

T-814-83

T-814-83

W. & R. Plumbing & Heating Ltd. (Plaintiff)

v.

The Queen (Defendant)

Trial Division, Addy J.—Calgary, January 20, 21; Vancouver, February 3, 1986.

INDEXED AS: *W. & R. PLUMBING & HEATING LTD. v. R.*

Estoppel — Promissory estoppel — Construction contract between Crown and general contractor — Plaintiff supplying labour and equipment — General contractor not paying plaintiff — General policy of defendant to seek undertakings from contractors to pay suppliers and sub-contractors — Crown contracts usually providing for holdbacks to ensure discharge of undertakings — Policy not followed — Defendant paying general contractor in full without holdback — Whether defendant's previous practice amounting to promissory estoppel — Only one of six basic conditions for promissory estoppel met — If action could be founded on promissory estoppel, it was not specifically pleaded — Action dismissed.

Crown — Contracts — Crown contracting for construction work — Plaintiff sub-contracting to supply labour and equipment — Defendant paying general contractor in full without holdback contrary to usual practice — Failure by general contractor to pay plaintiff — Plaintiff arguing unjust enrichment and promissory estoppel — No unjust enrichment of defendant — Conditions for successful plea of promissory estoppel not met — Action dismissed.

The defendant entered into a contract with Dimack Construction Co. for construction work on a building. The plaintiff company, pursuant to a contract with Dimack, agreed to supply labour, materials and equipment for the plumbing and mechanical systems. Dimack failed to pay the plaintiff the sum of \$19,100 due on completion of the work. No contract, either oral or written, exists between the parties in the present action. The plaintiff bases its claim on promissory estoppel and unjust enrichment.

Held, the action should be dismissed.

It is the general policy of the defendant, in the case of construction contracts, to insist that general contractors undertake to pay all suppliers and sub-contractors. To ensure that such undertakings are carried out, the defendant withholds certain amounts until acceptable evidence is furnished that payment has been made. In the case at bar, that policy was not followed. The defendant paid Dimack in full, without any

W. & R. Plumbing & Heating Ltd. (demanderesse)

c.

La Reine (défenderesse)

Division de première instance, juge Addy—Calgary, 20 et 21 janvier; Vancouver, 3 février 1986.

RÉPERTORIÉ: *W. & R. PLUMBING & HEATING LTD. C. R.*

Fin de non-recevoir — Irrecevabilité fondée sur une promesse — Marché de construction conclu entre la Couronne et un entrepreneur général — La demanderesse a fourni la main-d'œuvre et l'équipement — L'entrepreneur général n'a pas payé la demanderesse — La défenderesse a pour politique générale de veiller à ce que l'entrepreneur s'engage à payer les fournisseurs et sous-traitants — Les contrats conclus par la Couronne prévoient habituellement des retenues de garantie pour assurer le respect des engagements — Politique non suivie — La défenderesse a payé à l'entrepreneur général le prix intégral du marché sans effectuer de retenues de garantie — La pratique antérieure de la défenderesse équivaut-elle à une irrecevabilité fondée sur une promesse? — Seulement une des six conditions fondamentales de l'irrecevabilité fondée sur une promesse a été remplie — Si une action peut reposer sur l'irrecevabilité fondée sur une promesse, ce moyen n'a pas expressément été invoqué — Action rejetée.

Couronne — Contrats — La Couronne a conclu un marché de construction — La demanderesse a conclu un contrat de sous-traitance pour fournir la main-d'œuvre et l'équipement — La défenderesse a payé à l'entrepreneur général le prix intégral du marché sans effectuer de retenues de garantie, contrairement à la pratique habituelle — L'entrepreneur général n'a pas payé la demanderesse — La demanderesse a allégué l'enrichissement sans cause et l'irrecevabilité fondée sur une promesse — Il n'y a pas eu enrichissement sans cause de la part de la défenderesse — Les conditions permettant d'invoquer avec succès l'irrecevabilité fondée sur promesse n'ont pas été remplies — Action rejetée.

La défenderesse a conclu avec Dimack Construction Co. un marché pour la construction d'un bâtiment. La société demanderesse a conclu un contrat avec Dimack selon lequel elle devait fournir la main-d'œuvre, les matériaux ainsi que l'équipement pour l'installation de la plomberie et des systèmes mécaniques. Dimack n'a pas payé la demanderesse la somme de 19 100 \$ exigible à l'achèvement des travaux. Il n'existe aucun contrat, verbal ou écrit, entre les parties à la présente action. Dans son action, la demanderesse invoque l'irrecevabilité fondée sur une promesse et l'enrichissement sans cause.

Jugement: il y a lieu de rejeter l'action.

En matière de marchés de construction, la défenderesse a pour politique générale de veiller à ce que l'entrepreneur général s'engage à payer tous les fournisseurs et sous-traitants. Pour s'assurer que pareil engagement est respecté, la défenderesse retient telle ou telle somme jusqu'à ce qu'on lui fournisse une preuve suffisante que le paiement a été effectué. En l'espèce, cette méthode n'a pas été suivie. La défenderesse a payé à

holdbacks, after the contract had been substantially completed but before deficiencies were corrected.

