

A-329-85

A-329-85

The Queen (Appellant) (Defendant)

v.

Canamerican Auto Lease and Rental Limited (carrying on business under the firm name and style of "Hertz") and Hertz Canada Limited (carrying on business under the firm name and style of "Hertz") (Respondents) (Plaintiffs)

INDEXED AS: CANAMERICAN AUTO LEASE AND RENTAL LTD. v. CANADA

Court of Appeal, Heald, Mahoney and Stone JJ.—Ottawa, January 21, 22 and 23; March 17, 1987.

Crown — Contracts — Liability — Appeal from trial judgment whereby appellant found liable to pay damages for breach of contract — Transport Canada calling for bids for providing car rental services at airports — Tilden qualifying to bid in two categories — Hertz preparing bid based on representations and Award Procedure clause in Specifications that bid in open category to be accepted if higher than bid in domestic category — Lower bid accepted — Action for breach of contract — Trial Judge correctly finding tendering process creating preliminary contract leading to formation of final contract — R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd., [1981] 1 S.C.R. 111; 119 D.L.R. (3d) 267 correctly applied — Specific clause in Award Procedure that award go to highest offer of tenderer in any group not subservient to general clause that "no tender need necessarily be accepted" — Policy and Specifications not mere expressions of policy — Tendering process designed to create competition in exchange for promise to evaluate bids according to terms of tender Specifications and to accord offer to enter rental contract.

Crown — Contracts — Damages — Remoteness and quantum — Appeal from trial judgment whereby damages awarded equivalent to respondents' excess bid — Same test for remoteness of damage whether contract or tort case — Trial Judge correctly relying on Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon, [1976] Q.B. 801 (C.A.) — Contract not guaranteeing immunity from on-airport competition but merely providing certain bid selection process to be utilized — Measure of damages limited to what was reasonably foreseeable: Hadley v. Baxendale (1854), 9 Ex. 341 — Excess bid reasonably foreseeable —

La Reine (appelante) (défenderesse)

c.

a

Canamerican Auto Lease and Rental Limited (exerçant ses activités sous la dénomination sociale de «Hertz») et Hertz Canada Limited (exerçant ses activités sous la dénomination sociale de «Hertz») (intimées) (demanderesse)

b

RÉPERTORIÉ: CANAMERICAN AUTO LEASE AND RENTAL LTD. c. CANADA

c. Cour d'appel, juges Heald, Mahoney et Stone—Ottawa, 21, 22 et 23 janvier; 17 mars 1987.

Couronne — Contrats — Responsabilité — Appel interjeté d'un jugement de la Division de première instance concluant que l'appelante devait payer aux intimées des dommages-intérêts pour bris de contrat — Transports Canada a effectué un appel d'offres relativement à la fourniture de services de location d'automobiles dans les aéroports — Tilden avait la qualité requise pour présenter des soumissions dans deux catégories différentes — Hertz a préparé sa soumission en se fondant sur des déclarations et sur une clause relative à l'adjudication figurant dans les Conditions selon lesquelles la soumission présentée dans la catégorie ouverte devait être acceptée si elle était supérieure à la soumission présentée dans la catégorie domestique — La soumission moins élevée a été acceptée — Une action alléguant bris de contrat a été entamée — Le juge de première instance a eu raison de conclure que l'appel d'offres avait créé un contrat préliminaire ayant conduit à la conclusion du contrat définitif — L'arrêt R. du chef de l'Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd., [1981] 1 R.C.S. 111; 119 D.L.R. (3d) 267 a été correctement appliqué — La disposition de la procédure d'adjudication prévoyant expressément que l'adjudication se ferait en fonction de l'offre la plus élevée d'un soumissionnaire n'est pas subordonnée à la clause générale selon laquelle le ministre «n'est tenu de retenir aucune soumission» — L'exposé de principe et les conditions présentées par écrit ne faisaient pas qu'énoncer des politiques — Le processus d'appel d'offres a été conçu de façon que les aspirants concessionnaires participent à un concours en échange d'un engagement de l'appelante à apprécier les soumissions d'une manière conforme aux conditions de l'appel d'offres et à offrir aux adjudicataires la possibilité de conclure un contrat de location.

Couronne — Contrats — Dommages-intérêts — Caractère éloigné et montant — Appel interjeté d'un jugement de la Division de première instance accordant aux intimées des dommages-intérêts équivalant au montant supplémentaire qu'elles ont offert — Le critère relatif au préjudice trop éloigné est le même pour une réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle que pour une réclamation fondée sur la responsabilité contractuelle — Le juge de première instance a eu raison de s'appuyer sur l'arrêt Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon, [1976] Q.B. 801 (C.A.) — Le contrat ne garantissait

Loss of profits not reasonably foreseeable as no guarantee competitor to be forced off-airport.

This is an appeal from the trial judgment whereby the appellant was found liable to pay damages for breach of contract. Transport Canada called for bids for providing car rental services at airports. Bids could be submitted under three categories. Tilden qualified to bid in both the domestic and open categories. In preparing its financial offer, Hertz relied upon Transport Canada's representations that if a tenderer bid in two categories the higher bid in the open category would be awarded, and the Award Procedure clause from the Specifications specifically so provided. However, a subsequent memorandum indicated that if purely revenue considerations would give any company an unfair advantage, the evaluation committee would exercise the condition of the tender specifications i.e. "Department will not necessarily accept the highest offer, nor will it be bound to accept any tender submitted". Hertz prepared its tender on the basis that it could not afford to be forced off-airport. It was necessary to outbid Avis. Transport Canada accepted the lower of Tilden's bids (in the domestic category). Hertz commenced an action for breach of contract and tort. The Trial Judge found breach of contract and awarded damages. The issues are 1) whether there was a breach of contract; 2) whether the damages were too remote; and 3) whether the Trial Judge erred as to the quantum of damages.

Held, the appeal and cross-appeal should be dismissed.

The Trial Judge correctly found that the tendering process in this case created a preliminary contract leading to the formation of a final contract, following the *Ron Engineering* case. The industry was invited to submit tenders on very specific terms and conditions. The consideration was the submission of a tender and a non-refundable deposit, and the tendering contract was formed when the plaintiff submitted its tender and contract. She then found a breach of contract based on the Award Procedure clause of the tender specifications and representations by Crown officials at briefing sessions. The Trial Judge rejected the appellant's reliance on the "no tender need necessarily be accepted" clause. To give paramountcy to this clause of the Specifications would be to render nugatory the Award Procedure clause, which provides that where a tenderer is successful within more than one counter group, only one counter will be awarded and "the award will be made on the basis of the highest offer made by that tenderer in any

pas à l'intimée qu'elle pourrait exploiter son commerce à l'aéroport libre de toute concurrence mais prévoyait simplement l'observation de certaines règles relatives à la sélection des soumissions — Le montant de la réparation ne doit tenir compte que des dommages-intérêts raisonnablement prévisibles: *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341 — L'offre d'un montant supplémentaire était raisonnablement prévisible — La perte de profits n'était pas raisonnablement prévisible puisqu'aucune garantie que la concurrente de l'intimée serait exclue de l'aéroport n'avait été donnée.

Appel est interjeté d'un jugement de la Division de première instance concluant que l'appelante devait payer des dommages-intérêts aux intimées pour bris de contrat. Transports Canada a lancé un appel d'offres relativement à la fourniture de services de location d'automobiles dans les aéroports. Les soumissions pouvaient être présentées dans trois catégories différentes. Tilden avait la qualité requise pour présenter des soumissions à la fois dans la catégorie domestique et dans la catégorie ouverte. Lors de la préparation de son offre financière, Hertz s'est fondée sur les déclarations de Transports Canada selon lesquelles, dans l'hypothèse où un soumissionnaire présenterait des offres dans deux catégories différentes, sa soumission la plus élevée présentée dans la catégorie ouverte serait acceptée, et la procédure d'adjudication des Conditions prévoyait expressément que telle serait la règle suivie. Toutefois, dans un mémoire subséquent, il a été dit que, si l'application des seules considérations d'ordre financier risquait d'avantager indûment une société donnée, le comité d'évaluation se fonderait sur la stipulation de l'appel d'offres qui porte: «Le Ministère ne retiendra pas nécessairement l'offre la plus élevée et il n'est tenu de retenir aucune soumission». Hertz a préparé sa soumission en tenant pour acquis qu'elle ne pouvait pas se permettre d'être exclue des aéroports. Elle devait présenter une offre supérieure à celle d'Avis. Transports Canada a accepté la plus basse des soumissions de Tilden (c'est-à-dire celle présentée dans la catégorie domestique). Hertz a entamé une action fondée sur la rupture de contrat et le délit civil. Le juge de première instance a conclu à une rupture de contrat et lui a adjugé des dommages-intérêts. Les questions en litige sont celles de savoir 1) s'il y a eu rupture de contrat; 2) si les dommages subis étaient trop éloignés; et 3) si le juge de première instance s'est trompé dans son appréciation du montant des dommages-intérêts.

Arrêt: l'appel et l'appel incident devraient être rejetés.

Le juge de première instance a eu raison de suivre l'arrêt *Ron Engineering* pour conclure que l'appel d'offres en l'espèce avait créé un contrat préliminaire conduisant à la conclusion d'un contrat définitif. L'industrie a été invitée à présenter des soumissions en fonction de conditions très précises. Le contrat de soumission est intervenu au moment où la demanderesse a présenté sa soumission et son acompte, la présentation de la soumission et d'un acompte non remboursable constituant la contrepartie. Elle a alors conclu à une rupture de contrat en se fondant sur la clause relative à la procédure d'adjudication des conditions de l'offre ainsi que sur les déclarations faites par les représentants de la Couronne lors des réunions d'information. Le juge de première instance a rejeté l'argument de l'appelante fondé sur la clause stipulant que le ministère «n'est tenu de retenir aucune soumission». Le fait d'accorder la prépondérance à cette clause des Conditions annulerait la clause relative à la procédure d'adjudication, qui prévoyait qu'un soumissionnaire

group." The tender document provides a specific and precise rule for the disposition to be made of double tenders. Such a specific rule should not be presumed to be subservient to a general rule of uncertain applicability which contradicts the specific rule. There is a contract of the nature of contract A in the *Ron Engineering* case. The terms are set forth in the Policy and Specifications.

The Trial Judge properly applied the principles of contractual liability in rejecting the submission that the Specifications were mere expressions of policy. She held that the whole purpose of the tendering process was to put the car rental concessionnaires in competition for airport counters. The appellant's side of the bargain was the promise to evaluate the bids in accordance with the terms of the tender Specifications and to accord an offer to enter into a rental contract to the successful bidders in accordance with those Specifications.

The Trial Judge's comments concerning negligent misrepresentation appear to be *obiter dicta*. However, the quantum of damages determined will be the same, as will the test of remoteness of damages, whether the case is regarded as one of breach of contract or tort.

The Trial Judge did not err in relying on *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801 (C.A.) to award damages equal to the amount of the excess which the respondents bid. Loss of profits would have been recoverable only if the contract had contained a guarantee of immunity from on-airport competition. The contract merely provided that a certain bid selection process would be utilized and since, because of a breach of that term, Hertz suffered loss, the amount of that loss should be restricted to the excess amount which was bid because of the breach of the contract.

The Trial Judge correctly held that the damages were not too remote. The measure of damages is limited to what was reasonably foreseeable. Applying the test in *Hadley v. Baxendale* it was reasonably foreseeable that the respondents, wanting to ensure that they would not be forced off-airport, would raise their bid so as to preclude such an eventuality. Transport Canada ought to have foreseen that the excess amount of rental paid by the respondents to "buy insurance", on the assumption that Transport Canada would comply with the terms of the contract, was a likely or probable consequence of their breach of the terms of the contract.

The loss of profits because Avis was not forced off the airport was not reasonably foreseeable. There was no bargain that Avis should be placed off the airport. Consequently, the plaintiffs should not be entitled to compensation for loss of profit which they expected to make in the event Avis was forced off-airport. The evidence at trial supports the finding that it was not within

réussissant dans plus d'une catégorie ne se verra attribuer qu'un seul comptoir et que «l'adjudication se fera en fonction de l'offre la plus élevée dudit soumissionnaire.» Le document de l'appel d'offres prévoit également une règle régissant de façon expresse et précise le sort des diverses soumissions d'un même soumissionnaire. Il ne devrait pas être présumé qu'une règle précise comme celle-là est subordonnée à une règle générale dont l'applicabilité est incertaine et qui la contredit. Il existe un contrat tenant du contrat A de l'arrêt *Ron Engineering*. Les conditions de ce contrat se trouvent énoncées dans les Politiques et Conditions.

b Le juge de première instance a correctement appliqué les principes de la responsabilité contractuelle en rejetant la prétention que les Conditions constituaient de simples énoncés de politique. Elle a conclu que tout le processus de l'appel d'offres avait pour but d'obliger les aspirants concessionnaires à concourir pour des comptoirs dans les aéroports. Les obligations de l'appelante consistaient en un engagement à apprécier les soumissions d'une manière conforme aux conditions de l'appel d'offres et, conformément à ces mêmes conditions, à offrir aux adjudicataires la possibilité de conclure un contrat de location.

d Les observations du juge de première instance concernant des déclarations inexactes faites par négligence semblent constituer une remarque incidente. Toutefois, le montant des dommages-intérêts alloués, comme le critère relatif à l'éloignement des dommages, seront les mêmes si la présente affaire est considérée comme une rupture de contrat que si elle est considérée comme mettant en jeu la responsabilité délictuelle.

e Le juge de première instance ne s'est pas trompé en se fondant sur l'arrêt *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801 (C.A.) pour adjuger des dommages-intérêts équivalents au montant supplémentaire offert par les intimées. La perte de profits n'aurait été recouvrable que si le contrat avait comporté une garantie que le commerce pourrait être exploité libre de toute concurrence sur les lieux de l'aéroport. Le contrat prévoyait simplement l'observation de certaines règles relatives à la sélection des soumissions qui seraient retenues et, comme Hertz a subi un préjudice à la suite du non respect de cette condition, le quantum de ce préjudice devrait se limiter au montant excédentaire proposé à la suite de la rupture du contrat.

h Le juge de première instance a eu raison de conclure que les dommages subis n'étaient pas trop éloignés. Le montant des dommages-intérêts subis doit être limité aux dommages-intérêts raisonnablement prévisibles. Si le critère énoncé dans l'affaire *Hadley v. Baxendale* est appliqué, il était raisonnablement prévisible que les intimés, voulant s'assurer qu'elles ne seraient pas exclues des aéroports, augmenteraient leur offre pour parer à une telle éventualité. Transports Canada aurait dû prévoir que le montant supplémentaire de loyer payé par les intimées afin de «se protéger», convaincues qu'elles étaient que Transports Canada respecterait les conditions du contrat, constituerait une conséquence vraisemblable ou probable de leur défaut d'observer ces conditions.

j La perte de profits due au fait qu'Avis n'a pas été exclue de l'aéroport n'était pas raisonnablement prévisible. Il n'a pas été promis aux intimées qu'Avis serait exclue de l'aéroport. En conséquence, les demanderessees ne devraient pas avoir le droit d'être indemnisées pour la perte des profits auxquels elles s'attendaient dans l'éventualité de l'exclusion d'Avis de l'aéro-

the reasonable contemplation of Transport Canada that Avis would be forced off-airport at the time the tenders were submitted. They did not know what the amounts of the tenders were going to be. Neither the objective nor the subjective test of *Hadley v. Baxendale* were met. Neither the *Heron II* nor the *Parsons* case have altered the classical test formulated in *Hadley v. Baxendale*.

