

Design Services Limited, G.J. Cahill & Company Limited, Pyramid Construction Limited, PHB Group Inc., Canadian Process Services Inc. and Metal World Incorporated Inc. *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: DESIGN SERVICES LTD. v. CANADA

Neutral citation: 2008 SCC 22.

File No.: 31618.

2007: November 9; 2008: May 8.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Torts — Negligence — Duty of care — Tendering process — Recovery for pure economic loss — Owner awarding construction contract to non-compliant bidder following “design-build” tendering process — Subcontractors to contractor which should have been awarded contract suing owner in tort for economic loss suffered — Whether owner owed duty of care to subcontractors — Whether claim fits within recognized duty of care category — Whether new duty of care between owner and subcontractors should be recognized.

Public Works (PW) launched a “design-build” tendering process for the construction of a building. The tendering documents indicated that proponents could bid on the contract alone or in conjunction with other entities as a joint venture. PW awarded the contract to a non-compliant bidder. O, the contractor which should have been awarded the contract, and the subcontractors associated with it, sued. No partnership or joint venture had been entered into between O and the subcontractors. O settled with PW, but the subcontractors continued with the litigation. The trial judge found that PW owed a duty in tort, but not in contract, to the

Design Services Limited, G.J. Cahill & Company Limited, Pyramid Construction Limited, PHB Group Inc., Canadian Process Services Inc. et Metal World Incorporated Inc. *Appelantes*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : DESIGN SERVICES LTD. c. CANADA

Référence neutre : 2008 CSC 22.

N° du greffe : 31618.

2007 : 9 novembre; 2008 : 8 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Appel d'offres — Indemnisation d'une perte purement financière — Adjudication par le propriétaire d'un contrat de construction à un soumissionnaire dont la soumission n'est pas conforme, selon un appel d'offres dit « conception-construction » — Recours en responsabilité délictuelle pour pertes financières subies intenté contre le propriétaire par les sous-traitants de l'entrepreneur qui aurait dû obtenir le contrat — Le propriétaire a-t-il une obligation de diligence envers les sous-traitants? — La demande d'indemnisation relève-t-elle d'une catégorie reconnue d'obligation de diligence? — Y a-t-il lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence entre propriétaire et sous-traitants?

Travaux publics (TP) a lancé un appel d'offres dit « conception-construction » pour la construction d'un bâtiment. Selon les documents d'appel d'offres, les proposants pouvaient soumissionner pour le contrat seuls ou en collaboration avec d'autres entités par le biais d'une coentreprise. TP a adjugé le contrat à un soumissionnaire qui a présenté une soumission non conforme. O, l'entrepreneur qui aurait dû obtenir le contrat et ses sous-traitants ont engagé des poursuites. O et ses sous-traitants ne formaient pas un partenariat ni une coentreprise. O est parvenue à un règlement avec TP, mais ses sous-traitants ont maintenu l'action. Le juge

subcontractors. The Court of Appeal set aside the decision, concluding that a new duty of care should not be recognized in these circumstances.

Held: The appeal should be dismissed.

The subcontractors' claims do not fall within a pre-existing category in respect of which a duty of care has been recognized. Since the subcontractors' damages were solely financial in nature, they qualify as pure economic losses. Of the five pre-existing categories of pure economic loss, relational economic loss is the only one within which the subcontractors' claims could possibly fall. Relational economic loss occurs in situations where the defendant negligently causes personal injury or property damage to a third party and the plaintiff suffers pure economic loss by virtue of some relationship, usually contractual, it enjoys with the injured third party or the damaged property. Since O's property was not damaged here, the subcontractors do not fit within this category. Absent damage to O's property, even a finding of joint venture or situation analogous to a joint venture between O and the subcontractors would not bring them within the relational economic loss category. [30-31] [33-34] [42] [44]

The recognition of a new duty of care between an owner and subcontractors in the context of a tendering process is not justified. While there are certainly factors that indicate a close relationship between PW and the subcontractors, at the first stage of the *Anns* test a court must also examine whether there are any policy considerations specific to the parties such that tort liability should not be recognized. Here, the fact that the subcontractors had the opportunity to form a joint venture, and thereby be parties to the "Contract A" made between PW and O, which would have entitled them to claim in contract, is an overriding policy reason that tort liability should not be recognized in these circumstances. The obligations the subcontractors seek to enforce through tort exist only because of "Contract A". Allowing them to sidestep the circumstances they participated in creating and make a claim in tort would be to ignore and circumvent the contractual rights and obligations that were, and were not, intended by PW, O and the subcontractors. To conclude that an action in tort is appropriate when commercial parties have deliberately arranged their affairs in contract would be to allow for an unjustifiable encroachment of tort law

de première instance a estimé que TP avait engagé sa responsabilité délictuelle, mais non sa responsabilité contractuelle, envers les sous-traitants. La Cour d'appel a annulé la décision, concluant que les circonstances ne pouvaient donner lieu à la reconnaissance d'une nouvelle obligation de diligence.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les demandes d'indemnisation des sous-traitants ne relèvent pas d'une catégorie préexistante dans laquelle une obligation de diligence a été reconnue. Comme le préjudice subi par les sous-traitants est d'ordre uniquement financier, il s'agit de pertes purement financières. Des cinq catégories qui existent déjà à l'égard de pertes purement financières, celle de la perte financière relationnelle est la seule dont pourraient relever les demandes d'indemnisation des sous-traitants. La perte financière relationnelle se produit dans des situations où le défendeur cause par sa négligence un préjudice corporel ou matériel à un tiers et le demandeur subit des pertes purement financières en raison d'un lien, normalement contractuel, qu'il a avec le tiers lésé ou le bien endommagé. Comme O n'a subi aucun dommage matériel en l'espèce, le recours des sous-traitants n'entre pas dans cette catégorie. En l'absence d'un dommage causé à un bien d'O, même le fait de conclure qu'il s'agit d'une coentreprise ou d'une situation analogue à une coentreprise entre O et les sous-traitants ne suffit pas pour que ceux-ci puissent se réclamer de la catégorie de la perte financière relationnelle. [30-31] [33-34] [42] [44]

La reconnaissance d'une nouvelle obligation de diligence entre propriétaire et sous-traitants dans le contexte d'un appel d'offres n'est pas justifiée. Même si certains facteurs témoignent indéniablement de l'existence d'un lien étroit entre TP et les sous-traitants, le tribunal doit également examiner, à la première étape du critère de l'arrêt *Anns*, si des considérations de politique générale s'attachant spécifiquement aux parties empêchent la reconnaissance de la responsabilité délictuelle. En l'espèce, le fait que les sous-traitants aient eu la possibilité de former une coentreprise et d'être ainsi parties au « contrat A » entre TP et O, qui leur aurait donné le droit de demander une indemnisation, est une raison de principe prédominante qui empêche la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle dans les circonstances. Les obligations dont les sous-traitants demandent l'application par le biais de la responsabilité délictuelle n'existent qu'à cause du « contrat A ». Leur permettre de faire fi des circonstances qu'ils ont contribué à créer et d'intenter un recours délictuel serait ignorer et contourner les droits et obligations contractuels que TP, O et eux-mêmes entendaient, et n'entendaient pas, créer. Conclure qu'une action en responsabilité

into the realm of contract. Even if a *prima facie* duty of care had been found at the first stage of the *Anns* test, it would have been negated at the second stage because of indeterminate liability concerns. [3] [53] [56-57] [66]

Cases Cited

Referred to: *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69; *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 S.C.R. 643, 2006 SCC 18; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *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; *D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227; *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265; *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931).

Authors Cited

Beatson, J. *Anson's Law of Contract*, 28th ed. New York: Oxford University Press, 2002.

Feldthusen, Bruce. "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356.

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2002.

Hepburn, Samantha J. *Principles of Property Law*, 2nd ed. Sydney, N.S.W.: Cavendish Publishing (Australia), 2001.

Klar, Lewis N. *Tort Law*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2003.

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Sexton and Malone J.J.A.)

délictuelle est le recours approprié lorsque des parties commerciales ont volontairement organisé leurs affaires par contrat reviendrait à permettre un empiétement injustifié du droit de la responsabilité délictuelle sur le droit des contrats. Même si l'on avait conclu à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* à la première étape de l'arrêt *Anns*, cette obligation aurait été écartée à la seconde étape en raison des préoccupations soulevées par le problème de la responsabilité indéterminée. [3] [53] [56-57] [66]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69; *Childs c. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643, 2006 CSC 18; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *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; *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge « Willemstad »* (1976), 11 A.L.R. 227; *Morrison Steamship Co. c. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265; *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931).

Doctrine citée

Beatson, J. *Anson's Law of Contract*, 28th ed. New York : Oxford University Press, 2002.

Feldthusen, Bruce. « Economic Loss in the Supreme Court of Canada : Yesterday and Tomorrow » (1990-1991), 17 *Rev. can. dr. comm.* 356.

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, 2nd ed. Toronto : Carswell, 2002.

Hepburn, Samantha J. *Principles of Property Law*, 2nd ed. Sydney, N.S.W. : Cavendish Publishing (Australia), 2001.

Klar, Lewis N. *Tort Law*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2003.

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2006.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Sexton et Malone)

(2006), 272 D.L.R. (4th) 361, 352 N.R. 157, 42 C.C.L.T. (3d) 1, 58 C.L.R. (3d) 153, [2006] F.C.J. No. 1141 (QL), 2006 CarswellNat 2566, 2006 FCA 260, reversing a decision of Mosley J. (2005), 275 F.T.R. 183, 46 C.L.R. (3d) 171, [2005] F.C.J. No. 1108 (QL), 2005 CarswellNat 1807, 2005 FC 890. Appeal dismissed.

Geoffrey E. J. Brown, Q.C., and Gerry R. Fleming, for the appellants.

