be possible: see, e.g., *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, *supra*, at page 1054, *per* La Forest J. (dissenting); R. Bernstein, *Economic Loss* (London: Longman, 1993), at pages 2-9; and B. Feldthusen, “Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow” (1991), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, at pages 357-358. While it is clear that there are many ways to classify the situations in which compensable economic loss may arise, the categories of economic loss continue to expand. In the recent case of *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85, for example, the Supreme Court of Canada departed from the long-standing rule that there can be no recovery in tort for economic loss where there is

De nombreuses tentatives ont été faites au fil des 34 ans pour classer les divers types de pertes économiques pour lesquels il peut être possible d’obtenir une indemnisation: voir, par exemple, *Cie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, précité, à la page 1054, le juge La Forest (motifs dissidents); R. Bernstein, *Economic Loss* (Londres: Longman, 1993), aux pages 2 à 9; et B. Feldthusen, «Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow» (1991), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, aux pages 357 et 358. S’il est clair qu’il existe bien des façons de classer les situations dans lesquelles une perte économique est indemnisable, les catégories de perte économique continuent de se multiplier. Dans un arrêt récent: *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85, par exemple, la Cour suprême du Canada s’est écartée de la règle

not, in addition to financial loss, damage to person or property.

de longue date voulant qu'il ne puisse y avoir, en matière délictuelle, d'indemnisation d'une perte économique lorsqu'il n'existe pas, en plus de pertes financières, de dommages causés à une personne ou à un bien.

35 Nevertheless, it is very difficult to identify any particular category which would encompass the fact situation in the present case. In my view, what was lost in this case was an opportunity, rather than a sum of money. In examining the categories of economic loss, as set out in *Norsk, supra*, and *Winnipeg Condominium, supra*, it is not obvious that the case advanced by the plaintiff fits within, or even resembles, any of the previous categories of economic loss cases. The plaintiff has not suffered harm to person or property, nor was its loss consequent upon such physical harm; furthermore, damage to person or property does not appear imminent as a result of the actions of the defendant, as was the case in *Winnipeg Condominium*. In addition, there is no issue of negligent misrepresentation. What the plaintiff has suffered is not a pecuniary loss, as between itself and the defendant, but an opportunity foregone. In my opinion, in these circumstances, there is a risk of liability in an indeterminate amount. Therefore, the defendant should not be held liable for a type of loss that cannot be characterized and quantified with any degree of certainty. While I do not suggest that there is a finite class of economic loss cases, I am not satisfied that the plaintiff's case merits an expansion of the categories of recoverable economic loss.

Néanmoins, il est bien difficile de cerner une catégorie particulière qui engloberait la situation de fait dont il est question en l'espèce. À mon sens, ce qui a été manqué dans la présente affaire était une occasion, plutôt qu'une somme d'argent. Lorsque l'on examine les catégories de perte économique qui sont exposées dans les arrêts *Norsk*, précité, et *Winnipeg Condominium*, précité, il n'est pas évident que les arguments avancés par la demanderesse correspondent—voire ressemblent—à l'une quelconque des causes antérieures portant sur les catégories de perte économique. La demanderesse n'a pas subi de préjudice envers une personne ou un bien, pas plus que sa perte n'était consécutive à un tel préjudice physique; par ailleurs, le dommage à une personne ou à un bien ne semble pas imminent par suite des agissements de la défenderesse, comme c'était le cas dans l'arrêt *Winnipeg Condominium*. De plus, il n'est pas question d'une déclaration inexacte faite avec négligence. Ce que la demanderesse a subi n'est pas une perte pécuniaire, entre elle et la défenderesse, mais une occasion manquée. À mon avis, dans ces circonstances, il existe un risque de responsabilité dont le montant est indéterminé. Par conséquent, la défenderesse ne devrait pas être tenue responsable d'une sorte de perte qu'il est impossible de qualifier et de quantifier avec quelque certitude que ce soit. Cela ne sous-entend pas qu'il existe une catégorie définie de cas de perte économique, mais je ne suis pas persuadé que la cause de la demanderesse justifie une extension des catégories de perte économique indemnisable.