The issue is whether the defendant's conduct in the present case, having regard to its previous practice, constitutes promissory estoppel. Judicial opinions are divided as to whether promissory estoppel can be invoked to support a claim or used only as a defence. The weight of authorities appears to indicate that promissory estoppel can be invoked only as a means of opposing a claim. In any event, the circumstances herein did not satisfy all of the basic conditions necessary to a successful plea of promissory estoppel: (1) a promise by the person against whom the principle is invoked; (2) the promise must be clear and unequivocal; (3) the promisee must have changed his position as a result of the promise (most authorities maintain that the change must be to the detriment of the promisee; others, that it is sufficient if the promisee acts as a result of the promise); (4) a real legal relationship between the parties which is in existence, has recently been in existence or is in the course of being created; (5) the legal relationship must be affected by the promise to which the estoppel relates; (6) an intention of the promisor to affect the legal relationship with the promisee. The third condition had been met, there being evidence that the plaintiff would not have tendered on any contract with Dimack had it not been aware of the existence in the main contract of holdback provisions. None of the other requirements was fulfilled.

If an action can be founded on promissory estoppel, it would have to be specifically pleaded in the statement of claim. In the case at bar, not only was it not specifically pleaded but there was no pleading of any past, present or future legal relationship to which any promise could relate.

With respect to the question of unjust enrichment, the evidence clearly established that the defendant had paid Dimack in full for the work performed. The only entity unjustly enriched was Dimack Construction, which had been paid for work it did not perform. There was therefore no question of unjust enrichment of the defendant.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Pettkus v. Becker, [1980] 2 S.C.R. 834; *Re Union Construction Ltd. and Nova Scotia Power Corp. Ltd. et al.* (1980), 111 D.L.R. (3d) 728 (N.S.C.A.); *Burrows (John) Limited v. Subsurface Surveys Ltd. et al.*, [1968] S.C.R. 607.

REFERRED TO:

Crown Lumber Co. Ltd. v. Smythe et al., [1923] 3 D.L.R. 933 (Alta. C.A.); *Re Bodner Road Construction Ltd.*, [1963] 43 W.W.R. 641 (Man. Q.B.); *Re Tudale*

Dimack le prix intégral du marché, sans aucune retenue de garantie, après que les travaux eurent été exécutés en grande partie, mais avant que des défauts eussent été réparés.

La question se pose de savoir si la conduite de la défenderesse en l'espèce, compte tenu de sa pratique antérieure, constitue une irrecevabilité fondée sur une promesse. La jurisprudence est divisée quant à la question de savoir si l'irrecevabilité fondée sur une promesse peut être invoquée pour étayer une prétention ou peut seulement servir de moyen de défense. La jurisprudence établie semble persister à dire que l'irrecevabilité fondée sur une promesse ne peut servir que de moyen de s'opposer à une prétention. Quoi qu'il en soit, compte tenu des faits de l'espèce, les conditions fondamentales permettant d'invoquer avec succès l'irrecevabilité fondée sur une promesse n'ont pas été remplies: (1) une promesse de la part de la personne contre laquelle cette irrecevabilité est invoquée; (2) la promesse doit être claire et non équivoque; (3) la promesse doit avoir pour effet de modifier la situation de la personne à qui elle a été faite (la majorité des auteurs estime que ce changement doit s'opérer au détriment du bénéficiaire de la promesse, bien que selon d'autres auteurs, il suffit que ce bénéficiaire ait agi par suite de la promesse; (4) un rapport juridique réel entre les parties qui existe, a existé récemment ou est en voie d'être créé; (5) le rapport juridique doit être modifié par la promesse donnant lieu à l'irrecevabilité; (6) volonté de la part de l'auteur de la promesse de modifier le rapport juridique avec le bénéficiaire de cette promesse. La troisième condition a été remplie: il y a preuve que la demanderesse n'aurait pas présenté de soumission pour conclure un contrat avec Dimack si elle n'avait pas été au courant de l'existence, dans le marché principal, des dispositions concernant les retenues de garantie. Aucune des autres conditions n'a été remplie.

Si une action peut reposer sur l'irrecevabilité fondée sur une promesse, ce moyen doit être expressément invoqué dans la déclaration. En l'espèce, non seulement on n'a pas expressément invoqué ce moyen, mais on n'a invoqué aucun rapport juridique passé, présent ou à venir, auquel pourrait se rapporter une promesse quelconque.

Pour ce qui est de la question de l'enrichissement sans cause, il ressort de la preuve que la défenderesse a payé à Dimack l'intégralité des travaux exécutés. Dimack Construction était la seule entité à bénéficier d'un enrichissement sans cause, ayant reçu paiement pour les travaux qu'elle n'a pas effectués. Il ne saurait donc être question d'enrichissement sans cause de la part de la défenderesse.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Pettkus c. Becker, [1980] 2 R.C.S. 834; *Re Union Construction Ltd. and Nova Scotia Power Corp. Ltd. et al.* (1980), 111 D.L.R. (3d) 728 (C.A.N.-É.); *Burrows (John) Limited v. Subsurface Surveys Ltd. et al.*, [1968] R.C.S. 607.