Christopher Rupar, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] The issue in this appeal is whether an owner in a tendering process owes a duty of care in tort to subcontractors. The owner awarded a construction contract to a non-compliant bidder. The appellants were subcontractors to the contractor which should have been awarded the contract. The appellants do not have privity of contract with the owner and therefore, being unable to establish a claim for breach of contract, have asserted a claim in tort for the economic loss they have suffered.

[2] There are two ways that such a claim can succeed. Either (1) the claim fits within a recognized duty of care category, or (2) a new duty of care is recognized.

[3] The claim in this appeal does not fall within a recognized category of duty of care, and the recognition of a new duty between an owner and subcontractors is not justified. Therefore, I would dismiss the appeal.

II. Facts

[4] Public Works and Government Services Canada (“PW”) launched a tendering process in

(2006), 272 D.L.R. (4th) 361, 352 N.R. 157, 42 C.C.L.T. (3d) 1, 58 C.L.R. (3d) 153, [2006] A.C.F. n° 1141 (QL), 2006 CarswellNat 3357, 2006 CAF 260, qui a infirmé une décision du juge Mosley (2005), 275 F.T.R. 183, 46 C.L.R. (3d) 171, [2005] A.C.F. n° 1108 (QL), 2005 CarswellNat 1807, 2005 CF 890. Pourvoi rejeté.

Geoffrey E. J. Brown, c.r., et Gerry R. Fleming, pour les appelantes.

Christopher Rupar, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] La Cour doit déterminer si, en vertu du droit de la responsabilité délictuelle, le propriétaire qui lance un appel d’offres a une obligation de diligence envers les sous-traitants. Le propriétaire a adjudgé un contrat de construction à un soumissionnaire dont la soumission n’était pas conforme. Les appelantes étaient les sous-traitants de l’entrepreneur qui aurait dû obtenir le contrat. N’ayant pas de lien contractuel avec le propriétaire, elles n’ont pu invoquer la rupture du contrat et ont donc intenté un recours en responsabilité délictuelle pour les pertes financières qu’elles ont subies.

[2] Ce genre de recours peut être accueilli dans deux cas. Soit (1) il relève d’une catégorie reconnue d’obligation de diligence, soit (2) une nouvelle obligation de diligence est reconnue.

[3] Le recours en cause dans le présent pourvoi ne relève pas d’une catégorie reconnue d’obligation de diligence, et la reconnaissance d’une nouvelle obligation entre propriétaire et sous-traitants n’est pas justifiée. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

[4] En mai 1998, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (« TP ») a lancé un appel

May 1998 for the construction of a naval reserve building in St. John's, Newfoundland, to be named HMCS Cabot.

[5] PW decided to use what is called a “design-build” tendering process. The key difference between a traditional tendering process and a design-build project is that in the latter, the bid proponent is responsible for both the design and the construction of the project. It is the proponent that must bring together the design and construction professionals in a collaborative effort to complete the bid. This type of tendering process is advantageous for the owner since instead of having an architect, a general contractor and other consultants, an owner will only deal with one entity usually called the design-builder. This single point of contact allows the owner to funnel all its concerns (e.g. design revisions, project feedback, budgeting, permits, construction issues) through the design-builder. Also, as described by Mr. Carl Mallam, the president of Olympic Construction Ltd. (“Olympic”), the proponent/general contractor to which the appellants would have been subcontractors, a design-build project offers other advantages to the owner: “it usually took less time to complete and posed less risk that the project would go over budget as the bids offered a ‘package’ deal and lump sum price covering everything from the design to final inspection and ‘turnkey’ operation” (trial reasons (2005), 275 F.T.R. 183, 2005 FC 890, at para. 45).

[6] This was a two-stage tendering process. First, under a Request for Statement of Qualifications (“SOQ”), the bid proponents were asked to provide evidence of the capabilities, qualifications and experience of key individuals within their proposed design-build teams. From this information, PW would select proponents to continue to the next stage of the process known as the Request for Proposal (“RFP”). Once the proposals were submitted, PW would evaluate them and award the contract to the winning proponent.

d’offres pour la construction d’un bâtiment de la Réserve navale, du nom de NCSM Cabot, à St. John’s (Terre-Neuve).

[5] TP a décidé de recourir à un appel d’offres dit « conception-construction ». La principale différence entre le modèle d’appel d’offres traditionnel et un projet « conception-construction » est que, dans ce dernier cas, la conception et la construction du projet incombent toutes deux à l’auteur de l’offre. C’est le proposant qui doit réunir les professionnels de la conception et de la construction appelés à collaborer à la réalisation de la proposition. Ce modèle d’appel d’offres est avantageux pour le propriétaire, car il ne traitera qu’avec une seule entité, généralement appelée le concepteur-constructeur, plutôt qu’avec l’architecte, l’entrepreneur général et les autres experts-conseils. Ce point de contact unique permet au propriétaire d’adresser toutes ses questions (par exemple les révisions de la conception, la rétroaction sur le projet, l’établissement du budget, les permis, les questions relatives à la construction) au concepteur-constructeur. Par ailleurs, comme l’a indiqué M. Carl Mallam, président d’Olympic Construction Ltd. (« Olympic »), proposant/entrepreneur général pour qui les appelantes auraient agi comme sous-traitants, le propriétaire tire d’autres avantages de la conception-construction : « la réalisation du projet est habituellement moins longue et il y a moins de risques d’excéder le budget, car les soumissions constituent une “offre globale” et offrent un prix forfaitaire qui couvre tout, de la conception jusqu’à l’inspection finale et à l’opération clé en main » (motifs du jugement de première instance, [2005] A.C.F. n° 1108 (QL), 2005 CF 890, par. 45).

[6] L’appel d’offres comportait deux étapes. Premièrement, selon la demande d’énoncés de compétences (« DEC »), les proposants étaient appelés à fournir des preuves des compétences, qualités et expériences des personnes clés de l’équipe de conception-construction qu’ils proposaient. À partir de ces renseignements, TP devait choisir les proposants invités à passer à l’étape suivante, soit la demande de proposition (la « DP »). Une fois les propositions reçues, TP devait les évaluer et adjuger le contrat au proposant retenu.

[7] The tendering documents supplied by PW at the SOQ stage indicated that proponents could bid on the contract alone or in conjunction with other entities as a joint venture. In the present case, the joint venture option was not pursued. No partnership or joint venture was entered into between Olympic and the appellants.

[8] Olympic submitted its reply to the SOQ on June 24, 1998. Olympic's SOQ documents identified the appellants as part of Olympic's design-build team, with the exception of the mechanical subcontractor, Canadian Process Services Inc.

[9] Four proponents were chosen to proceed to the RFP stage, among them Olympic and Westeinde Construction Ltd.

[10] Olympic submitted its reply to the RFP on August 12, 1998. The bid indicated that Olympic was the sole proponent. Olympic also posted the bond and the evidence of financial capability.

[11] PW awarded the contract to the non-compliant bidder, Westeinde. As a result, Olympic and the appellants commenced litigation against PW. On November 17, 2004, Olympic reached a settlement with PW and discontinued its action. The appellants continued with the litigation.

[12] For the purpose of the present litigation, the Court is to assume that the contract was awarded to a non-compliant bidder and that the contract should have been awarded to Olympic. PW reserves the right to argue otherwise at a later date without prejudice.

III. Judgments Below

A. *Federal Court of Canada* (2005), 275 F.T.R. 183, 2005 FC 890

[13] The trial judge, Mosley J., determined that PW owed a duty in tort, but not in contract, to the

[7] Selon les documents d'appel d'offres que TP a fournis à l'étape de la DEC, les proposants pouvaient soumissionner pour le contrat seuls ou en collaboration avec d'autres entités par le biais d'une coentreprise. L'option de la coentreprise n'a pas été retenue par les proposants en l'espèce. Olympic et les appelantes ne formaient pas un partenariat ni une coentreprise.

[8] Olympic a répondu à la DEC le 24 juin 1998. Les documents fournis par Olympic en réponse à la DEC indiquaient que les appelantes faisaient partie de son équipe de conception-construction, à l'exception de Canadian Process Services Inc., sous-traitant en mécanique.

[9] Quatre proposants, dont Olympic et Westeinde Construction Ltd., ont été retenus pour l'étape de la DP.

[10] Olympic a présenté sa réponse à la DP le 12 août 1998. La soumission indiquait qu'Olympic était l'unique proposant. Celle-ci a également versé le cautionnement et fourni une preuve de capacité financière.

[11] TP a adjugé le contrat au soumissionnaire qui a présenté une soumission non conforme, Westeinde. Olympic et les appelantes ont alors intenté une action contre TP. Le 17 novembre 2004, Olympic est parvenue à un règlement avec TP et s'est désistée de son action. Les appelantes ont maintenu l'action.

[12] Pour les besoins de la présente instance, la Cour tient pour acquis que le contrat a été attribué à un soumissionnaire ayant déposé une soumission non conforme et que c'est Olympic qui aurait dû obtenir le contrat. TP se réserve le droit de prétendre ultérieurement le contraire sans atteinte à ses droits.

III. Les jugements des instances inférieures

A. *Cour fédérale du Canada*, [2005] A.C.F. n° 1108 (QL), 2005 CF 890

[13] En première instance, le juge Mosley a estimé que TP avait engagé sa responsabilité délictuelle,

appellants. He held that there was no contractual privity between the appellants and PW. The trial judge's contractual findings were upheld by the Court of Appeal and are not challenged in this Court.

[14] Turning to tort, Mosley J. stated that it was clear that the recognition of liability in tort by owners to subcontractors in the tendering process is, as yet, an undeveloped area of the law, and there is little support for the appellants' position in the jurisprudence. Accordingly, the question was whether a new duty of care ought to be recognized.

