

Ellis-Don Construction**Ltd.** *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Naylor Group Inc. *Respondent/Appellant on cross-appeal*

INDEXED AS: NAYLOR GROUP INC. v. ELLIS-DON CONSTRUCTION LTD.

Neutral citation: 2001 SCC 58.

File No.: 27321.

2001: January 22; 2001: September 27.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contracts — Bid depository system — Prime contractor awarded large construction contract as lowest bidder — Prime contractor's bid incorporating subcontractor's bid — Subcontractor's workers not members of International Brotherhood of Electrical Workers (IBEW) — Prime contractor later refusing to enter into subcontract — Prime contractor subsequently contracting with IBEW subcontractor at same bid price — Legal obligations of prime contractors to prospective subcontractors under rules of structured bid depository — Whether contract terms breached.

Contracts — Doctrine of frustration — Bid depository system — Prime contractor awarded large construction contract as lowest bidder — Prime contractor's bid incorporating subcontractor's bid — Subcontractor's workers not members of International Brotherhood of Electrical Workers (IBEW) — Ontario Labour Relations Board (OLRB) deciding prime contractor must use only IBEW-affiliated subcontractors — Whether contract frustrated by OLRB decision.

Contracts — Remedies — Prime contractor awarded large construction contract as lowest bidder — Prime contractor's bid incorporating subcontractor's bid —

Ellis-Don Construction**Ltd.** *Appelante/Intimée au pourvoi incident*

c.

Naylor Group Inc. *Intimée/Appelante au pourvoi incident*

RÉPERTORIÉ : NAYLOR GROUP INC. c. ELLIS-DON CONSTRUCTION LTD.

Référence neutre : 2001 CSC 58.

N° du greffe : 27321.

2001 : 22 janvier; 2001 : 27 septembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Contrats — Système de soumissions — Entrepreneur principal obtenant un important contrat d'entreprise à titre de plus bas soumissionnaire — Soumission de l'entrepreneur principal incluant celle du sous-traitant — Employés du sous-traitant non membres de la Fraternité internationale des ouvriers en électricité (FIOE) — Entrepreneur principal refusant par la suite de conclure le contrat de sous-traitance — Entrepreneur principal concluant ensuite un contrat avec un sous-traitant affilié à la FIOE au même prix que celui proposé dans la soumission — Obligations juridiques d'un entrepreneur principal envers un sous-traitant éventuel en vertu des règles d'un régime structuré de dépôt des soumissions — Y a-t-il eu violation des conditions d'un contrat?

Contrats — Théorie de l'impossibilité d'exécution — Système de soumissions — Entrepreneur principal obtenant un important contrat d'entreprise à titre de plus bas soumissionnaire — Soumission de l'entrepreneur principal incluant celle du sous-traitant — Employés du sous-traitant non membres de la Fraternité internationale des ouvriers en électricité (FIOE) — Décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario (CRTO) selon laquelle l'entrepreneur principal ne peut retenir que les services de sous-traitants affiliés à la FIOE — La décision de la CRTO a-t-elle rendu le contrat inexécutable?

Contrats — Réparations — Entrepreneur principal obtenant un important contrat d'entreprise à titre de plus bas soumissionnaire — Soumission de l'entrepre-

Prime contractor later refusing to enter into subcontract — Manner of assessing damages for wrongful refusal to contract.

The Oakville-Trafalgar Memorial Hospital (“OTMH”) called for tenders for the construction of an addition and renovation of its hospital through the Toronto Bid Depository. Ellis-Don Construction Ltd., one of the largest construction firms in Ontario, approached Naylor Group Inc. in November 1991 to bid for the electrical work on the project. Naylor volunteered the important information that its workers were not affiliated with the International Brotherhood of Electrical Workers (“IBEW”). It was told there would be no objection on that account. Ellis-Don had been in a continuing if sporadic argument over bargaining rights with the IBEW for the previous 30 years. The dispute, in which the IBEW claimed to have been the exclusive bargaining agent for Ellis-Don electrical workers since 1962, came before the Ontario Labour Relations Board (“OLRB”) in 1990. The OLRB ruling was still under reserve in January 1991. Ellis-Don was aware, as Naylor was not, of the details of the IBEW grievance and whether an adverse ruling would cause it serious difficulty on the OTMH job. Nevertheless, Ellis-Don “carried” Naylor’s low bid for the electrical work in its own tender for the prime contract and as a result was low bidder for the OTMH project. The OLRB decision was released in February 1992, confirming Ellis-Don’s collective bargaining commitment to use only electrical subcontractors whose employees were affiliated with the IBEW.

On May 6, 1992, OTMH awarded the prime contract to Ellis-Don. The prime contract contained an article under which Ellis-Don undertook to hire Naylor. Ellis-Don offered to subcontract the electrical work to Naylor at the bid price if Naylor would align itself with the IBEW. Naylor, which already had a union, declined. A week later Ellis-Don wrote to Naylor to say that, because of the OLRB decision, it was unable to enter into a subcontract agreement with the firm. It subsequently awarded the electrical subcontract to an IBEW subcontractor. Naylor sued for breach of contract and unjust enrichment. Its contractual claim was dismissed but the trial judge, out of an abundance of caution, assessed the damages that would have been awarded in contract, if the claim had succeeded, at \$730,286. He

neur principal incluant celle du sous-traitant — Entrepreneur principal refusant par la suite de conclure le contrat de sous-traitance — Façon d’évaluer les dommages-intérêts pour le refus injustifié de conclure un contrat.

Le Oakville-Trafalgar Memorial Hospital (« OTMH ») a déposé au Bureau de dépôt des soumissions de Toronto un appel d’offres pour l’agrandissement et la rénovation de ses installations. En novembre 1991, Ellis-Don Construction Ltd., l’une des plus importantes entreprises de construction en Ontario, a invité Naylor Group Inc. à soumissionner les travaux d’électricité du projet. Naylor a alors spontanément indiqué que ses travailleurs n’étaient pas affiliés à la Fraternité internationale des ouvriers en électricité (« FIOE »). On lui a dit que cela ne poserait aucun problème. Au cours des 30 dernières années, Ellis-Don avait débattu constamment, sinon sporadiquement, la question des droits de négociation avec la FIOE. Le différend, dans lequel la FIOE affirmait être l’agent négociateur exclusif des électriciens de Ellis-Don depuis 1962, a abouti devant la Commission des relations de travail de l’Ontario (« CRTO ») en 1990. La CRTO n’avait pas encore rendu sa décision en janvier 1991. Contrairement à Naylor, Ellis-Don connaissait les détails du grief de la FIOE et savait si une décision défavorable lui causerait de graves problèmes en ce qui concernait les travaux de l’OTMH. Ellis-Don a néanmoins inclus la soumission basse de Naylor pour les travaux d’électricité dans la soumission qu’elle a elle-même présentée en vue d’obtenir le contrat principal et qui a, de ce fait, été la plus basse pour le projet de l’OTMH. Dans la décision qu’elle a rendue en février 1992, la CRTO a confirmé l’engagement, pris par Ellis-Don dans sa convention collective, de n’avoir recours qu’à des sous-traitants en électricité dont les employés étaient affiliés à la FIOE.

Le 6 mai 1992, l’OTMH a accordé le contrat principal à Ellis-Don. Ce contrat comportait un article dans lequel Ellis-Don s’engageait à retenir les services de Naylor. Ellis-Don a offert à Naylor de lui accorder le contrat de sous-traitance des travaux d’électricité au prix de la soumission si elle acceptait de s’affilier à la FIOE. Naylor, qui avait déjà un syndicat, a refusé. Une semaine plus tard, Ellis-Don a informé par écrit Naylor que, en raison de la décision de la CRTO, elle était dans l’impossibilité de lui accorder un contrat de sous-traitance. Elle a, par la suite, accordé le contrat de sous-traitance des travaux d’électricité à une entreprise affiliée à la FIOE. Naylor a intenté une action pour inexécution de contrat et enrichissement sans cause. Son action en responsabilité contractuelle a été rejetée, mais le juge de

did allow a claim for unjust enrichment in the amount of \$14,560, which corresponded to the costs of preparing the bid. Naylor appealed and was awarded damages for breach of contract in the amount of \$182,500. Ellis-Don appeals from that decision on the issue of liability alone. Naylor cross-appeals on the issue of quantum of damages.

Held: The appeal should be dismissed and the cross-appeal allowed.

The various terms and conditions governing the Toronto Bid Depository, when read together, compel the conclusion that, when Ellis-Don chose to carry Naylor's bid in its tender to OTMH, it committed itself to subcontract the electrical work to Naylor in the absence of a reasonable objection. The prime contractor's protection lies in the contractual right to object. The subcontractor's protection lies in the concept of "reasonableness". What is "reasonable" depends on the facts of the case. Ellis-Don's only objection to Naylor was the fact it was not an IBEW subcontractor. In light of Ellis-Don's conduct, however, it was not "reasonable" of Ellis-Don to object to Naylor's union affiliation. Ellis-Don with full knowledge of that fact chose to carry Naylor instead of an IBEW affiliated subcontractor. It thereby won the prime contract. It was held by the OLRB to have previously promised the work to IBEW electricians. Ellis-Don could not simultaneously fulfill its obligation to Naylor and to the IBEW, but it had knowingly placed itself in a position of conflict. In the circumstances there was no unfairness in requiring Ellis-Don to compensate Naylor for its non-performance. It had gone out of its way to assure Naylor that its in-house union affiliation was no cause for concern and would be no basis for objection. It carried Naylor's bid in its tender for the prime contract, with full knowledge of both the IBEW proceedings before the OLRB and Naylor's non-IBEW union affiliation. It affirmed its agreement to use Naylor when it put forward Naylor's addendum price in its submission to OTMH, more than two weeks after it had received full notice of the OLRB ruling. It formally affirmed Naylor's expected role in the actual contract between OTMH and Ellis-Don, dated May 6, 1992.

première instance, faisant preuve de beaucoup de prudence, a évalué à 730 286 \$ les dommages-intérêts pour inexécution de contrat qui auraient été accordés si Naylor avait eu gain de cause. Il a accordé la somme de 14 560 \$ à titre de dommages-intérêts pour enrichissement sans cause, laquelle somme correspondait aux dépenses engagées pour préparer la soumission. Naylor a interjeté appel et a obtenu la somme de 182 500 \$ à titre de dommages-intérêts pour inexécution de contrat. Ellis-Don se pourvoit contre cette décision uniquement en ce qui concerne la question de la responsabilité. Naylor forme un pourvoi incident sur la question du montant des dommages-intérêts.

Arrêt : Le pourvoi principal est rejeté et le pourvoi incident est accueilli.

Compte tenu de l'ensemble des diverses modalités régissant le Bureau de dépôt des soumissions de Toronto, force est de conclure que, lorsque Ellis-Don a choisi d'inclure la soumission de Naylor dans celle qu'elle a présentée à l'OTMH, elle s'est engagée à confier les travaux d'électricité en sous-traitance à Naylor en l'absence d'objection raisonnable. La protection de l'entrepreneur principal réside dans le droit contractuel de formuler une objection. La protection du sous-traitant réside dans la notion du « caractère raisonnable ». Ce qui est « raisonnable » dépend des faits de l'affaire. La seule objection de Ellis-Don concernant Naylor émanait du fait que cette dernière n'était pas un sous-traitant affilié à la FIOE. Toutefois, compte tenu de la conduite de Ellis-Don, il n'était pas « raisonnable » qu'elle s'oppose à l'affiliation syndicale de Naylor. Alors qu'elle était parfaitement au courant de la situation de Naylor sur le plan syndical, Ellis-Don a choisi d'inclure cette dernière au lieu d'un sous-traitant affilié à la FIOE. Elle s'est ainsi assurée l'obtention du contrat principal. La CRTO a jugé que Ellis-Don avait déjà promis de confier l'exécution des travaux aux électriciens affiliés à la FIOE. Ellis-Don ne pouvait pas s'acquitter à la fois de son obligation envers Naylor et de son obligation envers la FIOE, mais elle s'était elle-même sciemment placée en situation de conflit. Dans ces circonstances, il n'était pas inéquitable d'exiger que Ellis-Don indemnise Naylor pour son inexécution de contrat. Elle avait pris la peine d'assurer à Naylor que son affiliation à un syndicat maison n'était pas une source de préoccupation et ne susciterait aucune objection. Elle a inclus la soumission de Naylor dans celle qu'elle a présentée pour l'obtention du contrat principal, alors qu'elle était parfaitement au courant de l'engagement des procédures de la FIOE devant la CRTO et du fait que Naylor n'était pas affiliée à la FIOE. Elle a confirmé qu'elle consentait à recourir aux services de Naylor en incluant le prix proposé par

Its belated objection to Naylor, in light of this history, was unreasonable.

The doctrine of frustration is inapplicable. There has been no “supervening event” in the required sense. The OLRB decision recognized and affirmed Ellis-Don’s pre-existing obligation to the IBEW. It created no new obligation. Accordingly, when Ellis-Don approached Naylor to do the OTMH work with non-IBEW workers, and subsequently carried the bid to OTMH, it was promising work that, so far as the OLRB and the IBEW were concerned, Ellis-Don had already bargained away. The OLRB decision simply precipitated the claim in damages. Moreover, the parties specifically provided their own test to deal with supervening circumstances, i.e., if Ellis-Don had had good reason it could have “reasonably” objected to the awarding of the subcontract to Naylor. Where parties have made specific provision for supervening circumstances, the doctrine of frustration is inapplicable.

The normal measure of damages in the case of a wrongful refusal to contract in the building context is the contract price less the cost of executing or completing the work, i.e., the loss of profit. The Court of Appeal was entitled to substitute its own view of a proper award since the trial judge failed to consider relevant factors such as the unexpectedly severe site problems and made “a palpably incorrect” assessment of the damages. There was no reason to interfere with the assessment of the Court of Appeal in this respect. However, the evidence did not justify the Court of Appeal’s further reduction of Naylor’s loss of profit for unduly speculative contingencies related to possible action or inaction by the OLRB, and potential work-sharing arrangements between Naylor and IBEW subcontractors, and the cross-appeal, to that extent, was allowed. There was no need to examine

cette dernière au sujet de l’addenda dans la soumission qu’elle a présentée à l’OTMH, plus de deux semaines après avoir été pleinement informée de la décision de la CRTO. Elle a officiellement confirmé le rôle prévu de Naylor dans le contrat qu’elle a conclu avec l’OTMH le 6 mai 1992. Compte tenu de ces faits, son objection tardive concernant Naylor était déraisonnable.

La théorie de l’impossibilité d’exécuter le contrat est inapplicable. Aucun « événement nouveau » au sens requis n’est survenu. La décision de la CRTO a reconnu et confirmé l’obligation préexistante de Ellis-Don envers la FIOE. Elle n’a pas créé une nouvelle obligation. Par conséquent, lorsque Ellis-Don a communiqué avec Naylor pour faire exécuter les travaux du projet de l’OTMH par des ouvriers non affiliés à la FIOE et qu’elle a, par la suite, inclus la soumission de Naylor dans celle qu’elle a présentée à l’OTMH, elle promettait du travail qui, en ce qui concernait la CRTO et la FIOE, avait déjà été confié à quelqu’un d’autre. La décision de la CRTO n’a fait qu’entraîner l’action en dommages-intérêts. De plus, les parties avaient expressément prévu le critère qui serait appliqué pour faire face à des circonstances nouvelles — c’est-à-dire que, si Ellis-Don avait eu un motif valable de le faire, elle aurait pu s’opposer « raisonnablement » à l’attribution du contrat de sous-traitance à Naylor. La théorie de l’impossibilité d’exécution ne s’applique pas dans le cas où les parties ont expressément prévu ce qui doit être fait pour faire face à des circonstances nouvelles.

Le montant des dommages-intérêts qui doit être accordé normalement pour le refus injustifié de conclure un contrat dans le domaine de la construction est le prix indiqué au contrat, moins ce qu’il en aurait coûté pour exécuter ou terminer les travaux, c’est-à-dire la perte de profits. La Cour d’appel avait le droit de substituer sa propre perception du montant approprié de dommages-intérêts étant donné que le juge de première instance n’a pas tenu compte de facteurs pertinents tels les problèmes plus graves que prévu qui sont survenus sur le chantier, et que son appréciation des dommages-intérêts était « manifestement incorrecte ». Il n’y avait aucune raison de modifier l’évaluation effectuée par la Cour d’appel à cet égard. Cependant, la preuve ne permettait pas à la Cour d’appel de réduire davantage la perte de profits de Naylor due à des impondérables trop conjecturaux liés à l’action ou à l’omission éventuelle de la CRTO, et à des ententes de partage du travail susceptibles d’être intervenues entre Naylor et des sous-traitants affiliés à la FIOE. Le pourvoi incident a été accueilli dans cette mesure. Il n’était pas nécessaire d’examiner le moyen

the alternative ground of unjust enrichment relied upon by the trial judge.

Cases Cited

Applied: *The Queen in right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; **referred to:** *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [2001] 1 S.C.R. 221, 2001 SCC 4; *Northern Construction Co. v. Gloge Heating & Plumbing Ltd.* (1986), 19 C.L.R. 281; *Aluma Systems Canada Inc.*, [1994] O.L.R.D. No. 4398 (QL); *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60; *M.J. Peddlesden Ltd. v. Liddell Construction Ltd.* (1981), 128 D.L.R. (3d) 360; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *Peter Kiewit Sons' Co. v. Eakins Construction Ltd.*, [1960] S.C.R. 361; *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council*, [1956] A.C. 696; *Hydro-Québec v. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 S.C.R. 1087; *McDermid v. Food-Vale Stores (1972) Ltd.* (1980), 14 Alta. L.R. (2d) 300; *O'Connell v. Harkema Express Lines Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 291; *Petrogas Processing Ltd. v. Westcoast Transmission Co.* (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 118; *Victoria Wood Development Corp. v. Ondrey* (1978), 92 D.L.R. (3d) 229; *Marathon-Delco Inc.*, [2000] O.L.R.D. No. 542 (QL); *Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210; *Lang v. Pollard*, [1957] S.C.R. 858; *Woelk v. Halvorson*, [1980] 2 S.C.R. 430; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Widrig v. Strazer*, [1964] S.C.R. 376.