Per Stone J.: The Trial Judge drew an analogy between the basis for the award of damages in the *Esso Petroleum* case and her award of the excess bid amount. The same result is possible under established legal principles governing recovery of damages for a breach of contract *simpliciter*. Given that it was possible to bid in two categories and that a successful bid in both categories would result in the higher bid being selected, it was reasonable to anticipate that Tilden would bid higher in the open category where competition was more intense. Some recent case law indicates that a plaintiff has a choice of claiming either its expectation interest (lost profits) or its reliance interest (excess bid amount). The reliance interest is compensable as flowing from the breach. It was additional to the amount actually required to secure a car rental counter in the open category and was incurred in reliance upon the Award Procedure clause. The harm can be undone by compensating Hertz for that loss and that may be accomplished within established contract principles. The expectation interest is not compensable. It is not complained that the breach caused Hertz to lose profits under its final contract, but that the configuration resulting from the breach prevented Hertz from gaining additional profits from a share of Avis' business. Such a loss is too remote according to the test in *Hadley v. Baxendale*.

port. La preuve présentée lors du procès appuie la conclusion que Transports Canada ne pouvait raisonnablement prévoir l'exclusion d'Avis de l'aéroport à l'époque où les offres ont été soumises. Ce ministère ne savait pas quel montant serait offert. Il n'a été satisfait ni au critère objectif ni au critère subjectif énoncés dans l'affaire *Hadley v. Baxendale*. Ni l'arrêt *Heron II* ni l'arrêt *Parsons* n'ont modifié le critère classique formulé dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale*.

Le juge Stone: Le juge de première instance a établi une analogie entre le fondement des dommages-intérêts adjugés dans l'affaire *Esso Petroleum* et sa propre décision d'accorder à la demanderesse le montant qu'elle avait offert en trop. L'on peut atteindre le même résultat en se fondant sur les principes juridiques reconnus qui régissent le recouvrement des dommages-intérêts consécutifs à la rupture d'un contrat. Étant donné qu'il était possible de présenter des soumissions dans deux catégories et que, dans l'hypothèse où chacune des deux offres présentées par un même soumissionnaire dans deux catégories différentes seraient retenues, l'offre la plus élevée serait choisie, il était raisonnable de prévoir que Tilden présenterait une offre plus élevée dans la catégorie ouverte, où la concurrence était plus forte. Certaines décisions récentes indiquent qu'un demandeur peut réclamer soit une indemnité proportionnelle à son expectative (les profits perdus), soit une indemnité proportionnelle à l'influence des stipulations non respectées (le montant offert en trop). L'influence des stipulations non respectées ouvre droit à indemnisation car la perte visée découle de la rupture du contrat. Ce montant a été payé en sus de celui qu'il en aurait réellement coûté pour obtenir un comptoir de location d'automobiles de la catégorie ouverte, sur la foi de la clause relative à l'adjudication. Le préjudice subi par Hertz peut être redressé en indemnisant celle-ci de sa perte dans le cadre des principes reconnus régissant des contrats. Le préjudice lié à l'expectative n'est pas compensable. Hertz ne prétend pas que la rupture de ce contrat lui a fait perdre certains des profits qu'elle aurait dû réaliser grâce au contrat définitif mais que, dans la conjoncture résultant de cette rupture, elle se trouve empêchée de réaliser les profits additionnels qui lui viendraient d'une partie de l'achalandage d'Avis. Une telle perte de profits, si l'on applique le critère énoncé dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale*, est trop éloignée.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd., [1981] 1 S.C.R. 111; 119 D.L.R. (3d) 267; *H. Parsons (Livestock) Ltd. v. Uttley Ingham & Co. Ltd.*, [1978] Q.B. 791; [1978] 1 All ER 525 (C.A.); *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801 (C.A.); *R. v. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 F.C. 129 (C.A.); *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341.

CONSIDERED:

C. Czarnikow Ltd. v. Koufos, [1969] 1 A.C. 350 (H.L.).

REFERRED TO:

V.K. Mason Construction Ltd. v. Bank of Nova Scotia et al., [1985] 1 S.C.R. 271; 16 D.L.R. (4th) 598; *Asamera Oil Corporation Ltd. v. Sea Oil & General Corporation*

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. du chef de l'Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd., [1981] 1 R.C.S. 111; 119 D.L.R. (3d) 267; *H. Parsons (Livestock) Ltd. v. Uttley Ingham & Co. Ltd.*, [1978] Q.B. 791; [1978] 1 All ER 525 (C.A.); *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801 (C.A.); *R. c. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 C.F. 129 (C.A.); *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341.

DÉCISION EXAMINÉE:

C. Czarnikow Ltd. v. Koufos, [1969] 1 A.C. 350 (H.L.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

V.K. Mason Construction Ltd. c. Banque de Nouvelle-Écosse et autres, [1985] 1 R.C.S. 271; 16 D.L.R. (4th) 598; *Asamera Oil Corporation Ltd. c. Sea Oil & General*

et al., [1979] 1 S.C.R. 633; *Sunshine Vacation Villas Ltd. v. Governor and Company of Adventurers of England Trading into Hudson's Bay* (1984), 13 D.L.R. (4th) 93 (B.C.C.A.); *Cullinane v. British "Rema" Manufacturing Co. Ltd.*, [1954] 1 Q.B. 292 (C.A.); *Anglia Television Ltd. v. Reed*, [1972] 1 Q.B. 60 (C.A.); *Bowlay Logging Ltd. v. Domtar Ltd.*, [1978] 4 W.W.R. 105 (B.C.S.C.); *Orvold, Orvold, Orvold and R.E.G. Holdings Ltd. v. Turbo Resources Ltd.* (1984), 33 Sask. R. 96 (Q.B.); *C.C.C. Films (London) Ltd. v. Impact Quadrant Films Ltd.*, [1985] Q.B. 16; *Victoria Laundry (Windsor), Ltd. v. Newman Industries, Ltd. Coulson & Co., Ltd. (Third Parties)*, [1949] 2 K.B. 528 (C.A.).

Corporation et autre, [1979] 1 R.C.S. 633; *Sunshine Vacation Villas Ltd. v. Governor and Company of Adventurers of England Trading into Hudson's Bay* (1984), 13 D.L.R. (4th) 93 (C.A.C.-B.); *Cullinane v. British «Rema» Manufacturing Co. Ltd.*, [1954] 1 Q.B. 292 (C.A.); *Anglia Television Ltd. v. Reed*, [1972] 1 Q.B. 60 (C.A.); *Bowlay Logging Ltd. v. Domtar Ltd.*, [1978] 4 W.W.R. 105 (C.S.C.-B.); *Orvold, Orvold, Orvold and R.E.G. Holdings Ltd. v. Turbo Resources Ltd.* (1984), 33 Sask. R. 96 (B.R.); *C.C.C. Films (London) Ltd. v. Impact Quadrant Films Ltd.*, [1985] Q.B. 16; *Victoria Laundry (Windsor), Ltd. v. Newman Industries, Ltd. Coulson & Co., Ltd. (Third Parties)*, [1949] 2 K.B. 528 (C.A.).

COUNSEL:

Derek Ayles, Q.C. and *D. J. Rennie* for appellant (defendant).
Raymond D. LeMoyne and *Georges R. Thibodeau* for respondents (plaintiffs).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant (defendant).
Doheny, Mackenzie, Montréal, for respondents (plaintiffs).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HEALD J.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division [judgment dated March 4, 1985, T-4780-76, not reported] whereby the appellant was found liable to pay \$232,500 in damages arising out of an award in 1976 of contracts to car rental concessionaires at the nine major international airports in Canada.¹ There is also a cross-appeal by the respondents (plaintiffs) concerning the findings of the learned Trial Judge with respect to damages. The two respondents were, at all relevant times, Canadian subsidiary companies of the Hertz Corporation of New York City (hereinafter referred to as Hertz). Hertz operated its Canadian Airport Rent-a-Car business during the years 1976 to 1979 through licensees at the Halifax, Ottawa, Winnipeg and Edmonton airports and with its own corporate staff at Montréal-Dorval, Montréal-Mirabel, Toronto, Calgary and Vancouver. On occasions, during change-overs of licensees

¹ Halifax, Montréal-Dorval, Montréal-Mirabel, Ottawa, Toronto, Winnipeg, Edmonton, Calgary and Vancouver.

AVOCATS:

Derek Ayles, c.r. et *D. J. Rennie* pour l'appelante (défenderesse).
Raymond D. LeMoyne et *Georges R. Thibodeau* pour les intimées (demanderesses).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante (défenderesse).
Doheny, Mackenzie, Montréal, pour les intimées (demanderesses).

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

LE JUGE HEALD: Appel est interjeté d'un jugement de la Division de première instance [jugement en date du 4 mars 1985, T-4780-76, non publié] concluant que l'appelante devait payer aux intimées des dommages-intérêts d'un montant de 232 500 \$ relativement à l'attribution, en 1976, de concessions de location d'automobiles dans les neuf principaux aéroports du Canada¹. Un appel incident est également interjeté par les intimées (demanderesses) à l'encontre des conclusions tirées par le juge de première instance concernant la question des dommages-intérêts. Les deux intimées étaient, à tous les moments pertinents, des filiales canadiennes de Hertz Corporation of New York City (que nous appellerons Hertz). Au cours des années 1976 à 1979, Hertz exerçait des activités de location de voitures dans les aéroports canadiens. Elle agissait par l'intermédiaire de franchisés aux aéroports de Halifax, d'Ottawa, de Winnipeg ainsi

¹ Halifax, Montréal-Dorval, Montréal-Mirabel, Ottawa, Toronto, Winnipeg, Edmonton, Calgary et Vancouver.

at the licensee locations *supra*, Hertz's corporate staff also operated those locations as well. Basically, Hertz's action for damages is based on the claim that if the Ministry of Transport (hereinafter Transport Canada) had awarded the subject nine airport concessions in the manner it had allegedly promised to do, Avis, Hertz's chief competitor, would not have had airport locations on the nine major international airports in Canada for three years and, as a result, Hertz would have realized a significant amount of additional income because of that circumstance.

THE FACTS

On July 13, 1976, Transport Canada published a document entitled Airport Car Rental Concession Policy (The Policy) (Vol. 1, A.B. pages 85-96 inclusive) which was an invitation to participate in public tender calls for the opportunity to provide car rental services at the nine major international airports in Canada and to submit bids "by groups" under standards which provided for three separate groupings of counters. Those groupings were:

1. local (any person not associated with a system type operation who is unable to compete for the system package. The Specifications later referred to herein define a system type operation as one which has outlets in 5 cities or more at which international airports are located);

2. domestic (any person being a Canadian or landed immigrant carrying on a car rental business which is more than 50% Canadian in terms of volume of business); and

3. open (available to all parties including those not successful in obtaining a domestic or local counter).

que d'Edmonton et par l'entremise de ses propres employés aux aéroports de Montréal-Dorval et de Montréal-Mirabel ainsi qu'aux aéroports de Toronto, Calgary et Vancouver. À l'occasion, les comptoirs exploités par des franchisés, lorsqu'ils changeaient de mains, étaient temporairement exploités par les employés de Hertz. L'action en dommages-intérêts intentée par Hertz se fondait essentiellement sur la prétention que, si le ministère des Transports (que nous appellerons Transports Canada) avait attribué les neuf concessions en cause de la manière dont Hertz affirme qu'il avait promis de le faire, Avis, le concurrent principal de Hertz, ne se serait vu attribuer une concession de location d'automobiles à aucun des neuf aéroports internationaux principaux du Canada pendant trois ans, ce qui aurait permis à Hertz d'accroître ses revenus de façon importante.

LES FAITS

Le 13 juillet 1976, Transports Canada a publié un document s'intitulant Politique sur la location d'automobiles aux aéroports (la Politique) (dossier d'appel, vol. 1, pages 85 à 96 inclusivement), un document invitant à la présentation de soumissions dans le cadre d'appels d'offres visant la fourniture de services de location d'automobiles aux neuf aéroports internationaux principaux du Canada; il y était stipulé que de telles soumissions devaient être présentées «par groupes», conformément à des normes prévoyant trois groupements distincts de comptoirs. Ces groupements étaient les suivants:

1. Les comptoirs locaux (ouverts à toute personne non associée avec un genre d'exploitation dit réseau, étant incapable d'entrer en compétition avec le réseau global. Les conditions mentionnées plus loin définissent les exploitations appartenant au genre réseau comme étant celles qui comportent des sites d'exploitation dans 5 villes ou plus dotées d'aéroports internationaux).