[15] Mosley J. accepted the appellants' argument that it was reasonably foreseeable in the circumstances of this case that PW's issuing the contract to a non-compliant bidder would result in financial losses to the appellants. With respect to proximity, Mosley J. stated that notwithstanding his finding that Olympic and its team members did not enter into a formal joint venture, the process adopted by Olympic and the appellants in this case was analogous to a joint venture. Therefore, he found that "[PW's] requirements in the pre-qualification and tendering process created a relationship between [PW] and the [appellants] that meets the proximity standard" (para. 115).

[16] Mosley J. did not accept PW's contention that liability would be indeterminate, because of the "unique" design-build approach adopted by PW in the tendering process. In his view, the class of appellants and the scope of the liability were readily ascertainable.

[17] Mosley J. added the following:

I conclude, therefore, that this is a case that cries out for a remedy. By reason of its close management of the participation of the plaintiffs in the tendering process, the defendant owed the plaintiffs a duty of care in tort not to award the contract to a non-compliant bidder.

mais non sa responsabilité contractuelle, envers les appelantes. Il a conclu à l'absence de lien contractuel entre les appelantes et TP. Les conclusions du juge de première instance en matière contractuelle, confirmées par la Cour d'appel, ne sont pas contestées devant la Cour.

[14] Abordant la question de la responsabilité délictuelle, le juge Mosley a affirmé que la reconnaissance de la responsabilité civile délictuelle des propriétaires envers les sous-traitants dans l'appel d'offres constituait manifestement une zone encore non explorée du droit et que la jurisprudence n'était guère la thèse des appelantes. Se posait donc la question de l'opportunité de reconnaître une nouvelle obligation de diligence.

[15] Le juge Mosley a accepté l'argument des appelantes selon lequel il était raisonnablement prévisible dans les circonstances de l'espèce que la décision de TP d'accorder le contrat à un soumissionnaire dont la soumission n'était pas conforme cause un préjudice financier aux appelantes. Quant au rapport de proximité, il a indiqué que malgré sa conclusion qu'Olympic et les membres de son équipe n'étaient pas officiellement constitués en coentreprise, le processus adopté par Olympic et les appelantes en l'espèce était analogue à une coentreprise. C'est pourquoi il a conclu que « les exigences de [TP] dans le processus de préqualification et d'appel d'offres ont créé, entre [TP] et les [appellantes], un lien qui satisfait à la norme de la proximité » (par. 115).

[16] Le juge Mosley a rejeté l'argument de TP que la responsabilité serait indéterminée en raison du caractère « unique » de l'approche conception-construction adoptée par TP dans l'appel d'offres. À son avis, on pouvait facilement définir la catégorie dont faisaient partie les appelantes ainsi que l'étendue de la responsabilité.

[17] Le juge Mosley a poursuivi en ces termes :

Par conséquent, je conclus qu'il y a lieu d'accorder réparation en l'espèce. En raison de sa gestion étroite de la participation des demandesses dans le processus d'appel d'offres, le défendeur avait envers les demandesses, en vertu du droit de la responsabilité délictuelle,

Providing a remedy does not raise the risk of indeterminate liability because of the particular facts of this case. [para. 119]

B. *Federal Court of Appeal* (2006), 272 D.L.R. (4th) 361, 2006 FCA 260

[18] Sexton J.A., for the court, noted that the trial judge had made errors of mixed fact and law. Therefore, he could only interfere if those errors were palpable and overriding.

[19] Sexton J.A. stated that the trial judge had made a palpable and overriding error in concluding that PW had intended to create a form of “partnership” between itself and the successful design-build team. In Sexton J.A.’s view, the “partnering” session called for by the RFP “had nothing to do with [PW] partnering with design-build team members and everything to do with the efficient completion of the project” (para. 53). Sexton J.A. noted that there was a two-tier relationship: the first between PW and Olympic; the second between Olympic and the appellants. There was no direct relationship between the appellants and PW. Sexton J.A. accordingly concluded that the situation was not analogous to that of a joint venture.

[20] Turning to whether a new duty of care should be recognized in these circumstances, Sexton J.A. stated that several considerations went against a finding of proximity necessary to substantiate a new duty of care. First, given the two-tier relationship between the appellants and PW, the facts did not support a finding of proximity between the parties. Second, policy considerations negated imposing a duty of care, as the appellants were in an excellent position to protect themselves by forming a joint venture with Olympic or by submitting bids to other proponents. Accordingly, Sexton J.A. concluded that the relationship between PW and the appellants was not such as to justify a finding of a *prima facie* duty of care on PW.

l’obligation de ne pas accorder le contrat à un soumissionnaire non conforme. L’octroi d’une réparation n’entraîne pas le risque de la responsabilité indéterminée en raison des faits particuliers de l’espèce. [par. 119]

B. *Cour d’appel fédérale*, [2006] A.C.F. n° 1141 (QL), 2006 CAF 260

[18] Le juge Sexton a fait remarquer, au nom de la cour, que le juge de première instance avait commis des erreurs mixtes de fait et de droit. Il ne pouvait donc intervenir que si ces erreurs étaient manifestes et dominantes.

[19] Le juge Sexton a estimé que le juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante en concluant que TP avait eu l’intention de créer une forme de « partenariat » entre lui et l’équipe de conception-construction gagnante. À son avis, les séances de « partenariat » prévues par la DP « n’avaient rien d’un partenariat entre [TP] et les membres de l’équipe de conception-construction; elles ne visaient qu’à vérifier si le projet [était] mené à bien » (par. 53). Selon le juge Sexton, il y avait deux niveaux de rapports : le premier, entre TP et Olympic, et le second, entre Olympic et les appelantes. Il n’y avait aucun rapport direct entre les appelantes et TP. Le juge Sexton a donc conclu que la situation n’était pas analogue à une coentreprise.

[20] Quant à la question de savoir si les circonstances pouvaient donner lieu à la reconnaissance d’une nouvelle obligation de diligence, le juge Sexton a indiqué que plusieurs facteurs empêchaient de conclure à la proximité requise pour justifier une nouvelle obligation de diligence. Premièrement, compte tenu de l’existence d’un niveau intermédiaire entre les appelantes et TP, les faits ne permettaient pas de conclure à l’existence d’un rapport de proximité entre les parties. Deuxièmement, des considérations de politique générale empêchaient l’imposition d’une obligation de diligence puisque les appelantes étaient très bien placées pour se protéger, soit en se constituant en coentreprise avec Olympic, soit en faisant des offres à d’autres proposants. Le juge Sexton a donc décidé que les rapports entre TP et les appelantes n’étaient pas suffisamment étroits pour permettre de conclure que TP était tenu à une obligation de diligence *prima facie*.

[21] The Court of Appeal also held that the trial judge had made a palpable and overriding error by overestimating the alleged “uniqueness” of this tendering process.

IV. Analysis

A. *The Framework for Determining Duty of Care*

[22] It is agreed between the parties that Canadian jurisprudence has as yet not recognized a duty of care between an owner and subcontractors. The issue is whether it should.

[23] In *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60, at para. 108, this Court left the door open to a duty of care arising between subcontractors and an owner:

Finally, we note that Desjardins J.A. relied on two cases to support the view that a duty to treat all bidders fairly and equally has been recognized in the context of tort claims. However, we note that both cases have subsequently been reversed by appellate courts: *Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), rev'd (1999), 43 C.L.R. (2d) 275 (Ont. C.A.); *Ken Toby Ltd. v. British Columbia Buildings Corp.* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 263 (S.C.), rev'd (1999), 62 B.C.L.R. (3d) 308 (C.A.). In addition, reliance in tort was necessary because both cases involved situations where a subcontractor sought redress against the tender calling authority who had received bids from the general contractor. Since there was no privity of contract between the subcontractor and the owner, liability could only be founded in tort. In both cases, the appellate courts refrained from deciding whether or not a duty of care was owed in such situations, and preferred to limit their decisions to the fact that a breach could not be established. We believe that the issue of whether a duty of care can arise between a subcontractor and an owner must be left to a case in which it arises. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

This is such a case.

[24] The general principles applicable when determining whether a duty of care exists have

[21] La Cour d'appel a également conclu que le juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante en surestimant le caractère censé « unique » de l'appel d'offres en cause.

IV. Analyse

A. *Le cadre permettant de déterminer l'existence d'une obligation de diligence*

[22] Les parties s'entendent pour dire que la jurisprudence canadienne ne reconnaît pas à ce jour l'existence d'une obligation de diligence entre propriétaire et sous-traitants. Le litige porte sur l'opportunité d'une telle reconnaissance.

[23] Dans *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60, par. 108, la Cour a laissé en suspens la question de savoir s'il pourrait exister une obligation de diligence entre sous-traitants et propriétaire :

Enfin, le juge Desjardins invoque deux décisions à l'appui de sa conclusion selon laquelle l'existence d'une obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité a été reconnue dans le contexte de recours fondés sur la responsabilité civile délictuelle. Or, ces deux décisions ont été infirmées en appel : *Twin City Mechanical c. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (C. Ont. (Div. gén.)), inf. par (1999), 43 C.L.R. (2d) 275 (C.A. Ont.); *Ken Toby Ltd. c. British Columbia Buildings Corp.* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 263 (C.S.), inf. par (1999), 62 B.C.L.R. (3d) 308 (C.A.). De plus, l'application du droit de la responsabilité civile délictuelle s'imposait, car dans les deux cas, un sous-traitant demandait un redressement contre l'administration adjudicative qui avait reçu des soumissions de l'entrepreneur général. Comme il n'y avait pas de lien contractuel entre le sous-traitant et le propriétaire, la responsabilité ne pouvait être que délictuelle. Dans les deux affaires, la cour d'appel s'est abstenue de trancher la question de savoir s'il existait ou non une obligation de diligence en pareils cas et elle s'est contentée de statuer qu'aucun manquement ne pouvait être établi. Nous croyons que la question de savoir s'il peut exister une obligation de diligence entre un sous-traitant et un propriétaire devra être tranchée plus tard, lorsque les circonstances d'une affaire s'y prêteront. [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

Nous sommes en présence d'une telle affaire.