36 A number of cases were cited to me as examples where a plaintiff has been compensated for economic loss suffered by the acts or omissions of the defendant. In my opinion, the cases of *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 206; *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87; and *Caparo Industries plc v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.), are inapplicable, as

Un certain nombre de causes m'ont été citées pour illustrer le cas où un demandeur a été indemnisé d'une perte économique due aux actes ou aux omissions du défendeur. À mon avis, les arrêts *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 206; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87; et *Caparo Industries plc v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.) sont sans

35

36

they dealt with negligent misrepresentations. The cases of *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, *supra*, *Qit Fer Et Titane Inc. v. Upper Lakes Shipping Ltd.* (1994), 21 C.L.R. (2d) 122 (Ont. C.A.); and *Kloeck v. Battenfelder* (1985), 64 A.R. 98 (Q.B.), are distinguishable, as they all dealt with a property owner suing a subcontractor who did repair work. In the present case, we have the reverse situation, where a subcontractor is suing a property owner. The case of *Union Construction et al., Re* (1980), 42 N.S.R. (2d) 622 (S.C.A.D.), is also distinguishable in that it dealt with a claim by sub-subcontractors for monies held back by a contractor pursuant to a statutory hold-back provision.

objet, car elles ont trait à des déclarations inexactes faites avec négligence. Les affaires *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, précitée, *Qit Fer Et Titane Inc. v. Upper Lakes Shipping Ltd.* (1994), 21 C.L.R. (2d) 122 (C.A. Ont.) et *Kloeck v. Battenfelder* (1985), 64 A.R. 98 (B.R.), peuvent être considérées comme différentes, car elles se rapportent toutes au propriétaire d'un bien poursuivant un sous-traitant qui avait effectué des travaux de réparation. Dans l'affaire qui nous occupe ici, nous avons affaire à la situation inverse: c'est un sous-traitant qui poursuit le propriétaire d'un bien. L'affaire *Union Construction et al., Re* (1980), 42 N.S.R. (2d) 622 (C.S.D.A.), n'est pas comparable non plus, en ce sens qu'il était question d'une réclamation de la part de sous-traitants à propos de fonds qu'un entrepreneur gardait en vertu d'une disposition de retenue prévue par la loi.

37 Where a new category of claim for pure economic loss arises, the Court should consider the matter from the doctrinal point of view of duty and proximity, and from the pragmatic perspective of the purposes served and the dangers associated with the extension sought: *per* McLachlin J., in *Norsk, supra*, at page 1150. Having concluded that there is no proximate relationship between the defendant's conduct and the plaintiff's lost opportunity, that it was not reasonably foreseeable that harm would come to the plaintiff as a result of the defendant's conduct, and that the loss which the plaintiff claims to have suffered is uncertain, I am of the opinion that the present case is not one in which a new category of claim for pure economic loss should arise.

2. Causation

38 The defendant further submits that the plaintiff has not established that the defendant's alleged failure to administer the contracts in the plaintiff's best interests caused an actual loss. The defendant notes that it was not practical for JNM to pay off the \$117,946.10 debt owed to the plaintiff, and then obtain a statutory declaration, in order to receive only \$73,733.56 from DPW. The defendant, there-

Lorsque prend naissance une nouvelle catégorie d'action pour perte purement économique, la Cour devrait examiner la question du point de vue doctrinal de l'obligation et de l'étroitesse du lien, ainsi que du point de vue pratique des objets poursuivis et des dangers liés à l'extension de l'indemnisation recherchée: le juge McLachlin, dans l'arrêt *Norsk*, précité, à la page 1150. Ayant conclu qu'il n'existait pas de lien étroit entre le comportement de la défenderesse et l'occasion manquée par la demanderesse, qu'il n'était pas raisonnablement prévisible que la demanderesse subirait un préjudice par suite du comportement de la défenderesse, et que la perte que la demanderesse dit avoir subie est incertaine, je suis d'avis que la présente affaire ne devrait pas donner lieu à une nouvelle catégorie d'action pour perte purement économique.

2. Lien de causalité

38 La défenderesse allègue en outre que la demanderesse n'a pas fait la preuve que le défaut présumé de la défenderesse d'administrer les contrats au mieux des intérêts de la demanderesse avait occasionné une perte réelle. La défenderesse fait remarquer qu'il n'était pas pratique pour JNM de payer la créance de 117 946,10 \$ due à la demanderesse, et d'obtenir ensuite une déclaration statutaire afin de ne toucher

fore, could not have insisted upon the presentation of a statutory declaration, before fulfilling its own contractual obligation to JNM, so as to avoid liability for non-payment under the contracts. If the defendant had chosen to withhold JNM's final payment, the money still would not have been received by the plaintiff. Hence, the defendant argues that its failure to demand the submission of a statutory declaration, or its failure to withhold final payment to JNM, did not cause harm to the plaintiff.

39 The defendant asserts that the plaintiff extended credit to JNM on the basis of a belief that there was security in place to protect subcontractors such as Olympia. However, in reality, no such security was available. The defendant therefore submits that this mistaken belief on the part of the plaintiff contributed to the cause of the financial loss sustained by the plaintiff. Accordingly, the defendant contends that any loss which the plaintiff has suffered due to non-payment under the contract between JNM and the plaintiff was not caused by the conduct of the defendant. In the defendant's view, the loss which was suffered by the plaintiff would have occurred regardless of the acts of the defendant. Thus, the defendant argues a lack of causation.