Statutes and Regulations Cited

Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, ss. 48(18), (19), 104(1)(b), (2), 161(4) [formerly R.S.O. 1990, c. L.2, s. 147(4)].

Authors Cited

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
Halsbury's Laws of England, vol. 12, 4th ed. London: Butterworths, 1975.
 McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.
 Pitch, Harvin D., and Ronald M. Snyder. *Damages for Breach of Contract*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.

subsidaire de l'enrichissement sans cause retenu par le juge de première instance.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; **arrêts mentionnés :** *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [2001] 1 R.C.S. 221, 2001 CSC 4; *Northern Construction Co. c. Gloge Heating & Plumbing Ltd.* (1986), 19 C.L.R. 281; *Aluma Systems Canada Inc.*, [1994] O.L.R.D. No. 4398 (QL); *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60; *M.J. Peddlesden Ltd. c. Liddell Construction Ltd.* (1981), 128 D.L.R. (3d) 360; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Peter Kiewit Sons' Co. c. Eakins Construction Ltd.*, [1960] R.C.S. 361; *Davis Contractors Ltd. c. Fareham Urban District Council*, [1956] A.C. 696; *Hydro-Québec c. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 R.C.S. 1087; *McDermid c. Food-Vale Stores (1972) Ltd.* (1980), 14 Alta. L.R. (2d) 300; *O'Connell c. Harkema Express Lines Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 291; *Petrogas Processing Ltd. c. Westcoast Transmission Co.* (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 118; *Victoria Wood Development Corp. c. Ondrey* (1978), 92 D.L.R. (3d) 229; *Marathon-Delco Inc.*, [2000] O.L.R.D. No. 542 (QL); *Twin City Mechanical c. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210; *Lang c. Pollard*, [1957] R.C.S. 858; *Woelk c. Halvorson*, [1980] 2 R.C.S. 430; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Widrig c. Strazer*, [1964] R.C.S. 376.

Lois et règlements cités

Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48(18), (19), 104(1)(b), (2), 161(4) [auparavant *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, ch. L.2, art. 147(4)].

Doctrine citée

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
Halsbury's Laws of England, vol. 12, 4th ed. London: Butterworths, 1975.
 McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.
 Pitch, Harvin D., and Ronald M. Snyder. *Damages for Breach of Contract*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 43 O.R. (3d) 325, 171 D.L.R. (4th) 243, 119 O.A.C. 182, 49 B.L.R. (2d) 45, 45 C.L.R. (2d) 42, [1999] O.J. No. 913 (QL), allowing the respondent's appeal from a judgment of the Ontario Court (General Division) (1996), 30 C.L.R. (2d) 195, [1996] O.J. No. 3247 (QL). Appeal dismissed and cross-appeal allowed.

Earl A. Cherniak, Q.C., Kirk F. Stevens and Sandra L. Coleman, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Alan A. Farrer and Leah K. Bowness, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of the Court was delivered by

¹ BINNIE J. — This appeal raises the issue of a prime contractor's legal obligations (if any) to a prospective subcontractor whose bid it has incorporated in its own successful tender for a construction project under the rules of a structured bid depository. The appellant's Project Manager testified that a bid depository "is just a fancy name for somebody collecting prices". This, as will be seen, is something of an understatement.

² The appellant, Ellis-Don Construction Ltd. ("Ellis-Don"), one of the largest construction firms in Ontario, acknowledges that it generally subcontracts with the trades "carried" in its own bid for a job, but says it has no legal obligation to do so. In this case, the respondent subcontractor, Naylor Group Inc. ("Naylor"), was deemed unacceptable because its employees belonged to the wrong trade union. The respondent subcontractor replies that the appellant not only knew from the outset that the respondent's workers belonged to an in-house union (the "Employees Association of Naylor

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 43 O.R. (3d) 325, 171 D.L.R. (4th) 243, 119 O.A.C. 182, 49 B.L.R. (2d) 45, 45 C.L.R. (2d) 42, [1999] O.J. No. 913 (QL), accueillant l'appel de l'intimée contre un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1996), 30 C.L.R. (2d) 195, [1996] O.J. No. 3247 (QL). Pourvoi principal rejeté et pourvoi incident accueilli.

Earl A. Cherniak, c.r., Kirk F. Stevens et Sandra L. Coleman, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Alan A. Farrer et Leah K. Bowness, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Il est question, dans le présent pourvoi, des obligations juridiques (s'il en est) qu'assume, en vertu des règles d'un régime structuré de dépôt des soumissions, un entrepreneur principal envers un sous-traitant éventuel dont il a inclus l'offre dans sa propre soumission retenue relativement à un projet de construction. Dans son témoignage, le gestionnaire de projet de l'appelante a déclaré que le système de soumissions [TRADUCTION] « n'est qu'une façon recherchée d'indiquer que quelqu'un se fait proposer des prix ». Comme nous le verrons, c'est là un euphémisme.

L'appelante, Ellis-Don Construction Ltd. (« Ellis-Don »), l'une des plus importantes entreprises de construction en Ontario, reconnaît qu'elle conclut généralement des contrats de sous-traitance avec les corps de métier « inclus » dans les soumissions qu'elle présente pour des travaux, mais ajoute qu'elle n'est pas légalement tenue de le faire. En l'espèce, elle a jugé que l'intimée, Naylor Group Inc. (« Naylor »), était un sous-traitant inacceptable parce que ses employés n'étaient pas membres du bon syndicat. Le sous-traitant intimé rétorque que non seulement l'appelante

Group Incorporated”), but with full knowledge of that fact invited it to bid for the electrical work on a multi-million dollar project for renovations and additions to the Oakville-Trafalgar Memorial Hospital (the “owner” or “OTMH”). Worse, the appellant used the respondent’s low bid to get the job, then “shopped” its bid elsewhere to get the work done at a very favourable price. All of this, says the respondent, undermined the integrity of the Bid Depository process and breached the terms of the tender contract.

The Ontario Court of Appeal rejected the appellant’s arguments. It held that the terms of the contract governing this particular tender required the appellant to enter into the electrical subcontract with the respondent in the absence of reasonable cause not to do so. I think that on the facts of this particular tender arrangement, this conclusion is correct. The issue, then, is whether reasonable cause existed. The appellant had invited the respondent to participate with the assurance that there would be no objection at a later date to its union affiliation, and affirmed this position repeatedly thereafter. The appellant’s eventual reversal of that position was unreasonable. It is in accordance with the tendering contract that it bear the commercial consequences. The appeal must therefore be dismissed.

The respondent subcontractor cross-appeals the award of damages. It says it was entitled to its loss of profit on the lost contract (which the trial judge assessed at \$730,286) and that this figure was inappropriately reduced by the Ontario Court of Appeal to \$182,500 because of alleged “contingencies” which were not established in the evidence. I think the respondent is partly correct in this respect. Accepting the dollar figures generated by the courts below, but deleting one of the contingencies allowed by the Ontario Court of Appeal, I

savait depuis le début que ses travailleurs étaient membres d’un syndicat maison (« Employees Association of Naylor Group Incorporated »), mais encore qu’elle était parfaitement au courant de ce fait lorsqu’elle l’a invitée à soumissionner les travaux d’électricité d’un projet de rénovation et d’agrandissement, de plusieurs millions de dollars, du Oakville-Trafalgar Memorial Hospital (le « propriétaire » ou l’« OTMH »). Pis encore, l’appelante s’est servie de la soumission basse de l’intimée pour obtenir le contrat et a ensuite « marchandé » cette soumission ailleurs en vue de faire exécuter les travaux à un prix très favorable. L’intimée affirme que ces agissements ont porté atteinte à l’intégrité du processus de dépôt des soumissions et qu’ils contrevenaient aux conditions de l’appel d’offres.

La Cour d’appel de l’Ontario a rejeté les arguments de l’appelante. Elle a statué que les conditions du contrat régissant l’offre exigeaient que l’appelante conclue avec l’intimée le contrat de sous-traitance des travaux d’électricité, en l’absence de motif raisonnable de ne pas le faire. J’estime que cette conclusion est juste d’après les faits relatifs à l’appel d’offres. Il s’agit donc de déterminer s’il existait un motif raisonnable. L’appelante avait invité l’intimée à participer au processus en l’assurant qu’elle ne s’opposerait pas ultérieurement à son affiliation syndicale, ce qu’elle avait réitéré à maintes reprises par la suite. Le revirement qui s’est ensuivi de la part de l’appelante était déraisonnable. C’est en vertu du contrat d’appel d’offres qu’elle doit assumer les conséquences sur le plan commercial. Le pourvoi doit donc être rejeté.

Le sous-traitant intimé forme un pourvoi incident relativement aux dommages-intérêts accordés. Il affirme qu’il avait droit à l’indemnisation de la perte de profits résultant de la perte du contrat (perte de profits que le juge de première instance a évaluée à 730 286 \$), et que la Cour d’appel de l’Ontario a eu tort de réduire la somme en cause à 182 500 \$ en raison de prétendus « impondérables » dont l’existence n’a pas été démontrée par la preuve. Je considère que l’intimée a partiellement raison à cet égard. Acceptant les sommes fixées

would allow the cross-appeal and give judgment for the respondent in the sum of \$365,143.

I. Facts

5 In 1991, OTMH called for tenders for the construction of an addition and renovation of its hospital through the Toronto Bid Depository.

1. The Bid Depository System

6 A bid depository is, in effect, a structured bidding process. The model used here was devised in the late 1950s by the construction industry with the participation of the Ontario government. It is designed to achieve fairness on building construction projects where the owner requires a lump-sum tender based on plans and specifications, and where a multitude of prime contractors, trade contractors and suppliers are expected to get involved in the tendering process. At the relevant time, it worked as follows.

7 The Bid Depository's staff was notified of a new project by an owner who wished to make use of their services. A date was fixed by which the pre-qualified subcontractors were to submit on a standard form document (for ease of comparison) a breakdown of their prices. Identical project documentation was made available to all interested bidders in each of the subtrades. Their tenders were sealed and delivered to the Bid Depository office by a specified date and time and deposited in a designated locked box. On the due date, the subtrade bid documents were made available to interested prime contractors who selected the subcontractors (not necessarily the lowest bidder) they wanted to carry as part of their own bid to the owner. Prime contractor bids were required to be filed on a standard form on a fixed date (here, two days after the opening of the subtrade bids). The system offered conformity and comparability. The prime contractor bids were open for the owner's

par les instances inférieures, mais supprimant l'un des impondérables admis par la Cour d'appel de l'Ontario, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident et d'accorder à l'intimée la somme de 365 143 \$.

I. Les faits

En 1991, l'OTMH a déposé au Bureau de dépôt des soumissions de Toronto un appel d'offres pour l'agrandissement et la rénovation de ses installations.

1. Le système de soumissions

Un système de soumissions est, en réalité, un processus d'appel d'offres structuré. Le modèle utilisé en l'espèce a été conçu à la fin des années 50 par l'industrie de la construction, en collaboration avec le gouvernement ontarien. Il vise à assurer l'équité dans les projets de construction immobilière lorsque le propriétaire exige le dépôt d'une soumission globale fondée sur des plans et un devis descriptif, et que l'on s'attend à ce qu'une multitude d'entrepreneurs principaux, d'entrepreneurs spécialisés et de fournisseurs répondent à l'appel d'offres. À l'époque pertinente, la procédure était la suivante.

Le personnel du Bureau de dépôt des soumissions était avisé de tout nouveau projet par le propriétaire qui souhaitait avoir recours aux services du Bureau. On fixait alors le délai dans lequel les sous-traitants présélectionnés devaient remettre un document type contenant la ventilation de leurs prix (afin de faciliter la comparaison). Tous les soumissionnaires intéressés de chaque corps de métier avaient accès à la même documentation descriptive du projet. Leurs soumissions qui devaient être remises au Bureau de dépôt des soumissions dans des enveloppes scellées, au plus tard à une date et à une heure précises, étaient placées dans une boîte fermée à clé. À la date prévue, les soumissions des corps de métier étaient mises à la disposition des entrepreneurs principaux intéressés, qui choisissaient alors les sous-traitants qu'ils souhaitaient inclure dans leur propre soumission au propriétaire (et qui n'étaient pas nécessairement les plus bas soumissionnaires). Les entrepreneurs prin-

acceptance for a fixed period (here 90 days) and the subcontractor bids were open for acceptance by the prime contractor for a fixed period after the award of the prime contract (here seven days). Each prime contractor was required to undertake “to place a Sub-Contract with one of the trade contractors who used the Bid Depository” (Rule 13(c) of the *Ontario Bid Depository Standard Rules and Procedures*, also known as the rules of the Toronto Bid Depository). These were not informal arrangements for the convenience of prime contractors (i.e., “just a fancy name for somebody collecting prices”). Each participant in the tendering process bound itself by contract to certain obligations and acquired thereby certain rights. The content of those rights and obligations is the subject matter of this litigation.

Thomas Hitchman, President of the respondent, explained it thus:

... the purpose of the bid depository is that the sub-trade contractors submit their price through the bid depository and then the general contractor has a time frame, in this case two days, to assemble his bid and in so doing he can use the numbers that come out of the various sub-trades that bid through the bid depository two days earlier.

Q. I gather in the process there are more than just electrical sub-contractors tendering, is that correct?

A. Yes.

The process is considered fair to all participants because all parties bid on identical information, and their bids are disclosed to the relevant parties at the same time. In particular, it assures subtrades that their bids will not be “shopped” by a prime contractor to competing subcontractors to lever a

cipaux devaient utiliser un formulaire type pour produire leurs soumissions à une date déterminée (en l’espèce deux jours après l’ouverture des soumissions des corps de métier). Ce système assurait la conformité et la comparabilité. Le propriétaire disposait d’un délai déterminé (en l’espèce 90 jours) pour accepter les soumissions des entrepreneurs principaux, et ces derniers disposaient également d’un délai déterminé (en l’espèce sept jours), après l’attribution du contrat principal, pour accepter les soumissions des sous-traitants. Chaque entrepreneur principal devait s’engager [TRADUCTION] « à conclure un contrat de sous-traitance avec l’un des entrepreneurs spécialisés qui avaient eu recours au système de soumissions » (alinéa 13c) des *Ontario Bid Depository Standard Rules and Procedures*, également connues sous le nom de « règles du Bureau de dépôt des soumissions de Toronto ». Il ne s’agissait pas là de mesures officielles destinées à répondre aux besoins des entrepreneurs principaux (c’est-à-dire « une façon recherchée d’indiquer que quelqu’un se fait proposer des prix »). Chaque participant au processus d’appel d’offres s’engageait par contrat à remplir certaines obligations et acquérait ainsi certains droits. Le contenu de ces droits et obligations fait l’objet du présent litige.

Thomas Hitchman, président de l’intimée, a donné les explications suivantes :

[TRADUCTION] ... le système de soumissions permet aux entrepreneurs spécialisés de soumettre leurs prix, et l’entrepreneur général dispose ensuite d’un délai, en l’espèce deux jours, pour préparer sa soumission; ce faisant, il peut utiliser les chiffres fournis par les divers corps de métier qui ont soumissionné deux jours plus tôt par l’intermédiaire du système de soumissions.

Q. Si je comprends bien, il y a plus que les soumissions présentées des sous-traitants en électricité, n’est-ce pas?

R. Oui.

On considère que ce processus est équitable pour tous les participants parce que toutes les parties s’appuient sur les mêmes données pour présenter leurs soumissions, qui sont communiquées simultanément aux parties concernées. Il garantit notamment aux corps de métier que l’entrepreneur

price advantage. “Bid shopping” was defined by the trial judge as “the practice of soliciting a bid from a contractor, with whom one has no intention of dealing, and then disclosing or using that in an attempt to drive prices down amongst contractors with whom one does intend to deal” ((1996), 30 C.L.R. (2d) 195, at p. 200). The Court of Appeal thought it sufficient if the “shopping” was to get a bid “for the same value or less” ((1999), 43 O.R. (3d) 325, at p. 330, footnote 3).

2. *The Bidding History in This Case*

10

The owner notified the Toronto Bid Depository of the project and a timetable was established whereby the bids of interested trade subcontractors were required to be made by December 12, 1991. A preliminary procedure was established by the owner and its architect to “pre-qualify” acceptable subcontractors by reference to such factors as their competence, track record on other projects, and financial viability. It being in the interest of prime contractors to have as many qualified firms as possible competing for the subcontracts, the appellant approached the respondent in early November 1991 to bid on the job. The respondent volunteered the important information that its workers were not affiliated with the International Brotherhood of Electrical Workers (“IBEW”). It was told there would be no objection on that account. The then head of the respondent’s construction division, Mr. Colin Harkness, testified as follows:

A. Mr. Quinless [the appellant’s senior estimator] was inquiring whether or not we would, indeed, be bidding the job. I returned the call to Mr. Quinless and spoke to him personally. We had never worked with Ellis-Don. I wanted to advise him at that time of what our union situation was. I told him we were not affiliated with the I.B.E.W.

principal ne « marchandera » pas leurs soumissions avec des sous-traitants concurrents en vue d’obtenir un meilleur prix. Selon le juge de première instance, le [TRADUCTION] « marchandage de soumissions consiste à solliciter une soumission auprès d’un entrepreneur avec lequel on n’a pas l’intention de traiter, et à utiliser ou à divulguer ensuite cette soumission dans le but d’inciter les entrepreneurs avec lesquels on a effectivement l’intention de traiter à baisser leurs prix » ((1996), 30 C.L.R. (2d) 195, p. 200). La Cour d’appel a estimé qu’il suffisait que le « marchandage » ait pour but d’obtenir une soumission [TRADUCTION] « d’une valeur égale ou moindre » ((1999), 43 O.R. (3d) 325, p. 330, renvoi 3).