[24] La Cour a analysé dans plusieurs de ses arrêts les principes généraux qui s'appliquent lorsqu'il

been analyzed by this Court in a series of decisions. See for example *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69; *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 S.C.R. 643, 2006 SCC 18.

[25] As McLachlin C.J. wrote in *Childs*, at para. 9, the question to be wrestled with is how to define the persons to whom the duty is owed. As she explained in para. 10, with reference to *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), proximity remains the foundation of the modern law of negligence. A legal duty extends to my “neighbour”. And legal neighbourhood is “restricted” to “persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question” (*Donoghue*, at p. 580, per Lord Atkin).

[26] Proximity has generally been understood in the context of an overt act that directly causes physical loss to a plaintiff (A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8th ed. 2006), at p. 304). However, the notion of proximity has been extended to cover certain limited circumstances in which a defendant, without causing a plaintiff to suffer personal injury or property damage, did cause financial loss to the plaintiff. Further, Canadian law recognizes that new categories where a duty of care is recognized may be established by application of the analysis set out in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.).

[27] However, as stated in *Childs*, at para. 15, before determining if a new duty of care should be recognized, it must first be determined whether the present situation fits within, or is analogous to, a relationship previously recognized as having a duty of care between the parties. If it does, a duty of care will be established. By first determining whether the situation fits within or is analogous to

s’agit de déterminer l’existence d’une obligation de diligence. Voir par exemple : *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69; *Childs c. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643, 2006 CSC 18.

[25] Comme l’écrit la juge en chef McLachlin dans *Childs*, par. 9, la question avec laquelle nous sommes aux prises est de savoir de quelle façon on peut déterminer les personnes qui bénéficient de cette obligation. Elle explique au par. 10, en renvoyant à l’arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), que la proximité demeure le fondement du droit moderne de la négligence. L’obligation juridique s’étend à mon [TRADUCTION] « prochain ». Et mon prochain en droit est [TRADUCTION] « restreint » aux « personnes qui sont touchées de si près et si directement par mon acte que je devrais raisonnablement prévoir qu’elles seront ainsi touchées lorsque je réfléchis aux actes ou omissions qui sont mis en question » (*Donoghue*, p. 580, lord Atkin).

[26] On reconnaît généralement qu’il y a proximité lorsqu’un acte manifeste cause directement des pertes matérielles au demandeur (A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8^e éd. 2006), p. 304). On a toutefois élargi la notion de proximité pour l’appliquer à certaines circonstances précises où le défendeur, sans causer au demandeur aucun préjudice à sa personne ou à ses biens, lui a néanmoins fait subir des pertes financières. En outre, le droit canadien reconnaît la possibilité d’établir de nouvelles catégories donnant naissance à une obligation de diligence en appliquant l’analyse exposée dans *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.).

[27] Cependant, comme l’a indiqué la Cour dans *Childs*, par. 15, avant de décider s’il y a lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence, il faut d’abord établir si la situation donnée entre dans une catégorie de rapports déjà reconnus comme donnant naissance à une obligation de diligence entre les parties, ou si elle présente une analogie avec cette catégorie. Si c’est le cas, l’obligation

a previously recognized category, the analysis otherwise required by *Anns* is avoided.

B. *Does This Claim Fall Within a Recognized Duty of Care*

[28] *The Queen in right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111, first established the “Contract A/Contract B” analysis for tendering processes. Under this approach, “Contract A” is formed once the proponent submits its bid to the owner. “Contract B” comes into being once the owner awards the contract to the successful bidder. Here, the trial judge found, at para. 99, that there was clearly a “Contract A” between Olympic and PW. PW does not dispute this finding.

[29] As developed in *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619, and *Martel*, “Contract A” can impose certain implied terms on the owner such as the obligation to treat all bidders fairly and equally, as well as the obligation to only accept compliant bids. In this case, PW breached its “Contract A” with Olympic by awarding “Contract B” to a non-compliant bidder. This breach affected the appellants since their opportunity to recoup the costs of preparing their bids and their opportunity for profit from participating in the construction project depended on Olympic being awarded “Contract B”.

[30] The appellants’ costs and lost opportunity for profit were solely financial in nature. They were not causally connected to physical injury to their persons or physical damage to their property. As such, they qualify as pure economic losses (*D’Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071, at para. 13; *Martel*, at para. 34; *Linden and Feldthusen*, at pp. 441-43).

[31] In *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at

de diligence sera établie. En décidant d’abord si la situation relève d’une catégorie déjà reconnue, ou si elle présente une analogie avec celle-ci, il n’est pas nécessaire de procéder à l’analyse préconisée dans l’arrêt *Anns*.

B. *La présente action relève-t-elle d’une obligation de diligence reconnue?*

[28] L’arrêt *La Reine du chef de l’Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111, a le premier établi l’analyse dite « contrat A/contrat B » pour les appels d’offres. Selon cette méthode, le « contrat A » est formé au moment où le proposant présente sa soumission au propriétaire. Le « contrat B » naît quant à lui au moment où le propriétaire adjuge le contrat au soumissionnaire retenu. En l’espèce, le juge de première instance a conclu qu’un « contrat A » avait clairement été formé entre Olympic et TP (par. 99), conclusion que TP ne conteste pas.

[29] Selon l’analyse suivie dans *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, et *Martel*, le « contrat A » peut imposer au propriétaire certaines conditions implicites, telles l’obligation de traiter les soumissionnaires équitablement et sur un pied d’égalité, ainsi que l’obligation de n’accepter que les soumissions conformes. En l’espèce, TP a violé le « contrat A » qui le liait à Olympic en adjugeant le « contrat B » à un soumissionnaire qui a présenté une soumission non conforme. Cette violation a eu une incidence sur les appelantes puisque la possibilité de récupérer les frais engagés pour la préparation de leurs soumissions et de retirer des bénéfices de leur participation au projet de construction dépendait de l’adjudication du « contrat B » à Olympic.

[30] Les frais et la perte de l’occasion de réaliser des profits qu’ont supportés les appelantes sont d’ordre uniquement financier. Ils ne découlaient aucunement d’un préjudice corporel ou matériel. À ce titre, il s’agit donc de pertes purement financières (*D’Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071, par. 13; *Martel*, par. 34; *Linden et Feldthusen*, p. 441-443).

[31] Dans *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1

p. 1049, La Forest J. recognized five different categories of negligence claims for which a duty of care has been found with respect to pure economic losses:

1. The Independent Liability of Statutory Public Authorities;
2. Negligent Misrepresentation;
3. Negligent Performance of a Service;
4. Negligent Supply of Shoddy Goods or Structures;
5. Relational Economic Loss.

See also B. Feldthusen, “Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow” (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, at pp. 357-58; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85, at para. 12; *D’Amato*, at para. 30; *Martel*, at para. 38. As explained in *Martel*, at para. 45: “The reason for the broader five categories is merely to provide greater structure to a diverse range of factual situations by grouping together cases that raise similar policy concerns. These categories are merely analytical tools.”

[32] The appellants’ economic losses do not fall within the first four categories. This case obviously does not involve a negligent misrepresentation, a negligent performance of services or a negligent supply of shoddy goods or structures. Neither is this a case of independent liability of statutory public authorities, which deals with the government’s “unique public power to convey certain discretionary benefits, such as the power to enforce by-laws, or to inspect homes or roadways” (Feldthusen, at p. 358). Here, the government is not inspecting, granting, issuing or enforcing something mandated by law. Instead, the present situation is akin to commercial dealings between private parties, not the exercise of unique government power.

R.C.S. 1021, p. 1049, le juge La Forest a reconnu cinq catégories différentes de réclamations pour négligence dans lesquelles une obligation de diligence est imposée à l’égard de pertes purement financières :

1. La responsabilité indépendante des autorités publiques légales;
2. La déclaration inexacte faite par négligence;
3. La prestation négligente d’un service;
4. La fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité;
5. La perte économique relationnelle.

Voir également B. Feldthusen, « Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow » (1990-1991), 17 *Rev. can. dr. comm.* 356, p. 357-358; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85, par. 12; *D’Amato*, par. 30; *Martel*, par. 38. Comme l’a expliqué la Cour dans *Martel*, par. 45 : « La raison d’être des cinq catégories générales est simplement de prévoir un cadre plus large adapté à une gamme variée de situations factuelles en regroupant les cas qui soulèvent des questions de principe semblables. Il ne s’agit en somme que d’outils d’analyse. »

[32] Les pertes financières qu’ont subies les appelantes n’entrent pas dans les quatre premières catégories. Il ne s’agit manifestement pas en l’espèce d’une affaire concernant une déclaration inexacte faite par négligence, ni de la prestation négligente d’un service, ni de la fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité. Il ne s’agit pas non plus d’une affaire concernant la responsabilité indépendante des autorités publiques légales et mettant en cause [TRADUCTION] « le pouvoir public exclusif [qu’a le gouvernement] d’accorder certains avantages discrétionnaires, tel le pouvoir d’appliquer des règlements ou de faire l’inspection de résidences ou de routes » (Feldthusen, p. 358). En l’espèce, le gouvernement ne fait pas une inspection, il ne n’accorde pas, ne délivre pas ou n’applique pas quelque chose que la loi prescrit. Nous sommes plutôt en présence d’opérations commerciales entre parties privées et non de l’exercice d’un pouvoir gouvernemental exclusif.