DÉCISIONS CITÉES:

Crown Lumber Co. Ltd. v. Smythe et al., [1923] 3 D.L.R. 933 (C.A. Alb.); *Re Bodner Road Construction Ltd.*, [1963] 43 W.W.R. 641 (B.R. Man.); *Re Tudale*

Explorations Ltd. and Bruce et al. (1978), 88 D.L.R. (3d) 584 (Ont. H.C.).

COUNSEL:

J. K. Megaffin for plaintiff.
Ian Donahoe for defendant.

SOLICITORS:

Megaffin, Wong, Calgary, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ADDY J.: The facts in this case are quite simple. The defendant entered into a contract with Dimack Construction Company (hereinafter called "Dimack") for construction work on a building situated on lands of the defendant. The plaintiff entered into a contract with Dimack to supply labour, materials and equipment for the plumbing and mechanical systems as detailed in the first-mentioned contract. The plaintiff performed all of its work under the contract with Dimack but the latter has failed to pay it \$19,100, being the balance legally due and payable to the plaintiff as of the date of completion.

Dimack, although not formally in bankruptcy, is actually in a state of insolvency and is apparently unable to pay. The plaintiff has in fact obtained judgment in the Supreme Court of Alberta against Dimack for \$19,100, plus an amount adjudged to be payable for interest.

There exists no contract, either oral or written, between the parties to the present action. The plaintiff, however, in its statement of claim requests from the defendant payment of the aforesaid amount of \$19,100 plus interest on the basis of the alleged unjust enrichment of the defendant. After the original pleadings were exchanged, a motion for dismissal that the claim did not reveal a cause of action was dismissed and a concurrent motion to amend the statement of claim was granted. A new motion to dismiss was made at the

Explorations Ltd. and Bruce et al. (1978), 88 D.L.R. (3d) 584 (H.C. Ont.).

AVOCATS:

a J. K. Megaffin pour la demanderesse.
Ian Donahoe pour la défenderesse.

PROCUREURS:

b Megaffin, Wong, Calgary, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

LE JUGE ADDY: Les faits de la cause sont fort simples. La défenderesse a conclu avec Dimack Construction Company (ci-après appelée «Dimack») un marché pour la construction d'un bâtiment sur des terrains appartenant à la première. La demanderesse a conclu avec Dimack un contrat selon lequel elle devait fournir la main-d'œuvre, les matériaux ainsi que l'équipement pour l'installation de la plomberie et des systèmes mécaniques spécifiés dans le marché ci-dessus. La demanderesse a exécuté tous les travaux prévus par son contrat avec Dimack, mais celle-ci ne lui a pas payé la somme de 19 100 \$ qui représente le solde légalement dû et payable à la date de l'achèvement des travaux.

Bien qu'elle n'ait pas officiellement déclaré faillite, Dimack est dans les faits insolvable et n'est manifestement pas en mesure de payer cette somme. En fait, la Cour suprême de l'Alberta a rendu en faveur de la demanderesse un jugement condamnant Dimack à payer la somme de 19 100 \$ avec intérêts.

Il n'existe aucun contrat, verbal ou écrit, entre les deux parties à la présente action. Cependant, la demanderesse allègue, dans sa déclaration, l'enrichissement sans cause de la défenderesse pour réclamer la somme susdite de 19 100 \$ avec intérêts en sus. Après l'échange des plaidoiries écrites initiales, la défenderesse a présenté une requête en rejet fondée sur l'absence de cause d'action, requête qui a été refusée, mais en même temps, la Cour a accueilli une requête en modification de la déclaration. À l'ouverture du procès, la défende-

opening of the trial on the grounds that the facts in the amended statement of claim still did not reveal a legal basis for unjust enrichment as there was no allegation that the defendant had really received anything for which it had not paid.

I might have been inclined to grant this motion but, in view of the fact that the parties were ready to proceed to trial forthwith, that the defendant did not intend to call any evidence, and that the plaintiff would be calling only two witnesses requiring only three or four hours of trial time, I decided to reserve my decision on the motion and hear the evidence on the off-chance that something in the testimony might form a basis for recovery, subject, perhaps, to possible further amendment of the pleadings if required.

In the case of *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, Dickson J., as he then was, stated at page 848:

In *Rathwell* I ventured to suggest there are three requirements to be satisfied before an unjust enrichment can be said to exist: an enrichment, a corresponding deprivation and absence of any juristic reason for the enrichment. This approach, it seems to me, is supported by general principles of equity that have been fashioned by the courts for centuries, though, admittedly, not in the context of matrimonial property controversies.

At trial it was clearly established that the defendant had in fact not only paid Dimack in full for the work performed but had, in all probability overpaid the latter as there remained many uncorrected deficiencies under the main contract. It is quite obvious, therefore, that there can be no question of unjust enrichment of the defendant and the action from the standpoint seems to have been misconceived from the very beginning. The only person unjustly enriched was Dimack, having been paid for work which in fact it did not perform but which was performed by the plaintiff.

During the trial, however, although there was no allegation to that effect in the amended statement of claim, counsel for the plaintiff maintained that the claim was also based on the equitable doctrine of promissory estoppel.

resse a présenté une autre requête en rejet pour le motif que les faits allégués dans la nouvelle déclaration ne faisaient ressortir aucun fondement juridique qui permette de conclure à l'enrichissement sans cause, puisqu'il n'était nullement allégué que la défenderesse avait vraiment reçu quelque chose pour lequel elle n'avait pas payé.

