

<p style="text-align: right;">A-1520-92</p> <p>Northeast Marine Services Limited (Respondent) (Plaintiff)</p> <p>v.</p> <p>Atlantic Pilotage Authority (Appellant) (Defendant)</p> <p><i>INDEXED AS: NORTHEAST MARINE SERVICES LTD. v. ATLANTIC PILOTAGE AUTHORITY (C.A.)</i></p> <p>Court of Appeal, Stone, Décary and Létourneau JJ.A. —Ottawa, November 8, 9, 1994, January 25, 1995.</p> <p><i>Contracts — Appeal from trial judgment awarding damages for breach of contract for failure to award respondent pilot boat service contract for Strait of Canso — Respondent submitting lowest bid, but Authority concerned about monopoly as related company awarded North Sydney contract — Trial Judge concluding monopoly prevention undisclosed precondition of tendering process; finding breach of contractual term — Monopoly prevention not condition of tendering process, but relevant consideration in exercise of discretion under rejection clause to reject any tender in public interest — Trial Judge misconstrued evidence in finding appellant wanted to unfairly favour competitor — No evidence of bias — Burden on bidder to address potential monopoly, conflict of interest in bid — No obligation to give bidder opportunity to rebut concerns.</i></p> <p><i>Corporations — Respondent's bid to provide pilot boat services for Strait of Canso rejected — Pilotage Authority considering financial stability of related company, monopoly issue as related company awarded contract in same area — Judicial test for piercing corporate veil not applicable to prevent Authority from assessing financial condition of potential contractor especially where threat to public safety.</i></p> <p><i>Competition — Pilotage Authority, in considering pilot boat service bids, exercising discretion in advertised rejection clause to prevent monopoly — No obligation to expressly advertise tendering Authority will not assist in creation of monopoly to public detriment — Monopoly issue legitimate consideration which should, in public interest, be taken into account.</i></p>	<p style="text-align: right;">A-1520-92</p> <p>Northeast Marine Services Limited (intimée) (demanderesse)</p> <p>a c.</p> <p>L'Administration de pilotage de l'Atlantique (appelante) (défenderesse)</p> <p><i>b RÉPERTORIÉ: NORTHEAST MARINE SERVICES LTD. c. ADMINISTRATION DE PILOTAGE DE L'ATLANTIQUE (C.A.)</i></p> <p>Cour d'appel, juges Stone, Décary et Létourneau, J.C.A.—Ottawa, 8 et 9 novembre 1994, 25 janvier 1995.</p> <p><i>Contrats — Appel d'un jugement de première instance accordant des dommages-intérêts pour rupture de contrat par suite de l'omission d'attribuer à l'intimée un contrat de service de bateau-pilote dans le détroit de Canso — L'intimée avait présenté la soumission la plus basse, mais l'Administration se préoccupait de l'existence d'un monopole étant donné qu'une société liée s'était vu attribuer un contrat à North Sydney — Le juge de première instance a conclu que la condition relative au monopole était une condition requise non divulguée du processus d'appel d'offres; il a conclu à la violation d'une condition contractuelle — La Condition relative au monopole n'était pas une condition du processus de l'appel d'offres, mais une considération se rapportant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de rejeter une offre dans l'intérêt du public en vertu de la clause de rejet — Le juge de première instance a interprété la preuve de façon erronée en concluant que l'appelante voulait favoriser d'une façon injuste un concurrent — Absence de preuve de parti pris — Il incombe au soumissionnaire de résoudre la question du monopole et du conflit d'intérêts possibles dans sa soumission — Absence d'obligation de donner au soumissionnaire la possibilité d'apaiser pareilles préoccupations.</i></p> <p><i>Corporations — La soumission de l'intimée en vue de la prestation d'un service de bateau-pilote dans le détroit de Canso a été rejetée — L'Administration de pilotage a tenu compte de la stabilité financière d'une société liée et de la question du monopole, étant donné que la société liée s'était vu attribuer un contrat dans la même région — Le critère judiciaire, lorsqu'il s'agit de contourner le paravent d'une société, ne peut pas servir à empêcher l'Administration d'évaluer la situation financière d'un entrepreneur éventuel, en particulier lorsque cela peut mettre en danger la sécurité publique.</i></p> <p><i>Concurrence — L'Administration de pilotage, en examinant la soumission en vue de la prestation d'un service de bateau-pilote, exerçait son pouvoir discrétionnaire au moyen de la clause de rejet qui avait été publiée en ce qui concerne le monopole — Aucune obligation de mentionner expressément que l'autorité adjudicative n'aidera pas à la création d'un monopole au détriment du public — La question du monopole</i></p>
---	---

Maritime law — Pilotage — Pilotage Authority rejecting lowest bid for pilot boat service for Strait of Canso — Concerned about monopoly as related company awarded North Sydney contract, financial stability as related company had suffered property foreclosure — Relevant commercial considerations Authority, in public interest, properly took into account.

This was an appeal from the trial judgment awarding damages for breach of contract for the failure to award the respondent a pilot boat service contract for the Strait of Canso (which separates Cape Breton Island from mainland Nova Scotia).

The appellant received six bids in response to a call for tenders to provide pilot boat services for the Strait of Canso. The newspaper advertisement contained the following clause: "The Authority reserves the right to reject any or all tenders or to accept any tender considered in its best interest," but that clause did not appear in the specifications. The Pilot Boat Committee eliminated all tenders but those from the respondent and East Coast Marine Services Ltd. Although the respondent's bid was the lowest, the Board accepted that of East Coast Marine Services Ltd., which was second highest, because it felt that it was unwise to entrust all pilot boat services in one area to the same company. (A company related to the respondent had been awarded the contract for North Sydney and was building a boat for Newfoundland.) Some concern was also expressed about the respondent's financial stability because another related company was the subject of foreclosure proceedings. The Trial Judge held that the granting of the contract to East Coast Marine Services Ltd. was a foregone conclusion because of an undisclosed precondition of the tendering process—that there not be a monopoly. He found that the Authority had breached an implied term of the contract requiring the fair treatment of all bidders.

The issues were whether the Trial Judge had erred in (1) finding that the appellant had imposed a "precondition of monopoly" on the tender; an implied contractual term required the appellant to award the contract to the lowest bidder; that the rejection clause was of no effect; that it was inappropriate for the appellant to "pierce the corporate veil" and look behind the independent legal identities of the related companies; (2) quantifying damages as the profits that the respondent would have earned had it been awarded the contract; (3) concluding that the tender required the employment of only three crew members.

Held (Stone J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

est une considération légitime qui devrait, dans l'intérêt du public, être prise en compte.

Droit maritime — Pilotage — L'Administration de pilotage a rejeté la soumission la plus basse qui avait été présentée en vue de la prestation d'un service de bateau-pilote dans le détroit de Canso — Elle se préoccupait de l'existence d'un monopole étant donné qu'une société liée s'était vu attribuer un contrat à North Sydney, ainsi que de la stabilité financière de la société car la société liée avait fait l'objet d'une forclusion de biens — Considérations commerciales pertinentes dont l'Administration, dans l'intérêt du public, a tenu compte d'une façon légitime.

Il s'agissait d'un appel du jugement de première instance accordant des dommages-intérêts pour rupture de contrat par suite de l'omission d'attribuer à l'intimée un marché de service de bateau-pilote dans le détroit de Canso (qui sépare le Cap-Breton de la Nouvelle-Écosse).

L'appelante a reçu six soumissions en réponse à un appel d'offres pour des services de bateau-pilote dans le détroit de Canso. L'annonce publiée dans les journaux contenait la clause suivante: [TRADUCTION] «L'Administration se réserve le droit de rejeter toutes les soumissions ou d'accepter toute soumission qu'elle jugerait plus avantageuse», mais cette clause ne figurait pas dans le cahier des charges. Le comité des bateaux-pilotes a rejeté toutes les soumissions, sauf celle de l'intimée et d'East Coast Marine Services Ltd. La soumission de l'intimée était la plus basse, mais le conseil a retenu celle d'East Coast Marine Services Ltd., qui était la deuxième plus élevée, parce qu'il estimait qu'il serait imprudent de confier à une seule société tous les services de bateau-pilote dans une région. (Une compagnie liée à l'intimée s'était vu attribuer le marché à North Sydney et construisait un bateau pour Terre-Neuve.) On a également exprimé certaines préoccupations au sujet de la stabilité financière de l'intimée parce qu'une autre société liée faisait l'objet de procédures de forclusion. Le juge de première instance a statué qu'il était prévu d'avance que le marché serait attribué à East Coast Marine Services Ltd. à cause d'une condition requise non divulguée du processus d'appel d'offres, soit celle relative aux monopoles. Il a conclu que l'Administration avait violé une condition implicite du marché selon laquelle tous les soumissionnaires devaient être traités équitablement.

Il s'agissait de savoir si le juge de première instance avait commis une erreur (1) en concluant que l'appelante avait imposé une «condition requise concernant le monopole» à l'égard de l'appel d'offres; qu'une condition contractuelle implicite obligeait l'appelante à attribuer le marché au moins-disant; que la clause de rejet ne s'appliquait pas; qu'il ne convenait pas pour l'appelante de «contourner le paravent de la société» pour voir ce que cachaient les identités juridiques indépendantes des sociétés liées; (2) en quantifiant les dommages comme étant les profits que l'intimée aurait faits si elle s'était vu attribuer le marché; (3) en concluant que l'appel d'offres exigeait l'embauche de trois membres d'équipage seulement.

Arrêt (le juge Stone, J.C.A., dissident): l'appel doit être accueilli.

Per Létourneau J.A. (Décary J.A. concurring): The Trial Judge committed errors which fundamentally flawed his decision. His misconstruction of the evidence coloured his perception of the issues and unfavourably tainted his decision against the appellant. The issue of monopoly was never a condition of the tendering process. There is no obligation to expressly mention in the advertisements of tenders that the tendering Authority will not assist in the creation of a monopoly to the public detriment. The issue of monopoly, like those of safety, financial stability of the bidders, and conflict of interest, are legitimate and relevant commercial considerations that the appellant could, and in the public interest should take into account in the exercise of its power under the "rejection clause." A five-year monopoly could have resulted in other boats leaving the area, possibly resulting in a more costly renewal of the contract or, leaving the area with no pilot boats in the event of a collapse of the respondent's companies. Had the issue of monopoly been a governing condition of the tendering process, the respondent's tender would have been rejected at the outset. The issue of monopoly emerged when the appellant exercised its authority under the "rejection clause" and was a proper and relevant consideration.

Additionally, the Trial Judge misconstrued the evidence in finding that the process was unfair because the appellant wanted to unfairly favour East Coast Marine Services Ltd. over the respondent. There was no evidence that the Committee or the Board of Directors as a whole were biased.

The judicial test enabling courts to pierce the corporate veil did not apply to the Authority which was entrusted with the duty of making contractual arrangements to ensure public safety and the best use of public funds. The judicial test could not be used to prevent the appellant from assessing the financial soundness of a prospective contractor, especially when the financial instability of that corporation might have posed a threat to public safety.

The Pilot Boat Committee was not obliged to give the respondent the opportunity to rebut the concern about monopoly. The burden is on a bidder, who knows of an actual or potential monopoly or conflict of interest, to declare such state of affairs and to provide the tendering Authority with an outline of the measures taken to remedy the problem, or the guarantees offered to prevent the occurrence of such eventuality. He who decides not to reveal or ignore such state of affairs does so at his own peril and takes the risk that the fact, if and when discovered, may adversely impact on him.

Per Stone J.A. (dissenting): A tender brings "contract A" to life, the principal term of which is the irrevocability of the bid and the corollary term of which is the obligation by both parties to enter into a contract (B) upon acceptance of the tender.

Le juge Létourneau, J.C.A. (le juge Décary, J.C.A., souscrivant à son avis): Le juge de première instance a commis des erreurs qui ont fondamentalement vicié sa décision. L'interprétation erronée qu'il a donnée de la preuve a faussé l'idée qu'il s'était faite des questions litigieuses et a influé d'une façon défavorable sur la décision qu'il a rendue contre l'appelant. La condition du monopole n'a jamais été une condition du processus de l'appel d'offres. Il n'existe aucune obligation de mentionner expressément, dans les annonces d'appel d'offres, que l'autorité adjudicative n'aidera pas à la création d'un monopole au détriment du public. La question du monopole, ainsi que celles de la sécurité, de la stabilité financière des soumissionnaires et du conflit d'intérêts, sont des considérations commerciales légitimes et pertinentes dont l'appelante pourrait et devait, dans l'intérêt public, tenir compte dans l'exercice du pouvoir qui lui était conféré en vertu de la «clause de rejet». L'octroi d'un monopole de cinq ans aurait probablement amené les autres bateaux à quitter la région, ce qui aurait pu entraîner un renouvellement plus coûteux du contrat ou laisser la région sans service de bateaux-pilotes dans le cas de l'effondrement des sociétés de l'intimée. Si la question du monopole avait été une condition du processus de l'appel d'offres, la soumission de l'intimée aurait été rejetée dès le départ. La question du monopole s'est posée au moment où l'appelante a exercé le pouvoir qui lui était conféré en vertu de la «clause de rejet» et il s'agissait d'une considération légitime et pertinente.

De plus, le juge de première instance a interprété la preuve d'une façon erronée en concluant que le processus était inéquitable parce que l'appelante voulait favoriser, d'une façon injuste, East Coast Marine Services Ltd. par rapport à l'intimée. Il n'existait pas la moindre preuve montrant l'existence d'un parti pris de la part du comité ou du conseil d'administration dans son ensemble.

Le critère judiciaire destiné à permettre aux tribunaux de lever le paravent d'une société ne s'appliquait pas à l'Administration qui, dans la passation d'accords contractuels, était tenue d'assurer la sécurité du public et l'utilisation optimale des fonds publics. Le critère judiciaire ne pouvait pas servir à empêcher l'appelante d'évaluer comme il se doit la capacité financière d'un entrepreneur éventuel, en particulier lorsque l'instabilité financière de la société aurait pu mettre en danger la sécurité publique.

Le comité des bateaux-pilote n'était pas obligé de donner à l'intimée la possibilité d'apaiser l'inquiétude au sujet du monopole. Il incombe au soumissionnaire, qui est au courant de l'existence d'un monopole ou d'un conflit d'intérêt réel ou possible, de divulguer cet état de choses et de donner à l'autorité adjudicative un aperçu des mesures qu'il a prises pour résoudre le problème, ou des garanties qu'il offre pour empêcher que pareille éventualité ne se produise. Celui qui décide de ne pas révéler pareil état de choses, ou de ne pas en tenir compte, le fait à ses risques et périls et s'expose à ce que la chose ait sur lui un effet préjudiciable, si elle est découverte.

Le juge Stone, J.C.A. (*dissent*): Une offre donne naissance au «contrat A», dont la condition principale est l'irrévocabilité de la soumission et la condition qui en découle est l'obligation pour les deux parties de former un contrat (B) sur acceptation

Other terms include the qualified obligations of the owner to accept the lowest tender, and the degree of this obligation is established in the call for tenders. Although the obligation of fair treatment in the tendering process has sometimes been referred to as implied, it may also be seen as a judicially imposed obligation the purpose of which is to preserve the integrity of the tendering process.

As a general rule this Court must not interfere with a trial judge's findings of fact unless there is palpable and overriding error. Although the Trial Judge apparently misunderstood some of the evidence, the evidence as a whole reasonably justified his finding that the awarding of the contract to East Coast was a foregone conclusion. The error was not palpable and overriding.

Implying a term in "contract A" that required the Authority to award the contract to the lowest bidder was not central to the Trial Judge's conclusion that the contract had been breached. This finding merely buttressed the Judge's view that this was so.

Although the rejection clause in the newspaper advertisement was not included in the specifications, the respondent accepted it upon submitting its bids. It became part of "contract A" when it came into existence. The clause was included in the Authority's "offer;" the respondent's "acceptance" took the form of the submission of its bids. The rejection clause was not intended to nullify the obligation of fair treatment. The Trial Judge's findings, that the tender was "rigged" against the respondent and that the awarding of the contract to East Coast was "foregone," demonstrated that fair treatment was lacking. The rejection clause could not shield the Authority from a charge that it breached the contract by failing to fulfil its fair treatment obligation. In the absence of unfair treatment, the rejection clause would have entitled the Authority to choose from among the several bids submitted regardless of whether the bid chosen was the lowest, highest, or in its best interest. Here, where unfair treatment was established, the rejection clause did not entitle the Authority to reject the respondent's bid when to do so would not be for reason of best interest but from a desire to unfairly favour the successful bidder.

On the Trial Judge's analysis, the respondent's corporate veil could not be pierced unless there was evidence that the group of related companies was "deliberately designed to perpetrate some fraudulent or collusive purpose." Despite his view of the law, the Trial Judge's ultimate findings suggest that he did consider conditions raised by Board members as to financial soundness of the group of related companies, but was not persuaded that they were valid.

de la soumission. Les autres conditions comportent l'obligation, sous certaines réserves, pour le propriétaire d'accepter la soumission la plus basse, obligation dont l'étendue est déterminée dans l'appel d'offres. L'obligation voulant que les soumissionnaires soient traités d'une façon équitable dans le cadre du processus d'appel d'offres a parfois été qualifiée d'implicite, mais elle peut également être considérée comme une obligation judiciaire dont le but est de préserver l'intégrité du processus d'appel d'offres.

En règle générale, la Cour ne doit modifier les conclusions de fait du juge de première instance que si celui-ci a commis une erreur manifeste et dominante. Le juge de première instance a apparemment mal compris certains éléments de preuve, mais la preuve dans son ensemble justifiait raisonnablement la conclusion qu'il a tirée, à savoir qu'il était prévu d'avance que le marché serait attribué à East Coast. L'erreur n'était pas manifeste et dominante.

Le fait que le juge de première instance a supposé l'existence d'une condition implicite dans le contrat «A», laquelle obligeait l'Administration à attribuer le contrat au moins-disant, n'était pas essentiel à la conclusion selon laquelle le contrat avait été violé. Cette conclusion renforçait simplement l'opinion du juge de première instance à ce sujet.

La clause de rejet qui figurait dans l'annonce publiée dans les journaux n'a pas été incluse dans le cahier des charges, mais l'intimée l'a acceptée en présentant ses soumissions. Elle a été incorporée dans le contrat «A» au moment où celui-ci a pris naissance. La clause a été incluse dans l'«offre» de l'Administration; l'«acceptation» par l'intimée s'est faite au moyen de la présentation de ses soumissions. La clause de rejet n'était pas destinée à s'appliquer de façon à annuler l'obligation relative au traitement équitable. Les conclusions du juge de première instance, que l'appel d'offres était «truqué» au détriment de l'intimée et qu'il était prévu «d'avance» que le marché serait attribué à East Coast, montrent l'absence de traitement équitable. La clause de rejet ne pouvait pas protéger l'Administration contre l'accusation selon laquelle elle avait violé le contrat A en omettant de s'acquitter de l'obligation qui lui incombait quant au traitement équitable. En l'absence de traitement inéquitable, la clause de rejet aurait permis à l'Administration d'effectuer un choix parmi les diverses soumissions présentées indépendamment de la question de savoir si la soumission retenue était la plus basse, la plus haute, ou celle qui était plus avantageuse. Dans ce cas-ci, puisqu'il avait été établi que les soumissionnaires avaient été traités d'une façon inéquitable, la clause de rejet n'autorisait pas l'Administration à rejeter la soumission de l'intimée si la chose n'était pas jugée plus avantageuse, mais découlait du désir de favoriser inéquitablement l'attributaire.

Selon l'analyse effectuée par le juge de première instance, le paravent de l'intimée ne pouvait pas être contourné à moins qu'il ne soit prouvé que la structure du groupe de sociétés liées avait été «conçue délibérément, soit pour réaliser un dessein frauduleux, soit par suite d'une collusion». Malgré l'opinion que le juge de première instance a exprimée au sujet du droit, ses conclusions finales laissent entendre qu'il s'est arrêté aux préoccupations des membres du conseil au sujet de la solvabi-

The aim of an award of damages is to put a plaintiff in the same position he would have been in if the breach had not occurred. The breach was the Authority's failure to treat the respondent fairly in choosing between its bid and that of East Coast. If the breach had not occurred, the Authority would have been choosing between the same two bids. The claim for damages was based upon a breach of contract A, not contract B which had never come into existence. The recovery of damages for breach of contract A did not depend on the existence of an absolute obligation to award contract B to the respondent as the lowest qualified bidder, but upon the respondent standing a chance of being awarded contract B, as the lowest of two remaining qualified bidders when the decision was made. The Trial Judge erred in basing his assessment, at least in part, on a view that the Authority was bound to award contract B to the respondent as the lowest qualified bidder. There was no such obligation, but merely a chance that, absent the unfair treatment, the respondent would have been awarded contract B. It is the value of this lost opportunity, rather than of the contract itself, that should be compensated for in damages.

The Trial Judge correctly found that a four-man crew was not required by the specifications, which were vague on that requirement. It was for the Trial Judge to determine whether a three or four-man crew was called for. He did not misconstrue the specifications or misapprehend the evidence viewed as a whole.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19).
Pilotage Act, S.C. 1970-71-72, c. 52.
Pilotage Act, R.S.C., 1985, c. P-14, ss. 15, 17, 18.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Nedco Ltd. v. Clark et al. (1973), 43 D.L.R. (3d) 714; [1973] 6 W.W.R. 425; 73 CLLC 14,192 (Sask. C.A.); *Littlewoods Mail Order Stores Ltd. v. McGregor (Inspector of Taxes)*, [1969] 3 All E.R. 855 (C.A.).

CONSIDERED:

R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd., [1981] 1 S.C.R. 111; (1981), 119 D.L.R. (3d) 267; 13 B.L.R. 72; 35 N.R. 40; *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293;

lité du groupe de sociétés liées, mais qu'il n'était pas convaincu qu'elles étaient fondées.

L'octroi de dommages-intérêts vise à mettre le demandeur dans la situation où il aurait été en l'absence de rupture du contrat. La rupture était l'omission par l'Administration de traiter l'intimée équitablement lorsqu'il s'est agi de choisir entre sa soumission et celle d'East Coast. En l'absence de rupture, l'Administration aurait effectué un choix entre les deux mêmes soumissions. La demande de dommages-intérêts était fondée sur la rupture du contrat A, non du contrat B, qui n'avait jamais pris naissance. Le recouvrement des dommages-intérêts découlant de la rupture du contrat A ne dépendait pas de l'existence d'une obligation absolue d'attribuer le contrat B à l'intimée en sa qualité de moins-disant remplissant les conditions, mais à l'intimée parce qu'elle avait des chances de se voir attribuer le contrat B, étant donné qu'elle était le moins-prenant de deux soumissionnaires restants remplissant les conditions requises, au moment où la décision a été prise. Le juge de première instance a commis une erreur en fondant son évaluation, du moins en partie, sur l'opinion selon laquelle l'Administration était tenue d'attribuer le contrat B à l'intimée en sa qualité de moins-disant. Il n'existait aucune obligation de ce genre, mais il était simplement possible que, en l'absence de traitement inéquitable, l'intimée se soit vue attribuer le contrat B. C'est la valeur de la perte de cette possibilité, plutôt que du contrat lui-même, qui devrait faire l'objet d'une indemnisation au moyen de l'octroi de dommages-intérêts.

Le juge de première instance a eu raison de conclure qu'un équipage de quatre hommes n'était pas nécessaire selon le cahier des charges, qui était vague à ce sujet. Il incombait au juge de première instance de déterminer si un équipage de trois hommes ou de quatre hommes était nécessaire. Le juge de première instance n'a pas interprété le cahier des charges d'une façon erronée ou n'a pas compris la preuve dans son ensemble d'une façon erronée.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19).
Loi sur le pilotage, S.C. 1970-71-72, ch. 52.
Loi sur le pilotage, L.R.C. (1985), ch. P-14, art. 15, 17, 18.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Nedco Ltd. v. Clark et al. (1973), 43 D.L.R. (3d) 714; [1973] 6 W.W.R. 425; 73 CLLC 14,192 (C.A. Sask.); *Littlewoods Mail Order Stores Ltd. v. McGregor (Inspector of Taxes)*, [1969] 3 All E.R. 855 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. du chef de l'Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd., [1981] 1 R.C.S. 111; (1981), 119 D.L.R. (3d) 267; 13 B.L.R. 72; 35 N.R. 40; *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F.

(1985), 58 N.R. 295 (C.A.); *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, [1990] 1 W.W.R. 624; (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 345; 35 C.L.R. 241 (C.A.); *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; (1987), 41 C.C.L.T. 1; 77 N.R. 161; *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] A.C. 239 (H.L.); *Shirlaw v. Southern Foundries (1926), Ltd.*, [1939] 2 K.B. 206 (C.A.); *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; (1994), 110 D.L.R. (4th) 289; [1994] 2 W.W.R. 609; 18 C.C.L.T. (2d) 209; *Watt or Thomas v. Thomas*, [1947] A.C. 484 (H.L.); *Glenview Corp. v. Canada (Minister of Public Works)* (1990), 44 Admin. L.R. 97; 34 F.T.R. 292 (F.C.T.D.); *Kencor Holdings Ltd. v. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717; (1991), 96 Sask. R. 171 (Q.B.); *Acme Building & Construction Ltd. v. Newcastle (Town)* (1992), 2 C.L.R. (2d) 308 (Ont. C.A.); *Acme Building & Construction Ltd. v. Newcastle (Town)* (1990), 38 C.L.R. 56 (Ont. Dist. Ct.); *Cartwright & Crickmore Ltd. v. MacInnes*, [1931] S.C.R. 425; [1931] 3 D.L.R. 693; *Chaplin v. Hicks*, [1911] 2 K.B. 786 (C.A.); *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694; (1980), 115 D.L.R. (3d) 257; 14 C.C.L.T. 294; 34 N.R. 1; *Nance v. British Columbia Electric Ry. Co. Ltd.*, [1951] A.C. 601 (H.L.); *Houweling Nurseries Ltd. v. Fisons Western Corp.* (1988), 49 D.L.R. (4th) 205 (B.C.C.A.).

REFERRED TO:

Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. v. Canada, [1987] 3 F.C. 144; (1987), 37 D.L.R. (4th) 591; 77 N.R. 141 (C.A.); *Miller v. Hancock*, [1893] 2 Q.B. 177 (C.A.); *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Sir Robert Peel, The* (1880), 4 Asp. M.L.C. (N.S.) 321 (C.A.); *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. 35 (H.L.); *Honestroom (S.S.) v. Sagaporack (S.S.)*, [1927] A.C. 37 (H.L.); *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*, [1935] A.C. 243 (H.L.); *Prudential Trust Co. et al v. Forseth*, [1960] S.C.R. 210; (1959), 21 D.L.R. (3d) 587; 30 W.W.R. 241; *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371; (1975), 8 N.R. 129; *Asamera Oil Corporation Ltd. v. Sea Oil & General Corporation et al.*, [1979] 1 S.C.R. 633; (1978), 12 A.R. 271; 89 D.L.R. (3d) 1; [1978] 6 W.W.R. 301; 5 B.L.R. 225; 23 N.R. 181; *Victoria Laundry (Windsor), Ltd. v. Newman Industries, Ltd. Couldon & Co., Ltd. (Third Parties)*, [1949] 2 K.B. 528 (C.A.); *M.S.K. Financial Services Ltd. v. Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services)* (1987), 77 A.R. 362; 23 C.L.R. 172 (Q.B.); *Scott Steel (Ottawa) Ltd. v. R.J. Nicol Construction (1975) Ltd.* (1993), 15 C.L.R. (2d) 10 (Ont. Div. Ct.); *Bate Equipment Ltd. v. Ellis-Don Ltd.* (1992), 2 C.L.R. (2d) 157 (Alta. Q.B.); *Penvidic Contracting Co. Ltd. v. International Nickel Co. of Canada Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 267; (1975), 53 D.L.R. (3d) 748; 4 N.R. 1; *Martin (L.B.) Construction Ltd. et al. v. Gaglardi et al.; Lauze et al., Third Parties* (1978), 91 D.L.R. (3d) 393; [1979] 1 W.W.R. 171; [1979] I.L.R. 1-1061 (B.C.S.C.); *R. v. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 F.C. 129; (1985), 29 D.L.R. (4th) 347; [1985] 5 W.W.R. 481; 30 B.L.R. 236; 61 N.R. 19

293; (1985), 58 N.R. 295 (C.A.); *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, [1990] 1 W.W.R. 624; (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 345; 35 C.L.R. 241 (C.A.); *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; (1987), 41 C.C.L.T. 1; 77 N.R. 161; *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] A.C. 239 (H.L.); *Shirlaw v. Southern Foundries (1926), Ltd.*, [1939] 2 K.B. 206 (C.A.); *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; (1994), 110 D.L.R. (4th) 289; [1994] 2 W.W.R. 609; 18 C.C.L.T. (2d) 209; *Watt or Thomas v. Thomas*, [1947] A.C. 484 (H.L.); *Glenview Corp. c. Canada (Ministre des Travaux publics)* (1990), 44 Admin. L.R. 97; 34 F.T.R. 292 (C.F. 1^{re} inst.); *Kencor Holdings Ltd. v. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717; (1991), 96 Sask. R. 171 (B.R.); *Acme Building & Construction Ltd. v. Newcastle (Town)* (1992), 2 C.L.R. (2d) 308 (C.A. Ont.); *Acme Building & Construction Ltd. v. Newcastle (Town)* (1990), 38 C.L.R. 56 (C. dist. Ont.); *Cartwright & Crickmore Ltd. v. MacInnes*, [1931] R.C.S. 425; [1931] 3 D.L.R. 693; *Chaplin v. Hicks*, [1911] 2 K.B. 786 (C.A.); *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694; (1980), 115 D.L.R. (3d) 257; 14 C.C.L.T. 294; 34 N.R. 1; *Nance v. British Columbia Electric Ry. Co. Ltd.*, [1951] A.C. 601 (H.L.); *Houweling Nurseries Ltd. v. Fisons Western Corp.* (1988), 49 D.L.R. (4th) 205 (C.A.C.-B.).