[33] This leaves relational economic loss as the only preexisting duty of care category within which the appellants' claims could possibly fall. Linden and Feldthusen, at p. 477, define relational economic loss as a situation in which "the defendant negligently causes personal injury or property damage to a third party. The plaintiff suffers pure economic loss by virtue of some relationship, usually contractual, it enjoys with the injured third party or the damaged property."

[34] The appellants do not fit within the relational economic loss category because no property of Olympic was actually damaged in this case. From its origin, relational economic loss has always stemmed from injury or property damage to a third party.

[35] The reason appears to be that physical damage tends "to ensure a reassuringly proximate nexus between tortious act and recoverable damage" (*Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227 (H.C.), at p. 255). This is not to say that in the development of new categories under the *Anns* test, physical injury or property damage would necessarily be a requirement to justify a finding of proximity. However, insofar as the existing category of relational economic loss is concerned, injury or property damage to a third party has been a requirement.

[36] In *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.), the Greystoke Castle, a ship, had to be put into dry dock for repairs after it collided with another ship, the Cheldale. The cargo owners of the Greystoke Castle were able to recover from the owners of the Cheldale some of the general average expenditures incurred from the discharging and reloading of their cargo while the Greystoke Castle was in dry dock.

[37] In *Caltex*, a dredge damaged an underwater pipeline that was providing petroleum from a refinery to an oil terminal across the bay. As a result, the pipeline was no longer able to carry petroleum to the terminal. Although the pipeline was owned by

[33] Reste la perte financière relationnelle, seule catégorie d'obligation de diligence préexistante dont pourraient relever les demandes d'indemnisation des appelantes. Linden et Feldthusen ont défini la perte financière relationnelle comme une situation où [TRADUCTION] « le défendeur cause par sa négligence un préjudice corporel ou matériel à un tiers. Le demandeur subit des pertes purement financières en raison d'un lien, normalement contractuel, qu'il a avec le tiers lésé ou le bien endommagé » (p. 477).

[34] Le recours des appelantes n'entre pas dans la catégorie de la perte financière relationnelle parce qu'Olympic n'a subi en l'espèce aucun dommage matériel. La perte financière relationnelle a, depuis son origine, toujours découlé d'un préjudice corporel ou matériel causé à un tiers.

[35] Cela paraît s'expliquer du fait que le dommage matériel tend [TRADUCTION] « à établir un lien suffisamment étroit entre le délit et le dommage » (*Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge « Willemstad »* (1976), 11 A.L.R. 227 (H.C.), p. 255). Cela ne veut pas dire que pour établir de nouvelles catégories selon le critère énoncé dans *Anns*, le préjudice corporel ou matériel serait nécessaire pour justifier une conclusion de proximité. Toutefois, pour ce qui est de la catégorie actuelle de la perte financière relationnelle, un préjudice corporel ou matériel doit avoir été subi par un tiers.

[36] Dans *Morrison Steamship Co. c. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.), le Greystoke Castle, un navire, entré en collision avec le Cheldale, un autre navire, avait dû être mis en cale sèche pour réparation. Les propriétaires de la cargaison que transportait le Greystoke Castle ont pu recouvrer auprès des propriétaires du Cheldale certaines avaries-frais attribuables au déchargement et au rechargement de leur cargaison pendant que le Greystoke Castle se trouvait en cale sèche.

[37] Dans l'affaire *Caltex*, un dragueur avait endommagé un pipeline sous-marin qui transportait du pétrole d'une raffinerie jusqu'à un terminal pétrolier de l'autre côté de la baie. Le pipeline ne pouvait alors plus servir au transport du pétrole

the refinery, the oil terminal was able to recover the cost of arranging alternative means of transportation of the petroleum from the owners of the dredge and from the company which had plotted the inaccurate navigation chart for the dredge.

[38] In *Norsk*, a barge damaged a railway bridge owned by Public Works Canada but primarily used by Canadian National Railway Company (“CN”). As a result, CN’s trains had to be rerouted, incurring additional expenses. CN recovered these costs from the owners of the barge.

[39] In all of the above cases, damage to a third party’s property led to the financial losses of the plaintiffs and these losses were recoverable in negligence. Here, we are dealing with the award of a bid to a non-compliant bidder, which constitutes a breach of “Contract A” between PW and a third party, Olympic. Granted, the breach of contract by PW resulted in the appellants’ being unable to recoup the costs of preparing the bid and the loss of an opportunity to profit from participating in the construction project. But the breach of Olympic’s contractual rights arising out of “Contract A” cannot be interpreted as damage to Olympic’s property. As explained in *Anson’s Law of Contract* (28th ed. 2002), at p. 24:

The law of obligations must be distinguished from the law of property which governs the acquisition of the rights persons have in things, which may be land or moveables, and may be a tangible physical object or an intangible, such as a debt, shares in a company or a patent. Whereas a person’s property right in a thing is generally valid against the whole world, the rights under the law of obligations, including contract, are personal and valid only against a specific person or persons.

Or explained another way by S. J. Hepburn in *Principles of Property Law* (2nd ed. 2001), at p. 21:

In order to establish a proprietary interest it must be proven that the holder has an enforceable, *in rem* right

jusqu’à cet endroit. Il appartenait à la raffinerie, mais le terminal pétrolier a pu recouvrer les frais du transport du pétrole auprès des propriétaires du dragueur et de la société ayant fourni la carte de navigation inexacte au dragueur.

[38] Dans *Norsk*, un chaland avait endommagé un pont ferroviaire dont Travaux publics Canada était propriétaire mais dont la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (« CN ») était le principal utilisateur. De ce fait, les trains du CN avaient dû être déroutés, ce qui avait occasionné des dépenses supplémentaires. Le CN a recouvré ces frais auprès des propriétaires du chaland.

[39] Dans toutes les affaires susmentionnées, les dommages causés aux biens des tiers ont occasionné des pertes financières aux demandeurs, et ces pertes ouvraient droit à une indemnisation pour négligence. Or, il est question en l’espèce de l’adjudication d’un contrat à un soumissionnaire dont la soumission n’était pas conforme, ce qui constitue une rupture du « contrat A » entre TP et un tiers, Olympic. Certes, du fait de la rupture du contrat par TP, les appelantes n’ont pu récupérer les frais engagés pour la préparation de leurs soumissions et n’ont pas eu la possibilité de retirer des bénéfices de leur participation au projet. Toutefois, l’atteinte aux droits contractuels d’Olympic qui découlent du « contrat A » ne saurait être interprétée comme constituant un dommage aux biens d’Olympic. Comme il est expliqué dans *Anson’s Law of Contract* (28^e éd. 2002), p. 24 :

[TRADUCTION] Il faut faire une distinction entre le droit des obligations et le droit des biens, lequel régit l’acquisition des droits sur les choses, qu’il s’agisse de bien-fonds ou de biens meubles, d’objets matériels ou immatériels, par exemple une dette, des actions ou un brevet. Le droit de propriété est généralement opposable universellement, tandis que les droits issus du droit des obligations, tels les droits contractuels, sont de nature personnelle et ne sont opposables qu’à une ou plusieurs personnes en particulier.

Voici une explication différente que donne S. J. Hepburn dans *Principles of Property Law* (2^e éd. 2001), p. 21 :

[TRADUCTION] Pour établir l’existence d’un droit de propriété, il faut prouver que le titulaire possède sur une

to exclude the rest of the world; it is this right alone which distinguishes *in rem* rights from other enforceable legal rights. Contractual rights are not enforceable against the rest of the world; they are only enforceable against the parties to the contract and are therefore *in personam* in nature. Contracts which deal with land or personal property may confer similar rights of use and enjoyment; however, without the right to exclude, such rights will only be *in personam*.

[40] The rights arising out of “Contract A” between Olympic and PW are not *in rem* rights meant to exclude the rest of the world. “Contract A” only imposed *in personam* obligations between PW and Olympic. Since “Contract A” is not property, no property was damaged. Because no property was damaged, the appellants’ claims do not fall within the existing category of relational economic loss.

[41] At paras. 114-15, the trial judge concluded that there was sufficient proximity between PW and the appellants because the relationship between Olympic and the appellants was analogous to a joint venture. (The Court of Appeal appears to have thought that the trial judge contemplated a joint venture involving PW as well as Olympic and the appellants. On my reading of his reasons, I think the trial judge was only referring to a joint venture between Olympic and the appellants.) He based this finding on para. 36 of *Cooper*, which lists preexisting categories where proximity has already been recognized and which stipulates that “[w]hen a case falls within one of these situations or an analogous one and reasonable foreseeability is established, a *prima facie* duty of care may be posited.”

[42] It seems that the trial judge believed that a joint venture or a relationship analogous to a joint venture was in and of itself a category where proximity had already been recognized. It is not. The only recognized category that involves joint venture is the relational economic loss category “where the relationship between the claimant and the property owner constitutes a joint venture” (*Cooper*, at para. 36). However, there must be damage to the property of the third party. Absent such damage, a

chose un droit opposable universellement; c’est ce droit universel qui distingue les droits réels de tout autre droit opposable. Les droits contractuels ne sont pas universellement opposables; ils ne le sont qu’à l’égard des parties au contrat et sont donc de nature personnelle. Les contrats qui visent un bien-fonds ou un bien meuble peuvent conférer des droits similaires d’usage et de jouissance; cependant, s’ils ne sont pas universellement opposables, ces droits seront de nature simplement personnelle.

[40] Les droits découlant du « contrat A » entre Olympic et TP ne sont pas des droits réels universellement opposables. Le « contrat A » n’imposait entre TP et Olympic que des obligations de nature personnelle. Le « contrat A » n’étant pas un bien, il n’y a pas de préjudice matériel. Et faute de préjudice matériel, les appelantes ne peuvent fonder leur recours sur la catégorie déjà reconnue de la perte financière relationnelle.