J'aurais été enclin à faire droit à cette requête mais, puisque les deux parties étaient prêtes à donner immédiatement suite au procès, que la défenderesse n'avait pas l'intention de faire comparaître de témoins et que la demanderesse n'en citerait que deux, qui n'auraient besoin que de trois à quatre heures d'audience, j'ai décidé de prendre la requête en délibéré et d'entendre les témoins au cas où il en ressortirait un élément qui justifie le recouvrement réclamé par la demanderesse, sous réserve peut-être d'une nouvelle modification des plaidoiries le cas échéant.

Dans *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, le juge Dickson, tel était alors son titre, s'est prononcé en ces termes à la page 848:

Dans l'arrêt *Rathwell*, je me suis risqué à avancer qu'il y a trois conditions à respecter pour que l'on puisse dire qu'il y a un enrichissement sans cause: un enrichissement, un appauvrissement correspondant et l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement. Il me semble que cette façon de voir est appuyée par les principes généraux d'*equity* que les cours ont modelés pendant des siècles, bien que, de l'aveu général, cela n'ait pas été fait dans les litiges concernant les biens matrimoniaux.

Il ressort du débat que non seulement la défenderesse avait payé à Dimack l'intégralité des travaux exécutés dans le cadre du marché principal, mais encore que ce paiement était probablement en trop, puisque de nombreuses déficiences n'avaient pas encore été corrigées. De toute évidence, il ne saurait donc être question d'enrichissement sans cause de la défenderesse et il appert que, de ce point de vue, l'action était mal fondée à l'origine même. Dimack était la seule à bénéficier d'un enrichissement sans cause, ayant reçu paiement pour les travaux effectués par la demanderesse, et non par elle-même.

Au cours du procès cependant, l'avocat de la demanderesse a fait valoir que sa prétention reposait également sur la doctrine de l'irrecevabilité fondée sur une promesse (*promissory estoppel*), connue en *equity*, bien qu'il n'en ait pas fait état dans la déclaration modifiée.

It was established that it is in fact the general policy of the defendant in the case of construction contracts to insist that the general contractors undertake to pay all suppliers and sub-contractors and that the agents of the defendant generally attempt to ensure that such undertakings are in fact carried out by withholding certain amounts until some acceptable evidence is furnished, establishing that the sub-contractors and suppliers have in fact been paid. The evidence required by the defendant from its contractors is usually in the form of statutory declarations furnished from time to time by some agent or representative of the main contractor. The contract also contains general provisions to that effect. An example of the general form of contract is made part and parcel of the package of tender documents for the contract and is made available on request to any person wishing to tender on a sub-contract with the general contractor. In the present case, a representative of the plaintiff examined a copy of the proposed contract documents before tendering on its own contract with Dimack.

It has also been established that on several previous occasions the plaintiff tendered as a sub-contractor with general contractors who were taking on government construction works. On each such occasion a representative of the plaintiff examined the tender package for the main contractor. The principal reasons for doing so were, of course, to verify the plans, specifications and other conditions pertaining to the portion of the work which it would be called upon to carry out for the general contractor, and to examine other requirements such as completion dates for the various phases and sub-trades, the quality of the work required to be executed, and the nature and extent of any guarantees required by the owner. There was, however, evidence which I accept to the effect that the plaintiff would not have tendered on the sub-contract with Dimack had it not been aware of the general policy of the defendant to attempt to protect the sub-contractors and suppliers as previously mentioned. On four previous occasions the plaintiff was in fact successful in obtaining work as a sub-contractor on government construction projects and, on one of those occasions, after experiencing difficulty in being paid by the general

Il appert qu'en matière de marchés de construction, la défenderesse a pour politique de veiller à ce que l'entrepreneur général s'engage à payer tous les fournisseurs et sous-traitants, et que les fondés de pouvoir de la défenderesse cherchent habituellement à s'assurer que pareil engagement est respecté en retenant telle ou telle somme jusqu'à ce qu'on leur fournisse une preuve suffisante que les fournisseurs et sous-traitants ont été effectivement payés. Cette preuve que la défenderesse requiert des entrepreneurs avec qui elle contracte prend habituellement la forme d'une déclaration solennelle, fournie de temps à autre par le fondé de pouvoir ou autre représentant de l'entrepreneur général. Le marché renferme aussi des dispositions générales à cet effet. Un spécimen de la formule générale du marché en question fait partie intégrante de la documentation concernant l'appel d'offres et peut être fourni sur demande à quiconque veut présenter une soumission en vue de conclure un contrat de sous-traitance avec l'entrepreneur général. En l'espèce, un représentant de la demanderesse avait examiné une copie des documents relatifs au projet de marché avant de présenter une soumission à Dimack.