DÉCISIONS CITÉES:

Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. c. Canada, [1987] 3 C.F. 144; (1987), 37 D.L.R. (4th) 591; 77 N.R. 141 (C.A.); *Miller v. Hancock*, [1893] 2 Q.B. 177 (C.A.); *Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Sir Robert Peel, The* (1880), 4 Asp. M.L.C. (N.S.) 321 (C.A.); *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. 35 (H.L.); *Honestroom (S.S.) v. Sagaporack (S.S.)*, [1927] A.C. 37 (H.L.); *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*, [1935] A.C. 243 (H.L.); *Prudential Trust Co. et al v. Forseth*, [1960] R.C.S. 210; (1959), 21 D.L.R. (3d) 587; 30 W.W.R. 241; *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371; (1975), 8 N.R. 129; *Asamera Oil Corporation Ltd. c. Sea Oil & General Corporation et autre*, [1979] 1 R.C.S. 633; (1978), 12 A.R. 271; 89 D.L.R. (3d) 1; [1978] 6 W.W.R. 301; 5 B.L.R. 225; 23 N.R. 181; *Victoria Laundry (Windsor), Ltd. v. Newman Industries, Ltd. Couldon & Co., Ltd. (Third Parties)*, [1949] 2 K.B. 528 (C.A.); *M.S.K. Financial Services Ltd. v. Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services)* (1987), 77 A.R. 362; 23 C.L.R. 172 (B.R.); *Scott Steel (Ottawa) Ltd. v. R.J. Nicol Construction (1975) Ltd.* (1993), 15 C.L.R. (2d) 10 (C. div. Ont.); *Bate Equipment Ltd. v. Ellis-Don Ltd.* (1992), 2 C.L.R. (2d) 157 (B.R. Alb.); *Penvidic Contracting Co. Ltd. c. International Nickel Co. of Canada Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 267; (1975), 53 D.L.R. (3d) 748; 4 N.R. 1; *Martin (L.B.) Construction Ltd. et al. v. Gaglardi et al.; Lauze et al., Third Parties* (1978), 91 D.L.R. (3d) 393; [1979] 1 W.W.R. 171; [1979] I.L.R. 1-1061 (C.S.C.-B.); *R. c. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 C.F. 129; (1985), 29 D.L.R. (4th) 347; [1985] 5 W.W.R. 481; 30 B.L.R. 236;

(C.A.); *Webb & Knapp (Canada) Limited et al. v. City of Edmonton*, [1970] S.C.R. 588; (1970), 11 D.L.R. (3d) 544; 72 W.W.R. 500; 63 C.P.R. 21; 44 Fox Pat. C. 141; *Multi-Malls Inc. v. Tex-Mall Properties Ltd.* (1980), 28 O.R. (2d) 6; 108 D.L.R. (3d) 399; 9 B.L.R. 240; 12 R.P.R. 77 (H.C.); *Wood v. Grand Valley Railway Co. et al.*, [1915] 51 S.C.R. 283; (1915), 22 D.L.R. 614; *Redpath Industries Ltd. v. Cisco (The)*, [1994] 2 F.C. 279 (C.A.); *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166 (H.L.).

AUTHORS CITED

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed., Toronto: Carswell, 1994.
Halsbury's Laws of England, 4th ed., Vol. 12, London: Butterworths, 1975.
Shorter Oxford English Dictionary, Vol. II, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1969. «rig».
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed., Toronto: Canada Law Book Inc., 1993.

APPEAL from trial judgment (*Northeast Marine Services Ltd. v. Atlantic Pilotage Authority*, [1993] 1 F.C. 371; (1992), 57 F.T.R. 81 (T.D.)) awarding damages to the respondent for breach of contract. Appeal allowed.

COUNSEL:

John D. Murphy, Q.C., and *Richard F. Southcott* for appellant (defendant).
Anne S. Derrick for respondent (plaintiff).

SOLICITORS:

Stewart, McKelvey, Stirling, Scales, Halifax, for appellant (defendant).
Buchan, Derrick & Ring, Halifax, for respondent (plaintiff).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.A. (*dissenting*): This is an appeal from a judgment of the Trial Division of October 19, 1992 [[1993] 1 F.C. 371]. By that judgment, the respondent's claim for damages arising out of the failure of the appellant (the Authority) to award the respondent a pilot boat service contract at the Strait of Canso (which separates Cape Breton Island from mainland Nova Scotia) was allowed and damages for breach of contract were assessed at \$235,000 together with post-judgment interest at the rate of 5% per annum.

61 N.R. 19 (C.A.); *Webb & Knapp (Canada) Limited et autre c. La Ville d'Edmonton*, [1970] R.C.S. 588; (1970), 11 D.L.R. (3d) 544; 72 W.W.R. 500; 63 C.P.R. 21; 44 Fox Pat. C. 141; *Multi-Malls Inc. v. Tex-Mall Properties Ltd.* (1980), 28 O.R. (2d) 6; 108 D.L.R. (3d) 399; 9 B.L.R. 240; 12 R.P.R. 77 (H.C.); *Wood v. Grand Valley Railway Co. et al.*, [1915] 51 R.C.S. 283; (1915), 22 D.L.R. 614; *Redpath Industries Ltd. c. Cisco (Le)*, [1994] 2 C.F. 279 (C.A.); *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166 (H.L.).

DOCTRINE

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed., Toronto: Carswell, 1994.
Halsbury's Laws of England, 4th ed., Vol. 12, London: Butterworths, 1975.
Shorter Oxford English Dictionary, Vol. II, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1969. «rig».
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed., Toronto: Canada Law Book Inc., 1993.

APPEL d'un jugement de première instance (*Northeast Marine Services Ltd. c. Administration de Pilotage de l'Atlantique*, [1993] 1 C.F. 371; (1992), 57 F.T.R. 81 (1^{re} inst.)) accordant à l'intimée des dommages-intérêts pour rupture de contrat. Appel accueilli.

AVOCATS:

John D. Murphy, c.r., et *Richard F. Southcott* pour l'appelante (défenderesse).
Anne S. Derrick pour l'intimée (demanderesse).

PROCUREURS:

Stewart, McKelvey, Stirling, Scales, Halifax, pour l'appelante (défenderesse).
Buchan, Derrick & Ring, Halifax, pour l'intimée (demanderesse).

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

LE JUGE STONE, J.C.A. (*dissentant*): Il s'agit de l'appel d'un jugement que la Section de première instance [[1993] 1 C.F. 371] a rendu le 19 octobre 1992 et par lequel l'action en dommages-intérêts que l'intimée avait intentée par suite de l'omission par l'appelante (l'Administration) de lui attribuer un marché de service de bateau-pilote dans le détroit de Canso (qui sépare le Cap-Breton de la Nouvelle-Écosse) a été accueillie, les dommages-intérêts découlant de la rupture de contrat étant fixés à 235 000 \$, avec un intérêt

Costs were reserved. We were told at the hearing of the appeal that costs have since been awarded to the respondent on a party-and-party basis.

The trial occupied a fifteen-day period of Court time, during which the learned Trial Judge heard the testimony of several witnesses who were called by both parties. As will be seen, this testimony was in conflict in some key aspects with the result that the Trial Judge had also to make findings of credibility.

THE PARTIES

The appellant was established as a body corporate in 1971 pursuant to the *Pilotage Act*, S.C. 1970-71-72, c. 52 (now R.S.C., 1985, c. P-14) (the Act). It consists of a Chairman and members. The members are appointed by the Minister of Transport with the approval of the Governor in Council. They together with the Chairman constitute the Board of the Authority. By section 15 of the Act, the Authority is authorized to employ officers and employees and, by section 17, to make by-laws. In addition to the Executive Officers, the Authority was served by a Director of Operations whose appointment is provided for in subsection 400(1) of the Authority's by-laws. By that subsection the Chairman may assign to the Director of Operations "such powers and authority, duties and functions as may be required, to manage and direct the ordinary business and affairs of the Authority." The objects of the Authority are set forth in section 18 of the Act. That section reads:

18. The objects of an Authority are to establish, operate, maintain and administer in the interests of safety an efficient pilotage service within the region set out in respect of the Authority in the schedule.

Subsection 525(1) of the Authority's by-laws authorizes the members to create committees and appoint thereto "such persons as they see fit." Any such committee is required to report to the members and to be chaired by a member of the Board. The Authority created a Pilot Boat Committee, which was chaired by the Chairman of the Authority and consisted of the Chairman and three other members of the Board. The Director of Operations, while not a

après jugement au taux annuel de 5 %. La question des dépens a été mise en délibéré. On nous a dit à l'audition de l'appel que les dépens entre parties avaient depuis lors été adjugés à l'intimée.

L'instruction a duré quinze jours, pendant lesquels le savant juge de première instance a entendu les dépositions de plusieurs témoins qui avaient été cités par les deux parties. Comme nous le verrons, ces dépositions se contredisaient sur certains points cruciaux, de sorte que le juge de première instance s'est également vu obligé de tirer des conclusions au sujet de la crédibilité.

LES PARTIES

L'appelante a été constituée en personne morale, en 1971, conformément à la *Loi sur le pilotage*, S.C. 1970-71-72, ch. 52 (maintenant L.R.C. (1985), ch. P-14) (la Loi). Elle est composée d'un président et de membres. Les membres sont nommés par le ministre des Transports, avec l'approbation du gouverneur en conseil. Les membres et le président constituent le conseil de l'Administration. L'article 15 de la Loi autorise l'Administration à employer le personnel et, l'article 17 l'autorise à prendre des règlements administratifs. En plus des cadres de direction, l'Administration avait à son service un directeur des opérations dont la nomination était prévue par le paragraphe 400(1) des règlements administratifs. Cette disposition autorise le président à conférer au directeur des opérations «les attributions qui peuvent être exigées pour gérer et diriger les affaires courantes de l'Administration de pilotage de l'Atlantique». La mission de l'Administration est énoncée à l'article 18 de la Loi. Cette disposition est ainsi libellée:

18. Une Administration a pour mission de mettre sur pied, de faire fonctionner, d'entretenir et de gérer, pour la sécurité de la navigation, un service de pilotage efficace dans la région décrite à l'annexe au regard de cette Administration.

Le paragraphe 525(1) des règlements administratifs de l'Administration autorise les membres à créer des comités et à nommer «les personnes qu'ils jugent capables». Ces comités sont tenus de faire rapport aux membres et sont présidés par un membre du conseil. L'Administration a créé un comité des bateaux-pilotes, qui était présidé par le président de l'Administration et était composé du président et de trois autres membres du conseil. Le directeur des

member of the Pilot Boat Committee, customarily attended its meetings as did a recording secretary. Under the Authority's by-laws, the Chairman, in addition to having one vote as member, was given a casting vote where there was an evenly split vote on any matter before the Authority. Questions arising at a meeting of members were to be decided by a majority of votes.

At all material times, Captain A. D. Latter was Chairman and Chief Executive Officer of the Authority while its Director of Operations was Captain Peter J. Stow.

The respondent is a Nova Scotia corporation which was incorporated in 1981. The majority of its issued and outstanding shares were held by Cantow Marine Limited of which Captain Alick Slater was the majority shareholder. This same gentleman was the majority shareholder of Chedabucto Shipwrights Limited which operated a small shipyard at Port Hawkesbury on the Cape Breton side of the Strait of Canso. Captain Slater was a director and officer of Cantow Marine Limited and of Chedabucto Shipwrights Limited. The learned Trial Judge [at page 380] found as fact that Captain Slater was "the principal actor and spokesman for all three companies." Between 1981 and 1986, Captain Slater, through Cantow Marine Limited, had provided pilot boat service at the Strait of Canso under a contract with the Authority. Its pilot boat *Captain Parker* was used in the performance of that contract. In fact Captain Slater had himself served the Authority in the capacity of pilot over a number of years.

BACKGROUND OF THE DISPUTE

In the autumn of 1986, the Authority advertised calls for tenders for pilot boat services at North Sydney and the Strait of Canso, the tenders being nos. 47 and 48 respectively. The bids submitted were considered by the Pilot Boat Committee at a meeting held November 18, 1986. Captain Stow gave that meeting a written evaluation of the bids. With respect to Tender no. 47 he recommended that the Authority accept the bid of Cantow Marine Limited, which proposed to use the vessel *Captain Parker* which was

opérations, qui n'était pas membre du comité des bateaux-pilotes, assistait habituellement aux réunions du comité, ainsi qu'une secrétaire chargée du compte rendu. En vertu des règlements administratifs de l'Administration, le président, en plus d'avoir une voix à titre de membre, avait voix prépondérante en cas de partage des voix sur une question à l'étude. Les questions qui étaient soulevées aux réunions des membres étaient tranchées à la majorité.

Pendant toute la période qui nous occupe, le capitaine A. D. Latter était président et premier dirigeant de l'Administration, alors que le capitaine Peter J. Stow était directeur des opérations.

L'intimée est une corporation de la Nouvelle-Écosse qui a été constituée en 1981. La majorité de ses actions émises en circulation étaient détenues par Cantow Marine Limited, dont le capitaine Alick Slater était l'actionnaire majoritaire. Ce monsieur était l'actionnaire majoritaire de Chedabucto Shipwrights Limited, qui exploitait un petit chantier à Port Hawkesbury, au Cap-Breton. Le capitaine Slater était administrateur et dirigeant de Cantow Marine Limited et de Chedabucto Shipwrights Limited. Le juge de première instance a conclu [à la page 380] que le capitaine Slater était «le principal agent et porte-parole des trois sociétés». De 1981 à 1986, le capitaine Slater, par l'entremise de Cantow Marine Limited, avait fourni des services de bateau-pilote dans le détroit de Canso en vertu d'un marché passé avec l'Administration. Il se servait de son bateau-pilote, le *Captain Parker*, dans l'exécution de ce marché. De fait, le capitaine Slater avait lui-même travaillé comme pilote pour l'Administration pendant un certain nombre d'années.

HISTORIQUE DU LITIGE

À l'automne 1986, l'Administration a annoncé des appels d'offres pour des services de bateau-pilote à North Sydney et dans le détroit de Canso, soit les appels d'offres nos 47 et 48 respectivement. Les soumissions présentées ont été examinées par le comité des bateaux-pilotes lors d'une réunion tenue le 18 novembre 1986. Le capitaine Stow a présenté, lors de cette réunion, une évaluation écrite des soumissions. En ce qui concerne l'appel d'offres n° 47, il a recommandé à l'Administration de retenir la soumis-

then in use at the Strait of Canso. That boat would take the place of the *Salvador A* which was then in use at North Sydney. With respect to Tender no. 48, Captain Stow saw the choice as between the bid of the respondent and that of Seabase Canso Offshore Services Ltd., to supply pilot boat service at the Strait of Canso. The Committee recommended that “the contract for pilot boat service in the Strait of Canso be put off until the boat tendered by Seabase Canso Offshore Services Ltd. can be inspected by a pilot” and if found suitable that its hull be further inspected for soundness. Captain Stow’s written evaluation included the following statement:

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

The evaluation was annexed to the minutes of the meeting.

The Board met later in the day. It agreed with Captain Stow’s recommendation that the North Sydney contract be awarded to Cantow Marine Limited and that was done. It provisionally approved the bid of Seabase Canso Offshore Services Ltd. for the Strait of Canso service, subject to its boat being accepted and recommended for use after examination on behalf of the Authority and its obtaining a Canada Steamship Inspection certificate for four years. This boat was subsequently found to be unsuited. Thereupon the Chairman and the Director of Operations decided to reject all bids and put out a new tender call for pilot boat services at the Strait of Canso.

Advertisements of the new tender call were published in local newspapers on December 27, 1986 and January 3, 1987. Among these advertisements was the following which appeared in *The Chronicle Herald* and *The Mail-Star* of Halifax on December 27,

sion de Cantow Marine Limited, qui se proposait de se servir du *Captain Parker*, qui était alors utilisé dans le détroit de Canso. Ce bateau devait remplacer le *Salvador A*, qui était alors utilisé à North Sydney. Quant à l’appel d’offres n° 48, le capitaine Stow estimait qu’il fallait choisir entre la soumission de l’intimée et celle de Seabase Canso Offshore Services Ltd., à l’égard des services de bateau-pilote dans le détroit de Canso. Le comité a recommandé que le marché pour le service de bateau-pilote dans le détroit de Canso soit remis à plus tard tant que le bateau proposé par Seabase Canso Offshore Services Ltd. ne serait pas inspecté par un pilote et, s’il était jugé qu’il convenait, sa coque devait faire l’objet d’une inspection plus rigoureuse pour voir si elle était en bon état. Dans son évaluation écrite, le capitaine Stow faisait remarquer ce qui suit:

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

L’évaluation a été jointe au procès-verbal de la réunion.

Le conseil s’est réuni plus tard ce jour-là. Il a souscrit à la recommandation du capitaine Stow, à savoir que le marché de North Sydney soit attribué à Cantow Marine Limited, et c’est ce qui a été fait. Il a provisoirement approuvé la soumission de Seabase Canso Offshore Services Ltd. pour le service dans le détroit de Canso, à condition qu’après l’inspection pour le compte de l’Administration, son bateau soit accepté et qu’il soit recommandé de l’utiliser et, en outre qu’un certificat d’inspection de sécurité nautique d’une durée de quatre ans soit obtenu. Il a par la suite été jugé que ce bateau ne convenait pas. Le président et le directeur des opérations ont alors décidé de rejeter toutes les soumissions et ont lancé un nouvel appel d’offres pour des services de bateau-pilote dans le détroit de Canso.

Le nouvel appel d’offres a été annoncé dans les journaux locaux les 27 décembre 1986 et 3 janvier 1987. Entre autres, l’annonce suivante a été publiée dans le *Chronicle Herald* et dans le *Mail-Star* de Halifax, le 27 décembre 1986, sous la rubrique [TRA-

1986, under the heading "Transport Canada/Atlantic Pilotage Authority":

ATLANTIC PILOTAGE AUTHORITY

SUITE 1203

BANK OF MONTREAL TOWER

HALIFAX, N.S.

B3J 1M5

TEL; (902) 426-2550

TENDER NO. 50

PILOT BOAT SERVICE—

STRAIT OF CANSO

Scaled tenders for the service listed above will be received by the Director of Operations of the Atlantic Pilotage Authority up to 3:00 p.m. Friday, January 16, 1987.

Detailed specifications and tender envelopes, or further information, may be obtained on application to the Director of Operations. Tenders must be submitted in envelopes supplied by the Authority.

The Authority reserves the right to reject any or all tenders or to accept any tender considered in its best interest.

By letters of various dates, Captain Stow forwarded "Specifications for Pilot Boat Service—Strait of Canso" to a number of potential bidders. These included his letter of January 5, 1987 to Captain Slater. That letter bears a file number after which appears "#50" and identifies the service as "pilot boat service in the Strait of Canso." The specifications consisted of two pages. They specified that a "pilot boat service is required to transport pilots to and from vessels entering and leaving the Strait of Canso area commencing March 1, 1987." There is enumerated in paragraph 1 eighteen "minimum requirements." Paragraph 2 provides various details of the service required. It is followed by two paragraphs each numbered 3. The second of these stipulated that the service "is to be provided at a rate per assignment" and that the service contract would be for five years. Clause 3(f) of the specifications for Tenders nos. 47

DUCTION] «Transports Canada—Administration de pilotage de l'Atlantique»:

[TRANSDUCTION] ADMINISTRATION DE PILOTAGE DE L'ATLANTIQUE

BUREAU 1203

TOUR DE LA BANQUE DE MONTRÉAL

HALIFAX (N.-É.)

B3J 1M5

Nº DE TÉL.: (902) 426-2550

APPEL D'OFFRES Nº 50

SERVICE DE BATEAU-PILOTE

DÉTROIT DE CANSO

Les soumissions scellées pour le service susmentionné seront reçues par le directeur des opérations de l'Administration de pilotage de l'Atlantique jusqu'à 15 h, le vendredi 16 janvier 1987.

Des cahiers de charges détaillés et des enveloppes de soumissions, ou tout autre renseignement, peuvent être obtenus sur demande au directeur des opérations. Les soumissions doivent être présentées dans les enveloppes fournies par l'Administration.

L'Administration se réserve le droit de rejeter toutes les soumissions ou d'accepter toute soumission qu'elle jugerait plus avantageuse.

Par des lettres portant diverses dates, le capitaine Stow a envoyé le [TRANSDUCTION] «Cahier des charges concernant le service de bateau-pilote—détroit de Canso» à un certain nombre de soumissionnaires possibles. Parmi celles-ci, il y avait la lettre qu'il avait envoyée le 5 janvier 1987 au capitaine Slater. Un numéro de dossier est indiqué dans cette lettre, après quoi figure le «nº 50» puis la mention [TRANSDUCTION] «service de bateau-pilote dans le détroit de Canso». Le cahier des charges comportait deux pages. Il y était précisé qu'un [TRANSDUCTION] «service de bateau-pilote est requis pour transporter les pilotes jusqu'aux navires qui entrent dans le secteur du détroit de Canso et depuis les navires qui quittent ce secteur, à compter du 1^{er} mars 1987». Au paragraphe 1, sont énumérées dix-huit [TRANSDUCTION] «conditions minimums». Le paragraphe 2 donne des détails au sujet du service requis. Il est suivi par deux paragraphes

and 48, viz., "The Authority reserves the right to reject any or all tenders or accept any tender considered in its best interest," was not included in the specifications for Tender no. 50. Finally, in his covering letter of January 5, 1987, Captain Stow stated:

The Tenderer is to forward to the Atlantic Pilotage Authority prior to 1500, 16 January, 1987, a written tender proposal detailing the services offered together with an inclusive rate per assignment. The proposal should also include the specifications and certification of boat and crew.

The successful tenderer will be required to sign an Atlantic Pilotage Authority contract which will include the terms and conditions specified herein and in the attached documents.

In due course, the Authority received six bids in response to Tender no. 50. These were opened at a meeting held in the Authority's office on January 16, 1987. The meeting was presided over by Captain Stow. Two of the bids were submitted by the respondent on the day of the meeting. One, at a bid price of \$199,375, was for the continued use of the *Captain Parker*;¹ the second, at a bid price of \$220,904, was for the use of a yet-to-be constructed "purpose-built" boat to be equipped with twin screws. A third bid, at a price of \$225,000, was submitted by East Coast Marine Services Ltd., a company controlled by Captain Alexander Gay for use of the *Chapel Hill*. Captain Gay had had a long-term contractual relationship with the Authority to crew a boat at North Sydney, which was terminated by the Authority as of Decem-

¹ The respondent clarified its January 16, 1989 bids by stating that a new pilot boat would be built for the North Sydney service in the event "the Authority wish to have the 'Captain Parker' retained in the Strait". (Appeal Book, Vol. III, at pp. 420-422.)

qui portent tous les deux le numéro 3. Le second de ces paragraphes stipule que le service [TRADUCTION] «doit être fourni à la tâche» et que la durée du marché de service est de cinq ans. La clause 3f) du cahier des charges se rapportant aux appels d'offres nos 47 et 48, selon laquelle [TRADUCTION] «l'Administration se réserve le droit de rejeter toutes les soumissions ou d'accepter toute soumission qu'elle jugerait plus avantageuse», n'a pas été incluse dans le cahier des charges se rapportant à l'appel d'offres n° 50. Enfin, dans sa lettre d'envoi du 5 janvier 1987, le capitaine Stow a dit ceci:

[TRADUCTION] Le soumissionnaire doit faire parvenir à l'Administration de pilotage de l'Atlantique, avant 15 h, le 16 janvier 1987, une proposition écrite énonçant les services offerts ainsi qu'un tarif à la tâche. La proposition devrait également comprendre le cahier des charges et le certificat du bateau et de l'équipage.

L'attributaire sera tenu de signer un contrat avec l'Administration de pilotage de l'Atlantique, lequel comprendra les conditions générales énoncées dans les présentes et dans les documents annexés.

En temps et lieu, l'Administration a reçu six soumissions en réponse à l'appel d'offres n° 50. Ces soumissions ont été ouvertes lors d'une réunion tenue dans le bureau de l'Administration le 16 janvier 1987. La réunion était présidée par le capitaine Stow. Deux soumissions ont été présentées par l'intimée le jour où la réunion a eu lieu. Dans l'une, au prix de 199 375 \$, on proposait l'utilisation continue du *Captain Parker*¹; dans l'autre, au prix de 220 904 \$, on proposait l'utilisation d'un bateau qui devait être construit «aux fins visées» et qui devait être muni de deux hélices. Une troisième soumission, au prix de 225 000 \$, a été présentée par East Coast Marine Services Ltd., qui était une société contrôlée par le capitaine Alexander Gay, et prévoyait l'utilisation du *Chapel Hill*. Le capitaine Gay avait entretenu une longue relation contractuelle avec l'Administration lorsqu'il s'était agi d'armer un bateau à North Sydney, relation à laquelle l'Administration avait mis fin

¹ L'intimée a clarifié les soumissions qu'elle avait présentées le 16 janvier 1989 en disant qu'un nouveau bateau-pilote serait construit pour le service de North Sydney au cas où [TRADUCTION] «l'Administration voulait que le "CAPTAIN PARKER" demeure dans le détroit». (Dossier conjoint, vol. III, aux p. 420 à 422.)

ber 31, 1986.² Notice of termination was given by the Authority in September of that year. Captain Stow had seen the *Chapel Hill* during a visit to New York in July 1986, where it was laid up from service as a pilot boat. Upon his return from New York, he reported on this boat to Captain Latter who showed some interest in it. Captain Stow drew Captain Gay's attention to the boat later that summer. In October 1986, Captain Gay proceeded to New York and while there decided to purchase the boat with a view to tendering it for the North Sydney service. He put down a \$10,000 deposit on the basis that it would be forfeited if the full purchase price were not paid. With the rejection of Captain Gay's bid on Tender no. 47, it appeared that the purchase would fall through, but a second chance to make the purchase arose when Tender no. 50 was announced.³ The evidence of James Veitch, a representative of the respondent at the January 16, 1987 meeting, was that as the meeting broke up Captain Gay was heard to say:

I don't care what you heard today, I am going to get the contract. And before the year is up, the other contract will be up for grabs.

According to an evaluation of the bids prepared by Captain Stow for the Pilot Boat Committee—in which he converted the “per assignment” bids to “per contract” prices based upon a factor of 500 trip assignments—the lowest and fourth lowest bids were those of the respondent while the second highest bid was that of East Coast Marine Services Ltd. The evaluation represented Captain Stow's best guess as to how each of the bidders met the specifications.⁴ Thus the initial function in the Pilot Boat Committee was to screen out bidders who were not qualified in this sense because they failed to meet these requirements. The Pilot Boat Committee received Captain Stow's evaluation of these bids at its meeting of January 20, 1987. The minutes of that meeting include the following:

² Evidence Gay, Trial Transcript, Vol. 4, at p. 1245.

³ *Ibid.*, at pp. 1257-1258 and 1275.

⁴ Evidence Stow, Trial Transcript, Vol. 6, at pp. 1994-1995.

le 31 décembre 1986². L'avis de résiliation avait été donné par l'Administration au mois de septembre de cette année-là. Le capitaine Stow avait vu le *Chapel Hill* lors d'un séjour à New York, en juillet 1986, où le bateau avait été mis en rade après avoir été utilisé comme bateau-pilote. À son retour, il avait fait rapport sur ce bateau au capitaine Latter, qui avait manifesté un certain intérêt. Le capitaine Stow a attiré l'attention du capitaine Gay sur le bateau plus tard pendant l'été. En octobre 1986, le capitaine Gay s'est rendu à New York et, pendant qu'il y était, il a décidé d'acheter le bateau en vue de l'offrir pour le service de North Sydney. Il a versé en dépôt la somme de 10 000 \$, cette somme devenant déchuë si le prix intégral d'achat n'était pas payé. Par suite du rejet de la soumission présentée par le capitaine Gay à l'égard de l'appel d'offres n° 47, il semblait que l'acquisition ne se ferait pas, mais une seconde chance d'acheter le bateau s'est présentée, lorsque l'appel d'offre n° 50 a été annoncé³. James Veitch, qui avait représenté l'intimée lors de la réunion du 16 janvier 1987, a témoigné avoir entendu le capitaine Gay dire ceci au moment où la réunion a pris fin:

[TRADUCTION] Je me fiche de ce que vous avez entendu aujourd'hui, je vais obtenir le contrat, et avant la fin de l'année, on pourra mettre la main sur l'autre contrat.