2. Les comptoirs domestiques (ouverts à tout canadien ou immigrant reçu exploitant une entreprise de location d'automobiles dont le volume d'affaire était canadien à plus de 50 %).

3. Les comptoirs ouverts (disponibles à tous, y compris ceux qui n'avaient pu obtenir un comptoir domestique ou local).

On July 21, 1976, Transport Canada, pursuant to the above Policy published Specifications—The Lease for the Car Rental Concession (the Specifications), (Vol. 1, A.B. pages 96-106 inclusive). Pursuant to the procedure set out in the Specifications, the tender calls for the concession opportunities were conducted in two stages: stage one—interested parties were required to submit corporate data, an operational proposal, evidence of ability to provide the necessary insurance coverage, and such other documentation as was necessary to show the ability to meet eligibility requirements; stage two—those persons who bid in stage one and who satisfied the criteria for eligibility were then invited to submit financial offers. The successful bidders in stage two then entered into an agreement with Transport Canada for the period November 1, 1976 to December 31, 1979.

For the purposes of this appeal and cross-appeal, it is only necessary to consider the tenders of five companies: Budget, Tilden, Avis, the respondent Canamerican (which was sold in 1977 to Hertz), and Host. It was acknowledged that, at all relevant times, these five companies had the following percentages of the Canadian car rental business: Budget—29%; Tilden—25%; Avis—20%; Canamerican—20%; and Host, a very small percentage. It seems to have been generally known in the industry that within these five bidders, only Tilden and Host would qualify to bid in both the domestic and open categories. For the purpose of better preparing their financial offer in stage two, the respondents, pursuant to a written invitation from Mr. Russell O'Neill, the Director of Airport Marketing for Transport Canada, arranged for a meeting with officials of Transport Canada. This meeting was held in Ottawa on July 22, 1976. As noted by the learned Trial Judge, it was known to Hertz as well as to the rest of the market that Tilden could compete in both the domestic and the open categories while the other three traditional airport concessionaires (Hertz, Avis and Budget) could compete only in the open category. It was also known from the relative strength of the four largest companies in the existing airport market

Le 21 juillet 1976, Transports Canada a publié un document intitulé [TRADUCTION] «Conditions du bail relatif aux concessions d'exploitation de comptoirs de location d'automobiles» (les Conditions), (dossier d'appel, vol. 1, pages 95 à 106 inclusive-ment). Conformément à la procédure énoncée dans les Conditions, les appels d'offres relatifs à l'attribution des concessions se sont déroulés en deux étapes: en premier lieu, les intéressés devaient soumettre certains renseignements concernant leur société, présenter une offre ayant trait à l'exploitation de la concession, établir leur capacité d'obtenir la couverture nécessaire en matière d'assurance et fournir tous les autres documents nécessaires pour démontrer qu'ils pouvaient remplir les exigences d'admissibilité; ensuite, les personnes ayant présenté une soumission et satisfait aux critères d'admissibilité dans le cadre de la première étape étaient invitées à faire des offres financières. Les soumissionnaires retenus lors de la seconde étape concluaient alors une entente avec Transports Canada relativement à la période s'étendant du 1^{er} novembre 1976 au 31 décembre 1979.

Aux fins de l'appel et de l'appel incident en l'espèce, seules les offres de cinq sociétés doivent être examinées: Budget, Tilden, Avis, l'intimée Canamerican (qui a été vendue à Hertz en 1977) et Host. Il a été reconnu que, à tous les moments pertinents, ces cinq sociétés détenaient les pourcentages suivants du marché canadien de la location d'automobiles: Budget—29%; Tilden—25%; Avis—20%; Canamerican—20%; et Host, un très faible pourcentage. Il semble avoir été de connaissance générale dans cette industrie que, de ces cinq soumissionnaires, seules Tilden et Host avaient la qualité requise pour présenter des soumissions aussi bien à l'égard de la catégorie domestique que de la catégorie ouverte. Afin de parfaire l'offre financière qu'elles présenteraient dans le cadre de la seconde étape, les intimées, se prévalant de l'invitation écrite faite par M. Russell O'Neill, Directeur de la commercialisation des aéroports pour Transports Canada, ont convenu d'une rencontre avec des fonctionnaires de Transports Canada. Cette rencontre a eu lieu à Ottawa le 22 juillet 1976. Ainsi que l'a noté le juge de première instance, il était connu de Hertz ainsi que du reste des locuteurs d'automobiles que Tilden pouvait concourir à la fois dans la catégorie domestique et dans la catégorie ouverte tandis que les trois autres

that Tilden could afford to outbid both Hertz and Avis in the open counter category. Accordingly, it was important to know from Transport Canada what allocation would be made of a Tilden bid, if it bid in both the open and the domestic categories. More particularly, Hertz needed to know, as well, what allocation would be made if Tilden's bid in the open category was higher than its bid in the domestic category. It seemed clear that if Tilden's bid were to be allocated to the open counters, the result would be that either Hertz or Avis would be off the airports. On the eve of the meeting called for July 22, 1976, Transport Canada issued the Specifications referred to *supra*.

It is necessary at this juncture, in my view, to set out the portions of both the Policy and the Specifications which bear directly on the issues herein:

I. FROM THE POLICY

Objective (Vol. 1, A.B. page 86)

This policy will provide equitably for industry competition in rental car operations at airports, while optimizing revenue to Transport Canada.

Policy (Vol. 1, A.B. page 86)

Any person (proprietorship, partnership, corporation) may seek access to the airport car rental market after meeting eligibility requirements. Access to the airports will be awarded by public tender for a defined term to the parties offering the highest financial return, subject to a minimum bid base

Highest Financial Return (Vol. 1, A.B. page 89)

Bidders will be required to offer a percentage of their gross sales and a guaranteed annual minimum, for the right and privilege of access to the airport car rental market. The tenders will be awarded to qualified tenderers on the basis of the highest offers to Transport Canada.

Accommodation (Vol. 1, A.B. page 94)

Counter space within the terminal building will be leased to car rental concessionaires for the term of their agreement with the location preference in accordance with the offers received— i.e., the highest bidder will have the first choice, the second highest bidder the second choice, and so on

concurrents exploitant traditionnellement des concessions dans les aéroports (Hertz, Avis et Budget) ne pouvaient concourir que dans la catégorie ouverte. Compte tenu de la position respective de ces quatre sociétés sur le marché des aéroports, on savait également que Tilden pouvait se permettre d'offrir davantage que Hertz et Avis dans la catégorie ouverte. En conséquence, il était important pour Hertz d'apprendre de Transports Canada ce qui arriverait si Tilden soumissionnait à la fois dans la catégorie ouverte et dans la catégorie domestique. Plus particulièrement, Hertz avait besoin de savoir ce qui arriverait si Tilden présentait une soumission plus élevée dans la catégorie ouverte que dans la catégorie domestique. Il semblait évident que Hertz ou Avis se verrait écartée des aéroports si on décidait de retenir la soumission de Tilden dans la catégorie ouverte. La veille de la réunion prévue pour le 22 juillet 1976, Transports Canada a publié les conditions susmentionnées.

J'estime nécessaire de citer, à ce point, les passages des Politiques et des Conditions qui concernent directement les questions en l'espèce:

[TRADUCTION] I. LES POLITIQUES

But (dossier d'appel, vol. 1, page 86)

Ces politiques permettront la compétition à l'industrie d'une façon équitable en ce qui touche les exploitations de location d'automobiles dans les aéroports, tout en procurant un revenu optimum à Transports Canada.

Politiques (dossier d'appel, vol. 1, page 86)

Toute personne (propriétaire, association, corporation) peut chercher à obtenir l'accès aux marchés de la location d'automobiles dans les aéroports après avoir rencontré les exigences d'admissibilité. L'accès aux aéroports sera accordé par voie de soumissions publiques pour une durée d'occupation définie, aux personnes ayant fait les offres financières les plus élevées, le tout sujet à une offre minimum de base

Offres financières les plus élevées (dossier d'appel, vol. 1, page 89)

Les soumissionnaires seront requis d'offrir un pourcentage de leurs ventes brutes et une garantie annuelle minimale pour le droit et le privilège d'accès aux marchés de la location d'automobiles dans les aéroports. L'adjudication se fera sur la base des offres les plus élevées faites à Transports Canada par les soumissionnaires qualifiés.

Commodités (dossier d'appel, vol. 1, page 94)

L'espace à comptoir dans l'aérogare sera loué aux concessionnaires de location d'automobiles pour la durée de leur contrat d'accès avec choix d'emplacement d'après le classement de leur offre, i.e. le mieux offrant pour l'accès aura le premier choix, le second aura le second choix et ainsi de suite

II. FROM THE SPECIFICATIONSIntroduction (Vol. 1, A.B. page 97)

Any person (proprietorship, partnership corporation) may seek access to the airport car rental market after meeting eligibility requirements. Access to the airport will be awarded by public tender for a term of three years to the parties offering the highest financial return, subject to a minimum bid base. . . .

Highest Financial Return (Vol. 1, A.B. page 98)

Bidders will be required to offer a percentage of their gross sales and a guaranteed annual minimum for the right and privilege of access to the airport car rental market. The successful tenderer will be required to pay the greater of the percentage offer or the guaranteed minimum.

There will be a minimum bid base in respect to the percentage of gross revenue offer:

(a) major international airports	10%
(b) all other airports	5%

Award Procedure (Vol. 1, A.B. page 98)

Where a tenderer is successful within more than one counter group, only one counter will be awarded and the award will be made on the basis of the highest offer made by that tenderer in any group. . . .

Administration—Major International Airports (Vol. 1, A.B. page 100)

Operators qualified to bid on "domestic counters" may submit bids on either the major international airport package or on an airport by airport basis or both. They may also bid on the open counters. . . .

Accommodation (Vol. 1, A.B. page 100)

Counter space within the terminal building will be leased to car rental concessionaires for the term of their agreement with the location preference in accordance with the offers received, i.e., the highest bidder will have the first choice, the second highest bidder the second choice, and so on. . . .

Security Deposit (Vol. 1, A.B. page 102)

Tenders for Stage Two will be rejected unless a security deposit in an amount equal to the first three (3) months of fees based on the tenderer's highest applicable minimum guarantee is enclosed. . . . The security deposit of the successful tenderer will be retained by the Department and will be applied to the concession fee for the first year.

The deposit will be the higher of the highest system offer or the combined individual airports offer. Deposit is to be calculated on minimum guarantees and must equal three (3) months of fees as per tendered offer. . . .

Tenders (Vol. 1, A.B. page 102)

Only one counter per name and style will be allowed at each airport. In the consideration of tenders, the Department will attach importance to the ability of the tenderer to operate the car rental concession within the terms of reference of this

II. LES CONDITIONSIntroduction (dossier d'appel, vol. 1, page 97)

Toute personne (propriétaire, association, corporation) peut rechercher l'accès aux marchés de la location d'automobiles dans les aéroports après avoir satisfait aux exigences d'admissibilité. L'accès aux aéroports pour une durée de trois ans sera accordé par voie d'adjudication aux soumissionnaires qui font les offres les plus élevées, une offre minimale de base étant toutefois prévue. . . .

Offres financières les plus élevées (dossier d'appel, vol. 1, page 98)

Les soumissionnaires devront offrir un pourcentage de leurs ventes brutes et une garantie annuelle minimale pour le droit et le privilège d'accès aux marchés de la location d'automobiles dans les aéroports. Le soumissionnaire retenu devra verser le pourcentage offert ou la garantie minimale, selon le plus élevé de ces montants.

Il y aura une offre minimum de base relativement à l'offre de pourcentage sur le revenu brut:

(a) principaux aéroports internationaux	10 %
(b) tous les autres aéroports	5 %

Adjudication (dossier d'appel, vol. 1, page 98)

Lorsqu'un soumissionnaire réussit dans plus d'une catégorie, un seul comptoir sera attribué et l'adjudication se fera en fonction de l'offre la plus élevée dudit soumissionnaire. . . .

Administration—Principaux aéroports internationaux (dossier d'appel, vol. 1, page 100)

Les exploitants ayant la qualité requise pour soumissionner relativement aux «comptoirs domestiques» peuvent soumettre des offres soit pour l'ensemble des principaux aéroports internationaux, soit aéroport par aéroport, ou les deux. Ils peuvent également soumettre des offres pour les comptoirs ouverts. . . .

Commodités (dossier d'appel, vol. 1, page 100)

Les comptoirs dans les aéroports seront loués aux concessionnaires de location d'automobiles pour la durée de leur contrat, le choix des emplacements étant fonction des offres reçues, i.e. le premier choix allant au mieux offrant et ainsi de suite. . . .

Dépôt de garantie (dossier d'appel, vol. 1, page 102)

Les offres présentées dans le cadre de la seconde étape seront rejetées à moins qu'elles ne soient accompagnées d'un dépôt de garantie d'un montant équivalent aux droits des trois (3) premiers mois, établi en fonction de la garantie minimale applicable la plus élevée. . . . Le dépôt de garantie du soumissionnaire retenu sera conservé par le Ministère et imputé aux droits afférents à la première année d'exploitation de la concession.

Ce dépôt correspondra soit à l'offre la plus élevée pour un réseau, soit à la somme des offres visant les aéroports séparément, selon le montant le plus élevé. Ce dépôt doit être calculé à partir des garanties minimales et représenter les droits de trois (3) mois pour chaque offre soumise. . . .

Soumissions (dossier d'appel, vol. 1, page 102)

Un seul comptoir par dénomination sociale sera accordé dans chaque aéroport. Dans son examen des soumissions le Ministère s'arrêtera à la capacité du soumissionnaire d'exploiter la concession de location d'automobiles conformément aux exigences

Information Section. The Department will not necessarily accept the highest offer, nor will it be bound to accept any tender submitted . . .