2. *Historique des soumissions en l’espèce*

Le propriétaire a avisé de son projet le Bureau de dépôt des soumissions de Toronto, et on a fixé au 12 décembre 1991 la date limite à laquelle les sous-traitants intéressés pourraient présenter leurs soumissions. Le propriétaire et son architecte ont établi une procédure préliminaire qui permettait de « présélectionner » les sous-traitants acceptables en fonction de diverses considérations telles leur compétence, leurs réalisations antérieures et leur viabilité financière. Comme les entrepreneurs principaux ont intérêt à ce que le plus grand nombre possible d’entreprises compétentes se disputent les contrats de sous-traitance, l’appelante a, au début de novembre 1991, invité l’intimée à soumissionner les travaux. L’intimée a alors spontanément indiqué que ses travailleurs n’étaient pas affiliés à la Fraternité internationale des ouvriers en électricité (« FIOE »). On lui a dit que cela ne poserait aucun problème. Monsieur Colin Harkness, qui était alors chef de la division de la construction de l’intimée, a affirmé ce qui suit dans son témoignage :

[TRADUCTION]

R. Monsieur Quinless [l’estimateur principal de l’appelante] voulait savoir si nous soumissionnerions les travaux. J’ai appelé M. Quinless et je lui ai parlé. Nous n’avions jamais travaillé avec Ellis-Don. Je voulais l’informer de notre situation syndicale. Je lui ai dit que nous n’étions pas affiliés à la FIOE.

THE COURT: Hold on, please. Mm-hmm.

A. And in that conversation Mr. Quinless identified to me that Ellis-Don were not bound to work with contractors affiliated with the I.B.E.W. and they could work with anyone. I asked him if we were low bidder through the bid depository and met the bidding requirements, that is, our tender form etc. were correct, would they carry us. He identified that if we were low bidder they would carry us.

. . .

A. We have had requests from contractors in the past to quote jobs and they say you must be “union” and I usually call to clarify what that implies. Quite often general contractors have told me that we must be affiliated with the international union of electrical workers. We had never worked with Ellis-Don through Naylor and I wanted to clarify with them that we, indeed, could work with them.

Q. After that telephone conversation, what impression were you left with about the union issue?

A. I was under the impression there was no problem whatsoever from their side.

Q. And do you recall whether you communicated this conversation at some point to Mr. Hitchman?

A. I definitely did.

Mr. Quinless, in his testimony, confirmed the substance of that conversation, and added that prior to giving the assurances, he had “checked it out” with responsible people in the appellant organization, as mentioned below. (See para. 66 of these reasons.)

The fact is that the appellant had been in a continuing if sporadic argument over bargaining rights with the IBEW for the previous 30 years. The dispute, in which the IBEW claimed to have been the *exclusive* bargaining agent for electrical workers on the appellant’s jobs since 1962, came to a head in an 18-day hearing before the Ontario Labour Relations Board (“OLRB”) in 1990. The issues before the OLRB were whether the IBEW had validly obtained bargaining rights in 1962 and, if so, whether those rights had been subsequently aban-

LA COUR : Un instant s’il vous plaît. Mm-hmm.

R. Et au cours de cette conversation, M. Quinless m’a dit que Ellis-Don n’était pas tenue de traiter avec des entrepreneurs affiliés à la FIOE et qu’elle pouvait traiter avec n’importe qui. Je lui ai demandé si elle nous incluait si nous étions le plus bas soumissionnaire et que nous remplissions les conditions de l’appel d’offres, c’est-à-dire si notre formule de soumission, etc., était correcte. Il a répondu que si nous étions le plus bas soumissionnaire, Ellis-Don nous inclurait.

. . .

R. Dans le passé, des entrepreneurs nous ont demandé de proposer un prix pour des travaux, en précisant que nous devions être « affiliés à un syndicat »; habituellement, j’appelle pour demander ce que cela signifie. Très souvent, des entrepreneurs généraux m’ont dit que nous devions être affiliés à la Fraternité internationale des ouvriers en électricité. Nous n’avions jamais traité avec Ellis-Don par l’intermédiaire de Naylor et je souhaitais leur préciser que nous pouvions le faire.

Q. Après cette conversation téléphonique, quelle était votre impression au sujet de la question syndicale?

R. J’avais l’impression que cela ne leur posait aucun problème.

Q. Et vous rappelez-vous avoir fait état de cette conversation à M. Hitchman?

R. Je m’en souviens très bien.

Dans son témoignage, M. Quinless a confirmé l’essentiel de cette conversation et a ajouté qu’avant de donner des garanties il avait [TRADUCTION] « fait des vérifications » auprès des personnes responsables au sein de l’organisation appelante, comme nous le verrons plus loin. (Voir par. 66 des présents motifs.)

En réalité, au cours des 30 dernières années, l’appelante a débattu constamment, sinon sporadiquement, la question des droits de négociation avec la FIOE. Le différend, dans lequel la FIOE affirmait être l’agent négociateur *exclusif* des électriciens de l’appelante depuis 1962, a abouti à une audience de 18 jours devant la Commission des relations de travail de l’Ontario (« CRTO ») en 1990. La CRTO devait déterminer si la FIOE avait validement obtenu des droits de négociation en 1962 et, dans l’affirmative, si elle avait renoncé à

11

12

done. The OLRB ruling was still under reserve in January 1991. The appellant was undoubtedly convinced of the correctness of its position before the OLRB, but it was aware, whereas the respondent was not, of the details of the IBEW grievance and whether or not an adverse ruling would cause it serious difficulty on the OTMH job.

ces droits par la suite. La CRTO n'avait pas encore rendu sa décision en janvier 1991. L'appelante était sans aucun doute convaincue de la justesse de sa position devant la CRTO, mais, contrairement à l'intimée, elle connaissait les détails du grief de la FIOE et savait si une décision défavorable lui causerait de graves problèmes en ce qui concernait les travaux de l'OTMH.

13 The respondent tendered a price of \$5,539,000. Approximately six weeks of work and 118 pages of calculations went into preparation of the bid. The next lowest bid for the electrical work was from Comstock Canada ("Comstock"), an IBEW subcontractor, whose bid was \$411,000 higher than the respondent's bid. Comstock also bid for the mechanical work.

Le prix indiqué dans la soumission de l'intimée était de 5 539 000 \$. La préparation de la soumission a nécessité environ six semaines de travail et 118 pages de calculs. La deuxième plus basse soumission pour les travaux d'électricité était celle de Comstock Canada (« Comstock »), un sous-traitant affilié à la FIOE, dont la soumission était de 411 000 \$ de plus que celle de l'intimée. Comstock a également soumissionné les travaux mécaniques.

14 The appellant carried the respondent's low bid for the electrical work and Comstock's bid for the mechanical work in its own tender for the prime contract. It was low bidder at \$38,135,900 for the OTMH project. The trial judge found as a fact that if the appellant had carried Comstock's bid for the electrical work instead of the respondent's bid, it would not have been low bidder overall and might on that account have lost the prime contract.

L'appelante a inclus la soumission basse de l'intimée pour les travaux d'électricité, et celle de Comstock pour les travaux mécaniques, dans la soumission qu'elle a elle-même présentée en vue d'obtenir le contrat principal. Sa soumission de 38 135 900 \$ pour le projet de l'OTMH a été la plus basse. Le juge de première instance a tenu pour avéré que si l'appelante avait inclus la soumission de Comstock pour les travaux d'électricité au lieu de celle de l'intimée, elle n'aurait pas présenté la soumission globale la plus basse et aurait pu ainsi perdre le contrat principal.

15 By January 1992 it was common knowledge in the industry that the appellant had submitted the lowest bid. Acting on the appellant's assurances that its "in-house" union affiliation presented no problem, the respondent "assigned personnel to study drawings, set crew sizes and plan the phasing of the electrical work". At no time did it receive any formal communication from the appellant that it would get the subcontract.

Dès janvier 1992, il était notoire dans l'industrie que l'appelante avait présenté la soumission la plus basse. Se fondant sur les garanties de l'appelante que son affiliation à un syndicat « maison » ne posait aucun problème, l'intimée [TRADUCTION] « a chargé des membres de son personnel d'étudier les plans, d'établir la taille des équipes et de planifier les diverses phases des travaux d'électricité ». En aucun temps, l'appelante ne l'a informée officiellement qu'elle obtiendrait le contrat de sous-traitance.

16 Nor had the appellant received confirmation of the prime contract from the owner. The hospital is partly funded by the Ontario government, and there ensued an unexpected delay in obtaining a commitment of government funds. In February

Le propriétaire n'avait pas non plus confirmé à l'appelante qu'elle obtiendrait le contrat principal. L'hôpital est partiellement financé par le gouvernement ontarien et l'obtention d'un engagement de fonds gouvernementaux a été retardée de façon

1992, the owner, OTMH, asked the appellant to extend the date for acceptance of its tender for 60 days (i.e., until May 1992). The appellant, in turn, asked for similar extensions from the subcontractors it had carried in its tender, including the respondent. The respondent prudently requested from the appellant a letter confirming its intent to give it the subcontract for the electrical work, if its prime bid was accepted. The appellant declined, it said, "because it was Ellis-Don's practice not to enter into letters of intent prior to the award of the prime contract".

The OLRB decision was released on February 28, 1992 ([1992] O.L.R.D. No. 695 (QL)). The IBEW grievance was upheld. The OLRB decision confirmed the appellant's collective bargaining commitment to use only electrical subcontractors whose employees were affiliated with the IBEW. The details of this dispute are set out at length in the decision of this Court upholding the OLRB decision: *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [2001] 1 S.C.R. 221, 2001 SCC 4. The appellant acknowledged in pre-trial discovery that the OLRB decision had been received by its in-house Director of Legal and Labour Operations, Mr. Paul Richer, on that date or soon thereafter although apparently it was not communicated to their manager on the OTMH project, Mr. Bruno Antidormi, until about March 10, 1992.

In the meantime, the owner had incorporated various changes to its project into Bid Revision No. 1 (also known as Post Tender Addendum No. 1). Despite the OLRB ruling, the appellant asked the subtrades, *including the respondent*, to submit prices for the contract changes by March 12. The respondent quoted \$132,192 (bringing its total bid to \$5,671,192). This quote, too, was carried by the appellant in its tender to the owner on March 17, 1992, i.e., three weeks after the OLRB decision and seven days after the appellant's *project* management had been made fully aware of the

inattendue. En février 1992, le propriétaire, l'OTMH, a demandé à l'appelante de proroger de 60 jours (c'est-à-dire jusqu'en mai 1992) le délai d'acceptation de sa soumission. Pour sa part, l'appelante a demandé des prorogations analogues aux sous-traitants qu'elle avait inclus dans sa soumission, y compris l'intimée. Par prudence, cette dernière a demandé à l'appelante une lettre confirmant son intention de lui accorder le contrat de sous-traitance des travaux d'électricité si sa soumission principale était retenue. L'appelante a refusé en faisant valoir [TRADUCTION] « que Ellis-Don n'avait pas coutume de signer des lettres d'intention avant l'attribution du contrat principal ».

La CRTO a rendu sa décision le 28 février 1992 ([1992] O.L.R.D. No. 695 (QL)). Le grief de la FIOE a été maintenu. La décision de la CRTO a confirmé l'engagement, pris par l'appelante dans sa convention collective, de n'avoir recours qu'à des sous-traitants en électricité dont les employés étaient affiliés à la FIOE. Ce différend est exposé en détail dans l'arrêt de notre Cour confirmant la décision de la CRTO : *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [2001] 1 R.C.S. 221, 2001 CSC 4. L'appelante a admis, pendant l'interrogatoire préalable, que son directeur interne des affaires juridiques et des relations de travail, M. Paul Richer, avait reçu la décision de la CRTO à cette date ou peu après, mais que cette décision n'avait manifestement été communiquée à son gestionnaire du projet de l'OTMH, M. Bruno Antidormi, que vers le 10 mars 1992.

Dans l'intervalle, le propriétaire avait apporté diverses modifications à son projet dans le premier appel d'offres modifié (également connu sous le nom de premier addenda complémentaire). Malgré la décision de la CRTO, l'appelante a demandé aux corps de métier, *y compris l'intimée*, de soumettre, au plus tard le 12 mars, des prix pour les modifications apportées au contrat. L'intimée a proposé le prix de 132 192 \$ (portant sa soumission totale à 5 671 192 \$). L'appelante a également inclus ce prix dans la soumission qu'elle a présentée au propriétaire le 17 mars 1992, c'est-à-dire trois semaines après la décision de la CRTO et sept jours après que ses gestionnaires de *projet* eurent

17

18

contents of the decision, and had given themselves sufficient time to digest its impact.

19 When word reached the respondent from some of its suppliers that the appellant was seeking bids from competing electrical subcontractors, one of its managers, Mr. Colin Harkness, called the appellant's Project Manager to confront him with this information. Mr. Harkness recorded his version of the call on April 15, 1992 in a contemporaneous handwritten note:

Q. Perhaps you could read to the Court given that it is in your handwriting what this note says.

A. It says, "Informed by Bruno Antidormi during phone conversation that he is seeking other electrical prices but is unable to get anyone to do it at our price. Actual comments . . ." and this is in italics, ". . . I can't use Naylor on this project and I can't get anyone else to do it at your price."

20 The respondent concluded, quite understandably in the trial judge's view, that the appellant was now "'shopping' Naylor's bid" to rival firms.

21 On May 3, 1992, the President of the respondent wrote a letter to the owner, OTMH, complaining of the appellant's apparent double game. He obtained no satisfaction. On May 6, 1992, the owner awarded the prime contract, incorporating Bid Revision No. 1 (Post Tender Addendum No. 1), to the appellant, who at that time still had no other electrical subcontractor prepared to do the project at the respondent's price. In fact, the prime contract contained Article 10.2 under which the appellant ostensibly undertook to hire the respondent:

10.2 The Contractor agrees to employ those Subcontractors proposed by him in writing and accepted by the Owner at the signing of the Contract.

été mis parfaitement au courant du contenu de la décision et qu'ils se furent donné suffisamment de temps pour en saisir toute la portée.

Lorsque l'intimée a appris de certains de ses fournisseurs que l'appelante sollicitait des soumissions auprès de sous-traitants en électricité concurrents, l'un de ses gestionnaires, M. Colin Harkness, a téléphoné au gestionnaire de projet de l'appelante pour lui demander des explications. Monsieur Harkness a alors immédiatement noté par écrit sa version de la conversation téléphonique du 15 avril 1992 :

[TRADUCTION]

Q. Comme il s'agit d'une note manuscrite, peut-être pourriez-vous la lire à la cour.

R. Il est écrit « Informé par Bruno Antidormi, au cours d'une conversation téléphonique, qu'il sollicite d'autres prix pour les travaux d'électricité, mais qu'il est incapable d'obtenir que quelqu'un le fasse au prix que nous lui avons fixé. Commentaires véritables . . . » et ceci est en italique « . . . je ne peux pas recourir aux services de Naylor pour ce projet et je ne peux pas obtenir que quelqu'un d'autre le fasse à votre prix. »

L'intimée a conclu, à juste titre selon le juge de première instance, que l'appelante [TRADUCTION] « "marchandait" [alors] la soumission de Naylor » avec des entreprises rivales.

Le 3 mai 1992, le président de l'intimée a fait parvenir au propriétaire, l'OTMH, une lettre dans laquelle il se plaignait du double jeu auquel se livrait apparemment l'appelante. Il n'a pas obtenu satisfaction. Le 6 mai 1992, le propriétaire a accordé le contrat principal, incluant le premier appel d'offres modifié (premier addenda complémentaire), à l'appelante qui, à l'époque, n'avait encore trouvé aucun autre sous-traitant en électricité disposé à réaliser le projet au prix fixé par l'intimée. En fait, le contrat principal comportait l'article 10.2 dans lequel l'appelante s'engageait apparemment à retenir les services de l'intimée :

[TRADUCTION]

10.2 L'entrepreneur convient d'avoir recours aux services des sous-traitants qu'il a proposés par écrit et qui ont été acceptés par le propriétaire lors de la signature du contrat.

On May 5, 1992, the appellant offered to subcontract the electrical work to the respondent at the bid price if the respondent would align itself with the IBEW. The respondent, which already had a union, understandably saw this offer as a ploy by the appellant to download its union problems onto the respondent and its workforce. It declined.

On May 13, 1992, the appellant wrote to the respondent to say that because of the OLRB decision of February 28, 1992, “we regrettably will be unable to enter into a Subcontract Agreement with your firm for the electrical work”.

In July 1992, the appellant provided Guild Electric (an IBEW subcontractor) with a letter of intent to award the electrical subcontract for \$5,671,192, precisely the same amount as had been bid by the respondent. Guild Electric had been pre-qualified for the OTMH project, but had decided not to submit a bid. It was therefore an ineligible subcontractor under Rule 13(c) of the Bid Depository, which was treated by the appellant as of no further relevance. The final subcontract was subsequently signed with Guild Electric with a minor price difference which was conceded to be insignificant.