Selon une évaluation des soumissions préparées par le capitaine Stow pour le comité des bateaux-pilotes—dans laquelle il avait converti les prix «à la tâche» par des prix «contractuels» fondés sur 500 voyages—la plus basse et la quatrième soumission la plus basse étaient celles de l'intimée, alors que la deuxième soumission la plus élevée était celle d'East Coast Marine Services Ltd. L'évaluation représentait la meilleure estimation du capitaine Stow au sujet de la façon dont chaque soumissionnaire satisfaisait au cahier des charges⁴. Par conséquent, la fonction initiale du comité des bateaux-pilotes était de déterminer les soumissionnaires qui ne remplissaient pas les conditions. Le comité des bateaux-pilotes a reçu l'évaluation des soumissions que le capitaine Stow avait faite lors de sa réunion du

² Témoignage du capitaine Gay, Transcription de l'instruction, vol. 4, à la p. 1245.

³ *Ibid.*, aux p. 1257, 1258 et 1275.

⁴ Témoignage du capitaine Stow, Transcription de l'instruction, vol. 6, aux p. 1994 et 1995.

It was the feelings of the members that everything should not go to Captain Slater, he was now building the boat for Newfoundland and providing the contract pilot boat service in Sydney.

The members decided to take the tenders from Northeast Marine and East Coast Marine Services to the Board for a decision as in their opinion the better boat would be from East Coast Marine Services and the better service would be from Northeast Marine.

A guest at the meeting, Captain T. Pittman who headed a committee of Cape Breton pilots, remarked that pilots were less willing to criticize one of their own—an obvious reference to Captain Slater.

At its meeting of January 20, 1987, the Board accepted the bid of East Coast Marine Services Ltd. The minutes of this meeting disclose the following:

The majority feeling of the meeting was that it was unwise to entrust all pilot boat services in one area to one company.

These minutes also reveal that two members of the Board (Captains Goodyear and Bell) expressed concern with the financial soundness of the respondent, and that Captain Pittman's remarks were noted in the context of safety. A resolution of the Board approving the East Coast Marine Services' bid by a vote of four in favour (including the Chairman) and two against, contains a recital which reads in part:

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

The resolution also recites that because of the extra speed of the *Chapel Hill*, a saving of approximately \$10,000 off the estimated quoted price of East Coast Marine Services Ltd. would be effected. The Board's decision was provisional upon that company providing "a back-up pilot boat and fulfill all the terms of the contract." The contract here refers to the pilot boat contract which had yet to be formally entered into between the Authority and the successful bidder.

At the trial, the respondent attacked the Authority's decision refusing to award both the Tender nos. 48 and 50 contracts. The Trial Judge saw no merit in the respondent's objection to the Authority's decision

20 janvier 1987. Le procès-verbal de cette réunion comprend le passage suivant:

[TRADUCTION] Les membres estimaient qu'il ne fallait pas tout attribuer au capitaine Slater; il était en train de construire le bateau pour Terre-Neuve et fournissait le service contractuel de bateau-pilote à Sydney.

Les membres ont décidé de présenter les soumissions de Northeast Marine et d'East Coast Marine Services au conseil en vue d'une décision, étant donné qu'à leur avis, le meilleur bateau serait celui d'East Coast Marine Services et que les meilleurs services seraient assurés par Northeast Marine.

Le capitaine T. Pittman, président d'un comité de pilotes du Cap-Breton, qui avait été invité à la réunion, a fait remarquer que les pilotes étaient moins enclins à critiquer un de leurs membres—remarque qui visait de toute évidence le capitaine Slater.

Lors de la réunion du 20 janvier 1987, le conseil a retenu la soumission d'East Coast Marine Services Ltd. Le procès-verbal de cette réunion révèle ceci:

[TRADUCTION] Lors de la réunion, on a estimé, à la majorité, qu'il serait imprudent de confier tous les services de bateau-pilote dans une région à une seule société.

Ces procès-verbaux révèlent également que deux membres du conseil (les capitaines Goodyear et Bell) se préoccupaient de la solvabilité de l'intimée, et que les remarques que le capitaine Pittman avait faites au sujet de la sécurité ont été notées. Une résolution du conseil approuvant la soumission présentée par East Coast Marine Services, à quatre (dont le président) contre deux, contenait un attendu qui est ainsi libellé:

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

La résolution dit également qu'à cause de la vitesse supérieure du *Chapel Hill*, des économies d'environ 10 000 \$ seraient faites par rapport au prix estimatif proposé par East Coast Marine Services Ltd. Le conseil a pris sa décision à condition que la société puisse fournir [TRADUCTION] «un bateau-pilote de réserve et exécuter toutes les conditions du marché» (soit le marché de service de bateau-pilote qui devait être passé entre l'Administration et l'attributaire).

À l'instruction, l'intimée a contesté la décision qu'avait prise l'Administration de refuser d'attribuer les deux marchés relatifs aux appels d'offres nos 48 et 50. Selon le juge de première instance, l'opposition

on Tender no. 48. That aspect is not the subject of this appeal. He turned then to the Authority's decision on Tender no. 50. He took the view that the respondent's action was one of breach of contract and not of tort. In that light he made a number of findings of fact. At page 393, he found it "incontrovertible that the predominant criterion for evaluating the bids on Tender 50 at the time of the board meeting . . . was the issue of monopoly as it pertained to the plaintiff." At the same page he found that this issue had been on the mind of the Director of Operations since the meeting of the Board in November 1986, that it had been the subject of discussions between him and the Chairman, Captain Latter, "on a number of occasions" and that it had never been made known to the respondent prior to the submission of its bids on January 16, 1987. He found as well, at page 395, that the failure of the Board to consider the respondent's alternate bid for a twin-screw boat to be built—at a lower price than that submitted by East Coast Marine Services Ltd.—was not a "fair basis of evaluation by any standard."

The Trial Judge focused on the respondent's evidence from which it was contended that the granting of a contract for pilot boat services at the Strait of Canso to East Coast Marine Services Ltd. was a "foregone conclusion." Some of this evidence, that of Veitch, has been referred to already. Other evidence in the same vein was in the form of affidavits to the effect that Captain Stow had informed Captain Pittman that Captain Gay would get the contract if his bid was within \$30,000 of the lowest bid; that Captain Gay had represented at the time of his application to a lending institution for equity financing in January 1987, that while he had not yet been awarded a contract for pilot boat service at the Strait of Canso the "contract was a foregone conclusion" provided his company's bid "was within \$30,000.00 of the lowest or successful bidder"; and that Captain Stow "did not want one person holding all their contracts in the local area." These affiants testified at the trial and were subjected to vigorous cross-examination.

qu'avait formulée l'intimée à la décision que l'Administration avait prise à l'égard de l'appel d'offres n° 48 n'était pas fondée. L'appel ne porte pas sur ce point. Le juge a ensuite examiné la décision que l'Administration avait prise au sujet de l'appel d'offre n° 50. Il estimait que l'action intentée par l'intimée se rapportait à une rupture de contrat et non à un délit. Cela étant, il a tiré un certain nombre de conclusions de fait. À la page 393, le juge a conclu qu'il était «irréfutable que le critère prédominant selon lequel les soumissions dans le cadre de l'appel d'offres n° 50 ont été évaluées, lors de la réunion du conseil . . . a été la question du monopole par rapport à la demanderesse . . .». À la même page, il a conclu que le directeur des opérations avait cette question à l'esprit depuis la réunion du mois de novembre 1986, qu'il en avait discuté avec le président (soit le capitaine Latter) «à plusieurs reprises» et que la question n'avait jamais été portée à l'attention de l'intimée avant que cette dernière ne présente ses soumissions, le 16 janvier 1987. À la page 395, il a également conclu que l'omission par le conseil d'examiner la seconde soumission de l'intimée relativement à la construction d'un navire à deux hélices—à un prix inférieur à celui d'East Coast Marine Services Ltd.—n'était pas «[à] tous égards . . . un critère équitable d'évaluation».

Le juge de première instance a mis l'accent sur la preuve présentée par l'intimée, par suite de laquelle il avait été soutenu qu'«il était prévu d'avance» que le marché de service de bateau-pilote dans le détroit de Canso serait attribué à East Coast Marine Services Ltd. Une partie de cette preuve, soit la déposition de M. Veitch, a déjà été mentionnée. D'autres éléments de preuve du même genre ont été présentés sous la forme d'affidavits disant que le capitaine Stow avait informé le capitaine Pittman que le capitaine Gay obtiendrait le marché si l'écart entre sa soumission et celle du moins-disant était d'au plus 30 000 \$; que le capitaine Gay avait déclaré, au moment où il avait présenté sa demande à un établissement de crédit afin d'obtenir un financement par capitaux propres, en janvier 1987, qu'on ne lui avait pas encore attribué un marché de service de bateau-pilote dans le détroit de Canso, mais qu'[TRADUCTION] «il était prévu d'avance que le marché lui serait attribué» à condition que [TRADUCTION] «l'écart entre sa soumission et

At page 398 of his reasons, the Trial Judge made the following important finding:

Taking all these factors into account, I find that it was a foregone conclusion in the collective mind of the defendant, acting through its responsible officers and directors, that the plaintiff was never even in the running for fair consideration with respect to its bids on Tender 50 because of the undisclosed preconditions of monopoly. In other words, the tendering process was rigged against the plaintiff from the very outset.

The Trial Judge also found, at page 396, that Captain Stow had played more than a passive role within the tendering process with respect to Tender no. 50 *vis-à-vis* the bid of East Coast Marine Services Ltd. He found that it was Captain Stow who had raised the issue of monopoly in relation to the respondent's bid on Tender no. 48 and that it was he who had alerted Captain Gay to the availability of the *Chapel Hill* which he tendered for the Strait of Canso service. Moreover, the Trial Judge saw a letter of September 11, 1986, written by the Authority's Corporate Secretary on behalf of Captain Gay and containing a "glowing testimonial to Captain Gay's personal qualities and capabilities," as indicating "possible favouritism." That letter was attached to the bid of East Coast Marine Services Ltd. at the time it was submitted in response to Tender no. 50.

At page 412 of his reasons, the Trial Judge made this important finding:

I also found as a fact that the defendant rigged the bid against the plaintiff in the tendering process for Tender 50 by adopting as its governing criteria for the awarding of the tender conditions which excluded the plaintiff from any consideration whatever, and thus unfairly preferred the rival bidder, East Coast Marine Services Ltd., to whom the contract was awarded.

In this context he also found [at page 413]:

celle du moins-disant ou de l'attributaire soit d'au plus 30 000 \$»; et que le capitaine Stow [TRADUCTION] «ne voulait pas qu'une seule personne obtienne tous les marchés dans la région». Ces affiants ont témoigné à l'instruction et ont été assujettis à un contre-interrogatoire vigoureux. À la page 398, le juge de première instance a tiré la conclusion importante ci-après énoncée:

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

À la page 396, le juge de première instance a également conclu que le capitaine Stow n'avait pas joué un rôle purement passif en ce qui concerne l'appel d'offres n° 50, par rapport à la soumission d'East Coast Marine Services Ltd. Il a conclu que c'était le capitaine Stow qui avait soulevé la question du monopole relativement à la soumission que l'intimée avait présentée à l'égard de l'appel d'offres n° 48 et que c'était lui qui avait signalé au capitaine Gay la possibilité d'utiliser le *Chapel Hill*, soit le bateau qu'il avait offert en vue de la fourniture des services dans le détroit de Canso. En outre, le juge de première instance a considéré la lettre du 11 septembre 1986, rédigée par le secrétaire de l'Administration pour le compte du capitaine Gay et contenant une «recommandation chaleureuse du capitaine Gay en raison de ses qualités personnelles et de ses compétences», comme un «signe de favoritisme». Cette lettre a été jointe à la soumission présentée par East Coast Marine Services Ltd. en réponse à l'appel d'offres n° 50.

À la page 412, le juge de première instance a tiré cette conclusion importante:

J'ai également conclu que la défenderesse avait truqué l'appel d'offres au détriment de la demanderesse dans le processus de l'appel d'offres n° 50 en adoptant comme critères déterminants pour l'attribution du marché des conditions qui écartaient directement la demanderesse et accordaient ainsi injustement la préférence au concurrent East Coast Marine Services Ltd., à qui le marché a été attribué.

Dans ce contexte, le juge a également conclu ceci [à la page 413]:

There is no question here that the plaintiff met all the terms and conditions of the specifications set out in the call for tenders, but that its low bid failed because of the defendant's apprehension regarding monopoly.

THE ISSUES

The issues raised by the Authority, as set forth in its written argument, are as follows:

- (1) Whether the Learned Trial Judge misconstrued the evidence in finding that the Appellant had imposed a "precondition of monopoly" on Tender 50, thereby breaching an implied term requiring it to treat all bidders fairly;
- (2) Whether the Learned Trial Judge erred in finding that the contractual relationship between the Appellant and the Respondent on Tender 50 contained an implied term requiring the Appellant to award the contract for pilot boat service to the lowest bidder;
- (3) Whether the Learned Trial Judge erred in finding that the Rejection Clause in Tender 50 was of no effect;
- (4) Whether the Learned Trial Judge erred in finding that it was inappropriate for the Appellant to "pierce the corporate veil" and look behind the independent legal identities of the Slater Companies;
- (5) Whether the Learned Trial Judge erred in quantifying damages as the profits that the Respondent would have earned had it been awarded the contract for pilot boat service on Tender 50; and
- (6) Whether the Learned Trial Judge erred, in quantifying damages for loss of profits, in concluding that the provision of pilot boat services pursuant to Tender 50 required the employment of only three crewmembers.

ANALYSIS

General

The respondent supports the judgment below in all but one particular. It contends that the judgment should be varied because of the factor which the Trial Judge took into consideration in reducing the damages he otherwise assessed. It will be necessary to consider the respondent's submission on this point only if it is first concluded that the Trial Judge's finding of liability ought not to be disturbed.

Il n'y a aucun doute qu'en l'espèce, la demanderesse remplissait toutes les conditions du cahier des charges énoncées dans l'appel d'offres, mais que son offre, qui était la plus basse, n'a pas été retenue à cause des craintes de la défenderesse au sujet du monopole.

LES QUESTIONS LITIGIEUSES

Les questions soulevées par l'Administration, lesquelles sont énoncées dans les arguments écrits de cette dernière, sont ainsi libellées:

[TRADUCTION] Il s'agit de savoir:

- (1) Si le juge de première instance a interprété la preuve d'une façon erronée en concluant que l'appelante avait imposé une «condition requise concernant le monopole» à l'égard de l'appel d'offres n° 50, violant ainsi une condition implicite l'obligeant à traiter tous les soumissionnaires équitablement;
- (2) Si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la relation contractuelle qui existait entre l'appelante et l'intimée, à l'égard de l'appel d'offres n° 50, renfermait une condition implicite obligeant l'Administration à attribuer le marché de service de bateau-pilote au moins-disant;
- (3) Si le juge de première instance a commis une erreur, en concluant que la clause de rejet figurant dans l'appel d'offres n° 50 ne s'appliquait pas;
- (4) Si le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'il ne convenait pas pour l'appelante de «contourner le paravent» pour voir ce que cachaient les identités juridiques indépendantes des sociétés Slater;
- (5) Si le juge de première instance a commis une erreur en quantifiant les dommages comme étant les profits que l'intimée aurait faits si elle s'était vu attribuer le marché de service de bateau-pilote à l'égard de l'appel d'offres n° 50; et
- (6) Si le juge de première instance a commis une erreur, lorsqu'il a quantifié les dommages découlant du manque à gagner, en concluant que la fourniture de services de bateau-pilote conformément à l'appel d'offres n° 50 exigeait l'embauchage de trois membres d'équipage seulement.

ANALYSE

h Généralités

L'intimée souscrit au jugement d'instance inférieure sur tous les points sauf un. Elle soutient que le jugement devrait être modifié à cause de l'élément dont le juge de première instance a tenu compte en réduisant le montant des dommages-intérêts qu'il aurait par ailleurs accordé. Il faudra examiner l'argument de l'intimée sur ce point seulement s'il est en premier lieu conclu que la conclusion que le juge de première instance a tirée au sujet de la responsabilité ne devrait pas être modifiée.

The parties are in agreement that the law as laid down in *R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111, with respect to the formation of contracts made in a tendering process, applies in this case. While that case concerned a tendering process in the construction industry, there would appear to be no sound reason for not applying the principles therein enunciated to the circumstances of this case. At pages 122-123, Estey J. set forth these principles as follows:

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

The difficulty between the parties in the present case concerns the application of these principles.

Ron Engineering was applied by this Court in *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293 and in *Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. v. Canada*, [1987] 3 F.C. 144. It was also applied by the British Columbia Court of Appeal in *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, [1990] 1 W.W.R. 624. These decisions show that in addition to the obligations resting upon an owner based on the terms and conditions of a call for tenders, that person is obliged, as Mahoney J.A. put in

Les parties conviennent que le droit, tel qu'il a été énoncé dans l'arrêt *R. du chef de l'Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111, en ce qui concerne la formation de marchés dans le cadre d'un processus d'appel d'offres, s'applique en l'espèce. Cet arrêt se rapportait à un processus d'appel d'offres dans l'industrie de la construction, mais il semblerait n'y avoir aucune raison valable de ne pas appliquer les principes qui y ont été énoncés aux circonstances de l'espèce. Aux pages 122 et 123, le juge Estey a énoncé ces principes comme suit:

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

Le litige qui oppose les parties ici en cause concerne l'application de ces principes.

L'arrêt *Ron Engineering* a été appliqué par la Cour dans les arrêts *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293 (C.A.), et *Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. c. Canada*, [1987] 3 C.F. 144 (C.A.). Il a également été appliqué par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, [1990] 1 W.W.R. 624. Ces décisions montrent qu'en plus des obligations incombant au propriétaire, par suite des modalités d'un appel d'offres, cette per-

Best Cleaners, supra, at page 306, “not to award a contract except in accordance with the terms of the tender call.” Although dissenting, Pratte J.A. expressed the view, at page 300, that while *Ron Engineering, supra*, does not speak of implying a term in contract A, a term was to be implied so as to impose upon the owner calling the tenders “the obligation to treat all bidders fairly and not to give any of them an unfair advantage over the others.” That view was adopted by Legg J.A. in *Chinook Aggregates, supra*, at page 629. There is no disagreement in the present case that such a term was properly implied in contract A which came into existence on January 16, 1987 at the time the respondent’s bids were submitted.

Implying a term in a written contract may be done only in exceptional circumstances. The reason for the reluctance is based on the sound policy that parties should be held to the express terms of their contract and not saddled with terms that they did not intend. The circumstances in which a term may be implied are discussed by Le Dain J. in *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711. Of the three categories he there mentions at pages 762-767, one is based on presumed intention of the parties that such a term is necessary in order to give a contract “business efficacy.” Of the illustrations he gives of cases that fall within this category is *Miller v. Hancock*, [1893] 2 Q.B. 177 (C.A.), which was cited with approval by Lord Salmon in *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] A.C. 239 (H.L.), at page 263 where he said:

I find it difficult to think of any term which it could be more necessary to imply than one without which the whole transaction would become futile, inefficacious and absurd . . .

Another is *Shirlaw v. Southern Foundries (1926), Ltd.*, [1939] 2 K.B. 206 (C.A.), at page 227, where MacKinnon L.J. expressed the now generally

sonne a l’obligation, comme le juge Mahoney, J.C.A., l’a dit dans l’arrêt *Best Cleaners*, précité, à la page 306, «de n’accorder un contrat qu’en conformité des modalités de l’appel d’offres». Bien qu’il fût dissident, le juge Pratte, J.C.A., a exprimé, à la page 300, l’avis selon lequel l’arrêt *Ron Engineering*, précité, ne dit pas qu’on suppose l’existence d’une condition implicite dans le contrat A, mais qu’il faut supposer l’existence d’une condition de façon à imposer au propriétaire qui présente un appel d’offres «l’obligation de traiter équitablement tous les soumissionnaires et de n’accorder à aucun d’entre eux un avantage indu sur les autres». Cette opinion a été adoptée par le juge Legg, J.C.A., dans l’arrêt *Chinook Aggregates*, précité, à la page 629. En l’espèce, il n’existe pas de désaccord quant au fait que l’existence de pareille condition a à juste titre été supposée dans le contrat A qui a pris naissance le 16 janvier 1987, au moment où l’intimée a présenté ses soumissions.

On ne peut supposer l’existence d’une condition implicite dans un contrat écrit que dans des circonstances exceptionnelles, et ce, à cause de la ligne de conduite légitime selon laquelle les parties devraient être tenues de respecter les conditions expresses de leur contrat et non se voir imposer des conditions qu’elles ne prévoyaient pas. Les circonstances dans lesquelles on peut supposer l’existence d’une condition implicite sont examinées par le juge Le Dain dans l’arrêt *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711. Des trois catégories que le juge mentionne, aux pages 762 à 767, l’une est fondée sur l’intention présumée des parties, à savoir que pareille condition est nécessaire afin de donner au contrat une «efficacité commerciale». Parmi les exemples que le juge donne de cas qui peuvent être rangés dans cette catégorie, il y a l’arrêt *Miller v. Hancock*, [1893] 2 Q.B. 177 (C.A.), que lord Salmon a cité en l’approuvant dans l’arrêt *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] A.C. 239 (H.L.), à la page 263, lorsqu’il a dit ceci:

[TRADUCTION] J’ai du mal à concevoir de terme implicite plus nécessaire qu’un terme sans lequel l’opération dans son ensemble deviendrait futile, inefficace et absurde . . .

Un autre arrêt est l’arrêt *Shirlaw v. Southern Foundries (1926), Ltd.*, [1939] 2 K.B. 206 (C.A.), à la page 227, dans lequel le lord juge MacKinnon a

accepted view that a term may be implied where to do so is "so obvious that it goes without saying." In the present case, the Trial Judge accepted Captain Latter's evidence that the Authority desired every tenderer to have "an even break or fair chance in the bidding process."

The circumstances which obtained in the foregoing decisions gave rise to a need to imply a term in a contract in order to give it business efficacy. As I see it, that is not the precise office of an obligation of fair treatment in the tendering process. Although this obligation has sometimes been referred to as implied, it may also be seen as a judicially imposed obligation whose purpose and object is to preserve the integrity of the tendering process.

In any appeal from a trial judge another important consideration comes into play. As a general rule, this Court must not interfere with findings of fact. The scope of the principle was most recently summed up in *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114, at page 121, where McLachlin J. stated:

It is by now well established that a Court of Appeal must not interfere with a trial judge's conclusions on matters of fact unless there is palpable or overriding error. In principle, a Court of Appeal will only intervene if the judge has made a manifest error, has ignored conclusive or relevant evidence, has misunderstood the evidence, or has drawn erroneous conclusions from it: see *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at pp. 188-89 (per L'Heureux-Dubé J.), and all cases cited therein, as well as *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353, at pp. 388-89 (per Wilson J.), and *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at pp. 806-8 (per Ritchie J.). A Court of Appeal is clearly not entitled to interfere merely because it takes a different view of the evidence. The finding of facts and the drawing of evidentiary conclusions from facts is the province of the trial judge, not the Court of Appeal.

By this statement, I do not understand McLachlin J. to have rejected any of the reasons which underlie the principles she so succinctly summarizes. This would seem to be so from her reliance upon *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R.

exprimé l'opinion maintenant généralement acceptée selon laquelle une condition implicite peut être présumée lorsque la chose est [TRADUCTION] «si évidente que cela va sans dire». En l'espèce, le juge de première instance a retenu le témoignage du capitaine Latter selon lequel l'Administration voulait que chaque soumissionnaire ait «des chances égales dans le cadre du processus de l'appel d'offres».

Les circonstances qui existaient dans les décisions susmentionnées ont donné lieu à la nécessité de supposer l'existence d'une condition implicite dans un contrat afin de rendre celui-ci commercialement efficace. À mon sens, ce n'est pas le but précis de l'obligation voulant que les soumissionnaires soient traités d'une façon équitable. Cette obligation a parfois été qualifiée d'implicite, mais elle peut également être considérée comme une obligation judiciaire dont le but et l'objet est de préserver l'intégrité du processus d'appel d'offres.

Dans tout appel d'une décision rendue en première instance, une autre considération importante entre en ligne de compte. En règle générale, la Cour ne doit pas modifier les conclusions de fait. La portée du principe a plus récemment été résumée dans l'arrêt *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114, à la page 121, où le juge McLachlin a dit ceci:

Il est maintenant bien établi qu'une cour d'appel ne doit modifier les conclusions d'un juge de première instance sur des questions de fait que si celui-ci a commis une erreur manifeste et dominante. En principe, une cour d'appel n'interviendra que si le juge a commis une erreur manifeste, s'il n'a pas tenu compte d'un élément de preuve déterminant ou pertinent, s'il a mal compris la preuve ou en a tiré des conclusions erronées: voir *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, aux pp. 188 et 189 (le juge L'Heureux-Dubé), et toute la jurisprudence qui y est citée, de même que les arrêts *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, aux pp. 388 et 389 (le juge Wilson), et *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, aux pp. 806 à 808 (le juge Ritchie). Une cour d'appel n'est manifestement pas autorisée à intervenir pour le simple motif qu'elle perçoit la preuve différemment. Il appartient au juge de première instance, et non à la cour d'appel, de tirer des conclusions de fait en matière de preuve.

Je n'interprète pas ces remarques comme ayant pour effet de rejeter l'une quelconque des raisons qui sous-tendent les principes que le juge McLachlin résume ainsi succinctement. Il semblerait que ce soit le cas, étant donné qu'elle se fonde sur l'arrêt *Stein et*

802, where Ritchie J., at pages 806-808, referred to a number of English authorities: *Sir Robert Peel, The* (1880), 4 Asp. M.L.C. (N.S.) 321 (C.A.); *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. 35 (H.L.); *Hontestroom (S.S.) v. Sagaporack (S.S.)*, [1927] A.C. 37 (H.L.); *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*, [1935] A.C. 243 (H.L.) and the Supreme Court's own decision in *Prudential Trust Co. et al v. Forseth*, [1960] S.C.R. 210. That Court has since repeated its insistence as indeed *Toneguzzo-Norvell, supra*, illustrates, that a trial judge's advantages as the finder of fact must be borne in mind by an appellate court and that interference with such findings must be limited to exceptional cases. Particular difficulty arises for a reviewing court where the credibility of witnesses is in issue or even where witnesses were seen to exaggerate or prone to partisanship.

The sound reasons for the principle of non-intervention are identified in the decisions which I have just mentioned. I refer to one additional authority as illustrative of the point. In *Watt or Thomas v. Thomas*, [1947] A.C. 484 (H.L.), many of the earlier English decisions were again canvassed. Each of the law lords who heard the case expressed themselves on the point. I wish here to draw on the speeches of Lord Macmillan and Lord Simonds who reminded us of the difficulty faced by an appellate court in reviewing findings of fact and the caution that must be exercised in carrying out the task. One of these difficulties arises from the fact that an appellate court must conduct its review on the basis of a written record. The significance of this was emphasized by Lord Macmillan, at pages 490-491:

The appellate court has before it only the printed record of the evidence. Were that the whole evidence it might be said that the appellate judges were entitled and qualified to reach their own conclusion upon the case. But it is only part of the evidence. What is lacking is evidence of the demeanor of the witnesses, their candour or their partisanship, and all the incidental elements so difficult to describe which make up the atmosphere of an actual trial. This assistance the trial judge possesses in reaching his conclusion but it is not available to the appellate court. So far as the case stands on paper, it not infrequently happens that a decision either way may seem

autres c. «Kathy K» et autres (Le navire), [1976] 2 R.C.S. 802, dans lequel le juge Ritchie, aux pages 806 à 808, a cité un certain nombre d'arrêts anglais—*Sir Robert Peel, The* (1880), 4 Asp. M.L.C. (N.S.) 321 (C.A.); *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. 35 (H.L.) *Hontestroom (S.S.) v. Sagaporack (S.S.)*, [1927] A.C. 37 (H.L.); *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*, [1935] A.C. 243 (H.L.) et sur l'arrêt *Prudential Trust Co. et al v. Forseth*, [1960] R.C.S. 210, de la Cour suprême du Canada. Cette Cour a depuis lors répété avec insistance, comme le montre de fait l'arrêt *Toneguzzo-Norvell*, précité, que la cour d'appel doit se rappeler l'avantage que possède le juge de première instance en sa qualité de juge des faits et qu'elle ne doit modifier pareilles conclusions que dans des cas exceptionnels. Un problème particulier se pose pour le tribunal de contrôle, lorsque la crédibilité des témoins est contestée ou même lorsqu'on estime que les témoins exagèrent ou sont portés à avoir une attitude partisane.