Returning now to the factual narrative and coming to the meeting in Ottawa on July 22, 1976 between six representatives of Hertz and three officials of Transport Canada, the Trial Judge carefully summarized the evidence of witnesses on both sides as to what transpired at this meeting (A.B., Vol. 1, pages 29-32). She specifically referred to the evidence of Messrs. Richard and Kennedy who attended the meeting on behalf of Hertz. They both raised the question referred to earlier as to what allocation would be made of a Tilden bid if Tilden bid in both the open and domestic categories and, furthermore, what allocation would be made if Tilden's bid in the open category was higher than its bid in the domestic category. Both testified that the response from the Transport Canada officials and, in particular, from Mr. O'Neill of Transport Canada was to the effect that the higher bid in the open category would be awarded since the Award Procedure (A.B., Vol. 1, page 98) *supra*, specifically so provided. The Trial Judge, after summarizing the evidence of Messrs. Kennedy and Richard stated (A.B., Vol. 1, page 31):

I have no reason to doubt the evidence of either Mr. Kennedy or Mr. Richard.

She went on to refer to the evidence of the Transport Canada officials who attended the meetings. In my view, their evidence can best be characterized as equivocal and not very helpful. They do not seem to recall this specific question being raised. In any event, the Trial Judge accepted the evidence of Messrs. Kennedy and Richard on this issue. In my view, she was clearly entitled to do so and an appellate court should not interfere with this finding.

On August 3, 1976, a final briefing session for the car rental industry was held in the offices of Transport Canada in Ottawa. The Minutes of that briefing reveal, *inter alia*:

des présentes. Le Ministère ne retiendra pas nécessairement l'offre la plus élevée et il n'est tenu de retenir aucune soumission . . .

Je reviens maintenant à l'exposé des faits de l'espèce et plus particulièrement à la réunion qui s'est tenue à Ottawa le 22 juillet 1976 entre six représentants de Hertz et trois fonctionnaires de Transports Canada; le juge de première instance a résumé avec soin les dépositions de témoins des deux parties faisant état de ce qui était ressorti de cette rencontre (dossier d'appel, vol. 1, pages 29 à 32). Elle s'est expressément référée aux dépositions de Richard et Kennedy, qui y assistaient en qualité de représentants de Hertz. Ils ont tous deux soulevé la question susmentionnée de savoir quel sort serait réservé à une offre de Tilden si celle-ci soumettait des offres à la fois dans la catégorie ouverte et dans la catégorie domestique, et, de plus, quelle décision serait prise si l'offre présentée par Tilden dans la catégorie ouverte était plus élevée que son offre dans la catégorie domestique. Tous deux ont déclaré que les fonctionnaires de Transports Canada et, en particulier, O'Neill, avaient répondu que l'offre plus élevée présentée dans la catégorie ouverte serait acceptée puisque les stipulations relatives à l'Adjudication (dossier d'appel, vol. 1, page 98) précitées le prévoient expressément. Le juge de première instance, après avoir résumé les dépositions de Kennedy et Richard, a déclaré (dossier d'appel, vol. 1, page 31):

Je n'ai aucune raison de douter de la véracité du témoignage de Kennedy ou de Richard.

Elle a poursuivi en faisant état des dépositions des fonctionnaires de Transports Canada ayant assisté aux réunions. Selon moi, le mieux qu'on puisse dire de ces témoignages est qu'ils sont équivoques et peu utiles. Les témoins ne semblent pas se rappeler que cette question précise ait été soulevée. Quoi qu'il en soit, le juge de première instance a accepté les dépositions de Kennedy et Richard relativement à cette question. J'estime qu'elle avait clairement le droit de le faire et qu'une Cour d'appel ne devrait pas modifier cette conclusion.

Le 3 août 1976, une réunion finale d'information a été tenue pour les locataires d'automobiles dans les bureaux de Transports Canada à Ottawa. Le procès-verbal de cette réunion révèle, entre autres, que:

1. Transport Canada officials said that if a domestic open bidder made equal bids in both categories, that bidder would be assigned the domestic counter; and

2. the highest bid for each counter would be the winner.

During the period of August 7 to 10, 1976, Transport Canada circulated a memorandum to all interested tenderers which purported to summarize the questions and answers dealt with at the various briefing sessions. One of the questions asked was the central question in this case—namely—where anyone qualifies in more than one counter group, how will it be decided in which single group the individual would win? The answer given in the Transport Canada memorandum reads:

Basically by financial considerations however in the event that purely revenue considerations would place an unfair advantage with any company the evaluation committee would exercise the condition of the tender specifications which states "Department will not necessarily accept the highest offer, nor will it be bound to accept any tender submitted."

The executives of Hertz then proceeded to prepare their tender on the basis that Hertz could not afford to be forced off-airport. Accordingly, it was necessary for them to beat Avis' offer. In order to be sure of beating Avis, Hertz would have to outbid Tilden since Hertz did not believe that Avis would try to outbid Tilden. On this basis and combined with Hertz's knowledge that Tilden would bid higher in the open category than in the domestic (because of greater competition in the former), Hertz submitted its bid of slightly over \$2.8 million dollars.

The bids were opened in Ottawa on October 1, 1976. They were as follows:

[TRADUCTION] 1. Les fonctionnaires de Transports Canada ont dit qu'un soumissionnaire qualifié pour présenter une offre dans les catégories ouverte et domestique qui soumettrait des offres égales dans ces deux catégories se verrait accorder le comptoir domestique; et

a 2. la soumission la plus élevée pour chaque comptoir serait retenue.

Entre le 7 et le 10 août 1976, Transports Canada a remis à tous les soumissionnaires intéressés un mémoire qui se voulait un résumé des questions et des réponses formulées lors des diverses réunions d'information. Une de ces questions était la question fondamentale en l'espèce: lorsqu'un soumissionnaire est admissible à exploiter plus d'un groupe de comptoirs, comment décidera-t-on quel groupe lui attribuer? La réponse figurant dans le mémoire de Transports Canada est la suivante:

[TRADUCTION] On tiendra compte surtout de considérations d'ordre financier. Toutefois, si l'application de ce seul critère risquait d'avantager indûment une société donnée, le comité d'évaluation se fonderait sur la stipulation de l'appel d'offres qui porte: «Le Ministère ne retiendra pas nécessairement l'offre la plus élevée et il n'est tenu de retenir aucune soumission.»

Les dirigeants de Hertz ont alors rédigé leur soumission en partant du postulat selon lequel leur société ne pouvait se permettre d'être exclue des aéroports. Hertz ne croyant pas qu'Avis tenterait de renchérir sur Tilden, elle devrait présenter une offre supérieure à celle de Tilden pour être sûre de l'emporter sur Avis. Pour ces motifs, et sachant que Tilden présenterait une soumission plus élevée dans la catégorie ouverte que dans la catégorie domestique (la compétition étant plus forte dans la catégorie ouverte), Hertz a soumis une offre légèrement supérieure à 2.8 millions de dollars.

Les soumissions ont été ouvertes à Ottawa le 1^{er} octobre 1976. Celles-ci comprenaient les offres suivantes:

COUNTERS	BIDDERS	MINIMUM GUARANTEE	YEAR 1 %	PERCENTAGE OFFERS		
				YEAR 2 %	YEAR 3 %	
Open	1. BUDGET	\$3,097,200.00	10.54	10.54	10.54	
Open	2. HERTZ	\$2,809,002.00	11.00	11.00	11.00	
Open	3. TILDEN	\$2,523,000.00	10.00	10.00	10.00	
Open	4. HOST	\$2,496,000.00	14.57	14.71	15.05	
Open	5. AVIS	\$2,433,200.00	10.00	10.00	10.00	

(others bidding in the open category of an airport by airport basis were companies such as Holiday, Amleco, Compact Rent-A-Car, Nashu-U Drive.)

Domestic	1. HOST	\$2,496,000.00	14.57	14.71	15.15
Domestic	2. TILDEN	\$2,305,300.00	10.00	10.00	10.00

(others bidding in the domestic category on an airport-by-airport basis were companies such as Holiday, Rent Rite, Pacific Atlantic Rentals, Compact Rent-A-Car, Ottawa-Ford.)

COMPTOIRS	SOU MIS- SIONNAIRES	MINIMUM GARANTI	POURCENTAGE OFFERT		
			1 ^e ANNÉE	2 ^e ANNÉE	3 ^e ANNÉE
Ouvert	1. BUDGET	3 097 200 \$	10,54	10,54	10,54
Ouvert	2. HERTZ	2 809 002 \$	11,00	11,00	11,00
Ouvert	3. TILDEN	2 523 000 \$	10,00	10,00	10,00
Ouvert	4. HOST	2 496 000 \$	14,57	14,71	15,05
Ouvert	5. AVIS	2 433 200 \$	10,00	10,00	10,00

(Parmi les sociétés qui, dans la catégorie ouverte, ont fait une soumission distincte pour chaque aéroport figurent: Holiday, Amleco, Compact Rent-A-Car et Nashu-U Drive.)

Domestique	1. HOST	2 496 000 \$	14,57	14,71	15,15
Domestique	2. TILDEN	2 305 300 \$	10,00	10,00	10,00

(Parmi les sociétés qui, dans la catégorie domestique, ont fait une soumission distincte pour chaque aéroport figurent: Holiday, Rent Rite, Pacific Atlantic Rentals, Compact Rent-A-Car, Ottawa Ford.)

The Ministry of Transport then accepted the lower of Tilden's bids (i.e.,—in the domestic category) in order to maximize revenues. The rationale for this decision was as follows: acceptance of Tilden's open bid would have resulted in Avis being put off-airport and Holiday would have been allotted the second domestic counter. However, the lost revenues from Avis' departure from the airport could not be recouped by the increase in Tilden's open bid over its domestic bid plus Holiday's rather meagre bid. Hertz commenced this action in the Trial Division on December 6, 1976, claiming damages for breach of contract and tort. It also signed the required rental agreement on February 7, 1977, making all the payments required to be made by it pursuant to that agreement. The payments were made under reserve of its right to pursue its claim for damages.

Le ministère des Transports a alors accepté la plus basse des offres de Tilden (c'est-à-dire celle présentée dans la catégorie domestique) afin de maximiser ses revenus. La logique sous-tendant cette décision était la suivante: l'acceptation de l'offre présentée par Tilden dans la catégorie ouverte aurait exclu Avis des aéroports et entraîné l'adjudication à Holiday du second comptoir domestique. Toutefois, les revenus perdus en raison de l'exclusion de Avis des aéroports ne pourraient pas être compensés par la différence entre l'offre présentée par Tilden dans la catégorie ouverte et son offre, moins importante, visant les comptoirs domestiques ainsi que par l'offre plutôt basse de Holiday. Hertz a entamé la présente action devant la Division de première instance le 6 décembre 1976 pour réclamer des dommages-intérêts pour rupture de contrat et délit civil. Elle a également signé le contrat de location prescrit le 7 février 1977 et effectué tous les paiements stipulés par ce contrat. Hertz a toutefois effectué ces paiements en se réservant le droit de poursuivre son action en dommages-intérêts.

THE FINDINGS OF THE LEARNED TRIAL JUDGE ON LIABILITY

The Trial Judge found that the tendering process employed in the instant case possessed the

LES CONCLUSIONS TIRÉES PAR LE JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE SUR LA QUESTION DE LA RESPONSABILITÉ

Le juge de première instance a conclu que l'appel d'offres en l'espèce comportait les éléments

ingredients necessary for the creation of a preliminary or initial contract leading to the formation of the final contract. In this respect, she followed the decision of the Supreme Court of Canada in *R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111; 119 D.L.R. (3d) 267. She quoted, with approval, the judgment of Mr. Justice Estey, speaking for the Court, when he characterized this initial contract as contract A to distinguish it from the construction contract itself which arose on the acceptance of the tender in that case. Estey J. referred to the construction contract as contract B. In his view, contract A was a “unilateral contract which arose by the filing of a tender in response to the call therefor under the aforementioned terms and conditions . . .” (pages 119 S.C.R.; 272 D.L.R.). Estey J. went on to state (pages 122-123 S.C.R.; 275 D.L.R.):

The principal term of contract A is the irrevocability of the bid, and the corollary term is the obligation in both parties to enter into a contract (contract B) upon the acceptance of the tender.

After observing that not every tendering process will create a preliminary or initial contract, the Trial Judge examined the circumstances in the case at bar to determine whether the tendering procedure here amounted merely to a simple invitation to treat or whether it was in the nature of an offer to enter into a preliminary contract. She concluded that the tendering process here was the latter for the following reasons (A.B., Vol. 1, pages 40-41):

The industry was invited to submit tenders on very specific terms and conditions; in fact virtually all the terms of the final rental contract were contained in the tender specifications. A tender was submitted, with the payment of a deposit equal to the first three months fees the tenderer expected to pay, \$204,928 in the plaintiffs' case. This deposit was not refundable should the plaintiffs' bid be accepted. The submission of the tender and the deposit was the consideration and the tendering contract (contract 'A' in the words of Mr. Justice Estey) was formed when the plaintiff submitted its tender and its \$204,928 deposit. The eventual acceptance of the tender constituted an irrevocable offer made by the defendant to the plaintiffs to enter into contract 'B' (an analogy might be made to the giving of an option to purchase). The final rental contract (contract 'B') was formed when that irrevocable offer is accepted by the concessionaires.