Il a également été établi qu'à plusieurs reprises, la demanderesse avait présenté une soumission en vue de conclure un contrat de sous-traitance avec des entrepreneurs généraux qui effectuaient des travaux de construction pour l'État. Chaque fois, un représentant de la demanderesse avait examiné la documentation concernant l'appel d'offres destinée à l'entrepreneur principal, parce qu'il voulait, bien sûr, vérifier les plans, cahiers des charges et autres conditions se rapportant à la portion des travaux qu'elle était appelée à exécuter pour l'entrepreneur général, en plus d'examiner d'autres conditions telles que l'échéancier des diverses phases et sous-traitances, la qualité requise des travaux à exécuter, ainsi que la nature et l'étendue des garanties que pourrait exiger le propriétaire. La demanderesse m'a cependant convaincu qu'elle n'aurait pas présenté de soumission en vue de conclure un contrat de sous-traitance avec Dimack si elle n'avait pas été au courant de la politique générale de la défenderesse, qui consiste à chercher à protéger sous-traitants et fournisseurs de la façon indiquée ci-dessus. Par le passé, la demanderesse avait, à quatre reprises, réussi à obtenir un contrat de sous-traitance concernant des projets de

contractor, it finally obtained its money because the defendant held back on the monies due the general contractor until the plaintiff's claim was satisfied.

In the present case, the defendant paid Dimack in full after the contract was substantially completed but before many of the deficiencies had been corrected. There was also evidence to the effect that the work on other parts of the main contract had not been satisfactorily executed. Payment in full in such circumstances was apparently quite contrary to the normal policy of the defendant. The reason for doing so in this case appears to be because the fiscal year of the defendant was ending and there still remained in the hands of what was termed the "client department", namely, the Department of Agriculture in this particular case, an unexpended balance from the current year's appropriations. In other words, the Department followed the usual wasteful practice employed by various government departments of expending as quickly as possible all monies allocated for any given fiscal year in order to ensure that as much money as possible will be made available for the following year.

It is also of interest to note that, in lieu of awarding one contract to the general contractor, the work, although relatively minor and quite simple, was divided into three phases and a separate contract was awarded to Dimack for each of the three phases, thereby bringing the amount of each contract within the authorized spending powers of the Department concerned without it being obliged to seek approval for the expenditure from higher authority as would have been the case had only one contract been awarded to Dimack for the work. In addition, contrary to the usual procedure of making progress payments with holdbacks following periodical inspections as the work progressed, all three contracts were paid in full, without any holdbacks, at the same time immediately before the fiscal year ended. The comprehensive list of deficiencies was only prepared and made available two months later.

construction gouvernementaux et il lui est arrivé, une fois, d'avoir eu du mal à se faire payer par l'entrepreneur général et d'avoir finalement recouvré son dû parce que la défenderesse avait retenu des sommes qu'elle devait à l'entrepreneur général jusqu'à ce que celui-ci eût acquitté sa dette envers la demanderesse.

En l'espèce, la défenderesse a payé à Dimack le prix intégral du marché après que les travaux eurent été exécutés en grande partie, mais avant que de nombreuses déficiences n'eussent été réparées. Il a également été prouvé que les travaux se rapportant à d'autres parties du marché principal n'avaient pas été exécutés de façon satisfaisante. Dans ce contexte, le paiement du prix intégral du marché était manifestement contraire à la politique normale de la défenderesse. Il s'explique en l'espèce, semble-t-il, par le fait que l'année financière de la défenderesse touchait à sa fin et qu'il restait chez le «ministère client», en l'espèce le ministère de l'Agriculture, un reliquat des crédits alloués pour l'année en cours. Autrement dit, ce Ministère s'adonnait au gaspillage qui se fait habituellement au sein des différents ministères gouvernementaux et qui consiste à dépenser le plus vite possible tous les crédits de l'année financière pour s'assurer d'avoir le maximum de crédits l'année suivante.

Il convient également de noter qu'au lieu d'adjuger un seul marché à l'entrepreneur général, on a divisé les travaux qui étaient relativement mineurs et fort simples en trois phases; chacune d'elles faisait l'objet d'un marché conclu séparément avec Dimack, ce qui gardait le prix de ces marchés dans les limites du pouvoir de dépenser du Ministère intéressé, sans que celui-ci ait besoin de faire approuver la dépense par une autorité supérieure, approbation qui aurait été nécessaire si un seul marché avait été conclu avec Dimack pour l'exécution de ces travaux. En outre, contrairement à la méthode habituelle qui consiste en des paiements partiels avec retenues de garantie après l'inspection périodique des travaux au fur et à mesure de leur exécution, les coûts des travaux effectués dans le cadre des trois marchés ont été acquittés intégralement et en même temps, sans aucune retenue de garantie, juste avant la clôture de l'année financière. La liste complète des déficiences n'a été établie que deux mois plus tard.

The Minister of Public Works, in seeking to explain to the plaintiff why the usual procedures were not followed, attributed the cause to an "administrative error" of the Department. A much stronger term would undoubtedly have been more appropriate. However, no matter how much one might be attempted to criticize the manner in which responsible departmental authorities, having regard to their duties as public servants, handled the entire situation, that issue is not before this Court: the issue is simply whether the conduct of the defendant in the present case, having regard to its previous practice and conduct, can constitute promissory estoppel, or some other legal basis, on which the plaintiff can found its claim.