Les raisons sur lesquelles est fondé le principe de non-intervention sont énoncées dans les décisions que je viens de mentionner. Je citerai un autre arrêt pour illustrer la chose. Dans l'arrêt *Watt or Thomas v. Thomas*, [1947] A.C. 484 (H.L.), un grand nombre des décisions anglaises antérieures ont de nouveau été examinées. Chaque lord qui a entendu l'affaire s'est prononcé sur ce point. Je veux ici faire appel aux remarques de lord Macmillan et de lord Simonds, qui nous ont rappelé les difficultés auxquelles fait face la cour d'appel lorsqu'elle examine des conclusions de fait et la prudence dont elle doit faire preuve dans l'exécution de cette tâche. L'une de ces difficultés découle du fait que la cour d'appel doit effectuer son examen en se fondant sur une transcription. L'importance de ce fait a été soulignée par lord Macmillan, aux pages 490 et 491:

[TRADUCTION] Le tribunal d'appel ne dispose que de la transcription des témoignages. S'il s'agissait de toute la preuve, on pourrait dire que les juges du tribunal d'appel ont le droit et sont en mesure de tirer leurs propres conclusions à partir de la preuve. Mais ce n'est qu'une partie de la preuve. Ce qu'il manque, c'est la preuve du comportement des témoins, leur franchise ou leur esprit partisan, ainsi que tous ces éléments accessoires si difficiles à décrire qui composent l'atmosphère du procès même. Le juge de première instance bénéficie de cette aide pour tirer des conclusions, mais le tribunal d'appel en est démuné. Tant que la preuve reste sur papier, il arrive

equally open. When this is so, and it may be said of the present case, then the decision of the trial judge, who has enjoyed the advantages not available to the appellate court, becomes of paramount importance and ought not to be disturbed.

A passage in the speech of Lord Simonds seems to me of relevance here as well because, as I shall note, apart from some specific instances, the Trial Judge made no adverse comment on the credibility of witnesses whose testimony, if accepted, could well have led him to a different conclusion. Lord Simonds makes the following observation at page 492 in response to a submission of counsel:

There I should be content to leave this case but for certain criticisms made by counsel for the respondent in his able and candid address. Relying on the testimony of certain witnesses called on behalf of the respondent (whom I need not name) he said that the learned Lord Ordinary had come to a conclusion which was diametrically opposed to that testimony, yet he had not explicitly stated that he did not accept them as witnesses of truth nor indeed, made any adverse comment upon them. Your Lordships were therefore invited to find that the learned judge had forgotten or ignored this evidence and to hold that his judgment was thereby vitiated. I believe this to be fundamentally unsound criticism. The trial judge has come to certain conclusions of fact; your Lordships are entitled and bound, unless there is compelling reason to the contrary, to assume that he has taken the whole of the evidence into his consideration. If his conclusion is inconsistent with the evidence of certain of the witnesses but he does not, in terms, stigmatize them as false witnesses, it is not the proper or necessary inference that he has forgotten or ignored them; of this the present case is a cogent example, for I can well understand why the Lord Ordinary, while not accepting his evidence, did not think fit to comment unkindly on one at least of the witnesses in question.

Further, it has been held that an appellate court should not interfere with the findings at trial where the only point in issue is the interpretation of the evidence as a whole (*Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371). This is particularly so where the credibility of witnesses is in issue.

Misconstruction of the evidence

I turn now to the first issue raised by the Authority. The submission here is that the Trial Judge misconstrued the evidence in finding that the Authority had

fréquemment qu'elle donne ouverture à une décision dans un sens comme dans l'autre. Si tel est le cas, ce qui semble l'être en l'espèce, la décision du juge de première instance, qui a bénéficié d'avantages dont le tribunal d'appel ne dispose pas, prend une importance incontestable et ne devrait pas être modifiée.

Il me semble également opportun de citer ici un passage des remarques que lord Simonds a faites parce que, comme je le noterai, sauf dans certains cas précis, le juge de première instance n'a fait aucune observation défavorable au sujet de la crédibilité des témoins dont la déposition, si elle avait été retenue, aurait bien pu l'amener à tirer une conclusion différente. Lord Simonds fait observer ce qui suit, à la page 492, en réponse à l'argument invoqué par l'avocat:

[TRADUCTION] Je serais heureux de mettre cette affaire de côté si ce n'était de certaines critiques que l'avocat de l'intimé a formulées dans son exposé fort savant et sincère. En se fondant sur la déposition de certains témoins cités pour le compte de l'intimé (que je n'ai pas à nommer), il a dit que le lord Ordinary était arrivé à une conclusion tout à fait contraire à leur déposition; pourtant, il n'avait pas expressément déclaré qu'il ne considérait pas leur déposition comme véridique et, de fait, il n'a fait aucun commentaire défavorable à ce sujet. On a invité Vos Seigneuries à conclure que le juge a oublié ce témoignage ou n'en a pas tenu compte et de déclarer que son jugement en a été vicié. À mon avis, il s'agit d'une critique essentiellement mal fondée. Le juge de première instance a tiré certaines conclusions de fait; à moins de motif contraire très convaincant, Vos Seigneuries ont le droit et sont tenues de présumer qu'il a tenu compte de l'ensemble de la preuve. Si sa conclusion est incompatible avec la déposition de certains témoins, mais qu'il ne les qualifie pas directement de faux témoins, cela ne signifie pas nécessairement qu'il les a oubliés ou n'en a pas tenu compte; la présente affaire en est un exemple pertinent, car je comprends bien pourquoi le lord Ordinary, tout en n'acceptant pas son témoignage, n'a pas jugé bon de passer des commentaires désobligeants sur au moins l'un des témoins en cause.

En outre, il a été jugé que la cour d'appel ne devrait pas modifier les conclusions tirées en première instance lorsque le seul point litigieux porte sur l'interprétation de la preuve dans son ensemble (*Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371). Cela est particulièrement vrai lorsque la crédibilité des témoins est contestée.

Interprétation erronée de la preuve

J'examinerai maintenant la première question soulevée par l'Administration. Il est soutenu que le juge de première instance a interprété la preuve d'une

imposed a “precondition of monopoly.” I agree that the Trial Judge was mistaken in his treatment of some of the evidence when he stated, at page 381, that the minutes of the meeting of the Pilot Boat Committee of November 18, 1986 were “signed by Captain Stow” and, that these minutes concluded with the statement I have already quoted from Captain Stow’s written evaluation of the same date. That evaluation was annexed to the minutes. The Trial Judge was mistaken as well when he found later on, at page 385, that this concern of Captain Stow was “reiterated” at the meeting of the Pilot Boat Committee of January 20, 1987. The subject of monopoly was raised at this second meeting of the Pilot Boat Committee; there is no evidence that it was considered at the first.

On the other hand, I can detect no error in the Trial Judge’s findings, at page 393, that while it may not have come “openly to the fore” until the January 1987 Board meeting, Captain Stow’s concern with monopoly “had been very much on the mind of the Director of Operations” since the meeting of the Board in November 1986 and “had been the subject of discussions between him and the Chairman on a number of occasions.” They are supported by the evidence. There was evidence that Captain Stow discussed his monopoly concern with Captain Latter even before the November meeting of the Board where the bids on Tenders 47 and 48 were considered.⁵ It is important to recall that there existed a close working relationship between Captain Stow and Captain Latter. This is envisaged by the Authority’s by-laws. Because Captain Stow had had no previous experience with tendering for pilot boat service (he had assumed the position of Director of Operations on April 1, 1986), he had to rely on the Chairman of the Board for assistance in going through the process and took most of his instruction from that officer.⁶ Captain Stow was responsible to Captain Latter within the Authority. All of this and, indeed, the evidence as a whole must not be ignored in reviewing the Trial Judge’s findings. Although the

⁵ *Ibid.*, at pp. 1947 and 2060.

⁶ *Ibid.*, at pp. 2035-2036.

façon erronée en concluant que l’Administration avait imposé une «condition requise concernant le monopole». Je conviens que le juge de première instance a commis une erreur dans la façon dont il a traité certains éléments de preuve lorsqu’il a dit, à la page 381, que le procès-verbal de la réunion du comité des bateaux-pilotes du 18 novembre 1986 avait été «signé par le capitaine Stow» et qu’il se terminait par la remarque précitée tirée de l’évaluation écrite que le capitaine Stow avait présentée le même jour. Cette évaluation a été jointe au procès-verbal. Le juge de première instance a également commis une erreur lorsqu’il a conclu plus loin, à la page 385, que le comité des bateaux-pilotes avait «réitéré» la crainte du capitaine Stow lors de la réunion qu’il avait tenue le 20 janvier 1987. La question du monopole a été soulevée lors de la seconde réunion du comité des bateaux-pilotes; il n’est pas établi qu’elle ait été examinée lors de la première réunion.

D’autre part, je ne puis déceler aucune erreur dans les conclusions que le juge de première instance a tirées à la page 393, à savoir que la question du monopole n’avait peut-être pas été «soulevée franchement» avant la réunion que le conseil avait tenue en janvier 1987, mais que «le directeur des opérations l’avait vraiment à l’esprit» depuis la réunion du mois de novembre 1986 et qu’«il en avait discuté avec le président à plusieurs reprises». Ces conclusions sont étayées par la preuve. Selon la preuve, le capitaine Stow avait fait part au capitaine Latter de ses préoccupations au sujet du monopole même avant que le conseil se réunisse en novembre, lorsque les soumissions relatives aux appels d’offres n^{os} 47 et 48 ont été examinées⁵. Il importe de se rappeler que le capitaine Stow et le capitaine Latter entretenaient d’étroites relations de travail. La chose est prévue par les règlements administratifs de l’Administration. Étant donné que le capitaine Stow n’avait pas d’expérience antérieure relativement aux offres de service de bateau-pilote (il occupait le poste de directeur des opérations depuis le 1^{er} avril 1986), il devait compter sur le président du conseil pour l’aider à suivre le processus et ce dernier lui donnait la plupart des instructions⁶. Le capitaine Stow relevait du capitaine Latter au sein de l’Administration. Il ne faut pas

⁵ *Ibid.*, aux p. 1947 et 2060.

⁶ *Ibid.*, aux p. 2035 et 2036.

Trial Judge appears to have misunderstood the evidence with respect to the signing of the minutes of the November 18, 1986 meeting and some of the content thereof, that was not the only evidence upon which he based his findings of monopoly and lack of fair treatment in the tendering process. The issue of monopoly was clearly raised and extensively considered at the Pilot Boat Committee's meeting of January 20, 1987 and at the Board meeting that followed.

Evidence that, if accepted, might have put a concern with "monopoly" in a different light from the standpoint of the Authority, by perhaps suggesting that it centred on a valid anxiety of conflict of interest and the need of the Authority to make a prudent commercial decision, was plainly not accepted by the Trial Judge. The specifics of this evidence may be summarized. Although the Authority's by-laws permitted one of its pilots to tender his own boat, this could produce a so-called "conflict of interest" by causing reluctance of other pilots to complain about quality of service; safety on board either of the pilot boats, not cost, was the Authority's primary concern;⁷ financial difficulties being experienced by another member of the Slater group of companies—Chedabucto Shipwrights Limited—which at the time was under contract with the Authority to build a new pilot boat for use in the Authority's Newfoundland region; the *Chapel Hill* was a faster boat and would result in lower cost per assignment trip; the awarding of the contract to the respondent might cause diffi-

⁷ Captain Latter, the Chairman of the Authority, testified that the awarding of contract B to East Coast Marine Services Ltd. was based on three factors: safety, monopoly and price (Evidence Latter, Trial Transcript, Vol. 6, at p. 788, ll. 8-14). There was some evidence that the *Chapel Hill* was safer because it was equipped with a twin screw and a heated deck (*Ibid.*, Vol. 5, at p. 1665, ll. 7-16). However, under cross-examination Captain Latter agreed that both the Slater and Gay boats were "safe boats" and, accordingly, that "safety wasn't an issue" (*Ibid.*, Vol. 6, at p. 1823, ll. 18-19).

omettre de tenir compte de tout cela et, de fait, de la preuve dans son ensemble en examinant les conclusions du juge de première instance. Ce dernier semble avoir interprété la preuve d'une façon erronée en ce qui concerne la signature du procès-verbal de la réunion du 18 novembre 1986 et une partie de son contenu, mais ce n'est pas la seule preuve sur laquelle il a fondé ses conclusions au sujet du monopole et de la façon inéquitable dont les soumissionnaires avaient été traités dans le cadre du processus d'appel d'offres. La question du monopole a clairement été soulevée et minutieusement examinée lors de la réunion que le comité des bateaux-pilotes a tenue le 20 janvier 1987 et lors de la réunion du conseil qui a suivi.

La preuve qui, si elle avait été retenue, aurait pu jeter une lumière différente sur la question du «monopole» au point de vue de l'Administration, en laissant peut-être entendre que celle-ci découlait d'une appréhension valable de conflit d'intérêts et de la nécessité pour l'Administration de prendre une décision commerciale prudente, a de toute évidence été rejetée par le juge de première instance. Les éléments de cette preuve peuvent être résumés. Les règlements administratifs de l'Administration autorisaient l'un de ses pilotes à offrir son propre bateau, mais cela pouvait donner lieu à un soi-disant «conflit d'intérêts» puisque les autres pilotes hésiteraient à se plaindre de la qualité du service; l'Administration se préoccupait principalement de la sécurité à bord de l'un ou l'autre des bateaux-pilotes, et non du coût⁷, le fait qu'un autre membre du groupe de sociétés Slater—Chedabucto Shipwrights Limited—qui, à ce moment-là, avait passé un marché avec l'Administration en vue de la construction d'un nouveau bateau-pilote qui devait être utilisé dans la région de Terre-Neuve, fai-

⁷ Le président de l'Administration, soit le capitaine Latter, a témoigné que l'attribution du contrat B à East Coast Marine Services Ltd. était fondée sur trois éléments: la sécurité, le monopole et le prix (Témoignage du capitaine Latter, Transcription de l'instruction, vol. 6, à la p. 788, ll. 8-14). Selon certains éléments de preuve, le *Chapel Hill* était plus sûr parce qu'il était muni de deux hélices et d'un pont chauffé (*Ibid.*, vol. 5, à la page 1665, ll. 7-16). Toutefois, pendant le contre-interrogatoire, le capitaine Latter a convenu que les bateaux de Slater et du capitaine Gay étaient tous les deux des [TRADUCTION] «bateaux sûrs» et, par conséquent, que la [TRADUCTION] «sécurité n'entrait pas en ligne de compte» (*Ibid.*, vol. 6, à la p. 1823, ll. 18-19).

culty five years later from an absence of competition. It was, of course, open to the Trial Judge to accept this evidence and, had he done so, the appellant's position might have been strengthened. The fact remains that he preferred other evidence which was to the effect that the true reason for awarding contract B to East Coast Marine Services Ltd. was not because of these or other concerns but a desire to unfairly favour that company over the respondent. It did not escape the Trial Judge's attention that the respondent's second bid, which was for use of a purpose-built boat equipped with twin screws, was not apparently considered by the Authority's Board at its January 20, 1987 meeting, despite the fact that it was approximately \$4,000 under the bid of East Coast Marine Services Ltd., the successful bidder, whose boat *Chapel Hill* was equipped with twin screws.

I have no doubt that the Trial Judge's finding on the issue of monopoly is intertwined with his finding that the awarding of the pilot boat service contract at the Strait of Canso to East Coast Marine Services Ltd. was a "foregone conclusion." In his words (at page 412), "the defendant rigged⁸ the bid against the plaintiff . . . by adopting as its governing criteria . . . conditions which excluded the plaintiff . . . and thus unfairly preferred the rival bidder, East Coast Marine Services Ltd., to whom the contract was awarded." I have already referred to the evidence upon which this finding was based. It is not necessary to repeat it here. This included his acceptance of the witness Veitch over Captain Stow, with respect to the above-quoted remark of Captain Gay made as he departed the room in which the bids were opened on January 16, 1987. This is an additional reason for this Court not interfering with the finding. The evidence included the letter of September 11, 1986, which was written by the Authority on behalf of Captain Gay

⁸ I read the use of this verb in a sense defined in *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., Vol. II: "To manage or manipulate in some underhanded or fraudulent manner." However, no explicit finding of fraudulent conduct was made by the Trial Judge.

sait face à des difficultés financières; le *Chapel Hill* était un bateau plus rapide et les coûts à la tâche seraient moins élevés; l'attribution du marché à l'intimée pourrait poser des problèmes cinq ans plus tard, compte tenu de l'absence de concurrence. Bien sûr, il était loisible au juge de première instance de retenir cette preuve et, s'il l'avait fait, la position de l'appelante aurait pu être renforcée. Il reste que le juge a préféré d'autres éléments de preuve, selon lesquels la véritable raison pour laquelle le contrat B avait été attribué à East Coast Marine Services Ltd. n'était pas attribuable à ces préoccupations ou à d'autres préoccupations, mais au fait qu'on voulait favoriser cette société au détriment de l'intimée, et ce, d'une façon inéquitable. Le juge de première instance a remarqué que la seconde soumission de l'intimée, selon laquelle un bateau construit aux fins visées, équipé de deux hélices devait être construit, n'a apparemment pas été examinée par le conseil de l'Administration lors de la réunion du 20 janvier 1987, même si cette soumission était inférieure d'environ 4 000 \$ à celle de l'attributaire, East Coast Marine Services Ltd., dont le *Chapel Hill* était équipé de deux hélices.

Je ne doute aucunement que la conclusion tirée par le juge de première instance au sujet de la question du monopole est liée à la conclusion selon laquelle il était «prévu d'avance» que le marché de service de bateau-pilote dans le détroit de Canso serait attribué à East Coast Marine Services Ltd. Comme le juge l'a lui-même dit (à la page 412), «la défenderesse avait truqué⁸ l'appel d'offres au détriment de la demanderesse . . . en adoptant comme critères déterminants . . . des conditions qui écartaient directement la demanderesse et accordaient ainsi injustement la préférence au concurrent East Coast Marine Services Ltd., à qui le marché a été attribué». J'ai déjà parlé de la preuve sur laquelle cette conclusion était fondée. Il n'est pas nécessaire d'en faire de nouveau mention. Elle comprenait le fait que le juge avait retenu la déposition de M. Veitch plutôt que celle du capitaine Stow, en ce qui concerne la remarque précitée que le capitaine Gay avait faite en quittant la salle dans laquelle les soumissions avaient été ouvertes le

⁸ J'interprète ce mot dans le sens où il est défini dans le *Shorter Oxford English Dictionary*, 3^e éd., vol. II: [TRADUCTION] «Diriger ou manipuler d'une façon sournoise ou frauduleuse». Toutefois, le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion expresse de conduite frauduleuse.

some time before tenders for the service at North Sydney and the Strait of Canso were called. While I agree that this letter might have been seen differently, it remained for the Trial Judge to assess and weigh it in the light of the evidence and of any impressions he may have formed about the reliability of witnesses. That apart, as was noted already, that letter was obviously not the only evidence of unfair treatment before the Trial Judge. In my view, the evidence as a whole can be reasonably regarded as justifying the conclusion that the awarding of contract B to East Coast Marine Services Ltd. was foregone.

Captain Latter, who was both an important witness for the Authority and the occupant of a key position as Chairman of the Authority with a casting vote at meetings of the Board, categorically denied the respondent's assertion that the tendering process was rigged against the respondent and in favour of the successful bidder. The evidence was clearly not accepted by the Trial Judge as his conclusions plainly indicate. The Trial Judge's finding that the Director of Operations had discussed the issue of monopoly with Captain Latter on a number of occasions between November 1986 and January 20, 1987, is supported by the evidence and was not challenged by the Authority. The evidence also shows that these two men discussed monopoly even before Tenders 47 and 48 were considered by the Board in November 1986. I wish here to underline that the decision taken by the Authority on January 20, 1987, was not unanimous. The vote was split: four in favour and two against. Those in favour included Captain Latter. In effect, the decision of which of the two remaining bidders would be selected lay in his hands. If the vote had been tied—three for and three against—the Chairman could have broken the tie with his casting vote. This placed him in a pivotal position as a decision-maker. Although this circumstance was not specifically dwelt on by the Trial Judge, it is not to say that it did not enter his consideration in deciding as he did.

16 janvier 1987. Il s'agit d'une raison additionnelle pour la Cour de ne pas modifier la conclusion. La preuve comprenait la lettre du 11 septembre 1986, qui avait été rédigée par l'Administration pour le compte du capitaine Gay quelque temps avant les appels d'offres pour le service à North Sydney et dans le détroit de Canso. Je conviens que cette lettre aurait pu être interprétée différemment, mais il incombait au juge de première instance de l'apprécier et de la soupeser à la lumière de la preuve et de toute impression qu'il pouvait avoir au sujet de la fiabilité des témoins. Indépendamment de cela, comme il en a déjà été fait mention, cette lettre n'était de toute évidence pas la seule preuve de traitement inéquitable dont disposait le juge de première instance. À mon avis, la preuve dans son ensemble peut raisonnablement être considérée comme justifiant la conclusion selon laquelle il était prévu d'avance que le marché B serait attribué à East Coast Marine Services Ltd.

Le capitaine Latter, qui était à la fois un témoin important pour le compte de l'Administration et le titulaire d'un poste-clé en sa qualité de président de l'Administration ayant une voix prépondérante aux réunions du conseil, a catégoriquement rejeté l'affirmation de l'intimée selon laquelle le processus d'appel d'offres était truqué à son détriment et favorable à l'attributaire. Comme les conclusions qu'il a tirées le montrent clairement, le juge de première instance a clairement rejeté cette preuve. La conclusion du juge de première instance selon laquelle le directeur des opérations avait discuté de la question du monopole avec le capitaine Latter à plusieurs reprises entre le mois de novembre 1986 et le 20 janvier 1987, est étayée par la preuve et n'a pas été contestée par l'Administration. La preuve montre également que ces deux hommes avaient discuté de la question du monopole même avant que les offres nos 47 et 48 soient examinées par le conseil, en novembre 1986. Je veux ici souligner que la décision que l'Administration a prise le 20 janvier 1987 n'était pas unanime. Les voix étaient partagées: quatre pour, deux contre. Parmi les membres qui étaient favorables, il y avait le capitaine Latter. De fait, il lui incombait de déterminer lequel des deux soumissionnaires restants serait retenu. Si les voix avaient été partagées à trois contre trois, le président aurait pu se prévaloir de sa voix prépondérante. Cela le mettait dans une position-clé à titre de décideur. Cette circonstance n'a pas été

expressément traitée par le juge de première instance, mais cela ne veut pas dire qu'il ne l'a pas prise en considération dans sa décision.

I conclude from all of the foregoing that the Trial Judge did not misconstrue the evidence. I have the impression from the judgment that his conclusions were based on the evidence as a whole adduced at the very lengthy trial and on his assessment of the witnesses as to their reliability. In my view, the process by which a trial judge comes to findings of fact and conclusions are difficult if not impossible to duplicate in an appellate court even with the assistance of the written reasons. I have mentioned a particular error but do not regard it as both palpable and overriding. On the whole I am persuaded that the Trial Judge's findings are supported by the evidence and that he did not misuse his advantages.

^a Tout ce qui précède me fait conclure que le juge de première instance n'a pas interprété la preuve d'une façon erronée. J'ai l'impression, d'après le jugement, que le juge a fondé ses conclusions sur l'ensemble de la preuve présentée lors de l'instruction très longue qui avait eu lieu ainsi que sur son appréciation de la fiabilité des témoins. À mon avis, le processus par lequel le juge de première instance en arrive à des conclusions de fait est difficile, sinon impossible, à reproduire dans une cour d'appel, même à l'aide des motifs écrits. J'ai mentionné une erreur particulière, mais je ne la considère pas comme étant à la fois manifeste et dominante. Dans l'ensemble, je suis convaincu que les conclusions du juge de première instance sont étayées par la preuve et que ce dernier n'a pas abusé de l'avantage dont il jouissait.

Implied term—lowest qualified bidder

The basis of the second attack is that the Trial Judge erred in finding, at page 413, that the contractual relationship between the parties under contract A included an implied term or obligation which required the Authority to award contract B to the lowest qualified bidder. It is my view that the implying of such a term was not central to the Judge's conclusion that the contract A had been breached. This finding, it appears, did no more than buttress the Judge's view that this was so. It seems clear, however, that the Trial Judge was influenced in the approach he took to the issue of damages by his view that the Authority was obliged to award contract B to the respondent as the lowest qualified bidder. Thus, at page 422, he found that the Authority "was aware that the plaintiff would be acting in accordance with the low bid concept on Tender 50." While I agree that this issue does require consideration, it is best deferred until the issue of damages is addressed.

Condition implicite—moins-disant remplissant les conditions

Le deuxième motif de contestation est fondé sur le fait que le juge de première instance aurait commis une erreur en concluant, à la page 413, que le contrat A que les parties avaient passé renfermait une condition implicite ou l'obligation d'attribuer le contrat B au moins-disant qui remplissait les conditions. À mon avis, le fait que le juge de première instance a supposé l'existence de pareille condition implicite n'était pas essentiel à la conclusion selon laquelle le contrat A avait été violé. Il semble que cette conclusion ne faisait que renforcer l'opinion du juge à ce sujet. Toutefois, il semble clair que l'opinion selon laquelle l'Administration était obligée d'attribuer le contrat B à l'intimée en sa qualité de moins-disant qui remplissait les conditions a influé sur la façon dont le juge de première instance a abordé la question des dommages-intérêts. Ainsi, à la page 422, le juge a conclu que l'Administration «savait que la demanderesse réglerait sa conduite sur le principe de l'offre la plus basse en réponse à l'appel d'offres n° 50». Je conviens qu'il faut examiner cette question, mais il est préférable d'attendre que la question des dommages-intérêts soit réglée.

Effectiveness of the "rejection clause"

The Authority then attacks the Trial Judge's conclusion that the "rejection clause"—which was included in the newspaper advertisements of Tender no. 50 but not in the specifications—did not entitle the Authority "to ignore the implied terms of the preliminary contract A." He appears here to have had in mind both the requirement for fair treatment of all bidders and of awarding the contract to the lowest qualified bidder. It is convenient to repeat the rejection clause:

The Authority reserves the right to reject any or all tenders or to accept any tender considered in its best interest.

Although this clause was not included in the specifications which were sent to the respondent on January 5, 1987, I am persuaded that the respondent accepted it upon submitting its bids on January 16, 1987. The advertisement containing the clause was placed in widely circulated daily newspapers in Halifax and on Cape Breton Island, where Captain Slater resided at the time. Captain Slater agreed on cross-examination that he probably saw the advertisement and that it was in the same form as had been published by the Authority on earlier occasions. The advertisement expressly identified the tender as "Tender no. 50" which is the same number that appeared on the face of the Authority's letter of January 5, 1987 to Captain Slater to which was attached the two-page specifications document. That letter, the specifications themselves and the advertisement each identified the service for which bids were invited as "Pilot Boat Service" at the Strait of Canso. While the Trial Judge did not make an explicit finding that this clause was included in contract A, he seems to have proceeded on the assumption that it was so included. I am satisfied from all of the evidence that this clause did become part of contract A at the time it came into being on January 16, 1987. In effect, applying the *Ron Engineering* analysis, the clause was included in the Authority's "offer;" the respondent's "acceptances" took the form of the submission of its bids.

Efficacité de la «clause de rejet»

L'Administration conteste ensuite la conclusion du juge de première instance selon laquelle la «clause de rejet»—qui figurait dans les annonces de l'appel d'offres n° 50 parues dans les journaux, mais non dans le cahier des charges—n'autorisait pas l'Administration à «ne pas tenir compte des conditions implicites des contrats préliminaires». Le juge semble ici avoir eu à l'esprit tant l'exigence voulant que tous les soumissionnaires soient traités équitablement que celle voulant que le marché soit attribué au moins-disant qui remplissait les conditions. Il est opportun de citer de nouveau la clause de rejet:

[TRADUCTION] L'Administration se réserve le droit de rejeter toutes les soumissions ou d'accepter toute soumission qu'elle jugerait plus avantageuse.

Cette clause n'a pas été incluse dans le cahier des charges qui a été envoyé à l'intimée le 5 janvier 1987, mais je suis convaincu que cette dernière l'a acceptée en présentant ses soumissions le 16 janvier 1987. L'annonce contenant la clause a été placée dans des quotidiens connaissant une large diffusion à Halifax et au Cap-Breton, où le capitaine Slater habitait alors. Pendant le contre-interrogatoire, le capitaine Slater a convenu qu'il avait probablement vu l'annonce et qu'elle avait la même forme que celles qui avaient déjà été publiées par l'Administration. L'annonce parlait expressément de l'[TRADUCTION] «appel d'offres n° 50», soit le numéro qui figurait dans la lettre que l'Administration avait envoyée au capitaine Slater le 5 janvier 1987, à laquelle était joint le cahier des charges de deux pages. Cette lettre, le cahier des charges lui-même et l'annonce désignaient chacun le service pour lequel on demandait des soumissions sous le nom de [TRADUCTION] «Service de bateau-pilote» dans le détroit de Canso. Le juge de première instance n'a pas expressément conclu que cette clause figurait dans le contrat A, mais il semble avoir supposé qu'elle y était ainsi incluse. L'ensemble de la preuve me convainc que cette clause a été incorporée dans le contrat A au moment où celui-ci a pris naissance, le 16 janvier 1987. En effet, si j'applique l'analyse qui a été effectuée dans l'arrêt *Ron Engineering*, la clause a été incluse dans l'«offre» de l'Administration; l'«acceptation» par l'intimée s'est faite au moyen de la présentation de soumissions.