She then proceeded to find a breach of contract A based not only on the Award Procedure clause

nécessaires à la création d'un contrat préliminaire ou initial conduisant à la conclusion du contrat définitif. À cet égard, elle a suivi la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. du chef de l'Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111; 119 D.L.R. (3d) 267. Elle a cité avec approbation le passage des motifs du juge Estey dans lequel, énonçant l'opinion de la Cour, il a appelé ce premier contrat le contrat A pour le distinguer du contrat d'entreprise qui, dans cette espèce, était né avec l'acceptation de l'offre. Le juge Estey a appelé le contrat d'entreprise en question le contrat B. Selon lui, le contrat A était un « . . . contrat unilatéral qui découle de la présentation d'une soumission en réponse à l'appel d'offres aux conditions susmentionnées . . . » (aux pages 119 R.C.S.; 272 D.L.R.). Le juge Estey a poursuivi en déclarant (aux pages 122 et 123 R.C.S.; 275 D.L.R.):

La condition principale du contrat A est l'irrévocabilité de l'offre, et la condition qui en découle est l'obligation pour les deux parties de former un autre contrat (le contrat B) dès l'acceptation de la soumission.

Après avoir observé que ce n'est pas tout appel d'offres qui crée un contrat préliminaire ou initial, le juge de première instance a examiné les circonstances de l'espèce afin de déterminer si l'appel d'offres visé était simplement une invitation à négocier ou constituait une offre de contrat préliminaire. Elle a conclu que l'appel d'offres en l'espèce appartenait à cette dernière catégorie pour les motifs suivants (dossier d'appel, vol. 1, pages 40 et 41):

Cet appel d'offres lancé aux loueurs d'automobiles assujettissait les soumissions à des conditions très précises; en fait, la quasi-totalité des termes du contrat définitif de location ont été repris des conditions de l'appel d'offres. Chaque soumission était accompagnée d'un acompte correspondant au montant que le soumissionnaire s'attendait à payer pour les trois premiers mois, soit 204 928 \$ dans le cas des demandereses. Si leur soumission était retenue, cette somme ne leur serait pas remboursée. Le contrat de soumission (en les mots du juge Estey, le contrat «A») est intervenu au moment où les demandereses ont présenté leur soumission et leur acompte de 204 928 \$, la présentation de la soumission et de l'acompte constituant la contrepartie. En retenant la soumission, la défenderesse a fait aux demandereses une offre irrévocable de conclure le contrat «B» (ce qui peut être comparé à une option d'acheter). Le contrat définitif de location (le contrat «B») naît sur l'acceptation de l'offre irrévocable.

Elle a alors conclu à une rupture du contrat A en se basant non seulement sur la clause relative à

of the tender Specifications *supra*, but also on the answers given to Tilden at the final briefing session on August 3, 1976, *supra*, by representatives of Transport Canada.

Counsel for the appellant submits that the learned Trial Judge misapplied the principles enunciated in the *Ron Engineering* case, *supra*, and should not have found that the appellant was contractually bound to award Tilden a concession in the open category. Accordingly, in his submission, the Trial Judge erred in finding a breach of contract on the part of the appellant. In the appellant's view, the tender documents did not oblige Transport Canada to accept Tilden's bid in the open category because, in calling tenders, Transport Canada was under no obligation to accept any tender unless it had expressly so stated. As support for this submission, the appellant relies on the Specifications under the sub-heading of "Tenders" (A.B., Vol. 1, page 102) *supra*, where it is stated, *inter alia*, that: "The Department will not necessarily accept the highest offer, nor will it be bound to accept any tender submitted . . ." Reliance is also placed on the final memorandum circulated to interested tenderers during the period August 7 to 10, 1976 and referred to *supra*. The submission is that since this provision, as contained in the Specifications and confirmed by the August 7 to 10 memorandum to tenderers was never altered either orally or in writing, and since it forms an important part of the contract between the parties, it should be adhered to. Accordingly, in the appellant's submission, no breach of contract has ensued.

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

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

I agree with that view of the matter. I would add that to give paramountcy to this clause of the

l'adjudication figurant dans les conditions de l'appel d'offres précitée, mais encore sur les réponses données à Tilden par les représentants de Transports Canada lors de la réunion finale d'information du 3 août 1976, dont nous avons déjà parlé.

L'avocat de l'appelante prétend que le juge de première instance a mal appliqué les principes énoncés dans l'arrêt *Ron Engineering*, précité, et n'aurait pas dû conclure que l'appelante était obligée par contrat à l'adjudication d'une concession à Tilden dans la catégorie ouverte. En conséquence, il prétend que le juge de première instance s'est trompé en concluant qu'il y avait eu rupture de contrat de la part de l'appelante. L'appelante prétend que l'appel d'offres n'obligeait pas Transports Canada à accepter l'offre de Tilden dans la catégorie ouverte parce qu'il n'obligeait Transports Canada à accepter aucune offre à moins d'une déclaration expresse. À l'appui de cette prétention, l'appelante invoque certaines des dispositions des Conditions figurant sous le sous-titre «Soumissions» (dossier d'appel, vol. 1, page 102) précité, dispositions selon lesquelles: «Le Ministère ne retiendra pas nécessairement l'offre la plus élevée et n'est tenu de retenir aucune soumission . . .» L'appelante s'appuie également sur le mémoire final remis aux soumissionnaires intéressés entre le 7 et le 10 août 1976, mémoire dont nous avons déjà parlé. Elle soutient que cette disposition, telle qu'elle est libellée dans les Conditions et confirmée par le mémoire remis aux soumissionnaires entre le 7 et le 10 août, devrait lier les parties puisqu'elle n'a jamais été modifiée soit oralement, soit par écrit, et qu'elle constitue une clause importante du contrat conclu entre les parties. En conséquence, l'appelante prétend qu'aucune rupture de contrat n'a eu lieu.

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

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

Je partage cette opinion. J'ajouterais que le fait d'accorder la prépondérance à cette clause des

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

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

I agree with the learned Trial Judge. I also agree with counsel for the respondents that, in this case, the tender document creates three categories of tenderers and gives to Canadian operators an opportunity to bid in more than one category. It also provides a specific and precise rule for the disposition to be made of double tenders. Accordingly, such a specific Award Procedure rule should not be presumed to be subservient to a general rule of uncertain applicability which contradicts the specific rule. I therefore reject this submission by counsel for the appellant.

In my view, and for the reasons expressed, *supra*, there is in this case a contract of the nature of contract A in the *Ron Engineering* case, *supra*. The terms of that contract are to be derived from the Policy and Specifications set forth *supra*. In so far as the oral representations and discussions of July 22, 1976 and August 3, 1976 are concerned, it makes no difference to the final determination of this issue whether they are given due consideration or whether they are excluded pursuant to the parol evidence rule. If this evidence is properly admissible, I agree with the Trial Judge that it further supports the respondents' interpretation of the contract. On the other hand, if that evidence is excluded, there still remains, in my view, a legally enforceable contract between the parties.

The final submission by the appellant on the issue of contractual liability is, necessarily, an argument in the alternative to its earlier submis-

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

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

Je suis d'accord avec le juge de première instance. Je suis également d'accord avec l'avocat des intimées pour dire que, en l'espèce, l'appel d'offres établit trois catégories de soumissionnaires et donne aux exploitants canadiens la possibilité de soumettre des offres dans plus d'une catégorie. Ce document prévoit également une règle régissant de façon expresse et précise le sort des diverses soumissions d'un même soumissionnaire. En conséquence, il ne devrait pas être présumé qu'une règle précise sur l'adjudication est subordonnée à une règle générale dont l'applicabilité est incertaine et qui la contredit. Je rejette donc cette prétention de l'avocat de l'appelante.

À mon avis, pour les motifs énoncés plus haut, il existe en l'espèce un contrat tenant du contrat A de l'arrêt *Ron Engineering*, précité. Les conditions de ce contrat doivent être tirées des Politiques et des Conditions dont nous avons fait état plus haut. Pour ce qui est des déclarations verbales et des discussions du 22 juillet et du 3 août 1976, qu'elles aient été dûment prises en considération ou qu'elles aient été exclues en vertu de la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque ne modifie en rien l'issue du présent litige. Dans l'hypothèse où de tels éléments de preuve seraient recevables, j'estime comme le juge de première instance qu'ils appuient l'interprétation donnée par les intimées au contrat. D'autre part, si de tels éléments de preuve doivent être exclus, j'estime qu'il existe encore un contrat exécutoire liant les parties.

Le dernier argument soumis par l'appelante au sujet de la question de la responsabilité contractuelle est forcément présenté à défaut par la Cour

sion. The submission is summarized in the appellant's factum as follows (page 29):

The written policy statement and specifications were expressions of policy and did not form actionable, binding promises or warranties.

In my view, this submission is answered by the views of the Trial Judge as expressed in Volume 1 of the Appeal Book at pages 40 and 41 thereof and quoted *supra*. As noted, additionally, by her at page 41:

The whole purpose of the tendering process was to put the would-be car rental concessionaires in competition with each other for counters at the airports.

She also summarized the appellant's side of the bargain as follows (A.B., Vol. 1, page 41):

... the promise to evaluate the bids in accordance with the terms of the tender specifications and to accord an offer to enter into a rental contract to the successful bidders in accordance with those specifications.

In my view, she has properly applied the principles of contractual liability to the factual situation in this case and, for this reason, I would reject this alternative submission by the appellant.

In addition to claiming damages for breach of contract, the respondents also claimed damages for "negligent or reckless misrepresentation". With respect to this claim, the Trial Judge said (A.B., Vol. 1, page 46):

With respect to a claim on the ground of negligent misrepresentation, such would only become relevant if there were no breach of a term of the contract.

She then went on to conclude, after "considerable hesitation" that the respondent's claim, "if there were no breach of contract" would be well founded in tort on the ground of negligent misrepresentation. Subsequently, on pages 46 to 49 of the Appeal Book, Volume 1, she develops her reasons for so concluding.

In view of her initial conclusion that there was a breach of contract in this case, I think those reasons relative to negligent misrepresentation are *obiter dicta* in this case. My appreciation of the totality of her reasons relative to quantum of

d'accepter sa prétention précédente. Cette prétention est résumée de la façon suivante dans le mémoire de l'appelante (page 29):

[TRADUCTION] L'exposé de principe ainsi que les conditions présentées par écrit énonçaient des politiques et ne constituaient pas des promesses ou garanties ouvrant droit à une action et liant l'appelante.

À mon avis, l'extrait précité des motifs du juge de première instance qui figure aux pages 40 et 41 du volume 1 du dossier d'appel répond à cet argument. À la page 41, elle ajoute l'observation suivante:

Tout le processus de l'appel d'offres avait pour but d'obliger les aspirants concessionnaires à concourir pour des comptoirs de location d'automobiles dans les aéroports.

Elle a également résumé les obligations de l'appelante de la manière suivante (dossier d'appel, vol. 1, page 41):

... s'est engagée à apprécier les soumissions d'une manière conforme aux conditions de l'appel d'offres et, conformément à ces mêmes conditions, à offrir aux adjudicataires la possibilité de conclure un contrat de location.

À mon avis, elle a appliqué correctement les principes de la responsabilité contractuelle à la situation de fait en l'espèce; je rejeterais donc cet argument subsidiaire de l'appelante.

Outre des dommages-intérêts pour rupture de contrat, les intimées demandent des dommages-intérêts en alléguant des [TRADUCTION] «... déclarations inexactes faites par négligence ou insouciance». Le juge de première instance a dit de ce moyen (dossier d'appel, vol. 1, page 46):

Quant au moyen fondé sur l'allégation de déclarations inexactes faites par négligence, l'existence de telles déclarations n'aurait été pertinente que dans l'hypothèse où il n'y avait pas eu violation d'une condition du contrat.

Elle a poursuivi en concluant, après «... beaucoup d'hésitation», que, «... même dans cette hypothèse», ce moyen de l'intimée justifierait une décision en sa faveur. Subséquemment, aux pages 46 à 49 du volume 1 du dossier d'appel, elle s'étend sur les motifs pour lesquels elle tire cette conclusion.

Puisque le juge de première instance a conclu qu'il y avait eu rupture de contrat en l'espèce, je suis d'avis que ses motifs portant sur les déclarations inexactes faites par négligence constituent une remarque incidente. Lorsque j'étudie l'ensem-

damages leads me to think that she was quantifying damages on the basis of breach of contract.

In any event, while, conceptually, there are differences between damages in contract and in tort, in many cases the quantum determined will be the same even though the principles employed are different.² In contract, the *prima facie* object is to put the plaintiff in the position he would have enjoyed had the contract been satisfactorily performed. In tort, the objective is to put the plaintiff in the position he would have enjoyed had the tort not been committed.

With respect to both types of cases, the test of remoteness of damage, whether in tort or in contract is, in principle, the same.³ This was clearly stated by Scarman L.J., in *H Parsons (Livestock) Ltd v Uttley Ingham Et Co Ltd*⁴ where he said: "I agree with him in thinking it absurd that the test for remoteness of damage should, in principle, differ according to the legal classification of the cause of action . . . the law is not so absurd as to differentiate between contract and tort save in situations where the agreement, or the factual relationship, of the parties with each other requires it in the interests of justice." In my view, there is nothing in the facts and circumstances of the case at bar to justify a different test or standard, from the perspective of remoteness, whether the cause of action is said to arise in contract or in tort.

ble de ses motifs portant sur les dommages-intérêts accordés, j'en conclus qu'elle a calculé ces dommages-intérêts en fonction d'une rupture de contrat.

^a Quoi qu'il en soit, malgré que les dommages-intérêts fondés sur un contrat et ceux qui sont fondés sur un délit diffèrent sur le plan conceptuel, le montant alloué est le même dans nombre de cas bien que les règles auxquelles il doit être fait appel soient différentes². En matière de responsabilité contractuelle, le but visé de prime abord est de placer le demandeur dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été exécuté de façon satisfaisante. En matière délictuelle, il s'agit ^c de placer le demandeur dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le délit n'avait pas été commis.