A sub-contractor cannot rely as a basis for recovery against the owner on the fact that the prime contract contains provisions obliging the main contractor to pay its sub-contractors' accounts. (See: *Crown Lumber Co. Ltd. v. Smythe et al.*, [1923] 3 D.L.R. 933 (Alta. C.A.); *Re Bodner Road Construction Ltd.*, [1963] 43 W.W.R. 641 (Man. Q.B.)) This principle also applies even where the main contract has a provision permitting the owner to pay sub-contractors directly, although this is obviously not the case here.

In the case of *Re Union Construction Ltd. and Nova Scotia Power Corp. Ltd. et al.* (1980), 111 D.L.R. (3d) 728 (N.S.C.A.), the Trial Judge held that the provisions for holdback in the main contract constituted an inducement to the sub-contractors and therefore consideration which created a constructive trust in favour of the sub-contractors. On appeal this concept was completely rejected. Cooper J.A., in delivering judgment orally on behalf of the Court, stated at page 747 of the above-mentioned report:

The central point in this appeal is whether the learned trial Judge, Mr. Justice Burchell, was in error in finding that Nova Scotia Power Corporation is holding the sum of \$213,843.70 as a holdback under the terms of the contract between it and Lundrigans Limited for the construction of the corporation's generating station at Lingan as constructive trustee and that the beneficiaries of that trust are persons variously referred to as sub-contractors, job creditors or third party claimants.

En voulant expliquer à la demanderesse pourquoi il n'avait pas suivi les méthodes habituelles, le ministre des Travaux publics a invoqué une [TRA-DUCTION] «erreur administrative» de la part du Ministère. Il n'y a pas de doute qu'un terme bien plus vigoureux conviendrait mieux. Cependant, quelque tentation qu'on puisse avoir de critiquer la manière dont les autorités ministérielles responsables se sont comportées dans cette affaire, eu égard à leurs responsabilités de fonctionnaires, cette question n'est pas soumise à la Cour: il s'agit seulement de savoir si la conduite de la défendresse en l'espèce, eu égard à sa pratique antérieure, peut donner lieu à une irrecevabilité fondée sur une promesse ou à l'application de tout autre principe juridique sur lequel la demanderesse pourrait s'appuyer.

Un sous-traitant ne peut, pour recouvrer son dû des mains du propriétaire, invoquer le fait que le marché principal renferme certaines dispositions portant obligation pour l'entrepreneur principal d'acquitter les comptes des sous-traitants. (Voir: *Crown Lumber Co. Ltd. v. Smythe et al.*, [1923] 3 D.L.R. 933 (C.A. Alb.); *Re Bodner Road Construction Ltd.*, [1963] 43 W.W.R. 641 (B.R. Man.)) Ce principe s'applique même si le marché principal autorise le propriétaire à payer les sous-traitants directement, ce qui n'est certainement pas le cas en l'espèce.

Dans *Re Union Construction Ltd. and Nova Scotia Power Corp. Ltd. et al.* (1980), 111 D.L.R. (3d) 728 (C.A.N.-É.), le juge de première instance avait décidé que les clauses du marché principal concernant les retenues de garantie constituaient un encouragement pour les sous-traitants, dont un élément donnant lieu à une fiducie par interprétation en faveur de ces derniers. Cette conclusion a été catégoriquement rejetée en appel. Prononçant l'arrêt de la Cour d'appel, le juge Cooper s'est exprimé en ces termes à la page 747 du recueil susmentionné:

[TRADUCTION] Il s'agit essentiellement de savoir en l'espèce si le juge Burchell siégeant en première instance a commis une erreur en concluant que Nova Scotia Power Corporation détenait la somme de 213 843,70 \$ à titre de retenue de garantie en vertu du contrat qu'elle avait conclu avec Lundrigans Limited pour la construction de sa centrale électrique de Lingan, et à titre de fiduciaire par interprétation, et que les bénéficiaires de cette fiducie sont les personnes appelées sous-traitants, créanciers pour ce qui est de l'exécution des travaux ou mis-en-cause.

We are unanimously of the opinion that, with respect, the learned trial Judge was in error in finding such a trust. This is not a situation in which the concept of constructive trust applies.

As to the question of promissory estoppel, it seems that courts, generally speaking, have refused to even consider the possibility of promissory estoppel being capable of supporting a claim and have only recognized it as a means of opposing one. It has very often been stated that promissory estoppel can only be used as a shield and not as a sword. Certain pronouncements of Lord Denning, however, threw some doubt on whether the doctrine of promissory estoppel should be applied in so strict a fashion. On that question Ritchie J., speaking on behalf of the Supreme Court of Canada in the case of *Burrows (John) Limited v. Subsurface Surveys Ltd. et al.*, [1968] S.C.R. 607, stated at pages 614-615:

Since the decision of the present Lord Denning in the case of *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.* ([1947] K.B. 130), there has been a great deal of discussion, both academic and judicial, on the question of whether that decision extended the doctrine of estoppel beyond the limits which had been theretofore fixed, but in this Court in the case of *Conwest Exploration Co. Ltd. et al. v. Letain* ([1964] S.C.R. 20 at 28), Mr. Justice Judson, speaking for the majority of the Court, expressed the view that Lord Denning's statement had not done anything more than restate the principle expressed by Lord Cairns in *Hughes v. Metropolitan Railway Co.* ((1877), 2 App. Cas. 439) in the following terms:

It is the first principle upon which all courts of equity proceed, that if parties, who have entered into definite and distinct terms, involving certain legal results—certain penalties or legal forfeiture—afterwards by their own act or with their own consent, enter upon a course of negotiation which has the effect of leading one of the parties to suppose that the strict rights arising under the contract will not be enforced, or will be kept in suspense, or held in abeyance, the person who otherwise might have enforced those rights will not be allowed to enforce them where it would be inequitable, having regard to the dealings which have thus taken place between the parties.