The respondent sued for breach of contract and unjust enrichment. Its contractual claim was dismissed but it was awarded damages for unjust enrichment at trial in the amount of \$14,560, an amount corresponding to the costs of preparing its bid. The respondent appealed and was awarded damages for breach of contract in the amount of \$182,500 plus pre-judgment interest and costs. The appellant appeals from that decision on the issue of liability alone. The respondent cross-appeals on the issue of quantum of damages.

Le 5 mai 1992, l’appelante a offert à l’intimée de lui accorder le contrat de sous-traitance des travaux d’électricité au prix de la soumission si elle acceptait de s’affilier à la FIOE. L’intimée, qui avait déjà un syndicat, a considéré à juste titre que cette offre constituait un stratagème de l’appelante pour se débarrasser de ses problèmes syndicaux en les lui refilant à elle et à ses employés. Elle a refusé.

Le 13 mai 1992, l’appelante a informé par écrit l’intimée que, en raison de la décision rendue par la CRTO le 28 février 1992, elle [TRADUCTION] « ser[ait] malheureusement dans l’impossibilité d’accorder à [l’]entreprise [de l’intimée] le contrat de sous-traitance des travaux d’électricité ».

En juillet 1992, l’appelante a fait parvenir à Guild Electric (un sous-traitant affilié à la FIOE) une lettre indiquant son intention de lui accorder le contrat de sous-traitance des travaux d’électricité au prix de 5 671 192 \$, soit exactement le prix que l’intimée avait proposé dans sa soumission. Guild Electric avait été présélectionnée pour le projet de l’OTMH, mais avait décidé de ne pas présenter de soumission. Elle n’était donc pas un sous-traitant admissible en vertu de l’alinéa 13c) des règles applicables au dépôt de soumissions, que l’appelante considérait désormais comme inapplicable. Le contrat final de sous-traitance conclu, par la suite, avec Guild Electric comportait une différence de prix reconnue comme étant négligeable.

L’intimée a intenté une action pour inexécution de contrat et enrichissement sans cause. Son action en responsabilité contractuelle a été rejetée, mais elle a obtenu en première instance la somme de 14 560 \$ à titre de dommages-intérêts pour enrichissement sans cause, laquelle somme correspondait aux dépenses engagées pour préparer sa soumission. L’intimée a interjeté appel et a obtenu la somme de 182 500 \$ à titre de dommages-intérêts pour inexécution de contrat, plus des intérêts avant jugement et des dépens. L’appelante se pourvoit contre cette décision uniquement en ce qui concerne la question de la responsabilité. L’intimée forme un pourvoi incident sur la question du montant des dommages-intérêts.

22

23

24

25

II. Judgments

1. *Ontario Court (General Division)* (1996), 30 C.L.R. (2d) 195

26 Langdon J. concluded that, under the tender process agreed to by the parties, the award of the prime contract to the appellant did not automatically trigger a subcontract between the appellant and the respondent for the electrical work. According to traditional rules of contract formulation, communication of acceptance was required, and the appellant had never communicated its acceptance to the respondent. In any event, if any such contract for the electrical work had come into existence, it was frustrated by the OLRB decision of February 28, 1992, which precluded the appellant from contracting with a non-IBEW electrical subcontractor. He concluded that, if he was in error on the issue of liability, he would have awarded the respondent's damages for breach of contract as the lost profit on the project, which he assessed at \$730,286.

27 The trial judge then allowed the respondent's claim for unjust enrichment. He analysed the work of the estimators in preparing the bid, and the costs of overhead relating to same, and gave judgment to the respondent for \$14,560.

2. *Court of Appeal for Ontario* (1999), 43 O.R. (3d) 325

28 Weiler J.A., for the court, held that the prevention of bid shopping is one the objectives of the Bid Depository. She concluded that the appellant had acted in an "unethical" manner in negotiating the respondent's bid price with Guild Electric.

29 On the contract issue, she proceeded in accordance with the analysis of tendering procedures set out in *The Queen in right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1

II. Les jugements

1. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1996), 30 C.L.R. (2d) 195

Le juge Langdon a conclu que, selon la procédure d'appel d'offres convenue par les parties, l'attribution du contrat principal à l'appelante n'entraînait pas automatiquement la formation d'un contrat de sous-traitance des travaux d'électricité entre cette dernière et l'intimée. Les règles traditionnelles de la formation des contrats exigent que l'acceptation soit communiquée, et l'appelante n'a jamais communiqué son acceptation à l'intimée. Quoiqu'il en soit, si tant est qu'un contrat relatif aux travaux d'électricité ait pu se former, la décision de la CRTO, en date du 28 février 1992, l'a rendu inexécutable du fait qu'elle interdisait à l'appelante de conclure un contrat avec un sous-traitant en électricité non affilié à la FIOE. Le juge a affirmé que, dans l'hypothèse où il aurait commis une erreur au sujet de la responsabilité de l'appelante, il accorderait à l'intimée des dommages-intérêts de 730 286 \$ pour inexécution de contrat en vue de l'indemniser de la perte de profits relative au projet en question.

Le juge de première instance a ensuite accueilli l'action de l'intimée pour enrichissement sans cause. Après avoir analysé le travail que les estimateurs avaient accompli pour préparer la soumission et les frais généraux qui s'y rattachaient, le juge a accordé à l'intimée la somme de 14 560 \$.

2. *Cour d'appel de l'Ontario* (1999), 43 O.R. (3d) 325

Madame le juge Weiler a statué, au nom de la cour, que le système de soumissions vise notamment à empêcher le marchandage de soumissions. Elle a conclu que l'appelante avait agi de manière [TRADUCTION] « contraire à l'éthique » en négociant avec Guild Electric le prix proposé par l'intimée dans sa soumission.

Quant au contrat, elle a appliqué l'analyse de la procédure d'appel d'offres contenue dans l'arrêt *La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S.

S.C.R. 111. Those using the Bid Depository system mutually agree to be bound by its terms, so that upon submission of a bid by a subcontractor or of a tender by a prime contractor, this “signifies acceptance of all the terms of the Bid Depository System and constitutes a preliminary contract or contract A”. The rules stipulated that the respondent’s bid was irrevocable for a period of time. The bidding process is dependent upon subcontractors being bound by their bids once they have been incorporated into a prime contractor’s tender and the tender has become irrevocable: *Northern Construction Co. v. Gloge Heating & Plumbing Ltd.* (1986), 19 C.L.R. 281 (Alta. C.A.).

In exchange for binding itself to an irrevocable bid, the subcontractor also acquires rights under Contract A. It is not automatically entitled to the award of the subcontract for the electrical work (Contract B), but such an award must be made unless the appellant (or the owner) has a “reasonable objection” pursuant to Article 10 of the *General Conditions* of the standard form contract.

Weiler J.A. held that the appellant’s objection to the respondent was not reasonable because she found that: (a) Ellis-Don “shopped” Naylor’s bid; (b) Ellis-Don ought to have made efforts to remove the impediment to its objection by applying to the OLRB to clarify whether it could contract with Naylor; and (c) Ellis-Don should have allowed Naylor the opportunity to enter into an arrangement with an IBEW-affiliated company to retain a share of the profit from the subcontract. In her view, the OLRB decision did not necessarily prohibit the appellant from employing the respondent. On the contrary, citing the OLRB decision in *Aluma Systems Canada Inc.*, [1994] O.L.R.D. No. 4398 (QL), she stated that “the OLRB is sensitive to the prejudice a prime contractor may suffer once it has submitted a tender by which it is bound. It appears that, in such instances, the union would be estopped from claiming any damages” (p. 343). The appellant having failed to demonstrate that its objection was reasonable, it was held

111. Ceux qui ont recours au système de soumissions conviennent mutuellement d’être liés par ses conditions, de sorte que la présentation d’une soumission par un sous-traitant ou par un entrepreneur principal [TRADUCTION] « entraîne l’acceptation de toutes les conditions du système de soumissions et la conclusion d’un contrat préliminaire ou contrat A ». Les règles prévoyaient que la soumission de l’intimée était irrévocable pendant un certain délai. Le processus d’appel d’offres repose sur le principe selon lequel les sous-traitants sont liés par leur soumission lorsque celle-ci a été incorporée dans la soumission d’un entrepreneur principal et que cette dernière est devenue irrévocable : *Northern Construction Co. c. Gloge Heating & Plumbing Ltd.* (1986), 19 C.L.R. 281 (C.A. Alb.).

En contrepartie, le sous-traitant lié par une soumission irrévocable acquiert des droits en vertu du contrat A. Il n’a pas automatiquement droit au contrat de sous-traitance des travaux d’électricité (contrat B), mais ce contrat doit lui être accordé à moins que l’appelante (ou le propriétaire) ne souleve une « objection raisonnable » conformément à l’article 10 des conditions générales du contrat type.

Madame le juge Weiler a décidé que l’objection de l’appelante au sujet de l’intimée n’était pas raisonnable pour les raisons suivantes : a) Ellis-Don a « marchandé » la soumission de Naylor, b) Ellis-Don aurait dû s’efforcer de supprimer l’obstacle auquel se heurtait son objection en demandant à la CRTO de clarifier si elle pouvait conclure un contrat avec Naylor, et c) Ellis-Don aurait dû donner à Naylor la possibilité de s’entendre avec une société affiliée à la FIOE pour conserver une partie des profits découlant du contrat de sous-traitance. Selon elle, la décision de la CRTO n’interdisait pas nécessairement à l’appelante de recourir aux services de l’intimée. Au contraire, citant la décision de la CRTO dans l’affaire *Aluma Systems Canada Inc.*, [1994] O.L.R.D. No. 4398 (QL), le juge Weiler a affirmé que [TRADUCTION] « la CRTO tient compte du préjudice qu’un entrepreneur principal peut subir lorsqu’il a soumis une offre qui le lie. Il semble que, dans un tel cas, le syndicat ne pourrait pas réclamer des dommages-

30

31

to have breached the terms of Contract A with the respondent.

intérêts » (p. 343). L'appelante n'ayant pas démontré que son objection était raisonnable, on a jugé qu'elle avait contrevenu au contrat A conclu avec l'intimée.

32 Weiler J.A. accepted the trial judge's estimate of the respondent's loss of profit on the job (\$730,286). She then discounted this figure by 50 percent for job site contingencies, and the resulting figure by a further 50 percent to account for the contingency that the OLRB would not have allowed the contract to be awarded to Naylor or that Naylor may have had to enter into a sub-subcontract with another electrical subcontractor with IBEW affiliation. With these factors in mind, the court allowed the appeal and awarded the respondent damages of \$182,500.

Madame le juge Weiler a accepté l'estimation de la perte de profits de l'intimée (730 286 \$) faite par le juge de première instance. Elle a réduit ce montant de moitié pour tenir compte des impondérables du chantier, puis a réduit de moitié ce nouveau montant afin de tenir compte du fait que la CRTO aurait pu refuser que le contrat soit attribué à Naylor ou que Naylor aurait pu devoir conclure un contrat avec un autre sous-traitant en électricité affilié à la FIOE. À la lumière de ces considérations, la cour a accueilli l'appel et a accordé à l'intimée la somme de 182 500 \$ à titre de dommages-intérêts.

III. Analysis

III. Analyse

33 The prospect of a major construction job generally initiates a cascade of invitations to bid from the owner to prime contractors to the subcontractors to the suppliers and other participants. The invitations generate a corresponding flow of tenders upwards along the same food chain. The Bid Depository system promotes itself as designed to protect the reasonable expectations of all participants. It does this by establishing clear rules, fixed deadlines, simultaneous disclosure of bids, and an orderly contracting procedure. Those submitting bids incur the obligation to keep them open for acceptance for a fixed period of time. This of course ties up their resources and, depending on the circumstances, may incur some financial risk. In exchange, the tendering parties are assured that they will be fairly dealt with according to the rules established under the particular tendering procedure.

La perspective d'un important projet de construction déclenche généralement une suite d'invitations à soumissionner qui va du propriétaire jusqu'aux entrepreneurs principaux, aux sous-traitants, aux fournisseurs et à d'autres participants. Suit une série de soumissions en réponse à ces invitations. Le système de soumissions vise, selon ses propres termes, à protéger les attentes raisonnables de tous les participants. Cet objectif est réalisé grâce à l'établissement de règles claires, de délais précis et d'une procédure ordonnée en matière de formation de contrats, et à la divulgation simultanée des soumissions. Les soumissionnaires sont tenus de maintenir leur offre pendant une période déterminée. Cela a évidemment pour effet d'immobiliser leurs ressources et peut, selon les circonstances, présenter un risque financier. En contrepartie, ils ont l'assurance d'un traitement équitable conforme aux règles établies par la procédure d'appel d'offres applicable.

34 For the last 20 years, the legal effect of tendering arrangements has been approached in accordance with the Contract A/Contract B analysis adopted in *Ron Engineering*, *supra*, per Estey J., at p. 119:

Au cours des 20 dernières années, l'effet juridique des appels d'offres a été abordé en fonction de l'analyse fondée sur l'existence d'un contrat A et d'un contrat B effectuée par le juge Estey dans l'arrêt *Ron Engineering*, précité, p. 119 :

There is no question when one reviews the terms and conditions under which the tender was made that a contract arose upon the submission of a tender between the contractor and the owner whereby the tenderer could not withdraw the tender for a period of sixty days after the date of the opening of the tenders. Later in these reasons this initial contract is referred to as contract A to distinguish it from the construction contract itself which would arise on the acceptance of a tender, and which I refer to as contract B.

Subsequently, in *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619, the Court allowed the appeal of an unsuccessful bidder against the award of a prime contract to an unqualified bidder, contrary to an implied term in Contract A. The Court took the opportunity on that occasion to affirm that Contract A does not automatically spring into existence upon the making of a tender, and if it does, its terms must be ascertained as with any other contract, and not be derived from some abstract legal paradigm. Iacobucci J. reinforced this point at para. 17:

... it is always possible that Contract A does not arise upon the submission of a tender, or that Contract A arises but the irrevocability of the tender is not one of its terms, all of this depending upon the terms and conditions of the tender call.

See also *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60, at para. 80.

Both *Ron Engineering*, *supra*, and *M.J.B. Enterprises* dealt with owners and prime contractors. The present appeal raises an issue at a lower level of the cascade. Nevertheless, as those decisions made clear, the Contract A/Contract B approach rests on ordinary principles of contract formation, and there is no reason in principle why the same approach should not apply at this lower level. The existence and content of Contract A will depend on the facts of the particular case. Accordingly, the prime contract having been awarded in this case to the appellant, the issue is whether the respondent had any contractual rights under its Contract A with the appellant either to the making of Contract

Il ressort manifestement de l'examen des conditions auxquelles la soumission a été faite que sa présentation a donné lieu à un contrat entre l'entrepreneur et la propriétaire, en vertu duquel le soumissionnaire ne pouvait retirer la soumission pendant les soixante jours suivant la date d'ouverture des soumissions. Plus loin dans les présents motifs, j'appellerai ce premier contrat le contrat A pour le distinguer du contrat d'entreprise lui-même qui résulte de l'acceptation de la soumission et que j'appellerai le contrat B.

Par la suite, dans l'arrêt *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, la Cour a accueilli le pourvoi que l'auteur d'une soumission non retenue avait formé à la suite de l'attribution d'un contrat principal à un soumissionnaire non qualifié, contrairement à une condition implicite du contrat A. La Cour a saisi l'occasion pour confirmer que le contrat A ne prend pas naissance automatiquement dès la présentation d'une soumission et que, si un tel contrat se forme, il faut en déterminer les conditions de la même manière que pour tout autre contrat, et non appliquer un quelconque modèle juridique abstrait. Le juge Iacobucci a insisté sur ce point, au par. 17 :

... il est toujours possible que le contrat A ne soit pas formé dès la présentation d'une soumission, ou qu'il y ait formation du contrat A mais que l'irrévocabilité de la soumission n'en soit pas une condition; cela dépend des conditions de l'appel d'offres.

Voir aussi *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60, par. 80.

Dans les deux arrêts *Ron Engineering* et *M.J.B. Enterprises*, précités, il était question de propriétaires et d'entrepreneurs principaux. En l'espèce, le problème se situe à un échelon inférieur. Quoi qu'il en soit, ces arrêts indiquent clairement que l'interprétation fondée sur l'existence d'un contrat A et d'un contrat B repose sur les principes ordinaires de formation des contrats. En principe, rien ne s'oppose à ce que cette méthode soit appliquée à cet échelon inférieur. L'existence et le contenu du contrat A dépendent des faits de chaque affaire. Par conséquent, étant donné que le contrat principal a été accordé à l'appelante en l'espèce, il faut se demander si l'intimée avait droit, en vertu de

35

36

B (the electrical subcontract) or to damages for the appellant's refusal to do so.

son contrat A avec l'appelante, à la conclusion du contrat B (le contrat de sous-traitance des travaux d'électricité) ou encore à des dommages-intérêts en raison du refus de l'appelante de conclure le contrat B.

37 This appeal thus raises five issues:

Le présent pourvoi soulève donc cinq questions :

1. Was a Contract A formed between the appellant and respondent with respect to this project and, if so, what were its terms?

1. Y a-t-il eu formation d'un contrat A entre l'appelante et l'intimée relativement au projet en cause et, dans l'affirmative, quelles en étaient les conditions?