^d Le critère relatif au préjudice trop éloigné, que la réclamation soit fondée sur la responsabilité délictuelle ou sur la responsabilité contractuelle, est, en principe, le même³. Le lord juge Scarman, dans l'arrêt *H Parsons (Livestock) Ltd v Uttley Ingham Et Co Ltd*⁴, a clairement souscrit à cette ^e idée en déclarant: [TRADUCTION] «Je pense, comme lui, qu'il serait absurde que le critère applicable au préjudice trop éloigné doive procéder d'un principe différent selon la classification juridique de la cause d'action . . . le droit n'a pas l'absurde ^f prétention de distinguer entre les contrats et les délits, sauf dans les cas où l'entente ou les rapports de fait entre les parties l'exigent dans l'intérêt de la justice.» Selon moi, aucun des faits et des circonstances de l'espèce ne justifie l'application d'un ^g critère ou d'une norme différent en ce qui regarde le caractère éloigné du préjudice subi selon que la cause d'action est considérée comme fondée sur la responsabilité contractuelle ou délictuelle.

² For a similar view see: *V.K. Mason Construction Ltd. v. Bank of Nova Scotia et al.*, [1985] 1 S.C.R. 271, at p. 285; 16 D.L.R. (4th) 598, at p. 607 per Wilson J. speaking for the Supreme Court of Canada.

³ Compare: *Asamera Oil Corporation Ltd. v. Sea Oil & General Corporation et al.*, [1979] 1 S.C.R. 633, at p. 673 per Estey J.

⁴ [1978] 1 All ER 525 (C.A.), at p. 535.

² Le lecteur trouvera une opinion similaire dans les motifs prononcés par le juge Wilson au nom de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *V.K. Mason Construction Ltd. c. Banque de Nouvelle-Écosse et autre*, [1985] 1 R.C.S. 271, à la p. 285; 16 D.L.R. (4th) 598, à la p. 607.

³ Comparer à l'arrêt *Asamera Oil Corporation Ltd. c. Sea Oil & General Corporation et autre*, [1979] 1 R.C.S. 633, à la p. 673, motifs du juge Estey.

⁴ [1978] 1 All ER 525 (C.A.), à la p. 535.

THE FINDINGS OF THE LEARNED TRIAL JUDGE ON
DAMAGES

The Trial Judge awarded damages to the respondents on the basis that they were entitled to recover the excess amount which they bid as a result of what they understood to be the terms of the tender contract. In so doing, she relied on the decision of the English Court of Appeal in *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801. In that case, the contract in question involved the acquisition and operation of a gas station on the basis of an estimate by the vendor's representative that the throughput of petrol would reach 200,000 gallons a year in the third year of operation of the station. The purchaser sued for loss of profit because the annual sales did not nearly approach that figure. In dealing with the question of damages, Lord Denning M.R. decided that the plaintiff could not be compensated for loss of bargain because he was given no bargain that the throughput would amount to 200,000 gallons a year. In his view, the plaintiff could only receive compensation for having been induced to enter into a contract which turned out to have disastrous consequences for him. The measure of that compensation would be measured by the loss which he suffered. Applying the rationale of that case to the case at bar, the Trial Judge concluded that these respondents should recover the amount of the excess which they bid. In my opinion, and on these facts, she did not err in adopting this view. Contract A did not promise Hertz that it would be able to operate on the airport free of on-airport competition from Avis. This is analogous to the factual situation in *Mardon* where the bargain did not guarantee a specified throughput. In my view, loss of profits would have been recoverable in this case only if contract A had contained such a guarantee of immunity from on-airport competition. However, contract A merely provided that a certain bid selection process would be utilized and since, because of a breach of that term, Hertz suffered loss, the amount of that loss should be restricted to the excess amount which was bid because of the breach of contract A.

LES CONCLUSIONS TIRÉES PAR LE JUGE DE
PREMIÈRE INSTANCE SUR LA QUESTION DES
DOMMAGES-INTÉRÊTS

Le juge de première instance a adjugé des dommages-intérêts aux intimées au motif qu'elles avaient le droit de recouvrer le montant supplémentaire qu'elles ont offert en fonction de ce qu'elles croyaient être les conditions du contrat régissant les soumissions. Ce faisant, elle s'est appuyée sur la décision rendue par la Cour d'appel d'Angleterre dans l'affaire *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801. Le contrat visé dans cette affaire, qui prévoyait l'acquisition et l'exploitation d'une station service, avait été conclu sur la foi d'une évaluation du représentant du vendeur selon laquelle les ventes annuelles d'essence atteindraient 200 000 gallons au cours de la troisième année d'exploitation. Comme le chiffre des ventes s'est révélé de beaucoup inférieur à celui qu'on avait prévu, l'acheteur de la station service a intenté une action en remboursement des profits perdus. Traitant de la question des dommages-intérêts, lord Denning, maître des rôles, a décidé que le demandeur ne pouvait être dédommagé pour la rupture du marché parce qu'on ne lui avait pas promis que les ventes s'élèveraient à 200 000 gallons par année. Selon lui, il ne pouvait être indemnisé que pour avoir été incité à passer un contrat qui s'était révélé désastreux pour lui. Cette indemnité serait évaluée en fonction de la perte qu'il avait subie. Le juge de première instance a appliqué le raisonnement tenu dans cette affaire à l'espèce, pour conclure que les intimées devaient recouvrer la fraction excédentaire de leur offre. À mon avis, considérant les faits en l'espèce, elle ne s'est pas trompée en raisonnant de la sorte. Le contrat A ne promettait nullement à Hertz qu'elle pourrait exploiter son commerce à l'aéroport libre de toute concurrence de la part d'Avis. Cette situation de fait est analogue à celle de l'affaire *Mardon*, dans laquelle le contrat ne contenait aucune garantie précise relativement au chiffre de vente. À mon avis, les intimées n'auraient pu être indemnisées de leurs pertes de profits en l'espèce que si le contrat A avait prévu que Hertz échapperait à une telle concurrence sur les lieux mêmes de l'aéroport. Toutefois, comme le contrat A prévoyait simplement l'observation de certaines règles relatives à la sélection des soumissions qui seraient retenues, et comme Hertz a subi un préjudice à la suite du non respect de cette condition, le quantum de ce préjudice devrait se limiter au montant excédentaire proposé à la suite de la rupture du contrat A.

The amount awarded to the respondents in excess concession fees was the sum of \$232,500. This figure was taken by the Trial Judge from a report prepared for the respondents by Mr. M. A. MacKenzie, an auditor and consultant with the firm of Clarkson Gordon & Co., Chartered Accountants. In his report, Mr. MacKenzie quantified the respondents' claim for recovery of excess commission fees in the sum of \$232,500 (A.B., Vol. 10, page 1349). Particulars of this claim are contained in Schedule T to the report (A.B., Vol. 10, page 1376). Mr. MacKenzie was not cross-examined at trial with respect to Schedule T. Neither his assumptions nor his methodology were put in issue. It seems evident that the Trial Judge accepted his evidence in respect of this item. Since the witness has impressive credentials and since his evidence in this regard was not impeached or challenged in any way, the Trial Judge quite properly, in my view, accepted that evidence and awarded the respondents' damages accordingly.

At the hearing of the appeal before us, counsel for the appellant submitted to the Court a series of calculations designed to show that the correct figure to be assessed in damages under this heading would be in the order of \$145,000 rather than the figure of \$232,500 awarded at trial. In my view, the proper forum in which to question the validity of Mr. MacKenzie's quantification would have been by way of cross-examination at trial. For an Appellate Court to accept "corrections" of evidence given by a credible expert witness at trial, particularly when that witness was not challenged in any way in so far as that evidence was concerned would be quite improper. As Mr. Justice Stone noted in *R. v. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 F.C. 129 (C.A.), at page 173:

It is not, of course, for this Court sitting in appeal to assess the damages, for to do so would be to remove the function from the hands of the Trial Judge where it properly belongs. It has been stated many times over that an appellate court ought not to reverse a finding of a Trial Judge as to the amount of damages merely because it thinks that, had it tried the case in the first instance, it would have awarded a lesser or greater sum. In order to justify reversing a Trial Judge on his assessment of damages it must be demonstrated that he acted on a wrong principle.

La somme de 232 500 \$ a été adjugée aux intimées pour compenser le surplus payé pour la concession. Le juge de première instance a tiré ce montant d'un rapport préparé pour les intimées par M. A. MacKenzie, un vérificateur comptable et conseiller de la firme de comptables agréés Clarkson Gordon & Co. Dans son rapport, MacKenzie a évalué à 232 500 \$ la demande des intimées en recouvrement de la remise excédentaire (dossier d'appel, vol. 10, page 1349). Un énoncé détaillé de cette demande figure à l'annexe T du rapport (dossier d'appel, vol. 10, page 1376). M. MacKenzie n'a pas été contre-interrogé lors du procès relativement à l'annexe T. Ni ses conclusions ni sa méthodologie n'ont été contestées. Il semble évident que le juge de première instance a accepté sa déposition concernant cette question. Puisque ce témoin est hautement qualifié et que sa déposition à cet égard n'a été attaquée ou contestée d'aucune manière, j'estime que le juge de première instance a eu raison d'accepter ce témoignage et d'apprécier en conséquence les dommages-intérêts adjugés.

À l'audition du présent appel, l'avocat de l'appelante a présenté à la Cour une série de calculs visant à démontrer que les dommages-intérêts de 232 500 \$ adjugés sous ce chapitre étaient excessifs et que, en fait, le montant alloué aurait dû se situer aux environs de 145 000 \$. Selon moi, c'est par voie de contre-interrogatoire, lors du procès, que la validité de l'évaluation de M. MacKenzie aurait dû être contestée. Il serait irrégulier qu'une Cour d'appel reçoive des [TRADUCTION] «corrections» apportées à la déposition faite par un témoin expert crédible lors du procès, en particulier lorsque la partie de cette déposition traitant de la question en litige n'a été aucunement contestée. Ainsi que l'a observé le juge Stone dans l'affaire *R. c. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 C.F. 129 (C.A.), à la page 173:

Il n'appartient évidemment pas à cette Cour siégeant en appel d'évaluer les dommages-intérêts car si elle agissait ainsi, elle enlèverait au juge de première instance cette fonction qui lui revient de plein droit. Il a déjà été statué à plusieurs reprises qu'une cour d'appel ne devrait pas infirmer la décision d'un juge de première instance quant au montant des dommages-intérêts pour la simple raison qu'elle estime que, si elle avait été saisie de l'affaire en première instance, elle aurait accordé une somme inférieure ou supérieure. Pour que la cour soit justifiée d'infirmer la décision du juge de première instance quant à son évaluation des dommages-intérêts, il faut démontrer qu'il s'est fondé sur un principe erroné.

For the reasons expressed *supra*, I conclude that the amount awarded as damages by the Trial Judge was based on uncontradicted and highly credible evidence which is not reversible on the record before us.

The only remaining question is whether the damages awarded were too remote. I have no hesitation in agreeing with the Trial Judge that the damages which she awarded the respondents under this heading were not remote. Furthermore, I did not perceive that counsel for the appellants seriously contested this view of the matter. On this branch of the main appeal, the thrust of their submissions, rather, related to the quantum of the damages awarded, as noted, *supra*. The measure of damages is, of course, always limited to what was reasonably foreseeable. The classic test from *Hadley v. Baxendale*,⁵ provides:

Where two parties have made a contract, which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e. according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract as the probable result of the breach of it.

As noted by Fridman in his work on *The Law of Contract in Canada* (2nd Edition) 1986, at page 656, the first branch of the *Hadley v. Baxendale* test is objective "that is, what the reasonable man would or ought to have foreseen as being the likely or probable consequence of his breach." Fridman goes on to observe: "This will be, and was intended to be the normal, most usual test. However, exceptionally, it is recognized that, in some instances, the recoverable damages may go beyond what the ordinary, reasonable man would foresee as being likely, and might extend to consequences not ordinarily foreseeable, as long as the particular consequences were foreseeable in the light of their par-

⁵ (1854), 9 Ex. 341, at p. 354.

Pour les motifs qui précèdent, je conclus que le juge de première instance a fondé son appréciation du montant des dommages-intérêts adjugés sur une déposition non contestée et parfaitement crédible que le dossier ne permet pas de rejeter.

La seule question qu'il reste à trancher est celle de savoir si le préjudice que les dommages-intérêts accordés aux intimés visaient à compenser était trop éloigné. Je me range sans hésitation à l'opinion du juge de première instance que les dommages-intérêts qu'elle a accordés aux intimés à ce poste ne visaient pas un préjudice trop éloigné. De plus, l'avocat des appelants ne m'a pas semblé soulever sérieusement cette question. Ainsi qu'il a déjà été noté, les arguments présentés par les appelants relativement à cet aspect de l'appel principal visaient essentiellement le montant des dommages-intérêts adjugés. Le montant de cette réparation ne doit évidemment tenir compte que des dommages-intérêts raisonnablement prévisibles. Le critère classique, énoncé dans l'affaire *Hadley v. Baxendale*⁵, est le suivant:

[TRADUCTION] Nous croyons que la règle équitable dans un cas tel que celui en cause est la suivante: lorsque deux parties ont passé un contrat que l'une d'elle a rompu, la réparation que l'autre partie doit recevoir pour cette rupture doit être celle qu'on peut considérer justement et raisonnablement soit comme celle qui découle naturellement, c'est-à-dire selon le cours normal des choses, de cette rupture du contrat, soit comme celle que les deux parties pouvaient raisonnablement et probablement envisager, lors de la passation du contrat, comme conséquence probable de sa rupture.

Ainsi que l'a noté Fridman dans son ouvrage intitulé *The Law of Contract in Canada*, (2^e édition) 1986, à la page 656, le premier volet du critère énoncé dans l'affaire *Hadley v. Baxendale* est objectif [TRADUCTION] «à savoir, la conséquence dont un homme raisonnable aurait prévu ou dû prévoir qu'elle découlerait vraisemblablement ou probablement de cette rupture». Fridman poursuit en observant: [TRADUCTION] «Ce critère a été conçu pour servir de critère ordinaire ou habituel et joue effectivement ce rôle. Il est toutefois reconnu que, exceptionnellement, dans certains cas, les dommages-intérêts recouvrables peuvent dépasser la conséquence qu'une personne ordinaire et raisonnable considérerait vraisemblable pour s'étendre à des conséquences non ordinairement prévisibles, pourvu que ces conséquences particulières aient été prévisibles à la lumière de leur contrat particulier

⁵ (1854), 9 Ex. 341, à la p. 354.

ticular contract and its special circumstances. In such instances the test is *subjective*.”