The substantial issue is whether the Trial Judge erred in his treatment of the rejection clause. The reasons given for so doing are the following (at page 413):

I adopt the reasoning of Legg J.A. in *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, *supra*, that the defendant, by attaching the undisclosed preconditions of monopoly to its tender offer, deprived itself of any benefit or advantage afforded by the disclaimer clause because it would be inequitable to allow that clause to govern in the face of the contractual duty or obligation to treat all bidders fairly.

In *Chinook Aggregates*, *supra*, it was argued that a disclaimer or privilege clause by which the "lowest or any tender will not necessarily be accepted" allowed the owner to give preferences to local contractors notwithstanding that the local preference was not revealed in the tendering documents. The argument was rejected by Legg J.A. who stated, at pages 628-629:

I am unable to accept counsel's submission that the privilege clause gave the appellant the right to exercise a local preference when that local preference was not revealed by, or stated in, the tender documents. The basis for that portion of the reasoning in *Ron Engr.*, *supra*, and for the reasoning in *M.S.K. Fin. Services Ltd.*, *supra*, giving effect to a privilege clause and relied upon by the appellant is the proposition that the tender documents have set out fully all the terms which will be incorporated into contract A once a bidder submits his bid in response to the tender documents. The concept is based upon offer and acceptance in the law of contract. But where the appellant attaches a condition to its offer, as the appellant did in the case at bar, and that condition is unknown to the respondent, the appellant cannot successfully contend that the privilege clause made clear to the respondent bidder that it had entered into a contract on the express terms of the wording of that clause It would be inequitable to allow the appellant to take the position that the privilege clause governed when the appellant had reserved to itself the right to prefer a local contractor

I am of the view for the reasons which I have already expressed for imposing an obligation of fair treatment, that the rejection clause was not intended to operate so as to nullify that obligation. If it were otherwise the obligation would fail to fulfill its true role of preserving the integrity of the tendering process by preventing the awarding of contract B on a basis other than as set forth in the tendering documents upon which contract A was based. Counsel for

Il s'agit essentiellement de savoir si le juge de première instance a commis une erreur dans la façon dont il a traité la clause de rejet. Les raisons données pour ce faire sont les suivantes (à la page 413):

Je fais mien le raisonnement du juge Legg dans l'affaire *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, précitée, selon lequel la défenderesse, en assortissant son appel d'offres de conditions requises, relativement au monopole, qui n'ont pas été divulguées, s'est privée des avantages que lui procurait la clause d'exonération car il ne serait pas équitable de permettre que cette clause l'emporte sur l'obligation contractuelle de traiter équitablement tous les soumissionnaires.

Dans l'arrêt *Chinook Aggregates*, précité, il a été soutenu qu'une clause de dénégation ou de privilège stipulant que la [TRADUCTION] «soumission la plus basse ne sera pas nécessairement acceptée, ni aucune autre soumission» permettait au propriétaire d'accorder la préférence aux entrepreneurs locaux même si les appels d'offres ne précisaient pas qu'il en serait ainsi. L'argument a été rejeté par le juge Legg, J.C.A., qui a dit ceci, aux pages 628-629:

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

Pour les raisons que j'ai déjà énoncées lorsqu'il s'est agi d'imposer une obligation de traitement équitable, j'estime que la clause de rejet n'était pas destinée à s'appliquer de façon à annuler cette obligation. S'il en était autrement, l'obligation n'atteindrait pas le but réellement visé, à savoir préserver l'intégrité du processus d'appel d'offres en empêchant l'attribution du contrat B pour un motif autre que celui qui était énoncé dans les appels d'offres sur lequel le

the Authority concedes, indeed, that the rejection clause could not override a requirement of fair treatment if it appeared from the evidence that the Authority somehow failed to act in good faith towards the respondent in the tendering process. This accords with views expressed by Denault J. in *Glenview Corp. v. Canada (Minister of Public Works)* (1990), 44 Admin. L.R. 97 (F.C.T.D.), at page 104, that "the Court must be vigilant in assuring itself that the Crown is acting in the utmost good faith and is not actually attempting to obviate the tendering process." In my view, the findings of the Trial Judge that Tender no. 50 was "rigged" against the respondent and that the awarding of the contract to East Coast Marine Services Ltd. was "foregone" amply demonstrate that fair treatment was lacking in this case. Accordingly, in my view, the rejection clause cannot shield the Authority from a charge that it breached contract A by failing to fulfill its fair treatment obligation.

In the absence of unfair treatment, of course, the rejection clause would have entitled the Authority to choose from among the several bids submitted regardless of whether the bid chosen was the lowest or even the highest or to reject all bids provided, of course, it considered this to be in its "best interest." In the present case where unfair treatment has been established, the rejection clause did not entitle the Authority to reject the respondent's bid when to do so would not be for reason of best interest but, as the Trial Judge found, was from a desire to unfairly favour the successful bidder.

There remains the question of whether, despite the views I have just expressed, the rejection clause stands in the way of implying a term that contract B must be awarded to the respondent as the lowest qualified bidder. I have yet to deal with the question of whether such an obligation exists because, as I have stated, it adds nothing to the determination of

contrat A était fondé. L'avocate de l'Administration concède de fait que la clause de rejet ne pourrait pas l'emporter sur l'obligation de traitement équitable s'il ressortait de la preuve que l'Administration omettait d'une certaine façon d'agir en toute bonne foi à l'endroit de l'intimée dans le cadre du processus d'appel d'offres. Cela est conforme aux opinions que le juge Denault a exprimées dans l'arrêt *Glenview Corp. c. Canada (Ministre des Travaux Publics)* (1990), 44 Admin. L.R. 97 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 104, à savoir que «la Cour doit faire preuve de vigilance pour s'assurer que la Couronne agit en toute bonne foi et ne cherche pas, de fait, à contourner le processus d'appel d'offres». À mon avis, les conclusions que le juge de première instance a tirées, à savoir que l'appel d'offres n° 50 était «truqué» au détriment de l'intimée et qu'il était prévu «d'avance» que le marché serait attribué à East Coast Marine Services Ltd., montrent amplement que, dans ce cas-ci, les soumissionnaires n'ont pas été traités d'une façon équitable. À mon avis, la clause de rejet ne peut donc pas protéger l'Administration contre l'accusation selon laquelle elle avait violé le contrat A en omettant de s'acquitter de l'obligation qui lui incombait de traiter les soumissionnaires d'une façon équitable.

Bien sûr, en l'absence de traitement inéquitable, la clause de rejet aurait permis à l'Administration d'effectuer un choix parmi les diverses soumissions présentées, et ce, indépendamment de la question de savoir si la soumission retenue était la plus basse ou même la plus haute, ou encore de rejeter toutes les soumissions à condition, bien sûr, qu'il soit jugé que cela était [TRADUCTION] «plus avantageux». Dans ce cas-ci, puisqu'il a été établi que les soumissionnaires avaient été traités d'une façon inéquitable, la clause de rejet n'autorisait pas l'Administration à rejeter la soumission de l'intimée si la chose n'était pas jugée plus avantageuse, mais, comme le juge de première instance l'a conclu, découlait du désir de favoriser inéquitablement l'attributaire.

Il reste à savoir si, malgré les opinions que je viens d'exprimer, la clause de rejet m'empêche de conclure à l'existence d'une condition implicite voulant que le contrat B soit attribué à l'intimée, en sa qualité de moins-disant remplissant les conditions. Il me reste à trancher la question de savoir si pareille obligation existe parce que, comme je l'ai dit, elle n'ajoute rien

whether the Authority breached contract A. That question may, however, have a bearing on the damages that may be recoverable on account of the breach of that contract. It is conveniently deferred until that question is considered.

Piercing the corporate veil

The fourth issue concerns the view of the Trial Judge that the Authority Board arbitrarily pierced the corporate veil of the respondent by having regard to evidence suggesting that another of Captain Slater's companies—Chedabucto Shipwrights Limited—was financially unsound. Two Board members in particular, Captains Goodyear and Bell, thought that this situation reflected financial unsoundness of the respondent itself. The error alleged, it is said, led the Trial Judge to conclude that the respondent itself was not financially unstable.

Because it is a distinct legal entity, the respondent's legal status would ordinarily have to be respected. On the Judge's analysis, the respondent's corporate veil could not be pierced unless there was evidence that the Slater group's corporate structure was "deliberately designed to perpetrate some fraudulent or collusive purpose." The evidence was to the effect that Chedabucto Shipwrights Ltd. had suffered the foreclosure of a property but that it was nevertheless able to successfully complete the construction of a new pilot boat for use in the Authority's Newfoundland region. Despite his view of the law, the Trial Judge's ultimate findings do suggest that he did pay attention to the concerns of two of the Authority's Board members. These findings appear at pages 397-398, as follows:

In my view, there is no cogent evidence to support the conclusion of Captains Goodyear and Bell that "Northeast Marine was not as financially sound as they would like to see". At best, this can be seen as nothing other than far-fetched speculation based on second hand knowledge of apparent financial difficulties besetting Chedabucto Shipwrights. Nor is there any evidence, in my view, capable of supporting the defendant's long-term concern that the awarding of the contract on Tender 50 would somehow eliminate all future competition for pilot boat service in the Cape Breton area and enhance the risk of

à la détermination de la question de savoir si l'Administration a violé le contrat A. Toutefois, cette question peut influencer sur les dommages-intérêts qui peuvent être recouverts par suite de la rupture de ce contrat. Pour plus de commodité, elle est remise à plus tard, en attendant que la question des dommages-intérêt soit examinée.

Le paravent de la société

La quatrième question se rapporte à l'opinion que le juge de première instance a exprimée, à savoir que le conseil de l'Administration avait arbitrairement contourné le paravent de la société intimée en tenant compte d'éléments de preuve qui laissaient entendre qu'une autre société du capitaine Slater—Chedabucto Shipwrights Limited—était insolvable. Deux membres du conseil en particulier, les capitaines Goodyear et Bell, pensaient que cette situation reflétait l'insolvabilité de l'intimée elle-même. L'erreur alléguée, dit-on, a amené le juge de première instance à conclure que l'intimée elle-même n'était pas insolvable.

Étant donné que l'intimée est une personne juridique distincte, sa situation juridique devrait normalement être respectée. Selon l'analyse effectuée par le juge, le paravent de la société intimée ne pouvait pas être contourné à moins qu'il ne soit prouvé que la structure du groupe de sociétés Slater avait été «conçue délibérément soit pour réaliser un dessein frauduleux, soit par suite d'une collusion». Selon la preuve, Chedabucto Shipwrights Ltd. avait fait l'objet d'une action en forclusion, mais elle avait néanmoins pu achever avec succès la construction d'un nouveau bateau-pilote destiné à être utilisé dans la région de Terre-Neuve. Malgré l'opinion que le juge de première instance a exprimée au sujet du droit, ses conclusions finales laissent entendre qu'il s'est arrêté aux préoccupations de deux membres de l'Administration. Ces conclusions figurent aux pages 397 et 398:

À mon avis, aucune preuve convaincante ne justifie la conclusion des capitaines Goodyear et Bell que [TRADUCTION] «la solvabilité de Northeast Marine était douteuse». Au mieux, cette affirmation peut être considérée comme rien d'autre qu'une supposition tirée par les cheveux, fondée sur une information de seconde main concernant les difficultés financières qui auraient assailli Chedabucto Shipwrights. Et aucune preuve n'a été fournie, selon moi, qui puisse étayer l'appréhension de la défenderesse quant à l'effet à long terme de l'attribution du marché dans le cadre de l'appel d'offres n° 50, c'est-à-dire

ransom demands being made by Captain Slater or his group of companies.

In effect, based on the evidence adduced, the Trial Judge was simply not persuaded that the concerns that had been raised by these two Board members at the Board meeting of January 20, 1987, were valid. In the end, as we have seen, apart from a cost saving the Board's avowed reason in its majority resolution for rejecting the respondent's bid was not financial soundness of that party but because "it was unwise to give a monopoly for pilot boat services in the Cape Breton Region to one operator."

Damages

The Trial Judge's assessment of the damages came at the end of a lengthy consideration of the law and evidence. His award is attacked by both parties. The Authority maintains that damages must be limited to the expenses incurred by the respondent in submitting its bid of January 16, 1987 and, accordingly, that it was wrong for the Trial Judge to have allowed damages for loss of profits from the failure of the Authority to award contract B to the respondent. The respondent attacks the award as insufficient on the ground the Trial Judge reduced the damages he otherwise assessed by too great a measure.

I have already referred to the part played in the determination of this issue by the Trial Judge's view that contract A included an implied term requiring the Authority to award contract B to the lowest qualified bidder. That was one of the several factors he took into account, as appears in the following passage (at pages 421-422):

In my opinion, the evidence, weighed on the balance of probabilities, establishes to a sufficient degree of certainty that the plaintiff bid on Tender 50 with the full expectation of real-

l'élimination de la concurrence dans l'avenir pour les services de bateau-pilote dans la région du Cap-Breton et l'augmentation du risque de chantage de la part du capitaine Slater ou de son groupe de sociétés.

^a En effet, compte tenu de la preuve, le juge de première instance n'était tout simplement pas convaincu que les préoccupations qui avaient été exprimées par ces deux membres du conseil lors de la réunion du 20 janvier 1987 étaient fondées. En fin de compte, comme nous l'avons vu, à part les économies réalisées, la raison que le conseil a énoncée dans sa résolution majoritaire à l'appui du rejet de la soumission de l'intimée ne se rapportait pas à la solvabilité de cette dernière, mais au fait qu'il [TRADUCTION] «serait imprudent d'accorder un monopole à un seul exploitant à l'égard des services de bateau-pilote pour la région du Cap-Breton».

Les dommages-intérêts

^e Le juge de première instance a évalué les dommages-intérêts après avoir longuement examiné le droit et la preuve. Sa décision est contestée par les deux parties. L'Administration maintient que les dommages-intérêts doivent être limités aux frais que l'intimée avait engagés pour présenter sa soumission du 16 janvier 1987, et que le juge de première instance a donc eu tort d'accorder des dommages-intérêts pour le manque à gagner découlant du fait que le contrat B n'avait pas été attribué à l'intimée. De son côté, l'intimée dit que le montant accordé n'est pas suffisant parce que le juge de première instance a réduit dans une trop large mesure le montant qu'il aurait par ailleurs accordé.

^h J'ai déjà parlé du fait que l'opinion selon laquelle le contrat A renfermait une condition implicite obligeant l'Administration à attribuer le contrat B au moins-disant qui remplissait les conditions avait influé sur la décision du juge de première instance à cet égard. C'était l'un des facteurs dont ce dernier avait tenu compte, comme le montre le passage suivant (aux pages 421 et 422):

^j À mon avis, selon la prépondérance des probabilités, la preuve établit avec un degré de certitude suffisant que la demanderesse a présenté une soumission, en réponse à l'appel

izing some profit or monetary advantage therefrom over the whole contract period had it been successful on its bid, and that the loss of such profit was something which the defendant ought reasonably to have foreseen or contemplated, in the usual course of things, as the likely consequence of any breach of the preliminary contract A at the time it was made. Consequently, I am unable to find the plaintiff's claim for damages for loss of profits, based on its reasonable expectation interest, to be too remote under the first branch of the rule in *Hadley v. Baxendale* [(1854), 156 E.R. 145 (Ex. Ct.)] or otherwise. The defendant was experienced in the practice of calling tenders for the provision of pilotage service, knew the plaintiff and the nature of its business, and was aware that the plaintiff would be acting in accordance with the low bid concept on Tender 50. In the result, I find as a fact that the defendant must be taken to have reasonably foreseen the likely consequences of the breach of its contract with the plaintiff. [Emphasis added.]

The Trial Judge dealt with the arguments for and against implying a "lowest qualified bidder" term at some length. He first had regard to certain provisions of the Authority's by-laws and of its tendering manual which are referred to therein. Although neither of these specifically required the awarding of any contract to the lowest qualified bidder, the Trial Judge expressed the view (at page 392) that neither "necessarily exclude an implied, qualified obligation to accept the lowest bid in the case of public tender calls, where cost or price is the chief or sole criterion." This latter expression is found in the manual under the heading "Opening of Tenders." The policy there set down requires that any call for tenders advertised in a newspaper "shall be opened publicly unless the requirement is one for which cost is the chief or sole criterion."

Also of importance to the Trial Judge was that the case involved "a call for public tenders by a Crown corporation for the supplying of a pilot boat service where cost or price would have to be an important criterion in the evaluation of tenders and the ultimate accountability of such Crown corporation to the Par-

d'offres n° 50, en s'attendant vraiment à réaliser ainsi un profit ou à faire une affaire rentable tout au long de la durée du marché si celui-ci lui était attribué et que la privation de ce profit était quelque chose que la défenderesse aurait dû raisonnablement prévoir ou envisager lors de la conclusion du contrat, selon le cours normal des choses, comme conséquence probable de la rupture du contrat préliminaire A. Par conséquent, je ne peux pas conclure que les dommages-intérêts réclamés par la demanderesse à l'égard du manque à gagner, soit le préjudice lié à son expectative raisonnable, sont trop éloignés selon le premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale* [(1854), 156 E.R. 145 (Ex. Ct.)] ou pour une autre raison. La défenderesse avait l'habitude de la tenue d'appels d'offres à l'égard de la fourniture de services de bateau-pilote, elle connaissait la demanderesse et la nature de son activité et elle savait que la demanderesse réglerait sa conduite sur le principe de l'offre la plus basse en réponse à l'appel d'offres n° 50. En conséquence, je suis arrivé à la conclusion que la défenderesse doit être présumée avoir raisonnablement prévu les conséquences probables de la rupture de son contrat avec la demanderesse. [Je souligne.]

Le juge de première instance a examiné passablement à fond les arguments qui militaient en faveur ou à l'encontre d'une présomption selon laquelle il existait une condition implicite relative au «moins-disant qui remplissait les conditions». Il a d'abord examiné certaines dispositions des règlements administratifs de l'Administration et du manuel des appels d'offres qui y est mentionné. Ni l'un ni l'autre de ces documents n'exigeait expressément l'attribution de quelque marché au moins-disant qui remplissait les conditions, mais le juge de première instance a exprimé l'avis (à la page 392) que ni l'un ni l'autre «[n']écarterent nécessairement une obligation implicite... d'accepter l'offre la plus basse en cas d'appel d'offres public, si le coût ou le prix est le principal ou le seul critère». Cette dernière expression se trouve dans le manuel, sous la rubrique «Ouverture des appels d'offres». La politique qui y est exposée exige que tout appel d'offres publié dans les journaux «soit ouvert au public à moins que la condition requise soit celle pour laquelle les coûts représentent le principal et unique critère».

Le juge de première instance a en outre tenu compte du fait que l'affaire se rapportait à «un appel d'offres public, lancé par une société d'État et concernant la fourniture de services de bateau-pilote, pour lequel le coût ou le prix devait être un critère important de l'évaluation des soumissions, et [que]

liament of Canada for the conduct of its affairs” (page 413).⁹ In his view, the language of the tendering manual implied that this should be so “according to the weight of the evidence.” Moreover, he was influenced by what he described, at page 413, as “a customary low bidder practice” on the part of the Authority. This was based on testimony of Captain Slater in re-direct examination. According to that evidence, as summarized by the Judge, at page 413, “they expected to be treated fairly and had presumed they would be likely to get the contract, based on the low bidder concept and from the fact of having the right equipment.”

Earlier in his reasons (at page 402), the Trial Judge referred to the following statement of Legg J.A. in *Chinook Aggregates*, supra, at page 630, as pertinent:

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

At page 413, the Trial Judge added:

Does the exclusion or disclaimer or privilege clause, call it what you will, entitle the defendant to ignore the implied terms of the preliminary contracts A arising from the submission of the tender bids by attaching to its tender call preferential preconditions which were not disclosed or communicated to the bidders? In my opinion, it does not. I adopt the reasoning of Legg J.A. in *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun.*

⁹ In *Kencor Holdings Ltd. v. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717 (Sask. Q.B.), at p. 721, it was held to be “imperative that the low, qualified bidder succeed” if the integrity of the tendering process was to be maintained. As Halvorson J. put it: “If governments meddle in the process and deviate from the industry custom of accepting the low bid, competition will wane. The inevitable consequence will be higher costs to the taxpayer. Moreover, when governments, for reasons of patronage or otherwise, apply criteria unknown to the bidders, great injustice follows.”

cette société d'État devait en définitive rendre compte de sa gestion devant le Parlement fédéral» (à la page 413)⁹. À son avis, c'est ce qui ressortait implicitement du libellé du manuel des appels d'offres ainsi que «du poids de la preuve». Le juge a en outre été influencé par ce qu'il a décrit, à la page 413, comme «la pratique [de] l'attribution au moins-disant» qui était établie au sein de l'Administration. Il s'est fondé sur la déposition que le capitaine Slater avait faite lors du nouvel interrogatoire principal. Selon cette déposition, telle qu'elle a été résumée par le juge à la page 413, «ils s'attendaient à être traités équitablement et ils avaient présumé qu'ils obtiendraient vraisemblablement le marché, vu le principe de l'attribution au moins-disant et le fait qu'ils possédaient le bon matériel».

Plus haut dans ses motifs (à la page 402), le juge de première instance a cité la remarque suivante que le juge Legg, J.C.A., avait faite dans l'arrêt *Chinook Aggregates*, précité, à la page 630, remarque qu'il jugeait pertinente:

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

Aux pages 413 et 414, le juge de première instance a ajouté ceci:

La clause d'exonération ou de dénégation ou de privilège, appelons-la comme on voudra, donnait-elle à la défenderesse le droit de ne pas tenir compte des conditions implicites des contrats préliminaires A découlant de la présentation des soumissions, en assortissant son appel d'offres de conditions requises, liées à sa préférence, qui n'ont pas été divulguées ou communiquées aux soumissionnaires? À mon avis, la réponse est non.

⁹ Dans *Kencor Holdings Ltd. v. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717 (B.R. Sask.), à la p. 721, il a été statué que, pour que l'intégrité du processus d'appel d'offres soit maintenue, il fallait [TRADUCTION] «absolument que le soumissionnaire remplissant les conditions les plus basses soit retenu». Comme le juge Halvorson l'a dit: [TRADUCTION] «Si l'État intervient dans le processus et déroge à la coutume du secteur, voulant que la soumission la plus basse soit retenue, la concurrence disparaîtra. D'où des coûts plus élevés pour le contribuable. En outre, lorsque l'État, pour des raisons de népotisme ou pour d'autres raisons, applique certains critères que les soumissionnaires ne connaissent pas, une grave injustice est commise.»

Dist.), *supra*, that the defendant, by attaching the undisclosed preconditions of monopoly to its tender offer, deprived itself of any benefit or advantage afforded by the disclaimer clause because it would be inequitable to allow that clause to govern in the face of the contractual duty or obligation to treat all bidders fairly. In the result, I find that the defendant has breached the preliminary contract A with the plaintiff and is *prima facie* liable in damages.

The Authority submits that to imply a “lowest qualified bidder” term and to give it primacy over the rejection clause would be to neutralize that clause and impose upon the Authority an obligation to accept the lowest qualified bid in practically all cases. Thus, the Authority could not reject the lowest bid in other circumstances even if it had good and sufficient reasons to do so from a commercial standpoint. This, it is said, would be out of harmony with decided cases. In *Acme Building & Construction Ltd. v. Newcastle (Town)* (1992), 2 C.L.R. (2d) 308 (Ont. C.A.), for example, an owner was permitted to reject the lowest bid and to award a contract to a higher bidder where that bidder would get the job done in a shorter period of time and would save the owner other costs.

I have difficulty with the view that custom or usage required the Authority to award contract B to the lowest qualified bidder. The Authority’s tendering manual did not require it to do so. Further, the evidence of a suggested custom or usage was, in my view, somewhat tenuous. The Trial Judge had reference to the testimony of Captain Slater who had “presumed”¹⁰ he would be likely to get the contract. With respect, I do not see this as decisively showing the existence of custom or usage. It appears to fall short of establishing the essential element of certainty required for either custom or usage to prevail. (See e.g. *Halsbury’s Laws of England*, 4th ed., Vol. 12, at pages 9 and 53.)

¹⁰ See e.g. Evidence Slater, Trial Transcript, Vol. 3, at p. 272, l. 15 to l. 22.

Je fais mien le raisonnement du juge Legg dans l’affaire *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, précitée, selon lequel la défenderesse, en assortissant son appel d’offres de conditions requises, relativement au monopole, qui n’ont pas été divulguées, s’est privée des avantages que lui procurait la clause d’exonération car il ne serait pas équitable de permettre que cette clause l’emporte sur l’obligation contractuelle de traiter équitablement tous les soumissionnaires. Par conséquent, je conclus que la défenderesse a dérogé au contrat préliminaire A conclu avec la demanderesse et doit, à première vue, verser des dommages-intérêts à cette dernière.

L’Administration soutient que supposer l’existence d’une condition implicite à l’égard du «moins-disant qui remplit les conditions» et lui donner la primauté sur la clause de rejet aurait pour effet de neutraliser cette clause et d’imposer à l’Administration l’obligation d’accepter la soumission la plus basse qui remplit les conditions dans presque tous les cas. L’Administration ne pourrait donc pas rejeter la soumission la plus basse dans d’autres circonstances même si y avait des raisons valables et suffisantes de le faire au point de vue commercial. L’Administration dit que cela ne serait pas conforme à la jurisprudence. Ainsi, dans l’arrêt *Acme Building & Construction Ltd. v. Newcastle (Town)* (1992), 2 C.L.R. (2d) 308 (C.A. Ont.), un propriétaire avait été autorisé à rejeter la soumission la plus basse et à attribuer le contrat à un soumissionnaire dont le prix était plus élevé parce que ce dernier exécuterait le travail dans un délai plus bref et lui épargnerait d’autres frais.

Il m’est difficile de souscrire à l’opinion selon laquelle la coutume ou l’usage obligerait l’Administration à attribuer le contrat B au moins-disant qui remplissait les conditions. Le manuel des appels d’offres de l’Administration ne l’obligeait pas à le faire. En outre, la preuve d’une coutume ou d’un usage suggérés était, à mon avis, quelque peu ténue. Le juge de première instance avait devant lui la déposition du capitaine Slater, qui avait [TRADUCTION] «présupposé»¹⁰ qu’il obtiendrait probablement le contrat. Avec égards, je ne considère pas cela comme montrant d’une façon décisive l’existence d’une coutume ou d’un usage. Cela ne semble pas établir l’élément essentiel de certitude qui est requis pour que la coutume ou l’usage l’emporte. (Voir, par exemple, *Halsbury’s Laws of England*, 4^e éd., vol. 12, aux pages 9 et 53).

¹⁰ Voir par exemple le témoignage du capitaine Slater, Transcription de l’instruction, vol. 3, à la p. 272, l. 15 à l. 22.

The Authority submits that even if custom or usage could be established, it could not override the express language of the rejection clause. The case of *Cartwright & Crickmore Ltd. v. MacInnes*, [1931] S.C.R. 425 is relied upon for the proposition that an express provision of a contract prevails over custom or usage. At pages 429-430 Rinfret J. stated:

But it is, after all, a question of fact whether the contract was or was not entered into with reference to the customs and usage referred to (*Clarke v. Bailie*). Custom and usage cannot override a special contract. [Footnote omitted.]

and later, at page 431, he added:

But there can be no recognized custom in opposition to an actual contract, and the special agreement of the parties must prevail.

In *Acme, supra*, it was argued that an alleged custom or usage in the industry of awarding contracts to the lowest qualified bidder could be overridden by an express privilege clause in the instructions to tenderers. The Trial Judge [(1990), 38 C.L.R. 56 (Ont. Dist. Ct.)] there had rejected evidence of custom and usage. Nevertheless, the Court of Appeal stated, at page 309:

In our opinion, even if there was acceptable evidence of custom and usage known to all the tendering parties, it could not prevail over the express language of the tender documents which constituted an irrevocable bid once submitted, and a contract, when and if accepted . . .

and, at page 310:

With respect to accepting any given bid, the instructions to tenderers stated the "[o]wner shall have the right not to accept lowest or any other tender". This gave the respondent the right to reject the lowest bid and accept another qualifying bid without giving any reasons.

Chinook has no application to the case on appeal in light of the findings of the trial judge that no such custom and usage existed . . . There is no evidence of any undisclosed policy which was inconsistent with the tender process.