In the case of *Combe v. Combe* ([1951] 1 All E.R. 767), Lord Denning recognized the fact that some people had treated his decision in the *High Trees* case as having extended the principle stated by Lord Cairns and he was careful to restate the matter in the following terms:

The principle, as I understand it, is that where one party has, by his words or conduct, made to the other a promise or assurance which was intended to affect the legal relations between them and to be acted on accordingly, then, once the other party has taken him at his word and acted on it, the one who gave the promise or assurance cannot afterwards be allowed to revert to the previous legal relations as if no such promise or assurance had been made by him, but he must

Nous sommes tous d'avis que, sauf le respect que nous lui devons, le juge de première instance a commis une erreur en concluant à l'existence d'une telle fiducie. La notion de fiducie par interprétation ne s'applique pas en l'espèce.

Pour ce qui est de l'irrecevabilité fondée sur une promesse, il appert qu'en règle générale, les tribunaux ont refusé de considérer la possibilité d'y recourir comme moyen d'étayer une prétention, et n'y voient qu'un moyen de défense. Comme on l'a très souvent dit, cette irrecevabilité ne peut servir que de bouclier, et non d'épée. Certains jugements de lord Denning mettent cependant en doute pareille application restrictive de la doctrine de l'irrecevabilité fondée sur une promesse. À ce sujet, le juge Ritchie qui s'est prononcé au nom de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Burrows (John) Limited v. Subsurface Surveys Ltd. et al.*, [1968] R.C.S. 607, aux pages 614 et 615, s'est livré à l'analyse suivante:

[TRADUCTION] La décision rendue par lord Denning dans *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.* ([1947] K.B. 130) a suscité un long débat, tant dans le monde universitaire que devant les tribunaux, sur la question de savoir si ladite décision n'a pas étendu la doctrine de l'irrecevabilité au-delà des limites qui avaient été fixées jusque-là, mais dans l'arrêt de cette Cour *Conwest Exploration Co. Ltd. et al. v. Letain* ([1964] R.C.S. 20, à la page 28), le juge Judson, qui s'est prononcé au nom de la majorité des membres de la Cour, a conclu que la décision de lord Denning n'avait fait que reformuler le principe énoncé en ces termes par lord Cairns dans *Hughes v. Metropolitan Railway Co.* ((1877), 2 App. Cas. 439):

C'est le premier principe qui guide toutes les cours d'équité, que lorsque des personnes qui ont consenti à des clauses précises et explicites entraînant certaines conséquences juridiques—certaines sanctions ou déchéances de droits—adoptent ultérieurement par leur acte personnel ou de leur plein gré une ligne de conduite qui a pour effet de laisser supposer à l'une des parties que les droits stricts découlant du contrat ne seront pas exercés, ou resteront en suspens, ou demeureront inappliqués, la personne qui, autrement eût pu faire valoir ces droits, ne pourra le faire lorsque cela serait injuste, eu égard à ce qui s'est ainsi passé entre les parties.

Dans l'arrêt *Combe v. Combe* ([1951] 1 All E.R. 767), lord Denning a reconnu que certaines personnes avaient considéré sa décision dans l'affaire *High Trees* comme étendant le principe qu'a énoncé lord Cairns et il a pris soin de reformuler la question comme suit:

Le principe est, à mon avis, que lorsqu'une partie, par ce qu'elle a dit ou ce qu'elle a fait, a fait à l'autre partie une promesse ou lui a donné une assurance visant à modifier leurs rapports juridiques avec l'intention que l'on s'y fie, alors, une fois que l'autre partie s'est fiée à sa parole et a agi en conséquence, on ne peut par la suite permettre à la partie qui a fait la promesse ou donné l'assurance de revenir à leur situation juridique antérieure comme si elle n'avait pas fait

accept their legal relations subject to the qualification which he himself has so introduced, even though it is not supported in point of law by any consideration, but only by his word.

The principle that promissory estoppel could be invoked by a plaintiff in support of a claim was also advanced by Grange J. in *Re Tudale Explorations Ltd. and Bruce et al.* (1978), 88 D.L.R. (3d) 584 (Ont. H.C.).

The weight of authority, however, still seems to indicate that promissory estoppel can only be invoked as a defence. Regardless of whether or not it can serve to found a claim, it is certain that, in order to rely on promissory estoppel, as distinguished from proprietary estoppel, certain basic conditions must all be fulfilled. Among them are the following:

1. There must be a promise by the person against whom the principle is invoked.

2. The promise must be clear and unequivocal.

3. The promisee must have changed his position as a result of the promise. Most authorities maintain that the change must be to the detriment of the promisee, although some authorities, including Lord Denning seem to say that it is sufficient if the promisee acts as a result of the promise.