[41] Aux paragraphes 114-115, le juge de première instance a conclu à l’existence d’un lien suffisamment étroit entre TP et les appelantes parce que la relation entre Olympic et les appelantes s’apparentait à une coentreprise. (D’après la Cour d’appel, le juge de première instance aurait considéré que TP participait à une coentreprise aux côtés d’Olympic et des appelantes. Or, selon moi, le juge de première instance parlait simplement d’une coentreprise entre Olympic et les appelantes.) Sa conclusion est fondée sur le par. 36 de *Cooper*, qui énumère les catégories préexistantes où le rapport de proximité est déjà reconnu, en précisant que « [l]orsqu’une affaire constitue l’un de ces cas ou un cas analogue et que la prévisibilité raisonnable est établie, on peut affirmer l’existence d’une obligation de diligence *prima facie*. »

[42] Le juge de première instance semble avoir estimé qu’une coentreprise ou un lien analogue à une coentreprise constitue, en soi, une catégorie où la proximité a déjà été reconnue. Ce n’est pas le cas. La seule catégorie reconnue impliquant une coentreprise est celle de la perte financière relationnelle « où le lien entre le demandeur et le propriétaire du bien est une entreprise commune » (*Cooper*, par. 36). Or, un dommage doit avoir été causé au bien du tiers. En l’absence d’un tel dommage, le fait de

finding of joint venture or situation analogous to a joint venture does not bring the claimant within the relational economic loss category.

[43] The trial judge should have first considered whether there was property damage suffered by Olympic. In not doing so, he erred in law. Had he done so, he would have found that the claim did not fit within the relational economic loss category because there was no property damage suffered by Olympic.

[44] I conclude that the appellants' claims do not fall within a preexisting category in which a duty of care has been recognized.

C. *Should a New Duty of Care Be Recognized?*

[45] Having found that the present situation does not fit within one of the five preexisting categories of pure economic loss, it is necessary to assess whether a new category of pure economic loss should nonetheless be established, specifically a new duty of care between an owner and subcontractors. This requires the analysis mandated in *Anns*.

[46] The *Anns* test was recently described by this Court in *Childs*, at para. 11:

In *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), Lord Wilberforce proposed a two-part test for determining whether a duty of care arises. The first stage focuses on the relationship between the plaintiff and the defendant, and asks whether it is close or “proximate” enough to give rise to a duty of care (p. 742). The second stage asks whether there are countervailing policy considerations that negate the duty of care. The two-stage approach of *Anns* was adopted by this Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, at pp. 10-11, and recast as follows:

- (1) is there “a sufficiently close relationship between the parties” or “proximity” to justify imposition of a duty and, if so,

conclure qu’il s’agit d’une coentreprise ou d’une situation analogue à une coentreprise ne suffit pas pour que le demandeur puisse se réclamer de la catégorie de la perte financière relationnelle.

[43] Le juge de première instance aurait d’abord dû examiner si Olympic a subi des dommages matériels. Il a commis une erreur de droit en omettant de le faire. S’il avait procédé à cet examen, il aurait constaté que la demande d’indemnisation n’entre pas dans la catégorie de la perte financière relationnelle parce qu’Olympic n’a subi aucun dommage matériel.

[44] Je conclus que les demandes d’indemnisation des appelantes ne relèvent pas d’une catégorie préexistante dans laquelle une obligation de diligence a été reconnue.

C. *Y a-t-il lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence?*

[45] Puisque j’ai conclu que la présente affaire ne relève pas de l’une des cinq catégories déjà reconnues de pertes purement financières, il est nécessaire d’examiner si une nouvelle catégorie devrait néanmoins être établie, plus précisément s’il y a lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence entre propriétaire et sous-traitants. Un tel examen commande l’analyse prescrite dans l’arrêt *Anns*.

[46] Dans *Childs*, par. 11, la Cour a récemment décrit ainsi le critère énoncé dans *Anns* :

Dans l’arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), lord Wilberforce a proposé un critère en deux volets permettant de déterminer s’il existe une obligation de diligence. Le premier volet met l’accent sur le lien entre le demandeur et le défendeur et consiste à se demander s’il est suffisamment étroit ou [TRADUCTION] « proche » pour donner naissance à une obligation de diligence (p. 742). Le second volet consiste à décider s’il existe des considérations de politique générale dominantes susceptibles d’écarter l’obligation de diligence. Dans l’arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, p. 10-11, cette Cour a adopté la démarche en deux étapes de l’arrêt *Anns* et l’a reformulée de la façon suivante :

- (1) y a-t-il un lien « suffisamment étroit[t] entre les parties » ou un rapport de « proximité » justifiant l’imposition d’une obligation, et dans l’affirmative,

(2) are there policy considerations which ought to negative or limit the scope of the duty, the class of persons to whom it is owed or the damages to which breach may give rise?

[47] In essence, if a *prima facie* duty of care is found at the first stage of the *Anns* test and there are no residual policy concerns negating the creation of that duty at the second stage, then a new category of duty is recognized.

1. First Stage of the *Anns* Test

[48] The analytical process for the appellants to establish that there is a close and direct relationship between the parties and thus that there is a *prima facie* duty of care is explained by McLachlin C.J. and Major J. at para. 30 of *Cooper*:

At the first stage of the *Anns* test, two questions arise: (1) was the harm that occurred the reasonably foreseeable consequence of the defendant's act? and (2) are there reasons, notwithstanding the proximity between the parties established in the first part of this test, that tort liability should not be recognized here? The proximity analysis involved at the first stage of the *Anns* test focuses on factors arising from the relationship between the plaintiff and the defendant. These factors include questions of policy, in the broad sense of that word. If foreseeability and proximity are established at the first stage, a *prima facie* duty of care arises. [Emphasis deleted.]

(a) *Reasonable Foreseeability*

[49] The usual indication of proximity is foreseeability. Here, the trial judge found that it was reasonably foreseeable that the award of the contract to a non-compliant bidder would result in financial losses for the appellants (para. 110). At the Court of Appeal, PW conceded reasonable foreseeability of harm (para. 48). In this Court, PW does not resile from that concession. However, “[f]oreseeability does not of itself, and automatically, lead to the conclusion that there is a duty of care”: G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (2nd ed. 2002), at p. 320.

(2) existe-t-il des considérations de politique générale exigeant de restreindre ou de rejeter la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

[47] Essentiellement, si l'on conclut à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* à la première étape du critère de l'arrêt *Anns* et qu'aucune autre considération de politique générale n'écarte la création de cette obligation à la seconde étape, une nouvelle catégorie d'obligation est alors reconnue.

1. Première étape du critère de l'arrêt *Anns*

[48] Dans *Cooper*, par. 30, la juge en chef McLachlin et le juge Major expliquent le processus analytique qui permettrait aux appelantes d'établir l'existence d'un lien étroit et direct entre les parties et, par conséquent, d'une obligation de diligence *prima facie* :

À la première étape du critère de l'arrêt *Anns*, deux questions se posent : (1) le préjudice subi était-il la conséquence prévisible de l'acte du défendeur; (2) malgré la proximité des parties qui a été établie dans la première partie de ce critère, existe-t-il des motifs pour lesquels la responsabilité délictuelle ne devrait pas être engagée en l'espèce? L'analyse relative à la proximité que comporte la première étape du critère de l'arrêt *Anns* met l'accent sur les facteurs découlant du lien existant entre la demanderesse et le défendeur. Ces facteurs comprennent des questions de politique, ce terme étant pris dans son sens large. Si l'on fait la preuve de la prévisibilité et de la proximité à la première étape, il y a une obligation de diligence *prima facie*. [Soulignement omis.]

a) *Prévisibilité raisonnable*

[49] L'indice habituel du lien de proximité est la prévisibilité. En l'espèce, le juge de première instance a conclu qu'il était raisonnablement prévisible que l'adjudication du contrat à un soumissionnaire dont la soumission n'était pas conforme entraînerait une perte financière pour les appelantes (par. 110). En Cour d'appel, TP a reconnu la prévisibilité raisonnable du préjudice (par. 48). Devant notre Cour, TP ne s'est pas rétracté. Toutefois, [TRADUCTION] « la prévisibilité n'amène pas, ni en soi ni automatiquement, à conclure qu'il existe une obligation de diligence » : G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (2^e éd. 2002), p. 320.

(b) *Other Considerations Relevant to Proximity*

[50] At para. 34 of *Cooper*, McLachlin C.J. and Major J. considered several factors for evaluating the closeness of the relationship between the parties in order to determine whether it was just and fair to find a duty of care:

Defining the relationship may involve looking at expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved. Essentially, these are factors that allow us to evaluate the closeness of the relationship between the plaintiff and the defendant and to determine whether it is just and fair having regard to that relationship to impose a duty of care in law upon the defendant.

[51] From the perspective of the appellants, several factors seemed to have led them to believe that their relationship with PW was closer than in the usual owner/subcontractor situation. PW was not only selecting a design-builder but also a design-building team. Information on the respective roles and experience of the appellants had to be provided to PW at the SOQ stage. The selection process for choosing the four proponents to advance to the RFP stage was heavily reliant on the ability of the proponent's team. At least 70 of the 150 points for the SOQ evaluation were directed at the team members' ability to do the work individually and as a team. Also, the design-build team members and their key personnel could not be substituted without the express advance written consent of PW. In addition, the appellants had to attend a "partnering" session with PW's project manager.