2. Was the contract frustrated by reason of the OLRB decision of February 28, 1992?

2. La décision de la CRTO, en date du 28 février 1992, a-t-elle rendu ce contrat inexécutable?

3. If not, did the appellant breach the terms of Contract A?

3. Sinon, l'appelante a-t-elle violé les conditions du contrat A?

4. If so, what are the damages?

4. Dans l'affirmative, quel montant de dommages-intérêts doit être accordé?

5. In the alternative, is the respondent entitled to recover on the basis of unjust enrichment?

5. Subsidiairement, l'intimée a-t-elle droit à une indemnité fondée sur l'enrichissement sans cause?

38 There lurked in the background to some of the respondent's submissions in this Court occasional allegations which seemed grounded in tort, including negligent misrepresentation. However, tort was neither pleaded nor argued in the courts below and tort law will play no role in the disposition of this appeal.

Certains arguments avancés devant notre Cour par l'intimée cachaient parfois des allégations qui semblaient tenir de la responsabilité délictuelle, y compris des allégations de déclaration inexacte faite par négligence. Or, la responsabilité délictuelle n'a été ni invoquée ni plaidée devant les cours d'instance inférieure et elle n'interviendra pas dans le règlement du présent pourvoi.

1. *Was There a Contract A and, if so, What Were the Terms?*

1. *Y a-t-il eu formation d'un contrat A et, dans l'affirmative, quelles en étaient les conditions?*

39 The respondent contended at trial that the appellant, upon winning the prime contract, became automatically obligated to it under the terms of Contract A to enter into the electrical subcontract, i.e., Contract B. The respondent relies in this respect on the decision of the British Columbia Supreme Court in *M.J. Peddlesden Ltd. v. Liddell Construction Ltd.* (1981), 128 D.L.R. (3d) 360.

L'intimée a soutenu au procès qu'après avoir obtenu le contrat principal l'appelante était dès lors tenue, en vertu du contrat A, de conclure avec elle le contrat de sous-traitance des travaux d'électricité, c'est-à-dire le contrat B. L'intimée invoque à cet égard la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, *M.J. Peddlesden Ltd. c. Liddell Construction Ltd.* (1981), 128 D.L.R. (3d) 360.

40 It is possible that under a different set of bidding rules this *could* be the outcome, but there is nothing in the call for tender or related documents in

Ce *pourrait* être le cas si un ensemble différent de règles s'appliquait au dépôt de soumissions, mais rien dans le présent appel d'offres ou dans les

this case to give rise to such a result. On the contrary, as pointed out by Weiler J.A. in the Ontario Court of Appeal, the tender documents clearly contemplate the possible substitution of a subcontractor that is different from the firm carried in the tender for the prime contract. Article 10.3 of the *General Conditions* that govern the tender provides that the owner may, on reasonable grounds, object to a subcontractor and, if so, the prime contractor is required to employ another subcontractor. Article 10.5 states that the prime contractor shall not be required to employ as a subcontractor a person or firm to whom he may reasonably object. These terms are incorporated into Contract A and are plainly inconsistent with the respondent's theory of a "deemed Contract B". In accordance with the usual principles of contract formation, communication of acceptance was required to make Contract B.

The tender documents are equally clear, however, that the prime contractor is not free under Contract A of contractual obligation to the subtrades it has carried in its own bid. The Bid Depository does not operate simply for the prime contractor's convenience.

The *Ontario Bid Depository Standard Rules and Procedures* assure participants that it "provides for the sanctity of the bid during the tendering process", and specifically assures a subcontractor that he or she is "[a]ble to bid Prime Contractors knowing his bid will not be 'shopped'". The mechanism by which this is achieved is by instructing prime contractors in Article 16.1 of the *Instructions to Bidders*:

16.1 Bidders shall submit with Bid Documents . . . names of the Subcontractors bidder proposes to perform work under the Contract, and to include in the Agreement he would sign with the Owner.

documents connexes ne peut avoir cet effet. Au contraire, comme l'a souligné madame le juge Weiler de la Cour d'appel de l'Ontario, le dossier d'appel d'offres prévoyait clairement la possibilité de substituer un autre sous-traitant à celui inclus dans la soumission présentée pour l'obtention du contrat principal. L'article 10.3 des conditions générales de l'appel d'offres prévoit que le propriétaire peut, pour des motifs raisonnables, s'opposer à un sous-traitant et, le cas échéant, l'entrepreneur principal doit faire appel à un autre sous-traitant. Selon l'article 10.5, l'entrepreneur principal n'est pas tenu de retenir, comme sous-traitant, une personne ou une entreprise à laquelle il peut raisonnablement s'opposer. Ces conditions sont incorporées dans le contrat A et sont manifestement incompatibles avec la thèse du « présumé contrat B » préconisée par l'intimée. Conformément aux principes habituels de la formation des contrats, la communication de l'acceptation était nécessaire à la formation du contrat B.

Cependant, le dossier d'appel d'offres établit tout aussi clairement que l'entrepreneur principal a, en vertu du contrat A, des obligations envers les sous-traitants qu'il a inclus dans sa propre soumission. Le système de soumissions n'est pas là seulement pour la commodité de l'entrepreneur principal.

Les *Ontario Bid Depository Standard Rules and Procedures* garantissent aux participants que le système de soumissions [TRADUCTION] « assure la protection de l'intégrité de la soumission pendant le processus d'appel d'offres » et, en particulier, garantit au sous-traitant qu'il [TRADUCTION] « [p]eut présenter une soumission à des entrepreneurs principaux en sachant que celle-ci ne fera pas l'objet d'un "marchandage" ». C'est en ce sens que les entrepreneurs principaux reçoivent la directive suivante à l'article 16.1 des directives aux soumissionnaires (*Instructions to Bidders*) :

[TRADUCTION]

16.1 Le soumissionnaire doit soumettre avec le dossier d'appel d'offres [...] le nom des sous-traitants à qui il entend confier l'exécution des travaux prévus au contrat et qu'il compte inclure dans le contrat qu'il signera avec le propriétaire.

41

42

The attached printed form that is required of prime contractors to submit to the owner includes as Article 3 the term:

3. In the Stipulated Price the following Subcontractors are carried and they will perform the work indicated. . . . [Emphasis added.]

43 The appellant was therefore required to and did include as Article 3 of its tender for the prime contract:

3. In the Stipulated Price the following Subcontractors are carried and they will perform the work indicated: . . . Electrical . . . Naylor Group Incorporated. [Emphasis added.]

44 Further, as noted above, the final contract between the owner and the appellant, which was in a standard form stipulated pursuant to the Bid Depository rules, provided as Article 10.2 of the *General Conditions of the Stipulated Price Contract*:

10.2 The Contractor agrees to employ those Subcontractors proposed by him in writing and accepted by the Owner at the signing of the Contract.

45 Outside the framework of a bid depository or comparable scheme, such provisions might operate solely between the owner and the prime contractor, and be of no assistance to a stranger to their contract, such as an aspiring subcontractor. However, in this case, there was a structured Bid Depository, and these standard printed-form documents between the prime contractor and the owner constituted part of the Bid Depository regime as implemented, and formed the contractual basis on which the subcontractors tendered. Indeed, it was on this basis that the Bid Depository *could* assure them that their bids would not be “shopped”. The assurance of a subcontract to the carried subcontractor, subject to *reasonable* objection, was

Le formulaire joint que les entrepreneurs principaux doivent soumettre au propriétaire comporte la condition suivante à l'article 3 :

[TRADUCTION]

3. Les sous-traitants suivants sont inclus dans le marché à forfait et ils exécuteront les travaux indiqués. . . . [Je souligne.]

L'appelante devait donc inclure la disposition suivante et elle l'a fait à l'article 3 de son offre visant à obtenir le contrat principal :

[TRADUCTION]

3. Les sous-traitants suivants sont inclus dans le marché à forfait et ils exécuteront les travaux indiqués : [. . .] à savoir : [. . .] Électricité [. . .] Naylor Group Incorporated. [Je souligne.]

En outre, comme nous l'avons vu, le contrat final conclu entre le propriétaire et l'appelante, qui était un contrat type conforme aux règles applicables au dépôt de soumissions, prévoyait à l'article 10.2 des conditions générales du marché à forfait (*Stipulated Price Contract*) :

[TRADUCTION]

10.2 L'entrepreneur convient d'avoir recours aux services des sous-traitants qu'il a proposés par écrit et qui ont été acceptés par le propriétaire lors de la signature du contrat.

En dehors d'un régime de dépôt des soumissions ou d'un autre régime comparable, de telles dispositions pourraient ne s'appliquer qu'entre le propriétaire et l'entrepreneur principal et n'être d'aucun secours à un tiers, tel un candidat sous-traitant. En l'espèce, toutefois, un régime structuré de dépôt des soumissions était en place, et ces documents types entre l'entrepreneur principal et le propriétaire faisaient partie du régime de dépôt des soumissions appliqué et formaient l'assise contractuelle du dépôt de soumissions par les sous-traitants. En fait, c'était ce qui expliquait pourquoi le système de soumissions *pouvait* leur garantir que leurs soumissions ne ferait pas l'objet d'un « marchandage ». La garantie de la conclusion d'un contrat avec le sous-traitant inclus, sous réserve d'une objection *raisonnable*, représentait

for subcontractors the most important term of Contract A.

This interpretation of Contract A is entirely consistent with the answers provided on discovery by the Vice-President of the appellant who actually signed the OTMH bid:

Question 91: Is it fair to say on the afternoon of December 10th, which was the closing of the sub-trade bids, you and Mr. Quinless decided you were going to use the Naylor Group for the electrical job.

COUNSEL: He indicated the word was “carrying” and not “using”.

THE DEPONENT: We would carry their price.

Then on 93, the question is:

Question 93: So if the hospital accepted your bid you would then turn around and award the electrical sub-contract to Naylor at the price indicated.

Answer: Subject to certain clarifications I can’t say that it would be an absolute given.

Question 94: You have mentioned “certain clarifications”. What do you mean by that?

Answer: We have a process where we will sit down with the sub-contractor and go through the job. We have to be assured that he is doing it in accordance with our schedule and he does have a complete scope of the work and certain things of that nature are in order. We would tender the job to the owner and based on the way the process is we are assuming that is the case.

The “certain clarifications” mentioned by the appellant’s witness would, if lacking, go to the issue of reasonable objection. No other conditions precedent were mentioned.

I therefore reject the dismissive expression of the appellant’s Project Manager that the Bid Depository was “just a fancy name for somebody collecting prices”. It was contrary to the rules of the Bid Depository that a subcontractor’s bid, once disclosed, would become merely a bargaining

pour les sous-traitants la condition la plus importante du contrat A.

Cette interprétation du contrat A concorde en tous points avec les réponses données lors de l’interrogatoire préalable par le vice-président de l’appelante qui avait signé la soumission présentée à l’OTMH :

[TRADUCTION]

Question 91 : N’est-il pas exact que, dans l’après-midi du 10 décembre, date de clôture des soumissions des sous-traitants, M. Quinless et vous-même avez décidé de recourir aux services de Naylor Group pour les travaux d’électricité?

L’AVOCAT : Il a dit qu’il avait été question d’« inclure » et non de « recourir aux services ».

LE DÉPOSANT : Nous incluons leur prix.

Puis, au numéro 93, la question est la suivante :

Question 93 : Donc, si l’hôpital acceptait votre soumission, vous attribueriez alors le contrat de sous-traitance des travaux d’électricité à Naylor au prix indiqué.

Réponse : Sous réserve de certaines clarifications, je ne puis faire une affirmation aussi catégorique.

Question 94 : Vous avez mentionné « certaines clarifications ». Qu’entendez-vous par là?

Réponse : Notre façon de procéder consiste à rencontrer le sous-traitant et à passer en revue les travaux à exécuter. Nous devons notamment nous assurer qu’il respectera notre échéancier et qu’il a une idée exacte des travaux à exécuter. Nous présenterions la soumission au propriétaire et, compte tenu du processus en place, nous présumons qu’il en serait ainsi.

Si elles sont insuffisantes, les « certaines clarifications » mentionnées par le témoin de l’appelante devront être analysées à la lumière du principe de l’objection raisonnable. Aucune autre condition préalable n’a été mentionnée.

Par conséquent, je rejette le commentaire sarcastique du gestionnaire de projet de l’appelante, selon lequel le système de soumissions n’est [TRADUCTION] « qu’une façon recherchée d’indiquer que quelqu’un se fait proposer des prix ». Il était contraire aux règles applicables au dépôt de sou-

lever against other electrical subcontractors to obtain the same or a lower price.

missions que la soumission d'un sous-traitant, une fois divulguée, serve simplement à négocier avec d'autres sous-traitants en électricité en vue d'obtenir un prix équivalent ou inférieur.

48 The appellant complains that it did not “shop” the respondent’s bid, as the trial judge defined it, because at the time it solicited the bid it *did* intend to subcontract the work to the respondent if it turned out to be the low bidder, and it subsequently used the respondent’s price as “a budget” to get the work done, not as a lever to obtain a still lower price from other subcontractors. This, while plausible, misses the point. The question at this stage is not whether the appellant engaged in bid shopping as defined by the trial judge but whether the rules of the Bid Depository created an effective contractual barrier to the practice, which was a leading selling point to the industry. In my view, the documentation referred to above, read in light of the rules of the Toronto Bid Depository, were intended to and did bring into existence, upon tender, a Contract A which required the successful prime contractor to subcontract to the firms carried in the absence of a reasonable objection.

L’appelante se défend d’avoir « marchandé » la soumission de l’intimée, au sens donné à cette expression par le juge de première instance, parce qu’au moment où elle a demandé la soumission elle *avait* l’intention d’accorder le contrat de sous-traitance à l’intimée si sa soumission était la plus basse. L’appelante prétend avoir par la suite utilisé le prix proposé par l’intimée comme « budget » des travaux à exécuter et non pour obtenir un prix encore moins élevé de la part d’autres sous-traitants. Bien qu’elle soit plausible, cette affirmation passe à côté de la question. À ce stade, il s’agit non pas de savoir si l’appelante s’est livrée au marchandage de soumissions au sens donné par le juge de première instance, mais de déterminer si les règles applicables au dépôt de soumissions créaient effectivement un obstacle contractuel à cette pratique qui constituait un argument de vente majeur pour l’industrie. À mon avis, les documents susmentionnés, interprétés à la lumière des règles du Bureau de dépôt des soumissions de Toronto, visaient à faire naître et ont fait naître, dès la présentation de la soumission, un contrat A obligeant l’entrepreneur principal retenu à sous-traiter, en l’absence d’objection raisonnable, avec les entreprises incluses dans sa soumission.

49 The appellant also complains that in effect the court here would be “implying” a term into Contract A without meeting the stringent requirements laid down in *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711, and *Martel Building*, *supra*. In my view, however, the obligation to contract, subject to reasonable objection, arises directly out of the rules of the Bid Depository and related (and required) standard form documentation, and does not resort to an “implied” term.

L’appelante prétend aussi qu’en fait la cour en l’espèce « conclurait à l’existence » d’une condition dans le contrat A sans respecter les conditions strictes établies dans les arrêts *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711, et *Martel Building*, précité. J’estime, toutefois, que l’obligation de conclure un contrat, sous réserve d’une objection raisonnable, découle directement des règles applicables au dépôt de soumissions et des documents types connexes (requis), et qu’elle ne procède pas d’une condition « implicite ».

50 Finally, the appellant warns that this conclusion “imposes highly dysfunctional constraints on the ability of prime contractors and owners to deal with unusual problems that may arise in the course

Enfin, l’appelante prévient que cette conclusion [TRADUCTION] « impose des contraintes très paralysantes qui limitent la capacité des entrepreneurs principaux et des propriétaires de régler les pro-

of the tendering/bidding process”. It seems to me the rules of the Bid Depository are *intended* to impose constraints. The prime contractor is protected by Article 10 of the *General Conditions of the Stipulated Price Contract* that would eliminate a subcontractor if the owner had “reasonable cause” to object (Article 10.3) or if the prime contractor itself “may reasonably object” (Article 10.5). The prime contractor’s protection lies in the contractual right to object. The subcontractor’s protection lies in the concept of “reasonableness”. An *unreasonable* objection does not suffice. If other participants in the Bid Depository system agree with the appellant that such a constraint is “dysfunctional”, the rules can always be amended.

I therefore agree with Weiler J.A. that the various terms and conditions governing the Toronto Bid Depository, when read together, compel the conclusion that, when the appellant chose to carry the respondent’s bid in its tender to the owner, it committed itself to subcontract the electrical work to the respondent in the absence of a reasonable objection. What is “reasonable” depends on the facts of the case.

2. *Was Contract A Frustrated by Reason of the OLRB Decision of February 28, 1992?*

The appellant says that even if it was bound by Contract A, whatever its terms, it was nevertheless relieved of any obligation by the supervening event of the OLRB decision dated February 28, 1992 which required it to use IBEW electricians on its projects. The respondent’s employees were members of a different union. Accordingly, it says, the possibility of a subcontract was out of the question.

Frustration occurs when a situation has arisen for which the parties made no provision in the contract and performance of the contract becomes “a

blèmes inhabituels qui peuvent survenir dans le processus d’appel d’offres ou de soumissions ». Il me semble que les règles applicables au dépôt de soumissions sont *destinées* à imposer des contraintes. L’entrepreneur principal est protégé par l’article 10 des conditions générales du marché à forfait (*Stipulated Price Contract*), qui permet d’écarter un sous-traitant lorsque le propriétaire a un [TRADUCTION] « motif raisonnable » de s’y opposer (article 10.3), ou lorsque l’entrepreneur principal [TRADUCTION] « peut formuler une objection raisonnable » (article 10.5). La protection de l’entrepreneur principal réside dans le droit contractuel de formuler une objection. La protection du sous-traitant réside dans la notion du « caractère raisonnable ». Une objection *déraisonnable* n’est pas suffisante. Si d’autres participants au régime de dépôt des soumissions conviennent avec l’appelante qu’une telle contrainte est « paralysante », les règles peuvent toujours être modifiées.