In my view, and applying the *Hadley v. Baxendale* test, the award of \$232,500 is proper. While the respondents could not have known that Tilden would definitely bid in both categories, thus possibly forcing the respondents off-airport, the respondents, as reasonable persons, would know that Tilden possessed the qualifications and the potential to bid in both categories. Hence, it was reasonably foreseeable, in my view, that the respondents, wanting and needing to ensure they would not be forced off-airport (a distinct possibility because of Tilden’s dual bidding advantage) would raise their bid so as to preclude such an eventuality. Likewise, I conclude that, in these circumstances, Transport Canada would or ought to have foreseen that the excess amount of rental paid by the respondents to “buy insurance”, on the assumption that Transport Canada would comply with the terms of contract A, was a likely or probable consequence of their breach of the terms of contract A.

THE CROSS-APPEAL

The respondents (in the main appeal) have cross-appealed the decision of the Trial Judge not to award them damages for loss of profits. The respondents submit that the loss of profit was foreseeable. They submit further, that their loss of profit was \$930,000 and not \$725,000, as quantified (although not awarded) by the Trial Judge.

Applying the first of the *Hadley v. Baxendale* tests to the facts of this case, the question to be answered is whether or not a reasonable person would know or ought to have known, at the time the contract was entered into, that the respondents would suffer a loss of profits because Avis was not forced off-airport when Transport Canada selected Tilden’s lower bid in the domestic category over its higher bid in the open category in breach of the Award Procedure provisions of the Specifications. Under the second test, the issue is whether Trans-

ainsi que des circonstances propres à ce contrat. Le critère, dans de tels cas, est *subjectif*.”

À mon avis, si nous appliquons le critère énoncé dans l’affaire *Hadley v. Baxendale*, le montant de 232 500 \$ a été accordé à bon droit. Bien que les intimées n’aient pas pu savoir de façon certaine que Tilden soumissionnerait dans les deux catégories, ce qui les excluerait peut-être des aéroports, celles-ci, en tant que personnes raisonnables, devaient savoir que Tilden possédait les qualités et la capacité requises pour présenter des offres relativement aux deux catégories. J’estime donc qu’il était raisonnablement prévisible que les intimées, voulant et devant s’assurer qu’elles ne seraient pas exclues des aéroports—situation fort possible puisque Tilden pouvait présenter des offres dans deux catégories différentes—augmenteraient leur offre pour parer à une telle éventualité. De la même manière, je conclus que, dans ces circonstances, Transports Canada aurait prévu ou aurait dû prévoir que le montant supplémentaire de loyer payé par les intimées afin de [TRADUCTION] «se protéger», convaincus qu’elles étaient que Transports Canada respecterait les conditions du contrat A, constituait une conséquence vraisemblable ou probable de leur défaut d’observer ces conditions.

L’APPEL INCIDENT

Les intimées (dans le cadre de l’appel principal) ont formé un appel incident à l’encontre de la décision du juge de première instance de ne pas leur adjuger de dommages-intérêts en compensation de leur perte de profits. Les intimées prétendent que cette perte de profits était prévisible. Elles prétendent également que leur perte de profits s’élevait à 930 000 \$ et non à 725 000 \$, montant auquel le juge de première instance a évalué ces pertes (mais qu’il n’a pas accordé).

Si nous appliquons le premier des critères énoncés dans l’affaire *Hadley v. Baxendale* aux faits de l’espèce, la question qui se pose est celle de savoir si une personne raisonnable aurait su ou aurait dû savoir, au moment où le contrat a été conclu, que les intimées subiraient une perte de profits en raison du fait qu’Avis n’a pas été exclue des aéroports lorsque Transports Canada a retenu l’offre la plus basse de Tilden, présentée dans la catégorie domestique, plutôt que son offre la plus élevée, au chef de la catégorie ouverte, et, de la sorte,

port Canada, in addition to the ordinary knowledge of a reasonable person in the usual course of things, was in possession, at the time the contract was entered into, of knowledge of special circumstances outside the ordinary course of events of such a nature as to make the consequences of the breach foreseeable.

Applying these tests, I cannot conclude that either a reasonable person or the respondents or Transport Canada, for that matter, would or ought to have foreseen that the respondents would suffer loss of profits because Avis was not forced off the airport. As found by the Trial Judge and quoted, *supra*: "The plaintiffs were given no bargain that Avis would be placed off the airport."

Consequently they should not be entitled to compensation for loss of profit which they expected to make in the event Avis was forced off-airport. Such a loss of profit would not be reasonably foreseeable, in my view. This view of the matter is reinforced by the evidence at trial. Mr. Gerrie, the Director of Airport Marketing for Transport Canada swore that it did not occur to him what the result might be if an operator like Tilden with double eligibility placed bids in both categories. He said: "we did not feel that there was a strong likelihood of that, given the market shares in Canada at that time." (Transcript, Vol. 6, pages 717 and 718). Mr. Gerrie was also asked whether, in his view, the respondents had any particular understanding of how the tenders would be awarded in the event of Tilden bidding in both the open and domestic categories with its higher bid being in the open category. His response reads (Transcript, Vol. 6, page 721):

To my knowledge there was never any written or verbal discussions as to how we might award the tenders. Indeed, at that time, I think it would be very difficult for us to know until we had seen the dollar values.

From this evidence, I think it clear, that in so far as Transport Canada was concerned, it was not in their "reasonable contemplation" that Avis would

enfreint les dispositions relatives à l'adjudication figurant aux Conditions. Selon le second critère, la question consiste à savoir si Transports Canada, outre ce qu'une personne raisonnable connaîtrait ordinairement, selon le cours normal des choses, était au courant, au moment de la conclusion du contrat, de circonstances particulières, étrangères au cours normal des choses et de nature à rendre prévisibles les conséquences d'une telle rupture.

Appliquant ces critères, je ne puis conclure qu'une personne raisonnable ou les intimées ou même Transports Canada aurait prévu ou aurait dû prévoir que les intimées subiraient une perte de profits en raison de la non-exclusion d'Avis de l'aéroport. Ainsi que l'a conclu le juge de première instance dans un passage déjà cité: «On n'a pas promis aux demanderesse qu'Avis serait exclue de l'aéroport.»

En conséquence, elles ne devraient pas avoir le droit d'être indemnisées pour la perte des profits auxquels elles s'attendaient dans l'éventualité de l'exclusion d'Avis de l'aéroport. Selon moi, une telle perte de profits ne serait pas raisonnablement prévisible. La preuve présentée lors du procès appuie cette manière de voir. M. Gerrie, le Directeur de la commercialisation des aéroports de Transports Canada, a déposé qu'il ne s'est pas demandé ce qui se produirait si un exploitant se qualifiant, comme Tilden, dans deux catégories, soumettait des offres relativement à chacune de ces catégories. Il a dit: [TRADUCTION] «cette éventualité ne nous semblait pas très probable, vu la répartition du marché canadien à l'époque». (Transcription, vol. 6, pages 717 et 718). M. Gerrie s'est également vu demander s'il estimait que les intimées s'étaient faites une idée précise sur le mode d'adjudication des comptoirs dans l'éventualité où Tilden présenterait des offres à la fois dans la catégorie domestique et dans la catégorie ouverte, son offre la plus élevée concernant cette dernière catégorie. Sa réponse est la suivante (Transcription, vol. 6, page 721):

[TRADUCTION] À ma connaissance, la manière dont le sort des offres pourrait être déterminé n'a été discutée ni verbalement ni par écrit. En fait, à l'époque, je crois qu'il nous aurait été très difficile d'arrêter une décision en l'absence des données financières.

À mon sens, il ressort clairement de cette déposition que Transports Canada ne pouvait «raisonnablement prévoir» l'exclusion d'Avis de l'aéroport, à

be forced off-airport at the time the tenders were submitted. At that point in time, they did not know what the amounts of the tenders were going to be. At that juncture, everything was speculative. Accordingly, neither the objective nor the subjective test of *Hadley v. Baxendale* were met in the circumstances of this case, in my view.

At the hearing of the appeal, counsel for the respondents relied on certain passages from judgments in the House of Lords in *C. Czarnikow Ltd. v. Koufos* [hereinafter the "*Heron I*"], [1969] 1 A.C. 350 and from a decision of the English Court of Appeal in *H Parsons (Livestock) Ltd v Uttley Ingham Et Co Ltd*, [1978] 1 All ER 525. Particular reliance was placed on the comments of Scarman L.J. in the *Parsons* case, at pages 539 to 541 inclusive, where he appears to broaden the test for remoteness. At page 541 he said:

Given the situation of the parties at the time of contract, was the loss of profit, or market, a serious possibility, something that would have been in their minds had they contemplated breach? (Emphasis added.)

However, earlier in his reasons (page 535) he said:

... the type of consequence, loss of profit or market or physical injury, will always be an important matter of fact in determining whether in all the circumstances the loss or injury was of a type which the parties could reasonably be supposed to have in contemplation. (Emphasis added.)

I conclude from a perusal of both the *Heron II* and the *Parsons* cases, that they have not altered the classical test formulated in *Hadley v. Baxendale, supra*. I am fortified in this view by a similar view expressed by Fridman in the review which he makes of the relevant jurisprudence at pages 655 to 660 of his text (quoted earlier herein). He concludes, at page 660:

What does seem clear is that, in contract cases, the test is the classical one of *Hadley v. Baxendale* The appropriate general test is one of "reasonable contemplation" by the parties at the time of the contract, whether or not the results are more serious than would have been reasonably contemplated.

l'époque où les offres ont été soumises. À ce moment, ce ministère ne savait pas quels montants seraient offerts; il ne pouvait faire que des conjectures. J'estime donc que, en l'espèce, il n'est satisfait ni au critère objectif ni au critère subjectif énoncés dans l'affaire *Hadley v. Baxendale*.

Lors de l'audition de l'appel, l'avocat des intimées s'est appuyé sur certains passages des jugements rendus par la Chambre des lords dans l'affaire *C. Czarnikow Ltd. v. Koufos* [ci-après appelée "*Heron II*"], [1969] 1 A.C. 350 ainsi que d'une décision rendue par la Cour d'appel d'Angleterre dans l'affaire *H Parsons (Livestock) Ltd v Uttley Ingham Et Co Ltd*, [1978] 1 All ER 525. Il s'est particulièrement appuyé sur les remarques du lord juge Scarman aux pages 539 à 541 des motifs qu'il a prononcés dans l'arrêt *Parsons* et dans lesquels il semble élargir le critère relatif au caractère prévisible du préjudice causé. À la page 541, il a dit:

[TRADUCTION] Compte tenu de l'état des parties au moment du contrat, la perte d'un profit, ou d'une part du marché, constituait-elle une possibilité sérieuse, une considération qu'ils auraient eu à l'esprit s'ils avaient envisagé la rupture du contrat? (Les soulignements sont ajoutés.)

Toutefois, dans un passage précédent de ses motifs (page 535), le lord juge Scarman a dit:

[TRADUCTION] . . . le genre de conséquence, la perte de profit ou d'une part du marché ou le préjudice corporel, constituera toujours une question de fait importante lorsqu'il s'agira de déterminer si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, la perte ou le préjudice corporel étaient de ceux que les parties pouvaient raisonnablement être présumées avoir envisagés. (Les soulignements sont ajoutés.)

Après les avoir examinés attentivement, je conclus que les arrêts *Heron II* et *Parsons* n'ont pas modifié le critère classique formulé dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale*, précité. Mon opinion se trouve renforcée par l'opinion similaire exprimée par Fridman dans l'examen de la jurisprudence pertinente qu'il fait aux pages 655 à 660 de son ouvrage (que nous avons déjà cité). Il conclut à la page 660:

[TRADUCTION] Ce qui semble clair, c'est que, en matière de responsabilité contractuelle, le critère applicable est le critère classique énoncé dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale* . . . Le critère d'application générale approprié est celui des «conséquences raisonnablement prévisibles» par les parties lors de la conclusion du contrat, que ces conséquences soient ou non plus importantes que celles que l'on aurait raisonnablement envisagé.

In view of my conclusion that the damages claimed for loss of profits were not reasonably foreseeable or could not be reasonably contemplated, it follows that the respondents cannot succeed in their cross-appeal. Accordingly it becomes unnecessary to deal with their submissions to the effect that their loss of profits should be increased.

CONCLUSION

For all of the reasons expressed *supra*, I would dismiss the main appeal with costs. I would also dismiss the cross-appeal with costs.

MAHONEY J.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.: It is not necessary to recite the facts as they have been already fully outlined by Mr. Justice Heald. I have little to add to his reasons for judgment with which I agree. I shall limit myself to a few observations on the award by the learned Trial Judge of the excess concession fees paid pursuant to the tender process and on the loss of profits claimed as a consequence of the breach of what Mr. Justice Heald identifies as the preliminary or initial contract leading to the formation of the final contract.

In making her award of damages the learned Trial Judge relied upon the decision of the English Court of Appeal in *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801. In that case, the defendant made a representation as to the potential annual throughput of one of its petrol stations, and this was found to have induced the plaintiff to become the tenant of that station. The representation was wholly inaccurate. The Court of Appeal held that since the statement amounted to a warranty as well as to a negligent mis-statement the defendant was liable for damages both in contract and in tort. Any distinction between the measure of damages under the different heads was avoided by construing the warranty not as a bargain that the petrol throughput would amount to a certain number of gallons annually, but as a guarantee that the estimate had been carefully made. Thus, as the ambit of the warranty was co-extensive with the defendant's duty in tort, the plaintiff was

Considérant ma conclusion voulant que les dommages-intérêts réclamés pour perte de profits n'étaient pas raisonnablement prévisibles ou ne pouvaient être raisonnablement envisagés, l'appel incident interjeté par les intimées ne peut donc être accueilli. En conséquence, je n'ai pas à statuer sur leurs prétentions selon lesquelles le montant de leur perte de profits devrait être accru.