[52] Further, the appellants expended considerable time and energy preparing their bids. In so doing, they relied on PW's documentation and representations which implied a fair methodology in the selection process of the bids. The appellants were reliant on PW respecting the "Contract A" between itself and Olympic. Any breach of "Contract A" directly affected the appellants since they were not to be compensated for their work in preparing the RFP

b) *Autres considérations pertinentes quant au lien de proximité*

[50] Dans *Cooper*, par. 34, la juge en chef McLachlin et le juge Major ont tenu compte de plusieurs facteurs dans l'évaluation de l'étroitesse du lien entre les parties pour déterminer s'il était juste et équitable de conclure à l'existence d'une obligation de diligence :

La détermination du lien peut supposer l'examen des attentes, des déclarations, de la confiance, des biens en cause et d'autres intérêts en jeu. Il s'agit essentiellement de facteurs nous permettant d'évaluer à quel point le lien entre le demandeur et le défendeur est étroit et de déterminer si, vu ce lien, il est juste et équitable en droit d'imposer une obligation de diligence au défendeur.

[51] Plusieurs facteurs semblent avoir incité les appelantes à croire que le lien qu'elles avaient avec TP était plus étroit que celui qui existe normalement entre propriétaire et sous-traitants. TP choisissait non seulement un concepteur-constructeur, mais aussi une équipe de conception-construction. TP exigeait qu'à l'étape de la DEC lui soient fournis des renseignements concernant les fonctions et l'expérience respectives des appelantes. La sélection des quatre candidats devant être retenus pour passer à l'étape de la DP dépendait dans une grande mesure des compétences de l'équipe du proposant. Pas moins de 70 des 150 points de l'évaluation de la DEC portaient sur la capacité des membres de l'équipe à accomplir le travail individuellement et en équipe. De plus, les membres de l'équipe de conception-construction et les membres clés de leur personnel ne pouvaient être remplacés sans le consentement préalable écrit et exprès de TP. Les appelantes devaient également assister à une séance de « partenariat » avec le gérant de projet de TP.

[52] En outre, les appelantes ont consacré beaucoup de temps et d'énergie à la préparation de leurs soumissions. Ce faisant, elles se sont fondées sur les documents et les déclarations émanant de TP, lesquels laissaient supposer l'existence d'une méthode équitable de sélection des soumissions. Elles comptaient sur TP pour respecter le « contrat A » le liant à Olympic. La rupture du « contrat A » les touchait directement, car elles ne devaient recevoir

unless Olympic was awarded the bid. Given that the tendering process required significant effort and that only the team selected would be rewarded, the appellants expected the selection process to be fair (trial reasons, at para. 62).

[53] Although the factors above are the type of factors that one would expect to find in a proximate relationship, as explained in *Cooper*, at the first stage of the *Anns* test the Court must also examine whether there are any policy considerations specific to the parties such that tort liability should not be recognized.

[54] Linden and Feldthusen, at p. 444, indicate that when assessing proximity in the context of a pure economic loss, “[i]t may also be relevant whether the plaintiff had an opportunity to protect itself by contract from the risk of economic loss and declined to do so.” This reflects Justice La Forest’s caution in *Norsk*, at p. 1116, that “the plaintiff’s ability to foresee and provide for the particular damage in question is a key factor in the proximity analysis”.

[55] Importantly, the SOQ documents provided an opportunity for a general contractor and its subcontractors to submit their bid as a “joint venture proponent”. Section 3(1) of the SOQ reads:

While there is no requirement for firms to participate in this procurement in joint venture, firms may elect to do so if they see fit.

Olympic and the appellants did not choose the joint venture option. Therefore, Olympic was the only one submitting the bid and thus the only one with which PW formed a “Contract A”. (Before this Court, the appellants did not argue that they were parties to the “Contract A” between PW and Olympic.)

[56] The fact that the appellants had the opportunity to form a joint venture, and thereby be

aucune rétribution pour le travail consacré à la préparation de la DP à moins que la soumission d’Olympic ne soit retenue. Comme la procédure d’appel d’offres exigeait un travail considérable et que seule l’équipe retenue recevrait une rétribution, les appelantes s’attendaient à ce que la sélection soit équitable (motifs du jugement de première instance, par. 62).

[53] Bien que les facteurs susmentionnés tiennent de ceux qu’on s’attendrait à retrouver dans une situation de proximité, comme il est expliqué dans *Cooper*, la Cour doit également examiner, à la première étape du critère de l’arrêt *Anns*, si des considérations de politique générale s’attachant spécifiquement aux parties empêchent la reconnaissance de la responsabilité délictuelle.

[54] Selon les auteurs Linden et Feldthusen, lorsqu’il s’agit d’apprécier le lien de proximité dans le contexte de la perte purement financière, [TRADUCTION] « [i]l peut aussi être pertinent de savoir si le demandeur a eu la possibilité de se protéger par contrat contre le risque de perte financière et ne s’en est pas prévalu » (p. 444). Cela rejoint la mise en garde du juge La Forest dans *Norsk*, p. 1116, à savoir que « la capacité du demandeur de prévoir le dommage particulier et d’y parer est un facteur clé dans l’analyse du lien étroit ».

[55] Point important à souligner, les documents concernant la DEC offraient à l’entrepreneur général et à ses sous-traitants la possibilité de présenter leur soumission « dans le cadre d’une coentreprise ». Le paragraphe 3(1) de la DEC stipule :

[TRADUCTION] Il n’est pas nécessaire de constituer une coentreprise pour participer à ce marché, mais les entreprises peuvent le faire si elles le jugent opportun.

Olympic et les appelantes n’ont pas retenu cette option. Olympic a donc été la seule à présenter la soumission et, donc, la seule avec qui TP a formé le « contrat A ». (Devant la Cour, les appelantes n’ont pas plaidé qu’elles étaient parties au « contrat A » entre TP et Olympic.)

[56] Le fait que les appelantes aient eu la possibilité de former une coentreprise, et d’être ainsi parties

parties to the “Contract A” made between PW and Olympic, is an overriding policy reason that tort liability should not be recognized in these circumstances. Allowing the appellants to sidestep the circumstances they participated in creating and make a claim in tort would be to ignore and circumvent the contractual rights and obligations that were, and were not, intended by PW, Olympic and the appellants. In essence, the appellants are attempting, after the fact, to substitute a claim in tort law for their inability to claim under “Contract A”. After all, the obligations the appellants seek to enforce through tort exist only because of “Contract A” to which the appellants are not parties. In my view, the observation of Professor Lewis N. Klar (*Tort Law* (3rd ed. 2003), at p. 201) — that the ordering of commercial relationships is usually in the bailiwick of the law of contract — is particularly apt in this type of case. To conclude that an action in tort is appropriate when commercial parties have deliberately arranged their affairs in contract would be to allow for an unjustifiable encroachment of tort law into the realm of contract.

(c) *Conclusion as to the First Stage of the Anns Test*

[57] There are certainly factors that indicate a close relationship between PW and the appellants, such as the appellants’ expectation that PW was choosing a design-build team at the SOQ stage and the reliance of the appellants on a fair selection methodology in the tendering process. Nonetheless, the appellants’ ability to foresee and protect themselves from the economic loss in question is an overriding policy reason why tort liability should not be recognized in these circumstances. The appellants had the opportunity to arrange their affairs in such a way as to be in privity of contract with PW relative to “Contract A”, but they chose not to do so and they are now trying to claim through tort law for lack of a contractual relationship with PW. Tort law should not be used as an after-the-fact insurer.

au « contrat A » conclu entre TP et Olympic, est une raison de principe prédominante qui empêche la reconnaissance d’une responsabilité délictuelle dans les circonstances. Permettre aux appelantes de faire fi des circonstances qu’elles ont contribué à créer et d’intenter un recours délictuel serait ignorer et contourner les droits et obligations contractuels que TP, Olympic et les appelantes entendaient, et n’entendaient pas, créer. Les appelantes tentent essentiellement, après coup, de se servir du droit de la responsabilité délictuelle à défaut de pouvoir se prévaloir du « contrat A ». Après tout, les obligations dont les appelantes demandent l’application par le biais de la responsabilité délictuelle n’existent qu’à cause du « contrat A », auquel les appelantes ne sont pas parties. À mon avis, la remarque du professeur Lewis N. Klar (*Tort Law* (3^e éd. 2003), p. 201) — selon laquelle la régulation des relations commerciales relève normalement du droit des contrats — est particulièrement pertinente dans ce genre d’affaire. Conclure qu’une action en responsabilité délictuelle est le recours approprié lorsque des parties commerciales ont volontairement organisé leurs affaires par contrat reviendrait à permettre un empiétement injustifié du droit de la responsabilité délictuelle sur le droit des contrats.

(c) *Conclusion quant à la première étape du critère de l’arrêt Anns*

[57] Certains facteurs témoignent indéniablement de l’existence d’un lien étroit entre TP et les appelantes, par exemple le fait que les appelantes s’attendaient à ce que TP choisisse une équipe de conception-construction au stade de la DEC et s’en tienne à une méthode de sélection équitable dans l’appel d’offres. Néanmoins, la possibilité qu’avaient les appelantes de prévoir la perte financière en question et de prémunir contre elle est une raison de principe prédominante qui empêche la reconnaissance d’une responsabilité délictuelle dans les circonstances. Les appelantes ont eu la possibilité de se lier contractuellement à TP par le « contrat A », mais elles ne s’en sont pas prévaluées et elles tentent maintenant de se servir du droit de la responsabilité délictuelle pour pallier l’absence de ce lien contractuel avec TP. Le droit de la responsabilité délictuelle ne doit pas servir de police d’assurance après coup.

[58] I conclude that the appellants have failed to satisfy the first stage of the *Anns* test justifying a finding of a *prima facie* duty of care.

2. Second Stage of the *Anns* Test

[59] Having found no *prima facie* duty of care at the first stage of the *Anns* test, it is unnecessary to continue with the second stage of examining residual policy concerns that could negate the creation of a new duty of care. However, it may be useful to comment on one residual policy concern — indeterminate liability.

[60] The recognition of a duty of care of an owner to subcontractors in a tendering process could lead to what Cardozo C.J. of the Court of Appeals of New York coined as “liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class” (*Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931), at p. 444).