L'Administration soutient que même si la coutume ou l'usage pouvaient être établis, ils ne pourraient pas l'emporter sur le libellé exprès de la clause de rejet. L'arrêt *Cartwright & Crickmore Ltd. v. MacInnes*, [1931] R.C.S. 425 est invoqué à l'appui de la proposition selon laquelle une disposition expresse d'un contrat l'emporte sur la coutume ou l'usage. Aux pages 429 et 430, le juge Rinfret a dit ceci:

[TRADUCTION] Cependant, il s'agit après tout d'une question de fait que celle de savoir si le contrat avait été passé par rapport aux coutumes et à l'usage mentionnés (*Clarke v. Bailie*). La coutume et l'usage ne peuvent pas l'emporter sur un contrat spécial. [Note en bas de page omise.]

Et, plus loin, à la page 431, le juge a ajouté ceci:

[TRADUCTION] Cependant, il ne peut y avoir aucune coutume reconnue s'opposant à un contrat véritable, et l'entente spéciale qui est intervenue entre les parties doit l'emporter.

Dans l'arrêt *Acme*, précité, il a été soutenu qu'une clause expresse de privilège figurant dans les instructions données aux soumissionnaires pouvait l'emporter sur une présumée coutume ou sur un présumé usage du secteur voulant que le marché soit attribué au moins-disant qui remplit les conditions. Dans cette affaire-là, le juge de première instance [(1990), 38 C.L.R. 56 (C. dist. Ont.)] avait rejeté la preuve de la coutume et de l'usage. Néanmoins, la Cour d'appel a dit ceci, à la page 309:

[TRADUCTION] À mon avis, même s'il existait une preuve acceptable de l'existence d'une coutume et d'un usage connus par tous les soumissionnaires, cela ne pourrait pas l'emporter sur le libellé exprès des appels d'offres qui constituaient une soumission irrévocable, une fois qu'elle avait été présentée, et un marché, si elle était acceptée . . .

Et, à la page 310 le juge a dit ceci:

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'acceptation de toute soumission, les instructions données aux soumissionnaires disaient que le «[p]ropriétaire a[vait] le droit de ne pas accepter l'offre la plus basse ou toute autre offre». Cela donnait à l'intimée le droit de rejeter la soumission la plus basse et d'accepter toute autre soumission qui remplissait les conditions sans donner de raisons.

L'arrêt *Chinook* ne s'applique pas à l'affaire portée en appel compte tenu des conclusions que le juge de première instance a tirées, à savoir qu'il n'existait aucune coutume ni aucun usage de ce genre . . . Il n'existe aucune preuve de l'existence d'une politique non divulguée incompatible avec le processus d'appel d'offres.

It is evident that the views expressed at page 309 were not necessary to the Court's decision; the Trial Judge had already found that no custom or usage existed in the industry. Moreover, the Court was careful to distinguish *Chinook Aggregates*, *supra*, on that ground and on the further ground that in *Acme*, *supra*, there was no evidence of any undisclosed policy which was inconsistent with the tender process. Where a breach of the fair treatment obligation is not shown, there would appear to be no sound reason for refusing to give the rejection clause its full rein, for it is fully a part of contract A.

It must be noted that only the low bid of the respondent and the bid of East Coast Marine Services Ltd. were in play after all bids were reported to the Board by the Pilot Boat Committee following its meeting of January 20, 1987. There appears little doubt on the evidence that the Committee viewed both bids as qualified, although it considered the *Chapel Hill* to be the "better boat" and the service of the respondent the "better service." Bearing in mind the Judge's findings, nothing in the record suggests that the rejection of the respondent's low bid was inevitable had the Authority not decided to award contract B to East Coast Marine Services Ltd. on the pretext, according to the Trial Judge's finding, that to award it to the respondent would result in monopoly. Furthermore, there is the critical finding at trial that the respondent was never in the running for contract B because the Authority had rigged the tendering process against that party.

The position of the Authority is that damages for lost profits are not available to the respondent as there is no basis for saying that if it were not for the breach of contract A the respondent would have been awarded contract B. This argument rests on the Authority's contention that it could have used the rejection clause to reject all the bids, including the respondent's, at any time. It seems to me that there is a flaw in this reasoning. The aim of an award of dam-

Il est évident que les opinions exprimées à la page 309 n'étaient pas essentielles à la décision de la Cour; le juge de première instance avait déjà conclu qu'il n'existait aucune coutume ni aucun usage dans le secteur. En outre, la Cour a veillé à faire une distinction à l'égard de l'arrêt *Chinook Aggregates*, précité, pour ce motif ainsi que pour le motif que, dans l'arrêt *Acme*, précité, l'existence d'une politique non divulguée incompatible avec le processus d'appel d'offres n'était pas établie. Lorsque la violation de l'obligation relative au traitement équitable n'est pas établie, il ne semblerait y avoir aucune raison valable de refuser de donner plein effet à la clause de rejet, puisqu'elle fait partie intégrante du contrat A.

Il importe de noter que seule la soumission la moins élevée de l'intimée et la soumission d'East Coast Marine Services Ltd. entraient en ligne de compte après que le comité des bateaux-pilotes eut fait rapport au conseil sur toutes les soumissions, à la suite de sa réunion du 20 janvier 1987. D'après la preuve, il semble peu douteux que le comité estimait que les deux soumissions remplissaient les conditions, mais que, à son avis, le *Chapel Hill* était le «meilleur bateau», et les services de l'intimée les «meilleurs services». Compte tenu des conclusions tirées par le juge, rien dans le dossier ne laisse entendre que le rejet de la soumission la moins élevée de l'intimée aurait été inévitable si l'Administration n'avait pas décidé d'attribuer le contrat B à East Coast Marine Services Ltd. sous le prétexte, comme l'a conclu le juge de première instance, que l'attribution du contrat à l'intimée entraînerait l'existence d'un monopole. En outre, il y a la conclusion cruciale qui a été tirée à l'instruction, à savoir qu'il n'avait jamais été tenu compte de l'intimée à l'égard du contrat B parce que l'Administration avait truqué le processus d'appel d'offres à son détriment.

La position que l'Administration a prise est que l'intimée n'a pas droit à des dommages-intérêts pour le manque à gagner étant donné que rien ne permet de dire que, si ce n'avait été de la rupture du contrat A, elle se serait vu attribuer le contrat B. Cet argument repose sur la prétention de l'Administration selon laquelle cette dernière aurait pu invoquer la clause de rejet pour rejeter, à n'importe quel moment, toutes les soumissions, dont celle de l'intimée. Il me

ages in contract is to put a plaintiff (in this case the respondent) in the same position he would have been in if the breach had not occurred.¹¹ The breach in this case was the Authority's failure to treat the respondent fairly in choosing between the respondent's bid and the bid of East Coast Marine Services Ltd. The Authority did not choose to invoke the rejection clause so as to have a new call for tenders with new conditions; it chose to act unfairly. If the breach had not occurred, the Authority would have been choosing between the same two bids on a fair basis, having already decided not to rely on the rejection clause. In that situation, with no bias and no undisclosed conditions being relied on, it seems evident that the respondent would have stood a chance of being awarded contract B, the terms and conditions of which required no further negotiations between the parties.¹²

It cannot be said, of course, that "contract B" was breached because no such contract came into existence between the parties. Accordingly, we are not here dealing with a claim for damages based upon a breach of that contract. Rather, the case is one of damages flowing from the breach of contract A. As the Trial Judge held, the contractual relationship between the parties required the Authority to treat the respondent fairly in making its selection. As I see it, the failure of the Authority to do so deprived the respondent of the opportunity of being awarded contract B where, as the Trial Judge found, the respondent had met all the terms and conditions of the specifications. Under these circumstances, in my view, the recovery of damages for breach of contract A does not depend on the existence of an absolute obli-

¹¹ See e.g. *Asamera Oil Corporation Ltd. v. Sea Oil & General Corporation et al.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *Victoria Laundry (Windsor), Ltd. v. Newman Industries, Ltd. Coudon & Co., Ltd. (Third Parties)*, [1949] 2 K.B. 528 (C.A.).

¹² As was noted above, contract A required the successful bidder "to sign an Atlantic Pilotage Authority contract which will include the terms and conditions specified" in the appellant's letter to the respondent of January 5, 1987 and in the documents attached thereto.

semble y avoir une lacune dans ce raisonnement. Le but de l'octroi de dommages-intérêts résultant d'un contrat est de mettre le demandeur (en l'espèce, l'intimée) dans la même situation que celle dans laquelle il aurait été en l'absence de rupture du contrat¹¹. En l'espèce, la rupture était l'omission par l'Administration de traiter l'intimée équitablement, lorsqu'il s'était agi de choisir entre la soumission de cette dernière et celle d'East Coast Marine Services Ltd. L'Administration n'a pas décidé d'invoquer la clause de rejet de façon à lancer un nouvel appel d'offres comportant de nouvelles conditions; elle a décidé d'agir d'une façon inéquitable. En l'absence de rupture, l'Administration aurait effectué un choix entre les deux mêmes soumissions sur une base équitable, puisqu'elle aurait déjà décidé de ne pas se fonder sur la clause de rejet. En pareil cas, en l'absence de parti pris et puisqu'on ne se serait pas fondé sur des conditions non divulguées, il semble évident que l'intimée aurait eu des chances de se voir attribuer le contrat B, dont les conditions n'exigeaient aucune autre négociation entre les parties¹².

Bien sûr, on ne peut pas dire que le «contrat B» a été violé parce qu'aucun contrat de ce genre n'existait entre les parties. Par conséquent, nous ne sommes pas ici saisis d'une action en dommages-intérêts fondée sur la rupture de ce contrat. Il s'agit plutôt d'une action en dommages-intérêts découlant de la rupture du contrat A. Comme le juge de première instance l'a statué, la relation contractuelle existant entre les parties obligeait l'Administration à traiter l'intimée équitablement en effectuant son choix. À mon sens, l'omission par l'Administration de le faire a privé l'intimée de la possibilité de se voir attribuer le contrat B alors que, comme le juge de première instance l'a conclu, elle satisfaisait à toutes les conditions générales du cahier des charges. À mon avis, dans ces circonstances, le recouvrement de dommages-intérêts

¹¹ Voir, par ex. *Asamera Oil Corporation Ltd. c. Sea Oil & General Corporation et autre*, [1979] 1 R.C.S. 633; *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries, Ltd. Coudon & Co., Ltd. (Third Parties)*, [1949] 2 K.B. 528 (C.A.).

¹² Comme il en a ci-dessus été fait mention, le contrat A exigeait que l'attributaire [TRADUCTION] «signe un contrat avec l'Administration de pilotage de l'Atlantique, lequel comprenait les conditions générales énoncées» dans la lettre que l'appelante avait envoyée à l'intimée le 5 janvier 1987 et dans les documents annexés.

gation to award contract B to the respondent as the lowest qualified bidder.¹³ Indeed, as Estey J. stated in *Ron Engineering, supra*, at page 123, “the degree of this obligation is controlled by the terms and conditions established in the call for tenders.” In my view, what the law seeks to compensate where a breach of contract A occurs is for the value of the loss suffered by the respondent by reason of that breach.

The common law recognizes a right to damages for loss of opportunity caused by the breach of a contract. *Chaplin v. Hicks*, [1911] 2 K.B. 786 (C.A.), is the seminal case on the point. It was concerned with a public competition whose object was to select several persons as the most beautiful women in the United Kingdom. Those selected were to be given an engagement at a London theatre for one week at specified remuneration. The plaintiff, who had complied with all of the preliminary requirements of the competition, was denied the opportunity of being selected when it was impossible for her to submit to a final interview on short notice. She alleged a breach of contract and claimed damages as a result of that breach. The Trial Judge found for the plaintiff. On appeal, two issues were raised. The first was that damages could not be awarded because they were too remote. The second was that the damages were of such a nature as to be impossible of assessment. The appeal failed.

¹³ Some of the decided cases do, indeed, suggest that lost anticipated profits are recoverable only where there is an obligation to award contract B to the plaintiff: *M.S.K. Financial Services Ltd. v. Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services)* (1987), 77 A.R. 362 (Q.B.); *Scott Steel (Ottawa) Ltd. v. R.J. Nicol Construction (1975) Ltd.* (1993), 15 C.L.R. (2d) 10 (Ont. Div. Ct.); *Bate Equipment Ltd. v. Ellis-Don Ltd.* (1992), 2 C.L.R. (2d) 157 (Alta Q.B.). It may be observed that in none of these cases does it appear that contract A was breached due to unfair treatment. In *Kencor Holdings Ltd., supra*, it was held, following *Chinook Aggregates, supra*, that the plaintiff was entitled to recover anticipated future profits under contract A where contract B was awarded to a third party on the basis that such party satisfied a term which was not disclosed in the tendering documents. See also, *Martin (L.B.) Construction Ltd. et al. v. Gaglardi et al.; Lauze et al., Third Parties* (1978), 91 D.L.R. (3d) 393 (B.C.S.C.).

déoulant de la rupture du contrat A ne dépend pas de l'existence d'une obligation absolue d'attribuer le contrat B à l'intimée en sa qualité de moins-disant remplissant les conditions¹³. De fait, comme le juge Estey l'a dit dans l'arrêt *Ron Engineering*, précité, à la page 123, «l'étendue [de cette obligation] est déterminée par les conditions générales mentionnées à l'appel d'offres». À mon avis, c'est la valeur de la perte subie par l'intimée en raison de la violation du contrat A que le droit cherche à compenser.

La common law reconnaît l'existence d'un droit à des dommages-intérêts pour la perte de la possibilité occasionnée par la rupture d'un contrat. L'arrêt *Chaplin v. Hicks*, [1911] 2 K.B. 786 (C.A.), fait autorité sur ce point. Cette affaire se rapportait à un concours public dont l'objet était de choisir plusieurs personnes comme étant les femmes les plus belles au Royaume-Uni. Les femmes qui avaient été choisies devaient avoir un engagement dans un théâtre de Londres pendant une semaine et toucher une rémunération précise. La demanderesse, qui avait satisfait à toutes les exigences préliminaires du concours, s'était vu refuser la possibilité d'être choisie parce qu'elle n'avait pas pu se présenter à une entrevue finale à bref délai. Elle a allégué la rupture du contrat et a réclamé des dommages-intérêts par suite de cette rupture. Le juge de première instance a rendu un jugement en faveur de la demanderesse. En appel, deux questions ont été soulevées. La première était que les dommages-intérêts ne pouvaient pas être accordés parce qu'ils étaient trop indirects. La

¹³ De fait, certains arrêts laissent entendre que le manque à gagner prévu est recouvrable uniquement s'il existe une obligation d'attribuer le contrat B au demandeur: *M.S.K. Financial Services Ltd. v. Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services)* (1987), 77 A.R. 362 (B.R.); *Scott Steel (Ottawa) Ltd. v. R.J. Nicol Construction (1975) Ltd.* (1993), 15 C.L.R. (2d) 10 (C. div. Ont.); *Bate Equipment Ltd. v. Ellis-Don Ltd.* (1992), 2 C.L.R. (2d) 157 (B.R. Alb.). Il est à noter qu'il semble que, dans aucune de ces affaires, le contrat A n'ait été violé en raison d'un traitement inéquitable. Dans *Kencor Holdings Ltd.*, précité, il a été statué, à la suite de la décision rendue dans l'affaire *Chinook Aggregates*, précitée, que le demandeur avait le droit de recouvrer le manque à gagner futur prévu en vertu du contrat A lorsque le contrat B était attribué à un tiers pour le motif que ce dernier remplissait une condition qui n'avait pas été divulguée dans les appels d'offres. Voir également, *Martin (L.B.) Construction Ltd. et al. v. Gaglardi et al.; Lauze et al., Third Parties* (1978), 91 D.L.R. (3d) 393 (C.S.C.-B.).

In addressing the first issue, Vaughan Williams L.J. stated, at page 791:

Now, the moment it is admitted that the contract was in effect one which gave the plaintiff a right to present herself and to take her chance of getting a prize, and the moment the jury find that she did not have a reasonable opportunity of presenting herself on the particular day, we have a breach attended by neglect of the defendant to give her a later opportunity; and when we get a breach of that sort and a claim for loss sustained in consequence of the failure to give the plaintiff an opportunity of taking part in the competition, it is impossible to say that such a result and such damages were not within the contemplation of the parties as the possible direct outcome of the breach of contract. I cannot think these damages are too remote, and I need say no more on the question of remoteness.

At page 795, Fletcher Moulton L.J. added these views:

To my mind the contention that they are too remote is unsustainable. The very object and scope of the contract were to give the plaintiff the chance of being selected as a prize-winner, and the refusal of that chance is the breach of contract complained of and in respect of which damages are claimed as compensation for the exclusion of the plaintiff from the limited class of competitors. In my judgment nothing more directly flowing from the contract and the intentions of the parties can well be found.

There was also a concurrence of views on the second issue. The argument was that it was impossible to say that the loss had any value because of a number of contingencies. The judges agreed that the circumstances would render it difficult to assess the value of the loss with precision because of these contingencies. However, Vaughan Williams L.J. expressed the view, at page 792, that:

... the fact that damages cannot be assessed with certainty does not relieve the wrong-doer of the necessity of paying damages for his breach of contract.

Fletcher Moulton L.J. made the same point in the following way, at page 794:

The Common Law Courts never enforced contracts specifically, as was done in equity; if a contract was broken, the common law held that an adequate solatium was to be found in a pecuniary sum, that is, in the damages assessed by the jury.

seconde était qu'à cause de la nature des dommages-intérêts, il était impossible de les évaluer. L'appel a été rejeté.

En examinant la première question, le lord juge Vaughan Williams a dit ceci, à la page 791:

[TRADUCTION] Dès qu'il est admis que le contrat était en fait un contrat qui conférait à la demanderesse le droit de se présenter et d'avoir la possibilité de gagner un prix, et dès que le jury conclut qu'elle n'a pas eu une possibilité raisonnable de se présenter le jour en question, nous sommes en présence d'une violation du fait que le défendeur a omis de donner par la suite à la demanderesse une autre possibilité; or, lorsqu'une telle violation est commise et qu'une action est intentée en raison de la perte subie par suite de l'omission de donner à la demanderesse la possibilité de participer au concours, on ne saurait dire que les parties ne prévoyaient pas que la violation du contrat pourrait directement entraîner pareil résultat et pareils dommages-intérêts. À mon avis, ces dommages ne sont pas trop indirects, et je n'ai pas à en dire davantage sur ce point.

À la page 795, le lord juge Fletcher Moulton a ajouté ceci:

[TRADUCTION] À mon avis, la prétention selon laquelle ils [les dommages] sont trop indirects est défendable. L'objet et la portée mêmes du contrat étaient de donner à la demanderesse la possibilité de gagner le prix, et le refus de lui donner cette possibilité constitue la violation du contrat dont on se plaint et à l'égard de laquelle des dommages-intérêts sont réclamés pour compenser l'exclusion de la demanderesse de la catégorie restreinte des concurrentes. À mon avis, on ne saurait rien trouver qui découle plus directement du contrat et de l'intention des parties.

Les avis étaient également concordants en ce qui concerne la seconde question. On avait soutenu qu'il était impossible de dire que la perte avait une valeur quelconque, à cause de la grande incertitude qui régnait. Les juges ont convenu que les circonstances permettaient difficilement d'évaluer avec précision la valeur de la perte à cause de cette incertitude. Toutefois, à la page 792, le lord juge Vaughan Williams a exprimé l'avis selon lequel:

[TRADUCTION] ... le fait que les dommages ne soient pas déterminés avec certitude ne décharge pas pour autant l'auteur du préjudice de l'obligation de payer des dommages pour la rupture de contrat.

À la page 794, le lord juge Fletcher Moulton a dit la même chose:

[TRADUCTION] Les tribunaux de *common law* n'ont jamais ordonné l'exécution de l'obligation même découlant d'un contrat, comme le faisaient les tribunaux d'*equity*; en cas de rupture de contrat, la *common law* prévoit que l'adjudication d'un

But there is no other universal principle as to the amount of damages than that it is the aim of the law to ensure that a person whose contract has been broken shall be placed as near as possible in the same position as if it had not. The assessment is sometimes a matter of great difficulty.

At page 795, he added:

But it is said that the damages cannot be arrived at because it is impossible to estimate the quantum of the reasonable probability of the plaintiff's being a prize-winner. I think that, where it is clear that there has been actual loss resulting from the breach of contract, which it is difficult to estimate in money, it is for the jury to do their best to estimate; it is not necessary that there should be an absolute measure of damages in each case.¹⁴

This case has been applied in Canada: see e.g. *Webb & Knapp (Canada) Limited et al. v. City of Edmonton*, [1970] S.C.R. 588; *Multi-Malls Inc. v. Tex-Mall Properties Ltd.* (1980), 28 O.R. (2d) 6 (H.C.). See also Waddams, *The Law of Damages*, 2nd ed., (Toronto, 1993), at paragraphs 13.270-13.370; Fridman, *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed., (Toronto, 1994), at pages 751-753. Its application has been extended to other situations involving loss of an expected profit or advantage from breach of contract.

The case at bar, in my view, falls within these principles. By its unfair treatment, the Authority deprived the respondent of the opportunity of being selected as the successful bidder in the tendering competition. It is not to say that the respondent was assured of contract B but, from the findings at trial, it does appear that the respondent stood a chance of being selected had the competition been conducted in a fair and honest manner. The respondent's bid was in fact the lowest one submitted. It would have enabled the Authority to procure the service it required at the least cost. At the time the final decision was made, the task was not one of selecting the successful

¹⁴ Indeed, at p. 792, Vaughan Williams L.J. stated that the trial court must do "the best [it] can" and that its decision will not be set aside even if "the amount of th[e] verdict will really be a matter of guesswork." See *Wood v. Grand Valley Railway Co. et al.*, [1915] 51 S.C.R. 283, at p. 289; *Penvidic Contracting Co. Ltd. v. International Nickel Co. of Canada Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 267. See also *R. v. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 F.C. 129 (C.A.) and *Redpath Industries Ltd. v. Cisco (The)*, [1994] 2 F.C. 279 (C.A.).

montant d'argent, c'est-à-dire le montant des dommages accordés par le jury, constitue une juste réparation. Il n'y a pas d'autre principe général que celui qui veut que la loi vise à remettre la victime d'une rupture de contrat, autant que possible, dans la même situation que s'il n'y en avait pas eu. La détermination des dommages pose parfois de grandes difficultés.

À la page 795, il a ajouté ceci:

[TRADUCTION] Cependant, on dit que les dommages-intérêts ne peuvent pas être déterminés parce qu'il est impossible d'attribuer une valeur à la probabilité raisonnable que la demanderesse gagne le prix. Je pense que, lorsqu'une perte réelle résultant de la rupture d'un contrat n'est pas douteuse mais difficile à estimer en argent, le jury doit faire pour le mieux; il n'est pas nécessaire qu'il y ait dans chaque cas une mesure absolument précise des dommages¹⁴.

Cet arrêt a été appliqué au Canada: voir, par exemple, *Webb & Knapp (Canada) Limited et autre c. La Ville D'Edmonton*, [1970] R.C.S. 588; *Multi-Malls Inc. v. Tex-Mall Properties Ltd.* (1980), 28 O.R. (2d) 6 (H.C.). Voir également Waddams, *The Law of Damages*, 2^e éd., (Toronto, 1993), aux paragraphes 13,270 à 13,370; Fridman, *The Law of Contract in Canada*, 3^e éd., (Toronto, 1994), aux pages 751 à 753. Son application a été étendue à d'autres situations comportant la perte d'un profit ou d'un avantage prévus par suite de la rupture d'un contrat.

À mon avis, ces principes s'appliquent en l'espèce. Par la façon inéquitable dont elle a traité l'intimée, l'Administration a privé celle-ci de la possibilité d'être choisie comme contributaire dans le cadre de l'appel d'offres. Cela ne veut pas dire que le contrat B allait nécessairement être attribué à l'intimée, mais, d'après les conclusions tirées en première instance, il semble que l'intimée ait eu des chances d'être choisie si le concours avait été équitable et honnête. La soumission la plus basse était de fait celle de l'intimée. Elle aurait permis à l'Administration d'obtenir le service requis au coût le plus bas. Au moment où la décision finale a été prise, il ne s'agis-

¹⁴ De fait, à la p. 792, le lord juge Vaughan Williams a dit que la cour de première instance devait faire [TRADUCTION] «son possible» et que sa décision ne serait pas annulée même si [TRADUCTION] «le montant accordé [était] réellement un montant estimatif». Voir *Wood v. Grand Valley Railway Co. et al.*, [1915] 51 R.C.S. 283, à la p. 289; *Penvidic Contracting Co. Ltd. c. International Nickel Co. of Canada Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 267. Voir également *R. c. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 C.F. 129 (C.A.) et *Redpath Industries Ltd. c. Cisco (Le)*, [1994] 2 C.F. 279 (C.A.).

bidder from a group of six but from the only two qualified competitors.¹⁵ In those circumstances, and assuming fair treatment all around, the possibility remained that the Authority would have yet rejected the respondent's bid in favour of that presented by East Coast Marine Services Ltd.

I turn next to the Trial Judge's assessment of damages. At the trial, the respondent called Mr. O. B. Tilley, a chartered accountant, as an expert witness on the issue of damages. Mr. Tilley presented two sets of calculations. In the first, he arrived at a figure of \$329,311 as the projected after-tax earnings over the five-year term of contract B. His second calculation, which was based on assumptions put to him in cross-examination on the first calculation, produced a figure of \$44,580 in after-tax earnings. After noting some dissatisfaction with Mr. Tilley's evidence and finding that the first figure was "too high" while the second was "inordinately low," the Trial Judge proceeded to adopt what he described as "a global approach in endeavouring to arrive at a fair and realistic assessment of the plaintiff's damages for breach of contract." In doing so, he turned for guidance to the decision of the Supreme Court of Canada in *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694, at pages 708-709, where Dickson J. (as he then was) stated:

¹⁵ Thus in *Chaplin v. Hicks*, *supra*, Farwell L.J. observed at pp. 798-799:

It is obvious, of course, that the chance or probability may in a given case be so slender that a jury could not properly give more than nominal damages, say one shilling; if they had done so in the present case, it would have been entirely a question for them, and this Court could not have interfered. But in the present competition we find chance upon chance, two of which the plaintiff had succeeded in passing; from being one of six thousand she had become a member of a class of fifty, and, as I understand it, was first in her particular division by the votes of readers of the paper; out of those fifty there were to be selected twelve prize-winners; it is obvious that her chances were then far greater and more easily assessable than when she was only one of the original six thousand. If the plaintiff had never been selected at all, the case would have been very different; but that was not the case.

sait pas de choisir l'attributaire parmi un groupe de six soumissionnaires, mais de déterminer lequel des deux concurrents restants qui remplissaient les conditions devait être retenu¹⁵. Dans ces circonstances, et à supposer qu'elle ait toujours agi d'une façon équitable, il était encore possible que l'Administration rejette la soumission de l'intimée en faveur de celle qu'East Coast Marine Services Ltd. avait présentée.

J'examinerai maintenant la façon dont le juge de première instance a évalué les dommages-intérêts. À l'instruction, l'intimée a cité M. O. B. Tilley, comptable agréé, à titre d'expert pour témoigner sur la question des dommages-intérêts. M. Tilley a présenté deux ensembles de calculs. En premier lieu, il est arrivé au montant de 329 311 \$, qui représentait le profit net après impôt qui aurait probablement été réalisé pendant les cinq années où le contrat B aurait été en vigueur. Selon son second calcul, qui était fondé sur des hypothèses qui lui ont été présentées pendant le contre-interrogatoire sur le premier calcul, le profit net après impôt était de 44 580 \$. Après s'être déclaré plus ou moins satisfait du témoignage de M. Tilley et après avoir conclu que le premier chiffre était «trop élevé», alors que le second était «excessivement bas», le juge de première instance a adopté ce qu'il a décrit comme «une approche globale», en tentant d'évaluer d'une manière équitable et réaliste les dommages-intérêts de la demanderesse pour la rupture du contrat. Ce faisant, il s'est fondé sur la décision que la Cour suprême du Canada avait

¹⁵ Ainsi, dans *Chaplin v. Hicks*, précité, le lord juge Farwell a fait observer ceci, aux p. 798 et 799:

[TRADUCTION] Bien sûr, il est évident que les chances ou la probabilité, dans un cas donné, puissent être si minces qu'un jury ne pourrait pas légitimement accorder plus que des dommages-intérêts symboliques, disons un shilling; s'ils l'avaient fait en l'espèce, il leur aurait strictement appartenu de le faire et la Cour n'aurait pas pu intervenir. Cependant, dans le concours dont il est ici question, les chances se sont accumulées et la demanderesse a déjà réussi à deux reprises; elle, qui n'était qu'une candidate parmi tant d'autres, est passée dans une catégorie composée de cinquante candidates, et, si je comprends bien, elle était la première dans sa division particulière, à la suite d'un vote tenu parmi les lecteurs du journal; de ces cinquante candidates, douze devaient être choisies; de toute évidence, ses chances étaient alors beaucoup plus grandes et beaucoup plus faciles à évaluer que lorsqu'elle était l'une de six mille candidates. Si la demanderesse n'avait jamais été choisie, l'affaire aurait été fort différente, mais ce n'était pas le cas.