40 In response, the plaintiff noted at trial that it could only speculate as to the results which would have been produced, had the defendant acted in a different manner. However, the plaintiff did argue that there was no evidence from the defendant that Olympia would not have succeeded against the full amount of the final payment which JNM obtained from the defendant.

41 With regard to causation, the onus is on the plaintiff to prove, on the balance of probabilities, that the defendant's breach of its duty of care caused the particular loss which the plaintiff has suffered. As noted by Ilesley C.J., in *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, *supra*, at page 244, the necessary causation is not made out where the plaintiff cannot meet its burden of showing that the defendant would

que 73 733,56 \$ de TPC. Par conséquent, la défenderesse n'aurait pu insister sur la présentation d'une déclaration statutaire avant de s'acquitter de sa propre obligation contractuelle envers JNM, de manière à éviter d'être tenue responsable de non-paiement en vertu des contrats. Si la défenderesse avait décidé de retenir le dernier paiement dû à JNM, la demanderesse n'aurait toujours pas reçu les fonds en question. Elle soutient donc que le fait de ne pas avoir exigé qu'une déclaration statutaire soit présentée, ou de n'avoir pas retenu le dernier paiement dû à JNM, n'a causé aucun préjudice à la demanderesse.

La défenderesse prétend que la demanderesse a fait crédit à JNM parce qu'elle croyait qu'il existait une garantie protégeant les sous-traitants tels qu'Olympia. Toutefois, en réalité, aucune garantie de ce genre n'était disponible. La défenderesse allègue donc que cette croyance erronée de la part de la demanderesse a contribué à causer la perte financière subie par cette dernière. Par conséquent, la défenderesse est d'avis que toute perte subie par la demanderesse en raison du non-versement de paiements en vertu du contrat conclu entre JNM et la demanderesse n'était pas dû au comportement de la défenderesse. De l'avis de cette dernière, la perte subie par la demanderesse serait quand même survenue, indépendamment des actes de la défenderesse. Cette dernière fait valoir un manque de lien de causalité.

En réplique, la demanderesse a fait remarquer à l'instruction qu'elle ne pouvait que supposer quels auraient été les résultats si la défenderesse avait agi différemment. Toutefois, la demanderesse a fait valoir qu'il n'y avait aucune preuve de la part de la défenderesse qu'Olympia n'aurait pas obtenu le plein montant du dernier paiement que JNM avait obtenu de la défenderesse.

En ce qui concerne le lien de causalité, il incombe à la demanderesse de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que le manquement de la défenderesse à son obligation de diligence a causé la perte particulière subie par la demanderesse. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Ilesley, dans l'arrêt *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, précité, à la page 244 du recueil, le lien de causalité nécessaire

have made some difference, or done some good, if it had acted in the manner which the plaintiff asserts would satisfy the requisite standard of care.

42 While the defendant could have paid into court the money owing to JNM, I am not satisfied that damage or harm to the plaintiff flowed from the conduct of the defendant. Although the plaintiff has suffered a loss, this clearly resulted from the actions of JNM. This loss flowed from routine risks associated with business transactions. The defendant's acts or omissions have not caused the plaintiff to lose money, or to suffer any type of pecuniary loss. On balance, the plaintiff's lost opportunity to obtain a judgment for the monies owing is insufficient to support the element of causation.

43 In conclusion, I am not satisfied that the plaintiff has established a claim for economic loss against the defendant in negligence. Accordingly, the action shall be dismissed. At trial, the defendant indicated that it would not be seeking costs, in the event that it is successful. Thus, there shall be no order as to costs.

n'est pas établi lorsque le demandeur ne peut s'acquitter du fardeau de prouver que le défendeur aurait pu faire une différence, ou fait du bien, s'il avait agi de la façon qui, aux dires de la demanderesse, répondrait à la norme de diligence requise.

42 La défenderesse aurait pu payer en cour les fonds dus à JNM, mais je ne suis pas persuadé que le dommage ou le préjudice subi par la demanderesse était dû au comportement de la défenderesse. La demanderesse a effectivement subi une perte, mais celle-ci résultait clairement des actes de JNM. Cette perte découlait de risques ordinaires associés à des opérations commerciales. Les actes ou omissions de la défenderesse n'ont pas causé à la demanderesse une perte d'argent, ou un type quelconque de perte pécuniaire. Tout compte fait, l'occasion qu'a manquée la demanderesse d'obtenir un jugement à l'égard des fonds exigibles est insuffisante pour étayer l'élément de causalité.

43 En conclusion, je ne suis pas convaincu que la demanderesse a établi le bien-fondé d'une action pour perte économique imputable à de la négligence de la part de la défenderesse. En conséquence, l'action sera rejetée. À l'instruction, la défenderesse a indiqué que si elle obtenait gain de cause, elle ne solliciterait pas de dépens. Aucune ordonnance n'est donc rendue à cet égard.