Je souscris donc à l’opinion de madame le juge Weiler que, compte tenu de l’ensemble des diverses modalités régissant le Bureau de dépôt des soumissions de Toronto, force est de conclure que, lorsque l’appelante a choisi d’inclure la soumission de l’intimée dans celle qu’elle a présentée au propriétaire, elle s’est engagée à confier les travaux d’électricité en sous-traitance à l’intimée en l’absence d’objection raisonnable. Ce qui est « raisonnable » dépend des faits de l’affaire.

2. *La décision de la CRTO, en date du 28 février 1992, a-t-elle rendu le contrat A inexécutable?*

L’appelante affirme que, même si elle était liée par le contrat A, quelles qu’en fussent les conditions, la décision rendue le 28 février 1992 par la CRTO — qui l’obligeait à recourir aux services d’électriciens affiliés à la FIOE pour ses projets — a néanmoins eu pour effet de la libérer de toute obligation envers l’intimée. Les employés de l’intimée étaient membres d’un autre syndicat. Le contrat de sous-traitance devenait donc impossible, selon l’appelante.

Il y a impossibilité d’exécution lorsque survient une situation que les parties n’ont pas prévue dans le contrat et qui fait en sorte que l’exécution du

51

52

53

thing radically different from that which was undertaken by the contract”: *Peter Kiewit Sons’ Co. v. Eakins Construction Ltd.*, [1960] S.C.R. 361, *per* Judson J., at p. 368, quoting *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council*, [1956] A.C. 696 (H.L.), at p. 729.

contrat devient [TRADUCTION] « quelque chose de radicalement différent des engagements pris au contrat » : *Peter Kiewit Sons’ Co. c. Eakins Construction Ltd.*, [1960] R.C.S. 361, le juge Judson, p. 368, citant l’arrêt *Davis Contractors Ltd. c. Fareham Urban District Council*, [1956] A.C. 696 (H.L.), p. 729.

54 Earlier cases of “frustration” proceeded on an “implied term” theory. The court was to ask itself a hypothetical question: if the contracting parties, as reasonable people, had contemplated the supervening event at the time of contracting, would they have agreed that it would put the contract to an end? The implied term theory is now largely rejected because of its reliance on fiction and imputation.

La jurisprudence plus ancienne relative à l’« impossibilité d’exécution » faisait appel à la thèse de la « condition implicite ». Le tribunal devait se poser la question hypothétique suivante : si, au moment de conclure le contrat, les parties contractantes avaient, en tant que personnes raisonnables, prévu l’événement qui est survenu, auraient-elles convenu qu’il mettrait fin au contrat? Cette thèse de la condition implicite est désormais largement rejetée parce qu’elle repose sur la fiction et l’imputation.

55 More recent case law, including *Peter Kiewit*, adopts a more candid approach. The court is asked to intervene, not to enforce some fictional intention imputed to the parties, but to relieve the parties of their bargain because a supervening event (the OLRB decision) has occurred without the fault of either party. For instance, in the present case, the supervening event would have had to alter the nature of the appellant’s obligation to contract with the respondent to such an extent that to compel performance despite the new and changed circumstances would be to order the appellant to do something radically different from what the parties agreed to under the tendering contract: *Hydro-Québec v. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 S.C.R. 1087; *McDermid v. Food-Vale Stores (1972) Ltd.* (1980), 14 Alta. L.R. (2d) 300 (Q.B.); *O’Connell v. Harkema Express Lines Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 291 (Ont. Co. Ct.), at p. 304; *Petrogas Processing Ltd. v. Westcoast Transmission Co.* (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 118 (Q.B.); *Victoria Wood Development Corp. v. Ondrey* (1978), 92 D.L.R. (3d) 229 (Ont. C.A.), at p. 242; and G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4th ed. 1999), at pp. 677-78.

La méthode utilisée dans la jurisprudence plus récente, notamment l’arrêt *Peter Kiewit*, est plus réaliste. L’intervention de la cour est sollicitée non pas pour mettre à exécution une intention fictive imputée aux parties, mais pour libérer les parties de leur marché en raison d’un événement nouveau (en l’occurrence, la décision de la CRTO) qui est survenu sans qu’il n’y ait eu faute de la part de l’une ou l’autre des parties. Par exemple, il faudrait en l’espèce que l’événement nouveau ait tellement modifié la nature de l’obligation de l’appelante de conclure un contrat avec l’intimée que contraindre cette dernière à l’exécuter, malgré le changement de circonstances, reviendrait à lui ordonner de faire quelque chose de radicalement différent de ce qui a été convenu par les parties dans le contrat d’appel d’offres : *Hydro-Québec c. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 R.C.S. 1087; *McDermid c. Food-Vale Stores (1972) Ltd.* (1980), 14 Alta. L.R. (2d) 300 (B.R.); *O’Connell c. Harkema Express Lines Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 291 (C. cté Ont.), p. 304; *Petrogas Processing Ltd. c. Westcoast Transmission Co.* (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 118 (B.R.); *Victoria Wood Development Corp. c. Ondrey* (1978), 92 D.L.R. (3d) 229 (C.A. Ont.), p. 242; G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4^e éd. 1999), p. 677-678.

While the second approach (“a radical change in the obligation”) is to be preferred and is now the established test, the appellant’s argument would fail under either view. There has been no “supervening event” in the sense required by either approach to the doctrine of frustration and in fact the OLRB ruling against the appellant was a foreseeable outcome.

With all due respect to the learned trial judge, who concluded that any contractual obligation arising under Contract A had been frustrated by the OLRB decision of February 28, 1992, the appellant is in no better position than someone who sells his house to two successive buyers. At issue was the right to do the electrical work. The IBEW said that in 1962 it was promised for its members the electrical work on the appellant’s projects and the OLRB found that the appellant had largely observed this collective bargaining obligation over the next 30 years. The OLRB decision of February 28, 1992 recognized and affirmed the appellant’s obligation to the IBEW. It did not create it. Accordingly, when the appellant approached the respondent to do the OTMH work with non-IBEW workers, and subsequently carried the bid to the owner, it was promising work that, so far as the IBEW was concerned, the appellant had already bargained away.

In my view, the OLRB decision no more qualified as a “supervening event” than would a court decision upholding the validity of the first of two inconsistent contracts for the sale of a house. The judicial decision, far from frustrating and putting to an end the second contract, simply lays the basis for a claim in damages by the second purchaser. The OLRB merely affirmed a pre-existing obligation voluntarily entered into by the appellant that was too late disclosed to the respondent.

Bien que cette seconde méthode (« un changement radical de l’obligation ») soit préférable et constitue maintenant le critère établi, l’argumentation de l’appelante ne pourrait être acceptée ni en vertu de l’ancienne méthode ni en vertu de la nouvelle. Aucun « événement nouveau » n’est survenu au sens requis par l’une ou l’autre façon d’aborder la théorie de l’impossibilité d’exécution et, en fait, il était prévisible que la CRTO rendrait une décision défavorable à l’appelante.

En toute déférence pour le juge de première instance qui a conclu que la décision rendue le 28 février 1992 par la CRTO a rendu inexécutable toute obligation découlant du contrat A, j’estime que l’appelante n’est pas dans une meilleure situation que la personne qui vend sa maison à deux acheteurs successifs. C’était le droit d’exécuter les travaux d’électricité qui était en cause. La FIOE a affirmé qu’on lui avait promis, en 1962, que l’exécution des travaux d’électricité liés aux projets de l’appelante serait confiée à ses membres, et la CRTO a jugé que l’appelante avait largement respecté cette obligation émanant de la négociation collective, au cours des 30 années subséquentes. La décision rendue le 28 février 1992 par la CRTO a reconnu et confirmé l’existence de l’obligation de l’appelante envers la FIOE; elle n’a pas créé cette obligation. Par conséquent, lorsque l’appelante a communiqué avec l’intimée pour faire exécuter les travaux du projet de l’OTMH par des ouvriers non affiliés à la FIOE et qu’elle a, par la suite, inclus la soumission de l’intimée dans celle qu’elle a présentée au propriétaire, elle promettait du travail qui, en ce qui concernait la FIOE, avait déjà été confié à quelqu’un d’autre.

Selon moi, la décision de la CRTO n’était pas plus un « événement nouveau » que ne le serait une décision judiciaire confirmant la validité du premier de deux contrats de vente incompatibles d’une maison. La décision judiciaire, loin de rendre le second contrat inexécutable et d’y mettre fin, jette simplement les bases d’une action en dommages-intérêts par le second acheteur. La CRTO n’a fait que confirmer la validité d’une obligation préexistante contractée librement par l’appelante et divulguée trop tard à l’intimée.

56

57

58

59

There is another reason why the doctrine of frustration is inapplicable. Contract A left open the possibility that for some good reason the appellant might “reasonably object” to the awarding of the subcontract to the respondent. The owner and the appellant had satisfied themselves about the respondent’s qualifications on the basis of information known to them at the time of carrying its bid in the tender for the prime contract. However, there might obviously have arisen subsequent events (e.g., loss of key personnel) or belatedly disclosed information (e.g., financial insolvency) that would render an objection reasonable. The parties to Contract A specifically provided their own test to deal with supervening circumstances by means of a flexible exit option based on reasonableness. As a matter of construction, there is no need here to consider court-imposed remedies based on the allegation of a radical change to the significance of the contractual obligation.

60

The legal issue raised on these facts is not the doctrine of frustration but whether, in light of its conduct under the rules of the Bid Depository, it was “reasonable” of the appellant to object to the respondent’s union affiliation.

3. *Did the Appellant Breach the Terms of Contract A?*

61

The appellant has throughout taken the position that its *only* objection to the respondent is the fact that it is not an IBEW subcontractor. In my view, its conduct throughout the OTMH project disentitled it from characterizing such an objection as “reasonable”.

62

This is not to understate the importance of the OLRB’s affirmation of IBEW bargaining rights. I do not agree, as will be seen, with the Court of Appeal’s optimism that the OLRB ruling could be abated or circumnavigated. (Neither, it seems does the OLRB itself: *Marathon-Delco Inc.*, [2000]

Une autre raison s’oppose, selon moi, à l’application de la théorie de l’impossibilité d’exécution. Le contrat A n’a pas écarté la possibilité que l’appelante « s’oppose raisonnablement », pour un motif valable, à l’attribution du contrat de sous-traitance à l’intimée. Le propriétaire et l’appelante s’étaient assurés que l’intimée était qualifiée, grâce aux renseignements dont ils disposaient au moment où la soumission de cette dernière a été incluse dans celle présentée pour l’obtention du contrat principal. Toutefois, il est évident que des événements subséquents (comme, par exemple, la perte d’employés indispensables) ou des renseignements communiqués tardivement (comme, par exemple, l’insolvabilité) auraient pu rendre une objection raisonnable. Les parties au contrat A ont expressément prévu le critère qui serait appliqué pour faire face à des circonstances nouvelles au moyen d’un mécanisme de sortie souple fondé sur le caractère raisonnable. Aux fins d’interprétation, il n’est pas nécessaire ici d’examiner les réparations imposées par les tribunaux à la suite d’une allégation de changement radical de la portée de l’obligation contractuelle.

La question de droit que soulèvent les faits de la présente affaire est non pas celle de la théorie de l’impossibilité d’exécution, mais celle de savoir si, compte tenu de la conduite de l’appelante eu égard aux règles applicables au dépôt de soumissions, il était « raisonnable » qu’elle s’oppose à l’affiliation syndicale de l’intimée.

3. *L’appelante a-t-elle violé les conditions du contrat A?*

L’appelante n’a pas cessé de faire valoir que sa *seule* objection concernant l’intimée émane du fait qu’elle n’est pas un sous-traitant affilié à la FIOE. À mon avis, la conduite qu’elle a adoptée pendant tout le projet de l’OTMH l’empêche de qualifier cette objection de « raisonnable ».

Cela ne revient pas à minimiser l’importance de la confirmation par la CRTO des droits de négociation de la FIOE. Je ne partage pas, comme nous le verrons, l’optimisme de la Cour d’appel qui estime que la décision de la CRTO pourrait être tempérée ou contournée (la CRTO elle-même ne semble pas

O.L.R.D. No. 542 (QL).) The IBEW, having established the correctness of its position at much effort and expense, could be expected to insist on the fruits of victory. The respondent says that the appellant simply acted duplicitously and crassly. Depending on who got the electrical subcontract, it knew it was going to be sued by either the IBEW or the respondent. It apparently viewed a suit by the respondent as the softer option. This observation may have a measure of truth, but the more important fact is that the OLRB ruling is backed up by a statutory enforcement scheme that the appellant is obliged to recognize as paramount. An employer is required by the Ontario *Labour Relations Act*, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sched. A (formerly *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2), to comply with an OLRB order (s. 48(18)) which may be enforced in the same manner as an order of the Ontario Superior Court (s. 48(19)). A corporation that contravenes an order is guilty of an offence carrying a fine of not more than \$25,000 (s. 104(1)(b)) and each day of a continuing contravention is a separate offence (s. 104(2)). (References are to the present numbering of the relevant sections of the Act.)

The appellant's argument, with respect, sets up a straw man. The severity of the Act's provisions simply exposes the folly of the appellant's assurances and conduct at a time when the OLRB decision was looming. If the appellant had instead been subjected to a court order to sell its house to an earlier purchaser (to revive the analogy), disobedience to the order of specific performance would also bring dire consequences, but nevertheless the court order would not relieve the appellant from its obligation to pay damages to the disappointed second purchaser. And so it is with Contract A. The appellant chose to carry the respondent instead of its IBEW affiliated rival, Comstock, and thereby assured itself as low bidder of winning the prime contract. It was held by the OLRB to have previ-

non plus être de cet avis : *Marathon-Delco Inc.*, [2000] O.L.R.D. No. 542 (QL)). On pourrait s'attendre à ce que, après avoir fait chèrement et durement reconnaître le bien-fondé de sa position, la FIOE cherche à récolter les fruits de sa victoire. L'intimée affirme que l'appelante a simplement agi de manière sournoise et grossière. Elle savait qu'elle serait poursuivie soit par la FIOE soit par l'intimée, selon l'entreprise qui obtiendrait le contrat de sous-traitance des travaux d'électricité. Elle a apparemment considéré qu'il valait mieux être poursuivi par l'intimée. Cette observation peut être véridique jusqu'à un certain point, mais ce qui est plus important c'est que la décision de la CRTO s'appuie sur un régime légal d'exécution dont l'appelante est forcée de reconnaître la primauté. La *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l'Ontario, L.O. 1995, ch. 1, ann. A (auparavant *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, ch. L.2), exige d'un employeur qu'il se conforme à une ordonnance de la CRTO (par. 48(18)) qui peut être mise à exécution de la même manière qu'une ordonnance de la Cour supérieure de l'Ontario (par. 48(19)). La personne morale qui viole une ordonnance commet une infraction punissable d'une amende maximale de 25 000 \$ (al. 104(1)(b)), et une infraction distincte est commise chaque jour que la violation se poursuit (par. 104(2)). (Les numéros d'articles mentionnés sont les numéros actuels des dispositions pertinentes de la Loi.)

En toute déférence, l'argument de l'appelante est faible. La rigueur des dispositions de la Loi ne fait que souligner l'absurdité de la conduite de l'appelante et des assurances qu'elle a données alors que la décision de la CRTO était imminente. Si l'appelante avait plutôt fait l'objet d'une ordonnance judiciaire lui enjoignant de vendre sa maison à un acheteur antérieur (pour reprendre l'analogie évoquée plus haut), l'omission de se conformer à l'ordonnance d'exécution intégrale entraînerait également de graves conséquences, mais l'ordonnance judiciaire ne la libérerait pas de l'obligation de verser des dommages-intérêts à l'acheteur évincé. Il en va de même avec le contrat A. L'appelante a choisi d'inclure l'intimée au lieu de sa rivale affiliée à la FIOE, Comstock, et elle s'est

ously promised the work to IBEW electricians. By reason of that earlier obligation, it was unable to fulfill its subsequent obligation under Contract A. It couldn't keep both sets of promises. It is perfectly fair that it compensate the respondent for its non-performance of Contract A.

ainsi assurée l'obtention du contrat principal en présentant la soumission la plus basse. La CRTO a jugé qu'elle avait déjà promis de confier l'exécution des travaux aux électriciens affiliés à la FIOE. Cette obligation antérieure l'empêchait de s'acquitter de l'obligation subséquente qui lui incombait en vertu du contrat A. Elle ne pouvait pas tenir ses deux promesses. Il est tout à fait équitable qu'elle indemnise l'intimée pour son inexécution du contrat A.

64 The appellant's dilemma is not without its sympathetic aspects. The OLRB decision was pending for about a year. In the meantime the appellant, as a practical operator, had either to bid carrying IBEW subcontractors (perhaps unnecessarily) and risk losing major projects, or bid carrying non-IBEW subcontractors (perhaps wrongly) and risk the subsequent wrath of the IBEW and, perhaps, the OLRB. The problem, in the end, is that it purported to solve its dilemma at the respondent's expense.

Le dilemme de l'appelante n'est pas sans susciter une certaine compassion. La CRTO a mis un an avant de rendre sa décision. Dans l'intervalle, l'appelante, en tant que gestionnaire pragmatique, devait soit présenter une soumission incluant des sous-traitants affiliés à la FIOE (peut-être inutilement) et risquer de perdre d'importants projets, soit inclure des sous-traitants non affiliés à la FIOE (peut-être à tort) et s'exposer à la colère du syndicat et, peut-être, de la CRTO. Somme toute, le problème réside dans le fait qu'elle a tenté de résoudre son dilemme aux dépens de l'intimée.