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

In coming to his final assessment, the Trial Judge stated at page 424:

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

Now, it is a well-established principle that an appellate court ought not to reverse a finding of a trial judge as to the quantum of damages merely because the court is of the view that, had it tried the case in the first instance, it would have awarded a lesser or greater sum. The case of *Nance v. British Columbia Electric Ry. Co. Ltd.*, [1951] A.C. 601 (H.L.), sets out the limits within which an appellate court may interfere with the quantum of damages assessed at trial. At pages 613-614, Viscount Simon stated:

Whether the assessment of damages be by a judge or a jury, the appellate court is not justified in substituting a figure of its own for that awarded below simply because it would have awarded a different figure if it had tried the case at first instance. Even if the tribunal of first instance was a judge sitting alone, then, before the appellate court can properly intervene, it must be satisfied either that the judge, in assessing the damages, applied a wrong principle of law (as by taking into account some irrelevant factor or leaving out of account some relevant one); or, short of this, that the amount awarded is either so inordinately low or so inordinately high that it must be a wholly erroneous estimate of the damage (*Flint v. Lovell*, approved by the House of Lords in *Davies v. Powell Duffryn Associated Collieries, Ltd.*). The last named case further shows

rendue dans l'affaire *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694, où le juge Dickson (tel était alors son titre) a dit ceci aux pages 708 et 709:

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

En arrivant à son évaluation finale, le juge de première instance a dit ceci, à la page 424:

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

Selon un principe bien établi, la cour d'appel ne devrait pas annuler la conclusion que le juge de première instance a tirée au sujet du montant des dommages-intérêts simplement parce qu'elle estime que, si elle avait en premier lieu statué sur l'affaire, elle aurait accordé un montant différent. L'arrêt *Nance v. British Columbia Electric Ry. Co. Ltd.*, [1951] A.C. 601 (H.L.) établit jusqu'à quel point la cour d'appel peut modifier le montant des dommages-intérêts accordés en première instance. Aux pages 613 et 614, le vicomte Simon a dit ceci:

[TRADUCTION] Que l'appréciation des dommages soit effectuée par un juge ou par un jury, la Cour d'appel n'est pas autorisée à remplacer le montant alloué par une cour d'instance inférieure par un montant calculé par elle, simplement parce qu'elle aurait elle-même accordé un montant différent si elle avait jugé l'affaire en première instance. Même si le tribunal de première instance était constitué par un juge siégeant seul, la Cour d'appel ne peut intervenir à bon droit que si elle est convaincue: soit que le juge, en évaluant les dommages, a appliqué un principe juridique erroné (en tenant compte par exemple d'un facteur non pertinent ou en ne tenant pas compte d'un élément pertinent), soit, si tel n'est pas le cas, que le montant des dommages est ou bien si excessivement bas ou bien si excessivement élevé qu'une telle estimation du dommage doit

that when on a proper direction the quantum is ascertained by a jury, the disparity between the figure at which they have arrived and any figure at which they would properly have arrived must, to justify correction by a court of appeal, be even wider than when the figure has been assessed by a judge sitting alone. The figure must be wholly "out of all proportion" (*per* Lord Wright, *Davies v. Powell Duffryn Associated Collieries, Ltd.*). [Footnotes omitted.]

It seems to me that the relevant question, therefore, is whether the Trial Judge applied a wrong principle of law in assessing the damages. With respect, in my view he erred in two aspects. As I have indicated, his assessment was based at least in part on a view that the Authority was bound to award contract B to the respondent as the lowest qualified bidder. In the view I have taken, while there was no such obligation in the circumstances, there remained a chance that, absent the unfair treatment, the respondent would have been awarded contract B. It is the value of this lost opportunity rather than of the contract itself that should be compensated for in damages. It was also wrong for the Judge to take the expert's figure of \$329,311 as his "starting point," when he had already rejected that figure as "too high." The record shows that there was general agreement on the expert's lower figure of \$44,580 as the starting point. The dispute was whether this figure represented total damages or whether it should be increased to reflect the use of a three-man rather than a four-man crew on board the *Captain Parker*. The use of a three-man crew would have increased the net earnings over the projected period of contract B by \$163,000 including interest. As I am of the view, for the reasons expressed below, that the Trial Judge did not err in finding that a four-man crew was not required by the specifications, this sum of \$163,000 should be added to the base figure of \$44,580 which I would regard as the starting point. To the combined figures should be added the 22% factor for income tax which is not in dispute, for an aggregate of \$45,676. This results in a gross earnings over the said period of \$253,248.

de ce fait être entièrement erronée. (Voir *Flint v. Lovell*, approuvé par la Chambre des Lords dans *Davies v. Powell Duffryn Associated Collieries, Ltd.* La dernière affaire citée montre, de plus, que lorsque le montant est fixé par un jury convenablement instruit, la différence entre le chiffre auquel il est arrivé et celui auquel il aurait pu convenablement arriver doit, pour justifier une modification par une cour d'appel, être encore plus grande que dans le cas où ce même chiffre aurait été fixé par un juge seul. Le montant doit être tout à fait «hors de toute proportion» (lord Wright, *Davies v. Powell Duffryn Associated Collieries, Ltd.* [Les notes en bas de page sont omises.]

Il me semble qu'il s'agit donc de savoir si le juge de première instance a appliqué un principe de droit erroné en évaluant les dommages-intérêts. Avec égards, j'estime qu'il a commis une erreur sur deux points. Comme je l'ai mentionné, son évaluation était fondée, du moins en partie, sur l'opinion selon laquelle l'Administration était tenue d'attribuer le contrat B à l'intimée en sa qualité de moins-disant remplissant les conditions. À mon avis, il n'existait dans les circonstances aucune obligation de ce genre, mais il était néanmoins possible que, en l'absence de traitement inéquitable, l'intimée se soit vu attribuer le contrat B. C'est la valeur de la perte de cette possibilité plutôt que du contrat lui-même qui devrait faire l'objet d'une indemnisation au moyen de l'octroi de dommages-intérêts. Le juge a également eu tort de se fonder sur la somme de 329 311 \$ calculée par l'expert, alors qu'il avait déjà estimé que ce montant était «trop élevé». Le dossier montre qu'on s'entendait généralement sur le montant inférieur de 44 580 \$ calculé par l'expert. Le litige portait sur la question de savoir si ce chiffre représentait le montant total des dommages-intérêts ou s'il devait être augmenté de façon à refléter le recours à un équipage de trois hommes plutôt que de quatre, à bord du *Captain Parker*. Le recours à un équipage de trois hommes aurait augmenté le profit net de 163 000 \$, intérêt compris, sur la période prévue du contrat B. Étant donné que, pour les motifs ci-dessous énoncés, j'estime que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que le cahier des charges n'exigeait pas un équipage de quatre hommes, la somme de 163 000 \$ devait être ajoutée au moment de base de 44 580 \$, que je prendrais comme point de départ. Il faudrait ajouter à ces chiffres combinés un facteur de 22 % pour l'impôt sur le revenu, ce qui n'est pas contesté, de façon à obtenir au total 45 676 \$. Pour ladite période, le profit brut serait donc de 253 248 \$.

I return then to the contingency factor which was adopted by the Trial Judge. As indicated above, the error of principle in arriving at the factor selected was the failure to take account of the uncertainty as to whether contract B would have been awarded to the respondent in a fair competition. The task of the Trial Judge was to make an estimate of what the chances were that contract B would have gone to the respondent but for the unfair treatment and to reflect those chances in the award of damages (*Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166 (H.L.), per Lord Diplock, at page 176). As was stated by McLachlin J.A. (as she then was) in *Houweling Nurseries Ltd. v. Fisons Western Corp.* (1988), 49 D.L.R. (4th) 205 (B.C.C.A.), at page 211:

The plaintiff is entitled to compensation for the loss of that opportunity. But it would be wrong to assess the damages for that lost opportunity as though it were a certainty.

As the Trial Judge did not reflect this element of uncertainty in his assessment, in my view this Court is required to do so.

There remains for consideration three sub-issues. The first is whether the Trial Judge erred in allowing the respondent an expense of \$2,390 for bidding on Tender no. 50 in addition to lost profits. The second is whether the Trial Judge erred in the manner he quantified the lost profits having regard to all of the evidence. The last is whether the Trial Judge erred in reducing the damages he had otherwise assessed.

In my view, the expense incurred in submitting the bid on January 16, 1987, is not recoverable as damages for breach of contract A in addition to lost profits. I agree with the Authority that had the respondent been awarded contract B it would not have been reimbursed this expense. I do not think it mere idle speculation that a business entity in the position of the respondent would most likely have factored the

Je reviens maintenant au facteur d'incertitude qui a été adopté par le juge de première instance. Comme je l'ai ci-dessus mentionné, l'erreur de principe qu'il a commise en arrivant au facteur choisi était attribuable au fait qu'il avait omis de tenir compte de l'incertitude qui régnait au sujet de la question de savoir si le contrat B aurait été attribué à l'intimée dans le cadre d'un concours équitable. La tâche du juge de première instance consistait à estimer quelles auraient été les chances que le contrat B soit attribué à l'intimée, si ce n'avait été de la façon inéquitable dont cette dernière avait été traitée, et à en tenir compte dans le montant des dommages-intérêt accordés (*Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166 (H.L.), lord Diplock, à la page 176). Comme l'a dit le juge d'appel McLachlin (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Houweling Nurseries Ltd. v. Fisons Western Corp.* (1988), 49 D.L.R. (4th) 205 (C.A.C.-B.), à la page 211:

[TRADUCTION] La demanderesse a le droit d'être indemnisée de la perte de cette possibilité. Cependant, il serait erroné d'évaluer les dommages-intérêts découlant de la perte de cette possibilité comme s'il s'agissait d'une certitude.

Étant donné que le juge de première instance n'a pas tenu compte de cet élément d'incertitude dans son évaluation, la Cour est, à mon avis, tenue de le faire.

Il reste à examiner trois questions accessoires. Premièrement, le juge de première instance a-t-il commis une erreur en accordant à l'intimée, en plus du manque à gagner, la somme de 2 390 \$ pour les frais que celle-ci avait engagés en présentant sa soumission relativement à l'appel d'offres n° 50? Deuxièmement, le juge de première instance a-t-il commis une erreur dans la façon dont il a quantifié le manque à gagner, compte tenu de l'ensemble de la preuve? Troisièmement, le juge de première instance a-t-il commis une erreur en réduisant le montant des dommages-intérêts qu'il aurait par ailleurs accordés?

À mon avis, l'intimée ne peut pas recouvrer, en plus du manque à gagner, les frais qu'elle a engagés en présentant sa soumission, le 16 janvier 1987, à titre de dommages-intérêts pour la rupture du contrat A. Je souscris à l'avis de l'Administration, à savoir que si l'intimée s'était vu attribuer le contrat B, elle n'aurait pas été indemnisée de ces frais. Je ne crois pas qu'on fait une conjecture oiseuse en suppo-

tendering expense into the bid price and recouped this expense in that manner.

The second sub-issue is concerned with the Trial Judge's finding that Tender no. 50 did not require a four-man crew for any pilot boat chosen by the Authority. This, says the Authority, was in error because the evidence is clear that a four-man crew was specified. If the Authority is correct, the measure of damages should be correspondingly reduced because the respondent's lost profits would not be as large as those which were found by the Trial Judge.

I agree that the specifications on this point are somewhat vague. Clause 1(h) thereof refers to the boat being "manned by a minimum crew of two persons at all times when underway." Subclause 2(c)(i) then provides:

(i) Boat must be manned by at least a launchmaster and deckhand when underway but may be partially manned when not in use provided that the boat can be underway under all circumstances within one hour of the launchmaster being notified by Cape Breton dispatch.

These provisions spell out the crew requirements when the boat would be in use and when not; they do not spell out the total number of crew. The basis of the Authority's assertion is that the proposal submitted by the respondent referred to a four-man crew and that this was the past practice of the respondent in the Strait of Canso area where a system of compulsory pilotage continued to prevail. On the other hand, there was evidence that, based on the Authority's own understanding, the *Captain Parker* would be operating the service at the Strait of Canso with a three-man crew after September of 1986. The Trial Judge appears to have accepted that evidence. It remained on all of the evidence for the Trial Judge to determine as a mixed question whether a three or four-man crew was called for by the specifications. I am unable to see that he misconstrued the specifications or misapprehended the evidence viewed as a whole.

sant qu'une entité commerciale qui serait dans la situation de l'intimée aurait probablement tenu compte des frais de présentation de la soumission dans le prix de la soumission et aurait ainsi recouvré ces frais.

La deuxième question accessoire se rapporte à la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'appel d'offres n° 50 n'exigeait pas que le bateau-pilote choisi par l'Administration ait à son bord quatre membres d'équipage. Selon l'Administration, il s'agissait d'une erreur puisque, selon la preuve, il était clairement précisé que l'équipage devait être composé de quatre personnes. Si l'Administration a raison, le montant des dommages-intérêts devrait être réduit en conséquence parce que le manque à gagner ne serait pas aussi important que celui auquel le juge de première instance a conclu.

Je conviens que, sur ce point, le cahier des charges est quelque peu vague. La clause 1h) dit que le bateau doit être [TRADUCTION] «doté d'au moins deux membres d'équipage en tout temps lorsqu'il fait route». La sous-clause 2c)(i) dit ensuite ceci:

[TRADUCTION] (i) Le bateau doit être doté, en route, d'au moins un capitaine et d'un matelot de pont, mais il peut n'être doté que par une partie des effectifs lorsqu'il n'est pas utilisé, à condition qu'il puisse dans tous les cas être prêt à partir dans un délai d'une heure sur réception par le capitaine d'un avis du régulateur du Cap-Breton.

Ces dispositions énoncent les exigences relatives à l'équipage lorsque le bateau est utilisé et lorsqu'il ne l'est pas; elles ne parlent pas du nombre total de membres d'équipage. L'affirmation de l'Administration est fondée sur ce que la proposition soumise par l'intimée parlait d'un équipage de quatre hommes et que telle était la pratique passée de l'intimée dans la région du détroit de Canso, où un système de pilotage obligatoire continuait à exister. D'autre part, certains éléments de preuve montraient que, après le mois de septembre 1986, selon l'entente même de l'Administration, le *Captain Parker* exploiterait le service dans le détroit de Canso avec un équipage de trois hommes. Le juge de première instance semble avoir retenu cette preuve. Compte tenu de l'ensemble de la preuve, il lui restait à trancher la question mixte de savoir si le cahier des charges exigeait un équipage de trois hommes ou un équipage de quatre hommes. Je ne puis dire que le juge a inter-

prété le cahier des charges d'une façon erronée ou qu'il a apprécié la preuve dans son ensemble d'une façon erronée.

The final point is raised by the respondent but, in view of what I have already indicated, the contingency factor of 42% applied by the Trial Judge to account for uncertainties requires examination because of neglect to include the uncertainty of whether contract B would have been awarded to the respondent. I shall deal first with the respondent's submission. Its position is that this factor should be reduced. I agree with the Authority, however, that there was evidence of uncertainty that was not accounted for by the respondent's expert witness. I am satisfied that the Trial Judge committed no error in refusing to adopt a lower factor than 42%. This was for him to determine in the first instance and it has not been demonstrated that the factor he selected was too high.

On the other hand, I am persuaded for the reasons already given that the factor adopted by the Trial Judge is too low. It simply does not include any element to account for the uncertainty of whether contract B would have gone to the respondent but for the Authority's unfair treatment. The Court must seek to compensate the respondent for the value of the lost opportunity; not to over-compensate for that loss. In my view, bearing in mind the scenario I have described above of the Authority acting fairly towards the two bidders remaining in the competition, there was no certainty that the respondent's bid would have been selected over that of East Coast Marine Services Ltd. Being qualified meant that the respondent stood a chance of being selected but its selection in what had become a two-way contest was not assured. Weighing the matter as best I can, I consider that the contingency factor should be increased to 50% to account for this further uncertainty. As applied to the gross earnings of \$253,248 referred to above, this would reduce the "net balance" to \$126,624. No portion of the respondent's expense of preparing its bid on Tender no. 50 should be added to this sum.

a Le dernier point est soulevé par l'intimée mais, compte tenu de ce que j'ai déjà dit, il faut examiner le facteur d'incertitude (42 %) que le juge de première instance a appliqué, parce que celui-ci a omis de tenir compte de l'incertitude qui régnait au sujet de la question de savoir si le contrat B aurait été attribué à l'intimée. J'examinerai d'abord l'argument de l'intimée. Elle soutient que ce facteur devrait être réduit. Toutefois, je souscris à l'avis de l'Administration, à savoir qu'il existait, au sujet de l'incertitude, certains éléments de preuve dont le témoin expert de l'intimée n'avait pas tenu compte. Je suis convaincu que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en refusant d'adopter un facteur inférieur à 42 %. Il lui appartenait de déterminer en premier lieu ce facteur et il n'a pas été démontré que le facteur qu'il a choisi était trop élevé.

D'autre part, je suis convaincu, pour les motifs que j'ai déjà énoncés, que le facteur adopté par le juge de première instance est trop bas. Il ne comprend tout simplement pas d'élément permettant de tenir compte de l'incertitude qui régnait au sujet de la question de savoir si le contrat B aurait été attribué à l'intimée, si ce n'avait été de la façon inéquitable dont l'Administration avait traité cette dernière. La Cour doit chercher à indemniser l'intimée de la valeur de la perte de cette possibilité, et non à lui accorder une indemnité trop élevée pour cette perte. À mon avis, compte tenu du scénario que j'ai ci-dessus décrit, soit que l'Administration a agi d'une façon équitable à l'endroit des deux soumissionnaires restants, il n'est pas certain que la soumission de l'intimée est été choisie par rapport à celle d'East Coast Marine Services Ltd. Le fait que l'intimée remplissait les conditions voulait dire qu'elle avait des chances d'être choisie, mais qu'il n'était pas certain qu'on lui accorde la préférence par rapport à l'autre soumissionnaire. Si je soupèse la question du mieux qu'il est possible, j'estime que le facteur incertitude devrait être porté à 50 %. Si l'on applique ce facteur au profit brut de 253 348 \$ susmentionné, cela réduit le «solde net» à 126 624 \$. Aucune partie des frais que l'intimée a engagés pour préparer sa soumission à l'égard de l'appel d'offres n° 50 ne devrait être ajoutée à cette somme.

DISPOSITION

I would allow the appeal in part by disallowing any portion of the sum of \$2,390 incurred by the respondent in submitting its bid on Tender no. 50 and by reducing the damages otherwise assessed at trial to \$126,624. I would vary the judgment of the Trial Division accordingly and would otherwise affirm it in all other respects. Success being almost equally divided, I would allow the respondent one-half of its costs of this appeal.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LÉTOURNEAU J.A.: I have had the benefit of reading the reasons for judgment of my colleague Stone J.A. and I am in general agreement with them, except for his rejection of the appellant's contention that the Trial Judge misconstrued the evidence before him. In my view, the learned Judge of the Trial Division committed errors which fundamentally flawed his decision. His misconstruction of the evidence coloured his perception of the issues and unfavourably tainted his decision against the appellant. Consequently, I have reached conclusions different from those of my colleague.

The learned Trial Judge came to the conclusion that the granting of the contract to East Coast Marine Services Ltd. on Tender no. 50 was a foregone conclusion because of an undisclosed precondition of the tendering process, namely that of monopoly. This finding of the Trial Judge, found at page 398 of his reasons and quoted by my colleague, bears repeating:

Taking all these factors into account, I find that it was a foregone conclusion in the collective mind of the defendant, acting through its responsible officers and directors, that the plaintiff was never even in the running for fair consideration with respect to its bids on Tender 50 because of the undisclosed preconditions of monopoly. In other words, the tendering process was rigged against the plaintiff from the very outset.

DISPOSITIF

J'accueillerais l'appel en partie en refusant au complet la somme de 2 390 \$ que l'intimée a dépensée pour présenter sa soumission à l'égard de l'appel d'offres n° 50 et en fixant à 126 624 \$ le montant des dommages-intérêts par ailleurs accordés à l'instruction. Je modifierais le jugement de la Section de première instance en conséquence et je le confirmerais par ailleurs à tous les autres égards. Étant donné que le succès est partagé presque également, j'accorderais à l'intimée la moitié des dépens de l'appel.

* * *

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Stone, J.C.A., et, d'une façon générale, j'y souscris, sauf en ce qui concerne le rejet de la prétention de l'appelante selon laquelle le juge de première instance a interprété la preuve d'une façon erronée. À mon avis, le juge de la Section de première instance a commis des erreurs qui ont fondamentalement vicié sa décision. L'interprétation erronée qu'il a donnée de la preuve a faussé l'idée qu'il s'était faite des questions litigieuses et a influé d'une façon défavorable sur la décision qu'il a rendue contre l'appelante. Par conséquent, je suis arrivé à des conclusions différentes de celles de mon collègue.

Le juge de première instance a conclu qu'il était prévu d'avance que le marché serait attribué à East Coast Marine Services Ltd. en ce qui concerne l'appel d'offres n° 50, et ce, à cause d'une condition requise non divulguée du processus de l'appel d'offres, soit celle relative au monopole. Il est opportun de reproduire cette conclusion du juge de première instance, qui se trouve à la page 398 et qui a été citée par mon collègue:

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

Indeed, the learned Judge saw the condition of monopoly as the governing criterion in the tendering process. At page 412 of his decision, he wrote:

I also found as a fact that the defendant rigged the bid against the plaintiff in the tendering process for Tender 50 by adopting as its governing criteria for the awarding of the tender conditions which excluded the plaintiff from any consideration whatever, and thus unfairly preferred the rival bidder, East Coast Marine Services Ltd., to whom the contract was awarded.

In my view, this was an error induced by his misconception and misinterpretation of the evidence. He confused a relevant consideration in the exercise of the appellant's power under the "rejection clause" to reject any tender in the public interest with a condition of the tendering process. The issue of monopoly was never a condition or precondition of the tendering process which made that process unfair and a foregone conclusion. Indeed, there is no obligation, as the respondent claims and as the Trial Judge's decision would require, to make any express mention in the advertisements of tenders that the tendering authority will not assist or be an accomplice in the creation or granting of a monopoly to the public detriment. There is no more an obligation to make that kind of consideration a condition of the tendering process than there is to require as a condition of the process that bidders not be in conflict of interest or in breach of the *Competition Act* [R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19)] and be financially sound.

The issue of monopoly like those of safety, financial stability of the bidders and conflict of interest are legitimate and relevant commercial considerations that the appellant could, and indeed in the public interest should, take into account in the exercise of its power under the "rejection clause." As a result of a monopoly for five years, other boats would have been likely to leave the area. This could have subsequently resulted in a more costly renewal of the contract or, worse, it could have left the area with no pilot boats in the event of a collapse of the respondent's compa-

En fait, le savant juge a considéré la condition relative au monopole comme constituant le critère déterminant du processus de l'appel d'offres. À la page 412, il a dit ceci:

J'ai également conclu que la défenderesse avait truqué l'appel d'offres au détriment de la demanderesse dans le processus de l'appel d'offres n° 50 en adoptant comme critères déterminants pour l'attribution du marché des conditions qui écartaient directement la demanderesse et accordaient ainsi injustement la préférence au concurrent East Coast Marine Services Ltd., à qui le marché a été attribué.

À mon avis, il s'agissait d'une erreur découlant de son appréciation et de son interprétation erronées de la preuve. Le juge a confondu une considération pertinente à l'exercice par l'appelante de son pouvoir de rejeter une offre dans l'intérêt du public en vertu de la «clause de rejet» et une condition du processus de l'appel d'offres. La question du monopole n'a jamais été une condition du processus de l'appel d'offres ayant pour effet de rendre le processus inéquitable et de faire en sorte que le contrat soit attribué d'avance. En fait, il n'existe aucune obligation, comme l'affirme l'intimée et comme la décision du juge de première instance l'exigerait, de mentionner expressément, dans les annonces d'appels d'offres, que l'autorité adjudicative n'aidera pas à la création ou à l'octroi d'un monopole au détriment du public, ou qu'elle ne se rendra pas complice d'un tel fait. Il n'existe pas plus une obligation de faire de ce genre de considération une condition du processus de l'appel d'offres qu'il n'existe une obligation d'exiger, comme condition du processus, que les soumissionnaires ne soient pas dans une situation de conflit d'intérêts ou qu'ils ne violent pas la *Loi sur la concurrence* [L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19)] et qu'ils soient solvables.

La question du monopole, ainsi que celles de la sécurité, de la stabilité financière des soumissionnaires et du conflit d'intérêts, sont des considérations commerciales légitimes et pertinentes dont l'appelante pourrait et, en fait, devrait, dans l'intérêt du public, tenir compte dans l'exercice du pouvoir qui lui est conféré en vertu de la «clause de rejet». L'octroi d'un monopole de cinq ans aurait probablement amené les autres bateaux à quitter la région. Cela aurait par la suite pu entraîner un renouvellement plus coûteux du contrat ou, ce qui est pire, laisser la

nies one of which (Chedabucto Shipwrights Ltd.) at the time was the subject of foreclosure proceedings on account of financial difficulties.

In the case at bar, the issue of monopoly was not made a governing condition of the tendering process since the respondent was one of the two qualified bidders as a result of the process. Had it been a condition of the tendering process, the respondent's tender would have been rejected at the outset with the four others which were dismissed and the respondent would not have been qualified. This issue of monopoly emerged at the stage when the appellant exercised its authority under the "rejection clause" and, as I have already mentioned, it was in my opinion a proper and relevant consideration to take into account.

In addition, I cannot accept the Trial Judge's finding that the process was unfair because the appellant wanted to unfairly favour East Coast Marine Services Ltd. over the respondent. Such finding was induced by the learned Judge's misconstruction of the evidence.

First, the Trial Judge was mistaken when he concluded that the subject of monopoly, a concern of the Director of Operations, Captain Stow, was raised at the November 18, 1986 meeting of the Pilot Boat Committee, which had been set up by the appellant to assess the bids, and appeared in the minutes of the Committee. The matter came up for the first time at the second meeting held on January 20, 1987 which tends to contradict the Judge's finding that the refusal to grant the contract to the respondent was a foregone conclusion from the very outset.

It is true that the question of monopoly, as the Trial Judge pointed out, was on the mind of the Director of Operations, Captain Stow, since the November meeting. However, this fact is no evidence of a prejudicial attitude of the Committee itself toward the respondent. Indeed, it was the function of the Director of Operations to bring to the attention of the Committee any fact pertaining to the qualified bidders which

région sans service de bateaux-pilotes dans le cas de l'effondrement des sociétés de l'intimée, dont l'une (Chedabucto Shipwrights Ltd.) faisait à ce moment-là l'objet d'une action en forclusion à la suite de difficultés financières.

En l'espèce, la question du monopole n'était pas une condition déterminante du processus de l'appel d'offres puisque l'intimée fut l'un des deux soumissionnaires dont les noms furent retenus au terme du processus. Si cette question avait été une condition du processus de l'appel d'offres, la soumission de l'intimée aurait été rejetée dès le départ, en même temps que les quatre autres qui ont été rejetées, et l'intimée ne se serait pas qualifiée. La question du monopole s'est posée au moment où l'appelante a exercé le pouvoir qui lui était conféré en vertu de la «clause de rejet» et, comme je l'ai déjà mentionné, j'estime qu'il s'agissait d'une considération légitime et pertinente à prendre en compte.

De plus, je ne puis souscrire à la conclusion du juge de première instance selon laquelle le processus était inéquitable parce que l'appelante voulait favoriser, d'une façon injuste, East Coast Marine Services Ltd. par rapport à l'intimée. Le savant juge est arrivé à cette conclusion par suite d'une interprétation erronée de la preuve.

Premièrement, le juge de première instance a conclu à tort que la question du monopole, dont se préoccupait le capitaine Stow, directeur des opérations, avait été soulevée lors de la réunion du comité des bateaux-pilotes que l'appelante avait organisée pour évaluer les soumissions le 18 novembre 1986, et qu'elle figurait dans le procès-verbal de la réunion. La question a été soulevée pour la première fois lors de la seconde réunion, soit le 20 janvier 1987, ce qui semble contredire la conclusion du juge selon laquelle il était prévu d'avance, dès le départ, que le marché ne serait pas attribué à l'intimée.

Comme le juge de première instance l'a souligné, il est vrai que la question du monopole préoccupait le capitaine Stow, directeur des opérations, depuis la réunion du mois de novembre. Toutefois, ce fait ne prouve pas l'existence d'une attitude préjudiciable de la part du comité lui-même à l'endroit de l'intimée. En fait, il incombait au directeur des opérations d'attirer l'attention du comité sur tout fait concernant les

could justify the refusal of a contract in the best public interest pursuant to the tendering process.