[61] The trial judge discounted the indeterminate liability concern. At para. 118, he stated:

In this case, however, I do not accept that liability would be indeterminate because of the particular — and according to the evidence before me, unique — approach adopted by the defendant in the tendering process. The defendant defined the class of the members of the design build team whose qualifications would be examined, who had to provide terms of reference, review the plans and drawings, had to certify that they would perform the work and could not be substituted without approval by the defendant. Those obligations did not extend to the broad range of sub-subcontractors, suppliers and employees. The scope of the liability is also readily ascertainable by quantifying the plaintiffs’ reasonable expectation of lost profits or fees.

[62] PW contends that when dealing with cases of pure economic loss, the principal concern

[58] Je conclus que les appelantes n’ont pas satisfait à la première étape du critère de l’arrêt *Anns*, qu’il faut franchir pour qu’on puisse conclure à l’existence d’une obligation de diligence *prima facie*.

2. Seconde étape du critère de l’arrêt *Anns*

[59] L’inexistence d’une obligation de diligence *prima facie* à la première étape de l’arrêt *Anns* ayant été établie, il n’est pas nécessaire d’aborder la seconde étape, celle de l’examen d’autres considérations de politique générale susceptibles d’empêcher la création d’une nouvelle obligation de diligence. Toutefois, il peut être utile de faire quelques remarques sur l’une de ces considérations, soit la responsabilité indéterminée.

[60] Reconnaître qu’un propriétaire a une obligation de diligence envers les sous-traitants dans le cadre d’un appel d’offres pourrait conduire à ce que le juge en chef Cardozo, de la Cour d’appel de New York, a défini comme étant [TRADUCTION] « la responsabilité pour un montant indéterminé pour une période indéterminée envers une catégorie indéterminée » (*Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931), p. 444).

[61] Le juge de première instance a fait peu de cas des préoccupations que soulève la responsabilité indéterminée :

En l’espèce, toutefois, je ne suis pas d’accord pour dire que la responsabilité serait indéterminée en raison de l’approche particulière, et unique selon la preuve présentée, adoptée par le défendeur dans le processus d’appel d’offres. Le défendeur a défini la catégorie des membres de l’équipe de conception-construction dont les compétences seraient examinées, et ces membres devaient faire état de leurs attributions de tâches, examiner les plans et les dessins, certifier qu’ils exécuteraient le travail et ne pouvaient pas être remplacés sans le consentement du défendeur. Ces obligations ne s’étendaient pas à l’ensemble des sous-traitants, fournisseurs et employés. L’étendue de la responsabilité peut également être déterminée en quantifiant l’attente raisonnable de profits ou d’honoraires des demandereses. [par. 118]

[62] TP prétend que, pour ce qui est des pertes purement financières, la préoccupation principale

is indeterminate liability, since unlike physical damage, it “can spread well beyond any confined physical area or group of victims and seep into an ever expanding circle of plaintiffs” (respondent’s factum, at para. 82). This would lead to uncertainty in the marketplace. I agree that in the case of pure economic loss, there is a greater risk of indeterminate liability than in cases of physical injury or property damage. Therefore, in cases of pure economic loss, to paraphrase Cardozo C.J., care must be taken to find that a duty is recognized only in cases where the class of plaintiffs, the time and the amounts are determinate.

[63] In the present situation, the subcontractors were identified and vetted by PW at the SOQ stage of the tendering process. The subcontractors could not be substituted without the consent of PW. On its face, this seems to indicate that the class of plaintiffs was determinate. However, one of the appellants, Canadian Process Services Inc., was not named as part of the design-build team at the SOQ stage. Only its parent company, G.J. Cahill & Co., was named. This suggests that the class of plaintiffs was not as well defined as found by the trial judge since a subsidiary of one of the design-build team members also made a claim. In my view, since the class of plaintiffs seems to seep into the lower levels of the corporate structure of the design-build team members, this case has indications of indeterminate liability.

[64] Moreover, contrary to the findings of the trial judge, the Court of Appeal concluded that the design-build tendering process was not unique. In the Court of Appeal, Sexton J.A. noted that Carl Mallam, the president of Olympic, testified that the design-build tendering process was used by both private and public entities throughout the country and that both the federal Crown and the Province

réside dans la responsabilité indéterminée, étant donné que contrairement aux dommages matériels, ce type de pertes [TRADUCTION] « peut dépasser le cadre restreint du lieu physique ou du groupe des victimes pour s’élargir à un cercle sans cesse croissant de demandeurs » (mémoire de l’intimée, par. 82). Cela entraînerait des incertitudes dans le marché. Je conviens que le risque de responsabilité indéterminée est plus grand en cas de perte purement financière qu’en cas de préjudice corporel ou matériel. Par conséquent, dans les cas de perte purement financière, il faut, pour paraphraser le juge en chef Cardozo, prendre soin de ne reconnaître une obligation que dans la mesure où l’on peut déterminer la catégorie des demandeurs, la période et les montants en cause.

[63] Dans l’affaire qui nous est soumise, le nom des sous-traitants a été fourni et soumis à l’approbation de TP à l’étape de la DEC de l’appel d’offres. Les sous-traitants ne pouvaient être remplacés sans le consentement de TP. À première vue, cela semble indiquer que les demandeurs appartenaient à une catégorie déterminée. Or l’une des appelantes, Canadian Process Services Inc., n’a pas été désignée comme membre de l’équipe de conception-construction à l’étape de la DEC. Seule sa société mère, G.J. Cahill & Co., était nommée. Cela donne à penser que la catégorie des demandeurs n’était pas aussi bien définie que l’a cru le juge de première instance étant donné qu’une filiale d’un des membres de l’équipe de conception-construction a aussi produit une réclamation. À mon avis, étant donné que la catégorie des demandeurs semble s’étendre aux niveaux inférieurs de la structure organisationnelle des membres de l’équipe de conception-construction, la présente affaire pourrait donner lieu à une responsabilité indéterminée.

[64] De plus, contrairement aux conclusions du juge de première instance, la Cour d’appel a conclu que l’appel d’offres de type conception-construction ne revêtait pas un caractère unique. Le juge Sexton a souligné que, selon le témoignage de M. Carl Mallam, le président d’Olympic, des entités privées et publiques partout au pays ont recours à ce type d’appel d’offres, et les

of Newfoundland and Labrador used tendering processes with similar provisions (paras. 76-82). Given that this type of tendering process is not unique and that there are many types of arrangements that can arise between owners and contractors and in turn between contractors and subcontractors, a recognition of an owner's duty of care towards subcontractors could lead to a multiplicity of lawsuits in tort, an undesirable result.

[65] That the facts here suggest indeterminacy is, I think, symptomatic of a more general concern in the construction contract field. Even where subcontractors are named and known by an owner, those subcontractors will have employees and suppliers and perhaps their own subcontractors who also could suffer economic loss. And these suppliers and subcontractors will have their own employees and suppliers who might claim for economic loss due to the wrongful failure of the owner to award the contract to the general contractor upon which they were all dependant. The construction contract context is one in which the indeterminacy of the class of plaintiffs can readily be seen.

[66] Even if a *prima facie* duty of care had been found at the first stage of the *Anns* test, in my view, it would have been negated at the second stage because of indeterminate liability concerns.

V. Conclusion

[67] The appellants' claims do not fit within one of the preexisting categories of duty of care for pure economic loss. Nor is a finding of a new duty of care justified between an owner and subcontractors in the context of a tendering process. I would dismiss the appeal with costs.

formulaire utilisés par l'État fédéral et la province de Terre-Neuve-et-Labrador comportent des dispositions similaires (par. 76-82). Étant donné que ce type d'appel d'offres n'est pas unique et que maintes formes d'arrangements peuvent intervenir entre propriétaires et entrepreneurs de même qu'entre entrepreneurs et sous-traitants, imposer aux propriétaires une obligation de diligence envers les sous-traitants pourrait conduire à une multiplicité de poursuites en responsabilité délictuelle, résultat indésirable.

[65] Le fait qu'un problème d'indétermination se pose en l'espèce est à mon sens symptomatique d'une préoccupation plus générale propre au domaine des contrats de construction. Même dans les cas où le propriétaire connaît le nom des sous-traitants, ceux-ci auront des employés et des fournisseurs et peut-être leurs propres sous-traitants qui pourraient aussi subir des pertes financières. Et ces fournisseurs et sous-traitants auront leurs propres employés et fournisseurs qui pourraient chercher à obtenir réparation pour le préjudice financier qu'ils subissent du fait que le propriétaire n'a pas adjugé le contrat à l'entrepreneur général dont ils dépendaient tous. Le contexte des contrats de construction est ainsi l'un de ceux où l'on peut facilement constater l'indétermination de la catégorie des demandeurs.

[66] Même si l'on avait conclu à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* à la première étape de l'arrêt *Anns*, cette obligation aurait à mon avis été écartée à la seconde étape en raison des préoccupations soulevées par le problème de la responsabilité indéterminée.

V. Conclusion

[67] Les appelantes ne peuvent fonder leurs demandes d'indemnisation sur l'une des catégories préexistantes d'obligation de diligence pour perte purement financière. Il ne paraît pas non plus justifié de reconnaître l'existence d'une nouvelle obligation de diligence du propriétaire envers les sous-traitants dans le contexte d'un appel d'offres. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Appeal dismissed with costs.

*Solicitors for the appellants: Stewart McKelvey,
St. John's.*

*Solicitor for the respondent: Deputy Attorney
General of Canada, Ottawa.*

Pourvoi rejeté avec dépens.

*Procureurs des appelantes : Stewart McKelvey,
St. John's.*

*Procureur de l'intimée : Sous-procureur gé-
néral du Canada, Ottawa.*