65 The appellant, with full knowledge of the IBEW situation, had gone out of its way to assure the respondent that its in-house union affiliation was no cause for concern and would be no basis for objection. It carried the respondent's bid in its tender for the prime contract in December 1991, with full knowledge both of the IBEW proceedings before the OLRB and the respondent's non-IBEW union affiliation. It affirmed its agreement to use the respondent when it put forward the respondent's addendum price in its submission to the owner on March 17, 1992, more than two weeks after its Director of Legal and Labour Operations had received full notice of the OLRB ruling and began to seek advice on its impact. It formally affirmed the respondent's expected role in the actual contract between the owner and the appellant dated May 6, 1992 because otherwise it would have been obliged to admit it was signing a multi-million dollar contract including major electrical work without anyone in sight who was prepared and IBEW-equipped to perform it at the respondent's price. The appellant was not prepared to give the electrical work to Comstock, which was

Alors qu'elle était parfaitement au courant de la situation concernant la FIOE, l'appelante avait pris la peine d'assurer à l'intimée que son affiliation à un syndicat maison n'était pas une source de préoccupation et ne susciterait aucune objection. En décembre 1991, elle a inclus la soumission de l'intimée dans celle qu'elle a présentée pour l'obtention du contrat principal, alors qu'elle était parfaitement au courant de l'engagement des procédures de la FIOE devant la CRTO et du fait que l'intimée n'était pas affiliée à la FIOE. Elle a confirmé qu'elle consentait à recourir aux services de l'intimée en incluant le prix proposé par cette dernière au sujet de l'addenda dans la soumission qu'elle a présentée au propriétaire le 17 mars 1992, soit plus de deux semaines après que son directeur des affaires juridiques et des relations de travail eut été pleinement informé de la décision de la CRTO et qu'il eut entrepris des consultations au sujet de son incidence. Elle a officiellement confirmé le rôle prévu de l'intimée dans le contrat qu'elle a conclu avec le propriétaire le 6 mai 1992, parce que, si elle ne l'avait pas fait, elle aurait dû reconnaître qu'elle concluait un contrat de plusieurs millions

already on the job as mechanical contractor, whose bid price had been \$411,000 higher than the respondent.

The evidence on these matters was clear and uncontradicted. The potential IBEW problem was flagged by the respondent itself at the initial contact in early November 1991. The “no problem” assurance was given after consultation within the appellant organization by Mr. Paul Quinless, who as the senior estimator had responsibility for bidding on the OTMH project. Mr. Quinless testified as follows:

A. . . . My first job would be to contact all the pre-qualified sub-contractors, all of the invited sub-contractors and basically invite them to bid on the job so a fax would be sent out, or a letter sent out inviting them to bid.

. . . .

A. I had a specific question from Naylor asking, explaining the fact that they were non-union, or non I.B.E.W., that they had their own in-house union affiliation and the question was asked could we use them? I checked it out and my response to Naylor was that we could use them. [Emphasis added.]

This erroneous advice was not corrected until a month and a half *after* the adverse OLRB ruling. Indeed, the appellant’s Project Manager on the OTMH job, Mr. Bruno Antidormi, acknowledged that the respondent was not even given the signal that IBEW storm clouds *might* be gathering on the horizon:

Q. You could have written to Naylor and said “We have had this hearing. We may lose the hearing. There could be a problem down the road.”

de dollars portant notamment sur des travaux d’électricité majeurs, sans avoir d’entrepreneur affilié à la FIOE qui soit prêt à les exécuter au prix soumis par l’intimée. L’appelante n’était pas disposée à confier les travaux d’électricité à Comstock qui participait déjà au projet comme entrepreneur en mécanique et dont la soumission dépassait de 411 000 \$ celle de l’intimée.

À ces égards, la preuve était claire et n’a pas été contredite. L’intimée a elle-même signalé le problème potentiel de l’affiliation à la FIOE lorsqu’elle a été approchée pour la première fois au début du mois de novembre 1991. À la suite de consultations au sein de l’organisation appelante, M. Paul Quinless qui, en sa qualité d’estimateur principal, était chargé de préparer la soumission relative au projet de l’OTMH, a donné l’assurance qu’il n’y aurait aucun problème. Monsieur Quinless a fait la déposition suivante :

[TRADUCTION]

R. . . . Ma première tâche était de communiquer avec tous les sous-traitants présélectionnés, tous les sous-traitants invités et, essentiellement, de les inviter à présenter une soumission. Ils ont donc été invités, par courrier ou par télécopie, à soumissionner.

. . . .

R. Naylor m’a posé une question particulière, expliquant que l’entreprise n’était pas syndiquée ou plutôt qu’elle n’était pas affiliée à la FIOE, qu’elle avait un syndicat maison, et elle a demandé si nous pouvions recourir à ses services. J’ai fait des vérifications et j’ai répondu à Naylor que nous pouvions le faire. [Je souligne.]

Ce n’est qu’un mois et demi *après* la décision défavorable de la CRTO que cet avis erroné a été corrigé. En fait, le gestionnaire de projet de l’appelante pour les travaux de l’OTMH, M. Bruno Antidormi, a reconnu que l’intimée n’a même pas été prévenue qu’il *pourrait* y avoir un problème avec la FIOE :

[TRADUCTION]

Q. Vous auriez pu écrire à Naylor et lui dire : « Nous avons eu cette audience. Il se peut que nous perdions. Il pourrait y avoir un problème. »

66

67

A. Okay, a bit of good advice.

Q. But you didn't do that.

A. No, we didn't do that.

R. D'accord, un bon conseil.

Q. Mais vous n'avez pas fait ça.

R. Non, nous ne l'avons pas fait.

68 On March 17, 1992 — well after the appellant acknowledges receiving and considering the OLRB decision — it affirmed its selection of the respondent by approving and submitting Naylor's price in its response to Bid Revision No. 1 (Post Tender Addendum No. 1). The appellant's Project Manager so testified:

Q. This letter of March 17th is some 18 days or so after the Ontario Labour Relations Board decision was placed into the hands of Ellis-Don?

A. That is correct. I was aware of the [OLRB] decision at this point.

Le 17 mars 1992 — c'est-à-dire bien après la date à laquelle l'appelante reconnaît avoir reçu et examiné la décision de la CRTO — elle a confirmé son choix de l'intimée en approuvant et en soumettant le prix de Naylor en réponse au premier appel d'offres modifié (premier addenda complémentaire). Le gestionnaire de projet de l'appelante a déclaré ce qui suit dans son témoignage :

[TRADUCTION]

Q. La lettre du 17 mars a été rédigée quelque 18 jours après que Ellis-Don eut reçu la décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario?

R. C'est exact. J'étais au courant de la décision [de la CRTO] à ce stade.

69 Even more remarkably, the appellant signed the prime contract dated May 6, 1992 — about two months after the appellant was fully aware of the OLRB decision — undertaking to the owner once again to use the respondent to do the electrical work. This was confirmed in testimony by Bruno Antidormi, the appellant's Project Manager:

Q. . . . In that paragraph [2.2] in the [prime] contract which you signed, sir, says "The contractor . . ." which is yourself there, Ellis-Don. . .

A. Mm-hmm.

Q. ". . . agrees to employ those sub-contractors proposed in writing and accepted by the owner at the signing of the contract." Do you agree with me?

A. I agree with you.

Q. Up until that date, May 6th, had you proposed in writing any other sub-contractor for electrical work other than Naylor?

A. On May 6th? No, we did not. . . .

Fait encore plus remarquable, environ deux mois après avoir eu pleinement connaissance de la décision de la CRTO, l'appelante a signé le contrat principal daté du 6 mai 1992, dans lequel elle s'engageait encore une fois envers le propriétaire à recourir aux services de l'intimée pour les travaux d'électricité. Le gestionnaire de projet de l'appelante, M. Bruno Antidormi, a confirmé cela dans son témoignage :

[TRADUCTION]

Q. . . . Cette clause [2.2] du contrat [principal] que vous avez signé, Monsieur, prévoit : « L'entrepreneur . . . », c'est-à-dire, vous-même, Ellis-Don . . .

R. Mm-hmm.

Q. « . . . convient d'avoir recours aux services des sous-traitants qui ont été proposés par écrit et qui ont été acceptés par le propriétaire lors de la signature du contrat. » Êtes-vous d'accord avec moi?

R. Je suis d'accord.

Q. Jusqu'à cette date, le 6 mai, aviez-vous proposé par écrit un autre sous-traitant que Naylor pour exécuter les travaux d'électricité?

R. Le 6 mai? Non. . .

70 I agree with the appellant that the OLRB ruling of February 28, 1992 put an end to the lawful abil-

Je conviens avec l'appelante que la décision rendue par la CRTO le 28 février 1992 a mis fin à sa

ity to use the services of the respondent. In my view, however, the fact it lost its OLRB gamble is not sufficient to absolve it of the financial consequences to the respondent. Its belated objection to the respondent, in light of this history, was unreasonable.

The respondent takes a darker view of the appellant's conduct. It contends that non-disclosure of the IBEW problem and the other matters referred to above were far from innocent. It insists that if the appellant had carried the lowest IBEW subcontractor (Comstock) for the electrical work, it would not have been low bidder on the OTMH project. The respondent says its bid was "used" to obtain the prime contract and "used" again to secure a substitute electrical subcontract at the same price from Guild Electric, all of which it says was contrary to the rules of the Toronto Bid Depository. The appellant's denial lacked much conviction:

Q. So, Mr. Antidormi, you went to them, knowing Naylor's price, knowing their bid amount, told the full amount and said to Guild, "Do the job for this".

A. Yes.

Q. To your way of thinking that is not "shopping" the Naylor price.

A. I didn't tell them to match the price. I said this is what you can do the job for.

While both the trial judge and Weiler J.A. in the Ontario Court of Appeal found the appellant's conduct in this respect distasteful, I think it is sufficient to dispose of the case on the narrow contractual ground that the appellant could only extricate itself from Contract A by demonstrating that, in all

capacité légale de recourir aux services de l'intimée. La perte du pari qu'elle avait fait relativement à cette décision ne me paraît pas toutefois suffisante pour la dégager de toute responsabilité pour les conséquences financières qui en ont résulté pour l'intimée. Compte tenu de ces faits, son objection tardive concernant l'intimée était déraisonnable.

L'intimée a une perception moins favorable de la conduite de l'appelante. Elle prétend que la non-divulgaration du problème concernant la FIOE et les autres agissements mentionnés plus haut étaient loin d'être innocents. Elle soutient que si l'appelante avait inclus la plus basse soumission d'un sous-traitant affilié à la FIOE (Comstock) pour les travaux d'électricité, sa soumission relative au projet de l'OTMH n'aurait pas été la plus basse. L'intimée affirme que l'appelante a « utilisé » sa soumission pour obtenir le contrat principal et l'a « utilisée » de nouveau pour obtenir qu'un autre sous-traitant en électricité, Guild Electric, accepte d'exécuter les travaux au même prix, tout cela en contravention des règles du Bureau de dépôt des soumissions de Toronto. Les démentis de l'appelante manquaient beaucoup de conviction :

[TRADUCTION]

Q. Alors, M. Antidormi, vous vous êtes tournés vers Guild, alors que vous connaissiez le prix de Naylor, le montant de sa soumission, vous lui avez révélé le montant et lui avez dit « Faites les travaux pour ce montant ».

R. Oui.

Q. Et vous ne pensez pas que vous « marchandiez » le prix de Naylor.

R. Je ne leur ai pas dit de demander un prix équivalent. J'ai dit que c'est ce qu'ils pouvaient avoir pour les travaux.

Bien que le juge de première instance et madame le juge Weiler de la Cour d'appel de l'Ontario aient tous deux considéré comme déplorable le comportement de l'appelante à cet égard, je crois qu'il suffit de trancher la présente affaire en fonction du motif restreint selon lequel l'appelante ne pouvait se dégager du contrat A qu'en démontrant que son objection était « raisonnable »

71

72

the circumstances, its objection was “reasonable”, and this it has failed to do.

compte tenu de l’ensemble des circonstances, ce qu’elle n’a pas fait.

4. *What Are the Respondent’s Damages for Breach of Contract A?*

4. *À quel montant de dommages-intérêts l’intimée a-t-elle droit pour l’inexécution du contrat A?*

73

The well-accepted principle is that the respondent should be put in as good a position, financially speaking, as it would have been in had the appellant performed its obligations under the tender contract. The normal measure of damages in the case of a wrongful refusal to contract in the building context is the contract price less the cost to the respondent of executing or completing the work, i.e., the loss of profit: *M.J.B. Enterprises Ltd.*, *supra*, at p. 650; *Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 225-26; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (3rd ed. 1997), at para. 5.890; *McGregor on Damages* (16th ed. 1997), at para. 1154.

Le principe bien établi veut que l’intimée soit placée dans une aussi bonne situation, financièrement parlant, qu’elle l’aurait été si l’appelante s’était acquittée des obligations qui lui incombait en vertu du contrat d’appel d’offres. Le montant des dommages-intérêts qui doit être accordé normalement pour le refus injustifié de conclure un contrat dans le domaine de la construction est le prix indiqué au contrat, moins ce qu’il en aurait coûté à l’intimée pour exécuter ou terminer les travaux, c’est-à-dire la perte de profits: *M.J.B. Enterprises Ltd.*, précité, p. 650; *Twin City Mechanical c. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 225-226; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (3^e éd. 1997), par. 5.890; *McGregor on Damages* (16^e éd. 1997), par. 1154.

74

The appellant accepts these general propositions as correct and, in the event of liability being found against it, does not contest the Court of Appeal’s assessment. It is the respondent who complains in its cross-appeal that this award is too low. Its claim for lost profit was \$1,769,412. This was a figure calculated by the President of the respondent, Mr. Hitchman, based on an average mark-up of 12.4 percent on the contract price plus addendum, grossed up to an average mark-up of 31.2 percent on the entire job because of Mr. Hitchman’s demonstrated capacity to squeeze profit out of contract extras.

L’appelante reconnaît que ces propositions générales sont exactes et, dans l’hypothèse où elle serait tenue responsable, elle ne conteste pas l’évaluation effectuée par la Cour d’appel. C’est l’intimée qui, dans le pourvoi incident, prétend que ce montant est trop bas. Sa réclamation pour perte de profits est de 1 769 412 \$. Le président de l’intimée, M. Hitchman, est arrivé à cette somme en appliquant une marge bénéficiaire moyenne de 12,4 pour 100 du prix du contrat plus l’addenda, majorée à 31,2 pour 100 de la totalité des travaux en raison de la capacité démontrée de M. Hitchman de réaliser des profits grâce aux suppléments contractuels.

75

The trial judge concluded that Mr. Hitchman’s projected profit of \$1,769,412 was overly optimistic, and held the respondent to a more realistic mark-up of 11.2 percent plus minor adjustments, producing a figure of \$730,286. In making what he called a “highly speculative assessment”, he noted that Guild Electric had suffered a significant financial loss on the job.

Le juge de première instance a conclu que M. Hitchman était trop optimiste en calculant des profits de 1 769 412 \$, et il a plutôt appliqué une marge plus réaliste de 11,2 pour 100 et apporté quelques corrections mineures pour arriver au chiffre de 730 286 \$. Effectuant ce qu’il a appelé une [TRADUCTION] « évaluation très conjecturale », il a souligné que Guild Electric avait subi d’importantes pertes financières en exécutant les travaux.

The trial judge recognized that there had been unanticipated site problems including what he referred to as “[t]he disaster on the demolition/wireway”. Guild Electric had allowed almost twice the time as the respondent for the “demolition/wireway” (between 300 and 400 hours), but in fact spent 3,000 hours investigating and altering the existing electrical conduits. The trial judge deducted \$100,000 from the respondent’s claimed loss of profit on this account.

The trial judge concluded that the respondent was better placed than Guild Electric had been to turn a profit on the OTMH job because it was a tightly-managed local Oakville firm with previous hands-on work experience at OTMH, and had a labour rate advantage over its IBEW affiliated rivals.

He further found that the institutional construction market in Ontario went into a steep decline in 1992. “[T]he economic climate in this industry from 1992 to 1995”, he concluded, “was disastrous”. Accordingly, he ruled that the respondent was in no position to mitigate its damages with other work, and had not succeeded in doing so.

The Court of Appeal reduced the \$730,286 by 50 percent because it felt the trial judge had failed to take into account a number of relevant features of the unexpectedly adverse conditions on the job site. It then reduced the resulting figure of \$365,143 by a further 50 percent (i.e., to \$182,500) for the contingency that the OLRB (if asked) might not have allowed the award of the contract to Naylor, or that Naylor might have been required to enter into an unprofitable arrangement with an IBEW subcontractor to carry out the OTMH work.

It is common ground that the Court of Appeal was not entitled to substitute its own view of a proper award unless it could be shown that the trial

Le juge de première instance a reconnu que des problèmes imprévus étaient survenus sur le chantier, notamment ce qu’il a décrit comme [TRADUCTION] « [l]e désastre de la démolition de la goulotte guide-fils ». Guild Electric avait prévu près du double du temps alloué par l’intimée pour cette étape (entre 300 et 400 heures), mais a en fait consacré 3 000 heures à examiner et à modifier les canalisations électriques existantes. Le juge a, pour cette raison, retranché 100 000 \$ de la réclamation de l’intimée pour perte de profits.

Le juge de première instance a conclu que l’intimée était mieux en mesure que Guild Electric de réaliser des profits en exécutant les travaux du projet de l’OTMH, du fait que cette entreprise située à Oakville même était bien gérée, avait déjà œuvré à l’OTMH et possédait un avantage sur ses rivales affiliées à la FIOE en raison du taux de rémunération qu’elle pratiquait.