Second, the learned Judge saw as an indication of “possible favouritism” a letter of September 11, 1986 testifying to the personal abilities and capabilities of Captain Gay who now owns East Coast Marine Services Ltd. The letter was issued by the appellant’s corporate secretary. At pages 396-397, after having found that the Director of Operations, Captain Stow, was favourable to East Coast Marine Services Ltd., the learned Judge wrote:

However, he was not the only one among the defendant’s officers inclined to possible favouritism. Indeed, I find it to be quite significant in this regard that Captain Gay’s bid on Tender 50 had annexed thereto as Exhibit “B” a letter dated September 11, 1986 on the Authority’s letterhead from the Corporate Secretary, J. B. Kushner, in which the author gives a glowing testimonial to Captain Gay’s personal qualities and capabilities as well as the “eminently satisfactory” service provided by him for the Authority in the North Sydney crewing service and pilot boat operations since 1977.

This letter was a mere letter of reference for future employment sent to Captain Gay in September 1986 at the same time the appellant informed him that he had lost his job as the Sydney crewing contract was being phased out on December 31 of the same year. This appears from this excerpt from the transcript of the trial proceedings:

Q. Now you mentioned a Sydney crewing contract. Could you tell us what the time frame is for that, and tell us a little more about that?

A. The time frame?

Q. Yes. What years are we talking about for that Sydney crewing contract?

A. We’re talking from 1977—April 1st, 1977.

Q. To?

A. Until ’86.

Q. Until ’86.

A. When it was—

Q. And I gather that this was an A.P.A. contract.

A. Yes, sir, it was.

soumissionnaires dont les noms avaient été retenus qui, dans le meilleur intérêt du public, pouvait justifier le refus d’attribuer un marché au terme du processus de l’appel d’offres.

Deuxièmement, le juge a considéré comme un signe de «favoritisme» une lettre datée du 11 septembre 1986, attestant de la capacité et de la compétence personnelles du capitaine Gay, aujourd’hui propriétaire d’East Coast Marine Services Ltd. La lettre a été rédigée par le secrétaire de la société appelante. Aux pages 396 et 397, après avoir conclu que le capitaine Stow, directeur des opérations, favorisait East Coast Marine Services Ltd., le juge a dit ceci:

Toutefois, il n’était pas le seul dirigeant de la défenderesse qui ait peut-être été enclin au favoritisme. En effet, j’estime tout à fait révélatrice sous cet aspect la lettre en date du 11 septembre 1986 (pièce B) annexée à la soumission du capitaine Gay dans le cadre de l’appel d’offres n° 50; cette lettre de l’Administration envoyée par le secrétaire de la société, J. B. Kushner, est une recommandation chaleureuse du capitaine Gay en raison de ses qualités personnelles et de ses compétences, ainsi que des services [TRADUCTION] «éminemment satisfaisants» qu’il a rendus à l’Administration depuis 1977 à l’égard des équipages pour North Sydney et des bateaux-pilotes.

Cette lettre est une simple lettre de recommandation, en vue d’un emploi futur, envoyée au capitaine Gay en septembre 1986, au moment où l’appelante informait celui-ci qu’il avait perdu son emploi du fait qu’il était graduellement mis fin au contrat de services d’équipage à Sydney, le 31 décembre de cette année-là. C’est ce qui ressort de ce passage de la transcription de l’instruction:

[TRADUCTION] Q. Vous avez mentionné le contrat de services d’équipage à Sydney. Pourriez-vous nous dire à quelle période il se rapporte, et nous donner des précisions à ce sujet?

R. La période?

Q. Oui. Quelles années ce contrat vise-t-il?

R. L’année 1977—le 1^{er} avril 1977.

Q. Jusqu’en?

R. Jusqu’en 1986.

Q. Jusqu’en 1986.

R. Lorsque—

Q. Et je suppose qu’il s’agissait d’un contrat de l’APA.

R. Oui, Monsieur.

Q. Yes. So you were crewing a boat for A.P.A. up in Sydney.

A. Yes.

Q. All right. And then this contract came to an end, you say. Tell me about that. How did it come to an end?

A. I received a letter from the Atlantic Pilot Authority, stating that the contract will—they're closing off the contract on December 31st, '86, and tendering for a company with their own boat.

Q. Okay. When did you get that letter, just roughly?

A. It was sometime in September.

Q. So you get this letter from A.P.A., saying that the Sydney crewing contract is being phased out, in September sometime. What was your reaction on getting that letter?

THE COURT

September or December?

MR. HAYASHI

September.

BY CAPTAIN GAY

A. At the time, it was a feeling of panic sort of. I would possibly have to look for other employment, or try and find a vessel of my own, to tender.

Q. Now you mentioned, try to find other employment. Did you follow-up that avenue?

A. Yes. I had submitted applications to Fisheries and Oceans, and Public Service of Canada.

Q. And what kind of work were you looking for, through those organizations?

A. Either Master or Mate, or something in that department.

Q. So it was in the marine field again.

A. Yes.¹⁶

The letter of reference speaks for itself:

September 11, 1986

TO WHOM IT MAY CONCERN

RE: Captain A. Gay

This is to certify that Captain Alexander Gay has provided a crewing service and pilot boat operation for the Atlantic Pilotage Authority pilot boat in North Sydney since 1977. His service during these ten years has been eminently satisfactory and

¹⁶ See Transcript of Testimony at Trial, vol. 4, at pp. 1245-1246.

Q. Oui. Vous fournissiez donc l'équipage nécessaire au fonctionnement d'un bateau pour l'APA à Sydney?

R. Oui.

Q. Très bien. Et vous avez dit que ce contrat a pris fin. Dites-m'en davantage. Comment a-t-il pris fin?

R. J'ai reçu une lettre de l'Administration de pilotage de l'Atlantique, disant que le contrat—qu'on allait mettre fin au contrat le 31 décembre 1986, et qu'on ferait un appel d'offres pour traiter avec une société possédant son propre bateau.

Q. D'accord. À peu près à quel moment avez-vous reçu cette lettre?

R. À un moment donné, en septembre.

Q. Par conséquent, vous avez reçu cette lettre de l'APA, disant qu'il était graduellement mis fin au contrat de services d'équipage à Sydney, à un moment donné en septembre. Quelle a été votre réaction, lorsque vous avez reçu cette lettre?

LE JUGE

En septembre ou en décembre?

M^e HAYASHI

En septembre.

LE CAPITAINE GAY

R. À ce moment-là, j'ai été en quelque sorte pris de panique. Je devais probablement chercher un autre emploi, ou essayer de trouver mon propre bateau afin de formuler une offre.

Q. Vous avez dit que vous deviez essayer de trouver un autre emploi. Avez-vous donné suite à cette idée?

R. Oui. J'ai présenté des demandes à Pêches et Océans, et à la fonction publique du Canada.

Q. Et quel genre de travail cherchiez-vous, par l'entremise de ces organismes?

R. Un emploi de capitaine ou de second, ou quelque chose du même genre.

Q. C'était donc encore dans le secteur maritime.

R. Oui¹⁶.

La lettre de recommandation est claire:

[TRADUCTION] Le 11 septembre 1986

À QUI DE DROIT:

OBJET: Le capitaine A. Gay

Nous attestons par la présente que, depuis 1977, le capitaine Alexander Gay fournit l'équipage et assure le fonctionnement d'un bateau-pilote pour l'Administration de pilotage de l'Atlantique, à North Sydney. Pendant ces dix années, ses services

¹⁶ Voir la transcription de la déposition faite à l'instruction, vol. 4, aux p. 1245 et 1246.

in recognition of his ability and good service, the Board has granted yearly increases in the value of his contract over this time.

Captain Gay provides a 24 hour service and to expedite this, hires three (3) other full time workers and two (2) casual workers. His record keeping and administration have been appropriate and reliable and we have found him to be sober, industrious and hard working. We have also found him to be resourceful and energetic in solving the various problems that have come his way in providing continuous operation of the pilot boat in North Sydney.

The Authority has been pleased with its contractual association with Captain Gay and would be happy to supply any further information you may require about him.

J.B. Kushner

Corporate Secretary

Captain Gay decided to file with his application for the contract to be issued by the appellant this letter of reference as proof of previous experience and qualification. Although it was unnecessary for him to do so as he was well known to the appellant, he cannot be blamed for having done that. Nor can the appellant be blamed for such decision taken by Captain Gay over which it had no control. It was improper for the Trial Judge to infer from this letter of reference a possible favouritism on the part of the appellant while the issuance of such a letter is merely usual and standard practice in the case of the dismissal of an employee who has provided valuable services over a ten-year period.

Third, the Trial Judge drew an inference adverse to the appellant from the fact that Captain Gay was confident after the first meeting of the Pilot Boat Committee that he would get the contract, regardless of what had been said at the meeting.

With due respect, the optimism, confidence and even bragging of Captain Gay is no evidence of bias or favouritism on the part of the Pilot Boat Committee or the appellant. Indeed, while the Director of Operations, Captain Stow, may have been favourable to Captain Gay, there is no evidence whatsoever that the Pilot Boat Committee was biased. In addition, Captain Stow was not a member of the Committee and did not vote. The four-member Committee con-

ont été éminemment satisfaisants et en reconnaissance de sa compétence et de ses bons services, le conseil lui a accordé, avec le temps, des augmentations annuelles dans le cadre de son contrat.

Le capitaine Gay assure un service 24 heures sur 24 et, pour ce faire, il a recours à trois (3) autres employés à plein temps et à deux (2) employés occasionnels. Sa tenue de registres et sa gestion étaient appropriées et fiables et nous l'avons trouvé sobre, diligent et travailleur. Nous l'avons également trouvé ingénieux et énergique lorsqu'il s'agissait de résoudre les divers problèmes auxquels il faisait face en assurant l'exploitation continue du bateau-pilote à North Sydney.

L'Administration a été satisfaite de son association contractuelle avec le capitaine Gay et vous fournira volontiers tout autre renseignement dont vous pourriez avoir besoin.

J.B. Kushner

Secrétaire de la société

Le capitaine Gay a décidé de déposer, avec sa demande en vue de se faire attribuer le marché par l'appelante, cette lettre de recommandation comme preuve de son expérience antérieure et de sa compétence. Il n'était pas tenu de le faire, étant donné que l'appelante le connaissait bien, mais on ne saurait le blâmer de l'avoir fait. On ne saurait non plus blâmer l'appelante de cette décision prise par le capitaine Gay, laquelle était indépendante de sa volonté. Le juge de première instance a eu tort d'inférer, en se fondant sur cette lettre de recommandation, l'existence d'un favoritisme de la part de l'appelante, alors que l'envoi de pareille lettre est simplement une pratique courante lorsqu'un employé qui a rendu des services précieux sur une période de dix ans est renvoyé.

Troisièmement, le juge de première instance a fait une inférence défavorable à l'appelante en se fondant sur le fait que le capitaine Gay s'est montré confiant, après la première entrevue qu'il avait eue avec le comité des bateaux-pilotes, d'obtenir le marché, indépendamment de ce qui avait été dit lors de la réunion.

Avec égards, l'optimisme, la confiance et même la vantardise du capitaine Gay ne prouvent pas l'existence d'un parti pris ou de favoritisme de la part du comité des bateaux-pilotes ou de l'appelante. En fait, le capitaine Stow, directeur des opérations, peut avoir favorisé le capitaine Gay, mais il n'existe pas la moindre preuve que le comité des bateaux-pilotes ait eu un parti pris. De plus, le capitaine Stow n'était pas membre du comité et n'a pas voté. Le comité, qui

sidered the tenders and raised in the course of the meetings different questions in relation to the respondent's tender. One member showed his disquietude with a possible conflict of interest resulting from the fact that the respondent was a pilot and that the pilots who would be using his services would be loath to criticize a colleague. Another member expressed concern about the financial stability of one of the respondent's related companies (Chedabucto Shipwrights Ltd.) with which the appellant already had a contract and which, as I have already mentioned, had been made the subject of foreclosure proceedings. The majority was apprehensive of a possible monopoly. These concerns were all legitimate and relevant concerns on the part of the appellant which rather than prove favouritism, reveal a sound and responsible exercise of its jurisdiction to issue a contract in the best public interest.

Fourth, the learned Trial Judge saw as an error of law and as another example of unfair treatment of the respondent the fact that the appellant looked at the financial stability of the related companies of the respondent. It should be recalled that, under its proposal, the respondent had committed itself to commence construction of a new twin-screw vessel. In addition, it should be noted that Captain Slater, who is the principal actor and spokesman for the respondent, was also the majority shareholder and director and officer of the two other related companies, i.e., Chedabucto Shipwrights Ltd. which was building boats and Cantow Marine Limited. At page 397 of his decision, the learned Judge wrote:

In my opinion, the directors committed a serious error of law by arbitrarily lifting or piercing the corporate veil so as to deny the autonomous and independent existence of the Slater group of companies in the absence of any evidence at the material time to suggest that the group corporate structure was deliberately designed to perpetrate some fraudulent or collusive purpose: see *Re Kinookimaw Beach Association and The Queen in right of Saskatchewan* (1979), 102 D.L.R. (3d) 333 (Sask. C.A.) per Culliton C.J.C. at page 336; and *Northern Electric Co. Ltd. v. Frank Warkentin Electric Ltd. et al* (1972), 27 D.L.R. (3d) 519 (Man. C.A.).

It is common practice in commercial matters for banks and businesses to look at the financial stability of another business before embarking upon any commercial transaction with that business. This means

était composé de quatre membres, a examiné les soumissions et a soulevé, dans le cadre des réunions, différentes questions relativement à la soumission présentée par l'intimée. Un membre s'inquiétait de l'existence possible d'un conflit d'intérêts découlant du fait que l'intimé était un pilote et que les pilotes qui auraient recours à ses services hésiteraient à critiquer un collègue. Un autre membre se préoccupait de la stabilité financière d'une des sociétés liées à l'intimée (Chedabucto Shipwrights Ltd.) avec laquelle l'appelante avait déjà passé un contrat et qui, comme je l'ai déjà mentionné, avait fait l'objet d'une action en forclusion. La majorité craignait l'existence possible d'un monopole. Il s'agissait de préoccupations légitimes et pertinentes et, au lieu de prouver le favoritisme, elles révélaient que l'appelante exerçait, d'une façon juste et réfléchie, la compétence qu'elle avait pour attribuer un marché dans le meilleur intérêt du public.

Quatrièmement, le savant juge de première instance a estimé que le fait que l'appelante tenait compte de la stabilité financière des sociétés liées à l'intimée constituait une erreur de droit et un autre exemple de traitement inéquitable. Il faut se rappeler qu'en vertu de sa proposition, l'intimée s'était engagée à entreprendre la construction d'un nouveau navire à deux hélices. De plus, il est à noter que le capitaine Slater, principal agent et porte-parole de l'intimée, était également l'actionnaire majoritaire et un administrateur et dirigeant des deux autres sociétés liées, à savoir Chedabucto Shipwrights Ltd., qui construisait des bateaux, et Cantow Marine Limited. À la page 397, le juge a dit ceci:

À mon avis, les administrateurs ont commis une grave erreur de droit en levant ou en contournant arbitrairement le paravent de la société de façon à nier l'existence autonome et indépendante du groupe de sociétés de Slater en l'absence de tout élément de preuve qui eût pu, à l'époque en cause, les porter à croire que la structure du groupe avait été conçue délibérément soit pour réaliser un dessein frauduleux, soit par suite d'une collusion: voir *Re Kinookimaw Beach Association and The Queen in right of Saskatchewan* (1979), 102 D.L.R. (3d) 333 (C.A. Sask.), juge en chef Culliton, à la page 336; *Northern Electric Co. Ltd. v. Frank Warkentin Electric Ltd. et al.* (1972), 27 D.L.R. (3d) 519 (C.A. Man.).

En matière commerciale, les banques et les entreprises ont l'habitude de tenir compte de la stabilité financière d'une entreprise avant de conclure une opération commerciale avec elle. Cela veut dire

looking not only at the books of that business, but also at the books of any other company owned by that business which may affect its financial stability.

In my view, it was certainly not unfair for the appellant to consider the financial stability of the respondent, as affected by its related and commonly owned companies, before entering into contractual arrangements with it. It was proper for the appellant to assess the commercial realities represented by the common ownership and control of all the respondent's companies.

Furthermore, it was no error of law to do so. Counsel for the respondent cited, as did the Trial Judge, some decisions to support his position.¹⁷ All these decisions refer to a judicial test for enabling the courts to pierce the corporate veil and disregard the doctrine of corporate legal personality in order to determine liability.

In *Nedco Ltd. v. Clark et al.*,¹⁸ the Saskatchewan Court of Appeal allowed the Court to lift the corporate veil for the purpose of determining whether the picketing of the premises of Nedco Ltd., a wholly-owned subsidiary of Northern Electric Company Ltd., during a legal strike at Northern Electric Company Ltd. ought to be permitted. This case shows that the judicial test is not as restricted as the Trial Judge suggested. A similar view can be found in this statement of Lord Denning M.R. in *Littlewoods Mail Order Stores Ltd. v. McGregor (Inspector of Taxes)*:

The doctrine laid down in *Salomon v. Salomon & Co., Ltd.* ([1897] A.C. 22; [1895-99] All E.R. Rep. 33) has to be watched very carefully. It has often been supposed to cast a veil over the personality of a limited company through which the courts cannot see. But that is not true. The courts can and often do draw aside the veil. They can, and often do, pull off the mask. They look to see what really lies behind. The legislature has shown the way with group accounts and the rest. And the courts should follow suit. I think that we should look at the Fork company and see it as it really is—the wholly-owned subsidiary of the taxpayers. It is the creature, the puppet, of the

¹⁷ See *supra*. See also *Nedco Ltd. v. Clark et al.* (1973), 43 D.L.R. (3d) 714 (Sask. C.A.).

¹⁸ *Id.*

qu'elles consultent non seulement les livres de l'entreprise mais aussi les livres de toute autre société appartenant à cette dernière qui peut influencer sur sa stabilité financière.

a

À mon avis, il était certainement légitime pour l'appelante de tenir compte de la stabilité financière de l'intimée, compte tenu des sociétés liées et des sociétés en propriété commune que possédait l'intimée, avant de conclure un accord contractuel avec elle. Il était opportun pour l'appelante d'évaluer la situation commerciale résultant de la propriété et du contrôle communs de toutes les sociétés de l'intimée.

c

En outre, cela ne constituait pas une erreur de droit. Comme le juge de première instance, l'avocate de l'intimée a cité certaines décisions à l'appui de sa position¹⁷. Toutes ces décisions parlent d'un critère judiciaire permettant aux tribunaux de contourner le paravent de la société et de ne pas tenir compte de la doctrine de la personnalité juridique de la société pour déterminer la question de la responsabilité.

e

Dans l'arrêt *Nedco Ltd. v. Clark et al.*¹⁸, la Cour d'appel de la Saskatchewan a permis au tribunal de lever le paravent de la société pour déterminer si le piquetage des locaux de Nedco Ltd., filiale appartenant à cent pour cent à Northern Electric Company Ltd., au cours d'une grève légalement déclenchée par les employés de cette dernière, devait être autorisé. Cet arrêt montre que le critère judiciaire n'est pas aussi restreint que le juge de première instance l'a laissé entendre. Une opinion similaire a été exprimée par lord Denning, M.R. dans l'arrêt *Littlewoods Mail Order Stores Ltd. v. McGregor (Inspector of Taxes)*:

h

[TRADUCTION] Il faut prêter une attention toute particulière à la doctrine énoncée dans l'arrêt *Salomon v. Salomon & Co., Ltd.*, ([1897] A.C. 22; [1895-99] All E.R. Rep. 33). On a souvent supposé qu'elle avait pour effet de cacher la personnalité d'une société à responsabilité limitée d'un paravent derrière lequel les tribunaux ne pouvaient rien voir. Ce n'est pas vrai. Les tribunaux peuvent lever le paravent et, de fait, ils le font souvent. Ils peuvent lever le masque, et ils le font souvent. Ils cherchent à voir ce qu'il y a réellement derrière. Le législateur a ouvert la voie au moyen des états financiers collectifs et d'autres dispositions. Et les tribunaux devraient emboîter le pas. À mon avis,

¹⁷ Voir ci-dessus. Voir également *Nedco Ltd. v. Clark et al.* (1973), 43 D.L.R. (3d) 714 (C.A. Sask.).

¹⁸ *Id.*

taxpayers in point of *fact*; and it should be so regarded in point of *law*.¹⁹

In addition, the judicial test designed to assist the courts in the fulfillment of their role, in my view, does not apply to the appellant who is entrusted with the duty in making contractual arrangements to ensure public safety and the best use of public funds. Accordingly, the judicial test could not be used to prevent the appellant from properly assessing the financial suitability of the party it wanted to contract with, especially when the financial instability of that party might have posed a threat to public safety.

All these misconstructions of the evidence coloured the learned Trial Judge's views of the appellant's behaviour during the tendering process and led him to disregard positive evidence of the appellant's responsible conduct designed to establish, operate, maintain and administer in the interests of safety an efficient pilotage service in the Strait of Canso.

The appellant set up a Committee of four to assess the bids and make recommendations. There is no evidence whatsoever that this Committee as a whole was prejudiced against the respondent and in favour of East Coast Marine Services Ltd. The final decision was taken by the Board of Directors of the Atlantic Pilotage Authority and there is no scintilla of evidence that this Board as a whole was biased in favour of East Coast Marine Services Ltd. On the contrary, the respondent and its related companies were given by the appellant, at the November 18, 1986 meeting, a five-year contract with respect to Tender 47 for the use of one of their boats in North Sydney. That contract was won by the respondent over East Coast Marine Services Ltd. whose bid was found to be too high.²⁰

nous devrions examiner la société Fork et la voir telle qu'elle est—une filiale appartenant à cent pour cent aux contribuables. En *fait*, c'est la créature, le pantin des contribuables; et il faudrait en *droit* la considérer comme telle¹⁹.

^a De plus, le critère judiciaire destiné à aider les tribunaux à s'acquitter de leurs fonctions ne s'applique pas, à mon avis, à l'appelante qui, dans la passation d'accords contractuels, est tenue d'assurer la sécurité du public et l'utilisation optimale des fonds publics. ^b Par conséquent, le critère judiciaire ne pouvait pas servir à empêcher l'appelante d'évaluer comme il se doit la capacité financière de la personne avec laquelle elle voulait contracter, en particulier lorsque ^c l'instabilité financière de cette personne aurait pu mettre en danger la sécurité publique.

Toutes ces interprétations erronées de la preuve ont influé sur l'opinion du juge de première instance quant à la conduite de l'appelante au cours du processus de l'appel d'offres et l'ont amené à ne pas tenir compte d'une preuve favorable montrant que celle-ci s'était conduite d'une façon réfléchie, de façon à mettre sur pied, à faire fonctionner, à entretenir et à gérer, pour la sécurité de la navigation, un service de pilotage efficace dans le détroit de Canso.

L'appelante a créé un comité de quatre membres pour évaluer les soumissions et faire des recommandations. Il n'existe pas la moindre preuve que ce comité dans son ensemble ait fait preuve de partialité contre l'intimée et en faveur d'East Coast Marine Services Ltd. La décision finale a été prise par le conseil d'administration de l'Administration de pilotage de l'Atlantique, et il n'existe pas la moindre parcelle de preuve montrant l'existence d'un parti pris de la part du conseil dans son ensemble en faveur d'East Coast Marine Services Ltd. Au contraire, l'appelante a accordé à l'intimée et à ses sociétés liées, lors de la réunion du 18 novembre 1986, un contrat de cinq ans portant sur l'appel d'offres n° 47 pour l'utilisation d'un de leurs bateaux à North Sydney. L'intimée s'est vu attribuer ce marché au détriment d'East Coast Marine Services Ltd., dont la soumission a été jugée trop élevée²⁰.

¹⁹ [1969] 3 All E.R. 855 (C.A.), at p. 860.

²⁰ See the minutes of the meeting of the Board of the Atlantic Pilotage Authority, Appeal Book, vol. 2, at p. 335.

¹⁹ [1969] 3 All E.R. 855 (C.A.), à la p. 860.

²⁰ Voir le procès-verbal de la réunion du conseil de l'Administration de pilotage de l'Atlantique, dossier conjoint, vol. 2, à la p. 335.

Finally, counsel for the respondent submits that on the subject of monopoly, if it were found to be a legitimate concern, the Pilot Boat Committee should have given her client the opportunity to be heard and to rebut such concern. Consequently, failure to do so was unfair.

With due respect, I cannot agree with this submission. What counsel for the respondent is asking us to do is, in essence, to transform the tendering process into a show cause order whereby the appellant would have had to summon the respondent to give reasons why the contract should not be denied to it on account of a possible monopoly. Other bidders would also have had to be summoned to show cause why the contract should not be denied to them on account of the fact that their proposals did not meet the safety standards or that they were not financially stable.

I believe it is of the very nature and essence of the tendering process that bidders provide probative evidence of their financial capacity, commercial reliability as well as their commitment and capacity to meet any safety standards imposed in the public interest. In the same way, I believe the burden and duty are on a bidder, who knows of an actual or potential monopoly or conflict of interest in which he finds or may find himself, to declare such state of affair and to provide the tendering authority with an outline of the measures that he has taken to remedy the actual problem or the guarantees he offers to prevent the occurrence of such eventuality. In my view, he who decides not to reveal or to ignore such state of affair does it at his own peril and takes the risk that the fact, if and when discovered, may adversely impact on him.

In conclusion, I can find no fault with the procedure followed by the appellant. Four members of the Pilot Boat Committee assessed the bids. Six members of the appellant's Board of Directors, of which three were not members of the Pilot Boat Committee, took the final decision to give the contract to East Coast Marine Services Ltd. on the basis of relevant considerations in the public interest. It is difficult to imagine how and why all or the majority of these persons

Enfin, l'avocate de l'intimée soutient qu'en ce qui concerne la question du monopole, s'il avait été jugé qu'il s'agissait d'une préoccupation légitime, le comité des bateaux-pilotes aurait dû donner à sa cliente la possibilité de se faire entendre et d'apaiser cette inquiétude. Par conséquent, il était injuste d'omettre de le faire.

Avec égards, je ne puis souscrire à cet argument. L'avocate de l'intimée nous demande essentiellement de transformer le processus de l'appel d'offres en une ordonnance de justification par laquelle l'appelante se serait vu obligée de citer l'intimée pour expliquer pourquoi le marché ne devait pas lui être refusé en raison de l'existence possible d'un monopole. Il aurait également fallu citer les autres soumissionnaires pour expliquer pourquoi le marché ne devait pas leur être refusé au motif que leurs propositions ne satisfaisaient pas aux normes de sécurité ou qu'ils n'étaient pas financièrement stables.

Je crois que la nature même du processus d'appel d'offres exige que les soumissionnaires fournissent une preuve probante de leur capacité financière, de leur fiabilité commerciale ainsi que de leur engagement et de leur capacité de satisfaire à toute norme de sécurité imposée dans l'intérêt du public. De même, je crois qu'il incombe au soumissionnaire, qui est au courant de l'existence d'un monopole ou d'un conflit d'intérêts réel ou possible auquel il est mêlé ou peut être mêlé, de divulguer cet état de choses et de donner à l'autorité adjudicative un aperçu des mesures qu'il a prises pour résoudre le problème lui-même ou les garanties qu'il offre pour empêcher que pareille éventualité ne se produise. À mon avis, celui qui décide de ne pas révéler pareil état de choses ou de ne pas en tenir compte le fait à ses risques et périls et s'expose à ce que la chose ait sur lui un effet préjudiciable, si elle est découverte.

Bref, je ne puis trouver aucun vice dans la procédure suivie par l'appelante. Quatre membres du comité des bateaux-pilotes ont évalué les soumissions. Six membres du conseil d'administration de l'appelante, dont trois n'étaient pas membres du comité des bateaux-pilotes, ont finalement décidé d'attribuer le marché à East Coast Marine Services Ltd. en se fondant sur des considérations pertinentes, dans l'intérêt du public. Il est difficile d'imaginer

would all at the same time be prejudiced against the respondent to whom they had just issued a five-year contract. The respondent's contention, accepted by the Trial Judge, that the appellant unfairly favoured East Coast Marine Services Ltd. to the respondent's detriment is unsupported by properly construed evidence.

For these reasons, I would allow the appeal with costs, set aside the decision of the Trial Judge and dismiss with costs the action of the respondent.

DÉCARY J.A.: I concur.

comment et pourquoi toutes ces personnes ou la majorité d'entre elles auraient eu toutes au même moment un parti pris à l'encontre de l'intimée, à qui elles venaient d'attribuer un marché de cinq ans. La prétention de l'intimée, que le juge de première instance a retenue, selon laquelle l'appelante avait, d'une façon inéquitable, favorisé East Coast Marine Services Ltd. au détriment de l'intimée n'est pas étayée par la preuve, lorsqu'on l'interprète comme elle doit l'être.

Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel avec dépens, j'annulerais la décision du juge de première instance et je rejetterais avec dépens l'action intentée par l'intimée.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris à cet avis.