4. There must be a real legal relationship between the parties which is in existence or possibly, according to *dicta* in some cases, was recently in existence or is in the course of being created.

5. The legal relationship must be affected by the promise to which the estoppel relates.

6. There must have been an intention of the promisor to affect the legal relationship with the promisee.

The plaintiff has fulfilled the third above mentioned condition, as there has been evidence which I accept, that it would not have tendered on any contract with Dimack and thus would not have been deprived of the \$19,100 which it now claims, had it not been aware of the existence in the main contract of the defendant of the provisions regard-

cette promesse ou donné cette assurance; elle doit accepter leurs rapports juridiques avec les restrictions qu'elle y a elle-même apportées, même si elles ne s'appuient sur aucun motif de droit mais uniquement sur sa parole.

a Dans *Re Tudale Explorations Ltd. and Bruce et al.* (1978), 88 D.L.R. (3d) 584 (H.C. Ont.), le juge Grange a, lui aussi, adopté le principe selon lequel l'irrecevabilité fondée sur une promesse pouvait être invoquée par le demandeur à l'appui de sa prétention.

b Cependant, la jurisprudence établie semble persister à dire que l'irrecevabilité fondée sur une promesse ne peut servir que de moyen de défense. Qu'on puisse ou non l'invoquer à l'appui d'une demande, il est certain que pour invoquer l'irrecevabilité fondée sur une promesse, qui est différente de l'irrecevabilité fondée sur la propriété (*proprietary estoppel*), certaines conditions fondamentales doivent être remplies:

1. Il faut qu'il y ait promesse de la part de la personne contre laquelle cette irrecevabilité est invoquée.

e 2. La promesse doit être claire et non équivoque.

3. La promesse doit avoir pour effet de modifier la situation de la personne à qui elle a été faite. La majorité des auteurs estime que ce changement doit s'opérer au détriment du bénéficiaire de la promesse, bien que selon d'autres autorités, dont lord Denning, il suffise que ce bénéficiaire ait agi par suite de la promesse.

f 4. Il doit y avoir entre les parties un rapport juridique réel, qui existe ou qui, selon les opinions incidentes qu'on trouve dans certaines décisions, a existé récemment ou est en voie d'être créé.

g 5. Le rapport juridique doit être modifié par la promesse donnant lieu à l'irrecevabilité.

h 6. Il faut qu'il y ait volonté de la part de l'auteur de la promesse de modifier le rapport juridique avec le bénéficiaire de cette promesse.

i La demanderesse a rempli la troisième condition ci-dessus, puisqu'elle m'a convaincu qu'elle n'aurait pas présenté de soumission pour conclure un contrat avec Dimack et, par voie de conséquence, n'aurait pas été privée des 19 100 \$ qu'elle réclame en l'espèce si elle n'avait pas été au courant de l'existence, dans le marché principal de la défende-

ing holdbacks, etc., to which I have already referred. None of the other five requirements for promissory estoppel, however, have even remotely been met. The claim must therefore be dismissed.

Although the action must fail on the merits, it is of some importance to note that, if an action can in law be founded on promissory estoppel (and I refrain from stating any opinion on this issue) then it would seem axiomatic that for an action to be based on any such novel principle, it would have to be specifically pleaded in the statement of claim. At trial, counsel for the defendant quite rightly objected to the case being argued on the basis of promissory estoppel as the issue had never been raised in the pleadings. The plaintiff was invited by the Court to request an amendment to the statement of claim but declined to do so. Not only was promissory estoppel not specifically pleaded as the basis for the claim, but there was no pleading whatsoever as to any specific promise having been made by the defendant to the plaintiff at any time nor, of course, as to any particulars of any such promise. There was no pleading of any past, present or future legal relationship to which any promise might relate.

The action will be dismissed with costs.

resse, des dispositions concernant les retenues de garantie, etc., comme je l'ai déjà indiqué. Cependant, elle ne satisfait, même indirectement, à aucune des cinq autres conditions de l'irrecevabilité fondée sur une promesse. Sa prétention doit donc être rejetée.

Bien que l'action ne soit pas fondée, il y a lieu de noter que si une action peut reposer en droit sur l'irrecevabilité fondée sur une promesse (et je m'abstiens de me prononcer sur ce sujet), il semble alors évident qu'un moyen aussi inédit doit être expressément invoqué dans la déclaration. À l'audience, l'avocat de la défenderesse s'est opposé à juste titre à ce qu'on invoque l'irrecevabilité fondée sur une promesse, puisque ce moyen n'avait jamais été soulevé dans les plaidoiries écrites. La demanderesse a, de son côté, refusé d'accéder à la requête de la Cour qui la priait de modifier sa déclaration. Non seulement elle n'a pas expressément étayé sa prétention par l'irrecevabilité fondée sur une promesse, mais elle n'a évoqué aucune promesse que la défenderesse lui aurait expressément faite à quelque moment que ce soit, ni aucun détail de cette promesse. Elle n'a invoqué aucun rapport juridique passé, présent ou à venir, auquel pourrait se rapporter une promesse quelconque.

L'action est rejetée avec dépens.