CONCLUSION

Pour tous les motifs qui précèdent, je rejeterais l'appel principal avec dépens. Je rejeterais également l'appel incident avec dépens.

LE JUGE MAHONEY: Je souscris à ces motifs.

* * *

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

LE JUGE STONE: M. le juge Heald ayant déjà fait un exposé complet des faits de la présente affaire, il n'est pas nécessaire de les répéter. Je souscris à ses motifs et j'ai peu à y ajouter. Je me contenterai de faire quelques observations sur l'adjudication, par le juge de première instance, des frais de concession payés en trop à la suite de l'appel d'offres et sur la perte de profits dont il a été fait état à la suite de la rupture de ce que M. le juge Heald qualifie de contrat préliminaire ou initial conduisant à la formation du contrat définitif.

Pour déterminer le montant des dommages-intérêts à adjuger, le juge de première instance s'est appuyée sur la décision rendue par la Cour d'appel d'Angleterre dans l'affaire *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801. Dans cette affaire, il a été statué que le débit annuel possible d'une de ses stations-service cité par la défenderesse avait incité le demandeur à la louer. Cette déclaration était totalement inexacte. La Cour d'appel a conclu que la défenderesse était responsable à la fois sur le plan contractuel et sur le plan délictuel du préjudice subi par le demandeur puisque la déclaration visée constituait à la fois une garantie et une déclaration inexacte faite par négligence. On a évité d'établir une distinction entre les dommages-intérêts accordés sous les différents postes en interprétant la garantie en question non comme une promesse que le débit d'essence annuel atteindrait un certain nombre de gallons mais comme une garantie que le calcul

entitled to recover damages which would place him in the position he would have been in had he never entered into the contract (*per* Lord Denning M.R., at page 821). He was allowed his capital loss and the overdraft incurred in running the business. A claim for lost earnings was not allowed because it was deemed virtually incapable of proof (*per* Ormrod L.J., at page 829). I understand the lost earnings to refer to moneys the plaintiff would have earned had he not entered into the contract, rather than lost business profits resulting from its breach (see *Sunshine Vacation Villas Ltd. v. Governor and Company of Adventurers of England Trading into Hudson's Bay* (1984), 13 D.L.R. (4th) 93 (B.C.C.A.), at pages 99-102). In the present case, the learned Trial Judge drew an analogy between the basis for the award of damages in the *Esso Petroleum* case and her award of the excess bid amount. While I do not disagree, I think the same result is open to us under established legal principles governing recovery of damages for a breach of contract *simpliciter*.

I wish to stress two important features of the ground rules which governed the awarding of counters under the tender specifications. First, they made it possible for Tilden to bid both in the open and domestic categories and, secondly, a successful bid by the same tenderer in both categories would result in the higher bid being selected. It was therefore evident that the competition would be more intense in the open category because the big four of Budget, Hertz, Tilden and Avis would be competing for the three counters available in that category. Given that situation, I think it was reasonable to anticipate (as Hertz did) that Tilden would bid higher in that category than in the domestic category. In order to assure itself of a counter at the airports Hertz strove to outbid

avait été effectué avec diligence. Ainsi, l'étendue de la garantie et celle de la responsabilité délictuelle de la défenderesse étant corrélatives, le demandeur avait le droit de recouvrer des dommages-intérêts qui l'établiraient dans la situation dans laquelle il se serait trouvé n'eût-il pas participé au contrat (motifs de lord Denning, maître des rôles, à la page 821). Il s'est vu adjuger le montant de sa perte de capital ainsi que le montant du découvert qui lui avait été consenti dans l'exploitation de son commerce. Sa demande concernant un manque à gagner n'a pas été accueillie parce qu'on a considéré ce manque pratiquement impossible à établir (motifs de lord juge Ormrod, à la page 829). Si je comprends bien, le manque à gagner désigne l'argent que le demandeur aurait gagné s'il n'avait pas participé au contrat plutôt que la perte, due à la rupture du contrat, des profits qu'il aurait réalisés dans l'exploitation du commerce visé (voir *Sunshine Vacation Villas Ltd. v. Governor and Company of Adventurers of England Trading into Hudson's Bay* (1984), 13 D.L.R. (4th) 93 (C.A.C.-B.), aux pages 99 à 102). Dans la présente affaire, le juge de première instance a établi une analogie entre le fondement des dommages-intérêts adjugés dans l'affaire *Esso Petroleum* et sa propre décision d'accorder à la demanderesse le montant qu'elle a offert en trop. Bien que je ne sois pas en désaccord avec elle à cet égard, je crois que nous pouvons atteindre le même résultat en nous fondant sur les principes juridiques reconnus qui régissent le recouvrement des dommages-intérêts consécutifs à la rupture d'un contrat.

Je tiens à souligner deux caractéristiques importantes des règles fondamentales qui s'appliquaient à l'adjudication des comptoirs en vertu des conditions de l'appel d'offres. Tout d'abord, ces règles permettaient à Tilden de soumissionner à la fois dans la catégorie ouverte et dans la catégorie domestique et, en second lieu, elles prévoyaient que, dans l'hypothèse où chacune des deux offres présentées par un même soumissionnaire dans deux catégories différentes seraient retenues, l'offre la plus élevée serait choisie. Comme les quatre grands locateurs d'automobile, savoir Budget, Hertz, Tilden et Avis, se disputeraient les trois comptoirs disponibles dans la catégorie ouverte, il était évident que la concurrence serait plus forte dans cette catégorie. Cela étant, je crois qu'il était

Tilden rather than chance being pushed off the airports by being outbid by Avis.

Hertz asks either for its expectation interest (the lost profits) or its reliance interest (the excess bid amount). Some recent case law indicates that a plaintiff has a choice of claiming one or the other as the circumstances may appear. (See e.g. *Cullinane v. British "Rema" Manufacturing Co. Ltd.*, [1954] 1 Q.B. 292 (C.A.), at page 303; *Anglia Television Ltd. v. Reed*, [1972] 1 Q.B. 60 (C.A.), at page 64; *Bowlay Logging Ltd. v. Domtar Ltd.*, [1978] 4 W.W.R. 105 (B.C.S.C.), at pages 113-114; *Sunshine Vacation Villas Ltd. v. Governor and Company of Adventurers of England Trading into Hudson's Bay*, *supra*; *Orvold, Orvold, Orvold and R.E.G. Holdings Ltd. v. Turbo Resources Ltd.* (1984), 33 Sask. R. 96 (Q.B.), at page 102; *C.C.C. Films (London) Ltd. v. Impact Quadrant Films Ltd.*, [1985] Q.B. 16, at page 32.) In my view, the reliance interest is compensable for it seems to me the excess bid amount is a loss that flows from the breach. It was additional to the amount actually required to secure a car rental counter in the open category and was incurred in reliance upon the Award Procedure clause. The harm can be undone by compensating Hertz for that loss and that may be accomplished within established contract principles. (*Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341; *Victoria Laundry (Windsor), Ltd. v. Newman Industries, Ltd. Coulson & Co., Ltd. (Third Parties)*, [1949] 2 K.B. 528 (C.A.); *C. Czarnikow Ltd. v. Koufos*, [1969] 1 A.C. 350 (H.L.); see also *H. Parsons (Livestock) Ltd. v. Uttley Ingham & Co. Ltd.*, [1978] Q.B. 791 (C.A.) and *Asamera Oil Corporation Ltd. v. Sea Oil & General Corporation et al.*, [1979] 1 S.C.R. 633.)

raisonnable de prévoir (ainsi que Hertz l'a fait) que Tilden présenterait une offre plus élevée dans cette dernière catégorie que dans la catégorie domestique. Afin de s'assurer qu'elle aurait un comptoir dans les aéroports, Hertz s'est efforcée de renchérir sur Tilden afin de ne pas risquer d'être exclue des aéroports en voyant son offre surpassée par celle d'Avis.

Hertz demande à la Cour de lui accorder soit une indemnité proportionnelle à son expectative (les profits perdus), soit une indemnité proportionnelle à l'influence des stipulations non respectées (le montant offert en trop). Certaines décisions récentes indiquent que le demandeur peut, selon les circonstances, demander à la Cour de lui accorder l'une ou l'autre de ces indemnités. (Voir les arrêts: *Cullinane v. British «Rema» Manufacturing Co. Ltd.*, [1954] 1 Q.B. 292 (C.A.), à la page 303; *Anglia Television Ltd. v. Reed*, [1972] 1 Q.B. 60 (C.A.), à la page 64; *Bowlay Logging Ltd. v. Domtar Ltd.*, [1978] 4 W.W.R. 105 (C.S.C.-B.), aux pages 113 et 114; *Sunshine Vacation Villas Ltd. v. Governor and Company of Adventurers of England Trading into Hudson's Bay*, précité; *Orvold, Orvold, Orvold and R.E.G. Holdings Ltd. v. Turbo Resources Ltd.* (1984), 33 Sask. R. 96 (B.R.), à la page 102; *C.C.C. Films (London) Ltd. v. Impact Quadrant Films Ltd.*, [1985] Q.B. 16, à la page 32.) Selon moi, l'influence des stipulations non respectées ouvre droit à indemnisation car le montant offert en trop me semble constituer une perte découlant de la rupture du contrat. Ce montant, en sus de celui qu'il en aurait réellement coûté pour obtenir un comptoir de location d'automobiles de la catégorie ouverte, a été payé sur la foi de la clause relative à l'adjudication. Le préjudice subi par Hertz peut être redressé en indemnisant celle-ci de sa perte, un redressement qui peut s'effectuer dans le cadre des principes reconnus régissant les contrats (*Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341; *Victoria Laundry (Windsor), Ltd. v. Newman Industries Ltd. Coulson & Co., Ltd. (Third Parties)*, [1949] 2 K.B. 528 (C.A.); *C. Czarnikow Ltd. v. Koufos*, [1969] 1 A.C. 350 (H.L.); voir également *H. Parsons (Livestock) Ltd. v. Uttley Ingham & Co. Ltd.*, [1978] Q.B. 791 (C.A.) et *Asamera Oil Corporation Ltd. c. Sea Oil & General Corporation et autre*, [1979] 1 R.C.S. 633.)

I agree that the expectation interest is not compensable. The preliminary or initial contract came into existence when Hertz submitted its bid in conformity with the Specifications. It was breached by non-compliance with the Award Procedure clause. I do not consider this to be the classic breach of contract scenario with a single contract, two parties and loss of profits stemming directly from the breach. Some factors are unique to the present situation. Here we have multiple double contracts (initial and final), breaches of the initial contracts, numerous parties and indirect loss of additional profits based upon the continued presence of Avis at the airports. Notwithstanding these breaches, a number of final contracts did come into existence. One such contract gave Hertz a counter at the airports and left Hertz to profit by that contract if it could. It is not complained that the breach caused Hertz to lose profits under its final contract but that the configuration resulting from the breach prevented Hertz from gaining additional profits from a share of Avis' business. I agree that loss of those profits is not compensable because they are too remote according to the test enunciated in *Hadley v. Baxendale*.

In conclusion, I see no reason for interfering with the assessment of damages made by the learned Trial Judge. While she relied on the principle of the *Esso Petroleum* case I believe the damages allowed are also recoverable under classic legal principles governing an award of damages for breach of contract. For the reasons given by Mr. Justice Heald and for these additional reasons, I would dispose of the appeal and cross-appeal as proposed by him.

Je suis d'accord pour dire que le préjudice lié à l'expectative n'est pas compensable. Le contrat préliminaire ou initial est né lorsque Hertz a présenté son offre conformément aux conditions de l'appel d'offres. L'appelante a violé son contrat en ne se conformant pas à la clause relative à l'adjudication figurant dans l'appel d'offres. Je ne considère pas que le déroulement des faits de l'espèce correspond au scénario classique de la rupture de contrat, qui met en jeu un unique contrat, deux parties et une perte de profits résultant directement de cette rupture. Certains facteurs sont particuliers à la situation actuelle. En l'espèce, nous sommes en présence de nombreux doubles contrats (initiaux et définitifs), de ruptures des contrats initiaux, de nombreuses parties ainsi que de la perte de profits additionnels due au maintien de la présence d'Avis dans les aéroports. Malgré ces ruptures, plusieurs contrats définitifs ont vu le jour. Un de ceux-ci a attribué à Hertz un comptoir dans les aéroports, pour la laisser ensuite se débrouiller et faire, si elle le pouvait, un profit. Hertz ne prétend pas que la rupture de ce contrat lui a fait perdre certains des profits qu'elle aurait dû réaliser grâce au contrat définitif mais que, dans la conjoncture résultant de cette rupture, Hertz se trouve empêchée de réaliser les profits additionnels qui lui viendraient d'une partie de l'achalandage d'Avis. Je suis d'accord pour dire que la perte de tels profits ne peut être compensée parce que ce préjudice, si nous appliquons le critère énoncé dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale*, est trop éloigné.

En conclusion, je ne vois aucun motif nous justifiant de modifier l'appréciation des dommages-intérêts faite par le juge de première instance. Bien qu'elle se soit fondée sur le principe énoncé dans l'arrêt *Esso Petroleum*, je suis d'avis que les dommages-intérêts accordés sont également recouvrables selon les principes juridiques classiques qui régissent l'attribution des dommages-intérêts dans le cadre de la rupture de contrat. Pour les motifs énoncés par M. le juge Heald ainsi que pour les motifs additionnels que je viens de prononcer, je déciderais de l'appel et de l'appel incident ainsi qu'il le propose.