Le juge a par ailleurs conclu que le marché ontarien de la construction d’établissements institutionnels avait subi une forte baisse en 1992. Selon lui, [TRADUCTION] « cette industrie a connu de 1992 à 1995 un climat économique désastreux ». Il a donc décidé que l’intimée n’était pas en mesure de réduire le montant de ses dommages en exécutant d’autres travaux et qu’elle n’avait pas réussi à le faire.

La Cour d’appel a réduit de moitié la somme de 730 286 \$ parce que, selon elle, le juge de première instance avait omis de prendre en considération certains aspects pertinents des conditions défavorables imprévues qui avaient régné sur le chantier. Elle a ensuite répété l’opération sur la somme de 365 143 \$ ainsi obtenue (la réduisant à 182 500 \$) pour tenir compte du fait que la CRTO (si on lui avait demandé de le faire) n’aurait peut-être pas autorisé l’attribution du contrat à Naylor ou que Naylor n’aurait peut-être pas été tenue de conclure un marché non rentable avec un sous-traitant affilié à la FIOE en vue d’effectuer les travaux de l’OTMH.

Tous reconnaissent que la Cour d’appel ne peut substituer sa propre perception du montant approprié de dommages-intérêts que s’il est possible de

76

77

78

79

80

judge had made an error of principle of law, or misapprehended the evidence (*Lang v. Pollard*, [1957] S.C.R. 858, at p. 862), or it could be shown there was no evidence on which the trial judge could have reached his or her conclusion (*Woelk v. Halvorson*, [1980] 2 S.C.R. 430, at p. 435), or the trial judge failed to consider relevant factors in the assessment of damages, or considered irrelevant factors, or otherwise, in the result, made “a palpably incorrect” or “wholly erroneous” assessment of the damages (*Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, at p. 235; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 810; *Widrig v. Strazer*, [1964] S.C.R. 376, at pp. 388-89; *Woelk, supra*, at pp. 435-37; *Waddams, supra*, at para. 13.420; and H. D. Pitch and R. M. Snyder, *Damages for Breach of Contract* (2nd ed. 1989), at 15§5). Where one or more of these conditions are met, however, the appellate court is obliged to interfere.

démontrer que le juge de première instance a commis une erreur quant au principe de droit applicable ou qu’il a mal compris la preuve (*Lang c. Pollard*, [1957] R.C.S. 858, p. 862), s’il est possible de démontrer qu’aucun élément de preuve ne justifiait la conclusion du juge de première instance (*Woelk c. Halvorson*, [1980] 2 R.C.S. 430, p. 435), si le juge de première instance n’a pas tenu compte de facteurs pertinents pour évaluer les dommages-intérêts ou s’il a pris en considération des facteurs non pertinents, ou encore si, en définitive, son appréciation des dommages-intérêts était « manifestement incorrecte » ou entachée d’une « erreur sérieuse » (*Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, p. 235; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 810; *Widrig c. Strazer*, [1964] R.C.S. 376, p. 388-389; *Woelk*, précité, p. 435-437; *Waddams, op. cit.*, par. 13.420; H. D. Pitch et R. M. Snyder, *Damages for Breach of Contract* (2^e éd. 1989), 15§5. Toutefois, si une seule ou plusieurs de ces conditions sont remplies, la Cour d’appel doit intervenir.

81

I agree with Weiler J.A. that the trial judge failed to relate the unexpectedly severe site problems, which he found as facts to exist, to his rather summary treatment of lost profits. The severity of the site conditions raised highly relevant considerations that were not restricted to the “demolition/wireway”. Guild Electric may not have been a local Oakville firm, but it was a large, successful and experienced electrical contractor which, unlike the respondent, had previously done major jobs of this size. While recognizing the disastrous site conditions, the trial judge preferred to rest his calculation on the respondent’s bidding practices and historical profit levels on other jobs rather than (apart from an imputed loss on the “demolition/wireway”) on the facts of this particular job.

Je suis d’accord avec madame le juge Weiler pour dire que le juge de première instance n’a pas établi un lien entre les problèmes plus graves que prévu qui, selon ce qu’il a constaté, sont survenus sur le chantier et son traitement plutôt sommaire de la perte de profits. Des considérations extrêmement pertinentes, non limitées à la démolition de la goulotte guide-fils, découlaient des conditions difficiles régnant sur le chantier. Guild Electric n’était peut-être pas un entrepreneur local d’Oakville, mais elle était un entrepreneur en électricité important, prospère et expérimenté qui, contrairement à l’intimée, avait déjà exécuté des travaux de cette envergure. Tout en reconnaissant l’existence de conditions désastreuses sur le chantier, le juge de première instance a préféré fonder ses calculs sur les pratiques de l’intimée en matière de soumission et sur les niveaux de profits qu’elle avait réalisés dans le cadre d’autres travaux, plutôt que sur la réalité des travaux ici en cause (exception faite d’une perte théorique relative à la démolition de la goulotte guide-fils).

I propose to deal separately with the two contingencies applied by the Court of Appeal.

(a) Unanticipated Job Site Conditions

The hospital no longer retained “as-built” drawings and immense time was wasted during construction trying to identify the source and purpose of various wiring installations before demolition could proceed. Moreover, as the hospital continued to function during demolition and renovation of various parts, scheduling became a serious constraint, as the appellant’s Mr. Antidormi explained:

A. . . . if we had a renovation in a sensitive area such as the operating rooms or the intensive care facilities, it has to be properly scheduled, given the day to day delicate functions at the Oakville Hospital, which does a lot of eye surgery, there is no vibration allowed, no noise, no fumes. . . .

Guild Electric had estimated a total labour cost of 46,000 hours for the project (working within the budget established by the respondent). It expended 66,000 hours. The trial judge found almost a 50 percent cost overrun (20,000 hours) in labour hours, only about half of which was paid for in “extras” by the owner.

While some of these factors were noted by the trial judge, they were not integrated into his calculation of loss of profit. They ought to have been. The correct principle is stated in *Halsbury’s Laws of England* (4th ed. 1975), vol. 12, at p. 437:

1137. *Possibilities, probabilities and chances*. Whilst issues of fact relating to liability must be decided on the balance of probability, the law of damages is concerned with evaluating, in terms of money, future possibilities and chances. In assessing damages which depend on the court’s view as to what will happen in the future, or would have happened in the future if something had not happened in the past, the court must make an estimate as to what are the chances that a particular thing will happen or would have happened and reflect those chances,

Je traiterai séparément les deux impondérables pris en considération par la Cour d’appel.

a) Conditions imprévues sur le chantier

L’hôpital n’avait plus les plans de l’ouvrage fini et, avant d’entreprendre les travaux de démolition, il a fallu consacrer énormément de temps à déterminer le point d’origine et la fonction de diverses installations de câblage. De plus, comme l’hôpital demeurait ouvert pendant les travaux de démolition et de rénovation de divers secteurs, l’établissement d’un calendrier des travaux est devenu très problématique, comme l’a expliqué M. Antidormi, témoignant pour l’appelante :

[TRADUCTION]

R. . . . si des travaux de rénovation devaient être exécutés dans des secteurs névralgiques comme des salles d’opération ou des salles de soins intensifs, ils devaient être planifiés soigneusement en raison des soins délicats prodigués chaque jour à l’hôpital d’Oakville, où se fait beaucoup de chirurgie oculaire : aucune vibration n’était permise, aucun bruit, aucune émanation . . .

Guild Electric avait prévu consacrer en tout 46 000 heures au projet (en se fondant sur le budget établi par l’intimée). Elle en a consacré 66 000. Le juge de première instance a constaté que le nombre d’heures de travail prévues a été dépassé de presque 50 pour 100 (20 000 heures), dont environ la moitié seulement a été payée par le propriétaire à titre de « suppléments ».

Bien que le juge de première instance ait relevé certains de ces facteurs, il ne les a pas intégrés dans son calcul de la perte de profits. Il aurait dû le faire. Le principe applicable est énoncé dans *Halsbury’s Laws of England* (4^e éd. 1975), vol. 12, p. 437 :

[TRADUCTION] 1137. *Possibilités, probabilités et éventualités*. Bien que les questions de fait en matière de responsabilité doivent être tranchées selon la prépondérance des probabilités, le droit applicable aux dommages-intérêts vise à donner une valeur pécuniaire à des possibilités et à des éventualités futures. Lorsqu’il évalue des dommages-intérêts en fonction de sa perception de ce qui se produira ultérieurement ou de ce qui se serait produit si quelque chose n’était pas arrivé dans le passé, le tribunal doit évaluer les possibilités qu’un évé-

82

83

84

85

whether they are more or less than even, in the amount of damages which it awards.

nement particulier survienne ou soit survenu et tenir compte de ces possibilités, même si elles sont plus ou moins égales, pour établir le montant de dommages-intérêts qui sera accordé.

86 The site conditions and related performance problems persuaded Weiler J.A. to reduce the loss of profit to \$365,143 and, given the necessarily speculative nature of the exercise, we have been given no reason to interfere on this point.

Les conditions sur le chantier et les problèmes d'exécution des travaux qui en ont découlé ont convaincu madame le juge Weiler de réduire la perte de profits à 365 143 \$ et, compte tenu de la nature nécessairement conjecturale de cette évaluation, on ne nous a donné aucun motif d'intervenir sur ce point.

(b) IBEW-Related Difficulties

b) Les difficultés liées à la FIOE

87 Weiler J.A., having ruled that the appellant erred in refusing to contract with the respondent because the OLRB might have sanctioned a subcontract with the respondent, then reduced the respondent's damages to \$182,500 on the basis that the OLRB might *not* have done so. In that event, the respondent might have had to do some sort of deal with an IBEW subcontractor, which would have further squeezed the respondent's profit, she concluded.

Après avoir décidé que l'appelante avait eu tort de refuser de conclure un contrat de sous-traitance avec l'intimée de crainte que la CRTO condamne l'opération, madame le juge Weiler a réduit à 182 500 \$ les dommages-intérêts accordés à l'intimée pour le motif que la CRTO aurait pu *ne pas* condamner cette opération. Selon elle, l'intimée aurait peut-être alors dû conclure un marché quelconque avec un sous-traitant affilié à la FIOE, ce qui aurait eu pour effet de réduire encore davantage ses profits.

88 I think this line of reasoning carries the "speculative" exercise too far. As the appellant points out, "[t]he options posited by the Court of Appeal were contrary to what the parties had accepted as common ground (i.e., that the O.L.R.B. decision meant Ellis-Don could not sub-contract with Naylor)" (factum, at para. 64). Section 161(4) of the *Labour Relations Act, 1995* (formerly s. 147(4)) provides that a collective agreement is binding on the parties when the union obtains bargaining rights and the Act does not provide for any exemptions from that result. As to a potential business arrangement between the respondent and another electrical subcontractor, the respondent itself wrote to the appellant on May 11, 1992 stating that it would be "impossible" for it to consider aligning itself with an IBEW affiliate. I agree with the appellant that there was no basis to expect any indulgence from the OLRB or the IBEW.

Je crois que ce raisonnement pousse trop loin la « conjecture ». Comme l'appelante le fait remarquer, [TRADUCTION] « [l]es options énoncées par la Cour d'appel allaient à l'encontre de ce qui avait été reconnu par les deux parties (à savoir que la décision de la C.R.T.O. signifiait que Ellis-Don ne pouvait pas conclure un contrat de sous-traitance avec Naylor) » (mémoire, par. 64). Le paragraphe 161(4) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* (auparavant le par. 147(4)) prévoit qu'une convention collective lie les parties lorsque le syndicat obtient le droit de négocier, et la Loi ne prévoit aucune exception à cet égard. Au sujet de la possibilité de conclure une entente commerciale avec un autre sous-traitant en électricité, l'intimée a elle-même écrit à l'appelante, le 11 mai 1992, qu'il lui serait « impossible » d'envisager une association avec une entreprise affiliée à la FIOE. Je conviens avec l'appelante que rien ne justifiait de compter sur l'indulgence de la CRTO ou de la FIOE.

However, on the somewhat different view I take of this case, it was not necessary to establish liability for the respondent to show that the OLRB might have been persuaded to grant the appellant an indulgence. The unreasonableness of the appellant's objection relates to its own prior conduct and representations, not to speculation about the help the OLRB might have offered had the appellant sought its assistance to award Contract B to the respondent. The fact the OLRB might have been of no help at all is equally irrelevant.

The award of the subcontract to the respondent would have created severe legal problems for the appellant, but the issue at this point is what impact, if any, those problems would have had on the profitability of the subcontract from the respondent's perspective. If the appellant wished to demonstrate that the respondent could never have turned a profit on a job site already promised to IBEW members (and that the hoped-for Contract B would thus have been a sure loser), or that the respondent's profit would have been reduced by labour disruption, or some other such theory, there ought to have been evidence in that regard. On the contrary, the appellant's witnesses did not suggest that labour problems awaited the respondent on the job site, and the respondent filed a convenient letter dated May 5, 1992 from its lawyers expressing optimism on this point:

If the I.B.E.W. pickets the construction project causing either a work slow down or stoppage of work by the various trades visiting the site, the general contractor can apply to the Ontario Labour Relations Board for a cease and desist order. The I.B.E.W. has signed a collective agreement with the Contractors Association thereby rendering any strike activity on their part illegal during the currency of that agreement. If the I.B.E.W. engages in picketing or other activity which causes an illegal strike by another trade, their picketing activity can be enjoined by the Ontario Labour Relations Board. It usually takes anywhere between 48 and 72 hours to proceed to a hearing before the Ontario Labour Relations Board and obtain a cease and desist order.

Toutefois, selon la perception quelque peu différente que j'ai de la présente affaire, j'estime qu'il n'était pas nécessaire, pour établir la responsabilité, que l'intimée démontre que la CRTO aurait pu se laisser convaincre de faire preuve d'indulgence envers l'appelante. Le caractère déraisonnable de l'objection de l'appelante découle de ses propres conduites et déclarations antérieures, et non pas de conjectures au sujet de l'assistance que la CRTO aurait pu prêter si l'appelante lui avait demandé de l'aider à accorder le contrat B à l'intimée. Le fait que la CRTO n'ait pu être d'aucun secours n'est pas plus pertinent.

L'attribution du contrat de sous-traitance à l'intimée aurait causé de graves problèmes juridiques à l'appelante, mais la question qui se pose, à ce stade, est de savoir quel effet, s'il en est, ces problèmes auraient eu sur la rentabilité du sous-contrat en ce qui concerne l'intimée. Si l'appelante avait voulu démontrer que l'intimée n'aurait jamais pu réaliser de profits sur un chantier déjà promis à des membres de la FIOE (et que le contrat B escompté lui aurait sûrement occasionné des pertes), que des interruptions de travail ou d'autres incidents du genre auraient réduit ses profits, elle aurait dû présenter des éléments de preuve en ce sens. Or, les témoins de l'appelante n'ont jamais laissé entendre que l'intimée aurait des problèmes ouvriers sur le chantier, et cette dernière a, à point nommé, déposé une lettre en date du 5 mai 1992 dans laquelle ses avocats se disaient optimistes à ce sujet :

[TRADUCTION] Si la F.I.O.E. dresse une ligne de piquetage causant un ralentissement ou un arrêt du travail des divers corps de métier oeuvrant sur le chantier, l'entrepreneur général pourra demander à la Commission des relations de travail de l'Ontario de rendre une ordonnance de ne pas faire. La F.I.O.E. a signé une convention collective avec l'Association des entrepreneurs; il serait donc illégal pour elle de faire grève pendant la durée de la convention. Si la F.I.O.E. fait du piquetage ou se livre à une autre activité entraînant une grève illégale de la part d'un autre corps de métier, la Commission des relations de travail de l'Ontario pourra lui interdire de faire du piquetage. Habituellement, une audition devant la Commission des relations de travail de l'Ontario et une ordonnance de ne pas faire peuvent être obtenues dans les 48 à 72 heures.

89

90

91 It seems to me the evidence did not justify the Court of Appeal's reduction of the respondent's loss of profit to \$182,500 for labour relations contingencies. The cross-appeal, to that extent, should be allowed, and the damage award increased to \$365,143.

5. *In the Alternative, Is the Respondent Entitled to Recover on the Basis of Unjust Enrichment?*

92 In light of the conclusion that the respondent is entitled to recover damages for breach of contract, there is no need to examine the alternative ground of unjust enrichment relied upon by the trial judge.

IV. Disposition

93 I would dismiss the appeal with costs to the respondent, and allow the cross-appeal with costs. Judgment will be entered for the respondent in the sum of \$365,143 plus pre-judgment interest and costs.

Appeal dismissed with costs and cross-appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Lerner & Associates, London, Ontario.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Thomson, Rogers, Toronto.

Il me semble que la preuve ne permettait pas à la Cour d'appel de réduire à 182 500 \$ la perte de profits de l'intimée due à des impondérables liés aux relations de travail. Le pourvoi incident doit donc être accueilli dans cette mesure et les dommages-intérêts doivent être portés à 365 143 \$.

5. *Subsidiairement, l'intimée a-t-elle droit à une indemnité fondée sur l'enrichissement sans cause?*

Vu ma conclusion que l'intimée a droit à des dommages-intérêts pour inexécution de contrat, il n'est pas nécessaire d'examiner le moyen subsidiaire de l'enrichissement sans cause retenu par le juge de première instance.

IV. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de l'intimée et d'accueillir le pourvoi incident avec dépens. L'intimée aura droit à la somme de 365 143 \$ plus les intérêts avant jugement et les dépens.

Pourvoi principal rejeté avec dépens et pourvoi incident accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Lerner & Associates, London, Ontario.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Thomson, Rogers, Toronto.