

Argo Construction Ltd. *Appellant;*

and

Customold Fiberglass Ltd. *Respondent.*

1973: November 21; 1974: May 27.

Present: Fauteux C.J. and Abbott, Martland, Ritchie and Pigeon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, PROVINCE OF QUEBEC

Contract—Decorative poles—Breakage—Non-compliance with specifications—Removal and reinstallation—Damages—Supplier entitled to the full amount of invoice—Non-intervention rule.

In 1966 appellant obtained from the Canadian Corporation for the 1967 World Exhibition ("Expo") a contract including, *inter alia*, the erection of 63 decorative fiberglass poles, 53 feet high. According to the plans and specifications, these poles were to be designed to resist a wind gust of 90 m.p.h. without undue deflection or whip action. Appellant contracted with respondent for their manufacture, and installed them itself. In May 1967, three of these poles broke off and fell. As a safety measure "Expo" removed some of them and ordered appellant to remove others pending an investigation. After discussion appellant reinstalled the same poles, but cut to a length of 25 feet by respondent at its request, Expo agreeing to pay the costs of cutting, refinishing and reinstalling the poles. Expert opinion was obtained without respondent being represented. The pole tested gave way under force equal to that of an 80 m.p.h. wind. Respondent claimed from appellant the sum of \$15,750, being the invoice price of \$250 for each of the 63 poles. Appellant denied the claim, alleging that the breaking of three poles was due to the fact that they were not constructed according to specifications, and asked in a cross-demand that respondent be condemned to pay it the sum of \$6,000 for damages. The action was allowed to the extent of \$7,500 but the cross-demand was dismissed. On appeal, appellant was condemned to pay respondent the full amount claimed while the judgment of the Superior Court on the cross-demand was affirmed. Hence the appeal to this Court.

Held (Martland and Pigeon JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Fauteux C.J. and Abbott and Ritchie JJ.: There is no error in the judgment of the Court of Appeal which would justify the intervention of this Court.

Argo Construction Ltd. *Appelante;*

et

Customold Fiberglass Ltd. *Intimée.*

1973: le 21 novembre; 1974: le 27 mai.

Présents: Le juge en chef Fauteux, et les juges Abbott, Martland, Ritchie et Pigeon.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE, PROVINCE DE QUÉBEC

Contrat—Hampes décoratives—Bris—Non-conformité au devis—Enlèvement et réinstallation—Dommages—intérêts—Droit du fournisseur au plein montant convenu—Règle de non-intervention.

En 1966, l'appelante obtint de la Compagnie Canadienne de l'Exposition Universelle de 1967 («Expo '67») un contrat comprenant notamment l'érection de 63 hampes décoratives en fibre de verre de 53 pieds de hauteur. Suivant les plans et le devis, ces hampes devaient être conçues pour résister à un vent de 90 milles à l'heure sans plier ni battre excessivement. L'appelante en confia la fabrication à l'intimée, et les installa elle-même. En mai 1967, trois de ces hampes se brisèrent et tombèrent. Par mesure de sécurité «Expo '67» enleva une partie et ordonna à l'appelante d'enlever les autres en attendant de procéder à une enquête. Après discussion, l'appelante réinstalla les mêmes hampes raccourcies à 25 pieds par l'intimée à sa demande, «Expo '67» acceptant de payer les frais de coupe, finition et réinstallation. Une expertise eut lieu sans que l'intimée soit représentée. La hampe soumise à l'épreuve céda à une charge équivalant à celle d'un vent de 80 milles à l'heure. L'intimée poursuivit l'appelante pour un montant de \$15,750, soit \$250 pour chacune des 63 hampes, prix facturé. L'appelante contesta l'action alléguant que le bris des trois hampes était dû au fait que celles-ci n'avaient pas été construites selon les exigences du devis, et, par demande reconventionnelle réclama de l'intimée la somme de \$6,000 pour dommages-intérêts. L'action fut accueillie pour un montant de \$7,500 mais la demande reconventionnelle fut rejetée. En appel, l'appelante fut condamnée à payer à l'intimée le plein montant réclamé et le jugement de la Cour supérieure sur la demande reconventionnelle fut confirmé. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt (les juges Martland et Pigeon étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Le juge en chef Fauteux et les juges Abbott et Ritchie: Il n'y a pas dans le jugement de la Cour d'appel d'erreur qui puisse justifier une intervention de cette Cour.

Per Martland and Pigeon JJ., dissenting: The Court of Appeal erred in not sufficiently taking into account the importance of the advantage enjoyed by the trial judge who heard the witnesses and saw them give their explanations. At least two poles broke off and fell in the presence of witnesses. A third broken pole was seen in the workshop. The trial judge was surely justified in concluding from all this that there were three breakages, and to hold that there was only one, as the Court of Appeal did, is to ignore the existence of conclusive evidence. It reversed the trial judge's findings on the basis of a complete misapprehension of the proven facts. This requires the intervention of this Court.

Not only should the judgment of the Superior Court be restored but the cross-demand should be allowed to the extent of \$4,000, because the trial judge was mistaken in holding that the damages claimed were not proven.

[*Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec, reversing a judgment of the Superior Court on the principal demand but affirming this judgment with respect to a cross-demand. Appeal dismissed, Martland and Pigeon JJ. dissenting.

G. L. Echenberg, for the appellant.

G. H. Pickel, for the respondent.

The judgment of Fauteux C.J. and Abbott and Ritchie JJ. was delivered by

ABBOTT J.—In this action the respondent, Customold Fiberglass Ltd., claimed from the appellant, Argo Construction Ltd., the sum of \$15,750 as the contract price of 63 fiberglass poles, 53 feet in length, manufactured by Customold and delivered to Argo for use at Expo 67.

The facts which gave rise to the litigation are conveniently summarized in the reasons of Lajoie J.A. in the Court of Appeal:

[TRANSLATION] In the fall of 1966 Argo obtained an order from the Canadian Corporation for the World Exhibition of 1967 (which I shall refer to hereafter as "Expo '67") for the supply and erection of sixty-three fiberglass poles or posts, plans and specifications of which are submitted as Exhibit D-1. The height of these

Les juges Martland et Pigeon, dissidents: La Cour d'appel a fait erreur en ne tenant pas suffisamment compte de l'importance qu'il fallait attacher à l'avantage dont avait joui le premier juge en entendant les témoins et en voyant leurs explications. Au moins deux hampes se sont brisées et sont tombées en présence de témoins. Une troisième hampe brisée a été vue à l'atelier. Le premier juge était sûrement justifié de conclure de tout cela qu'il y avait eu trois bris et c'est méconnaître l'existence de témoignages probants que de n'en retenir qu'un seul comme l'a fait la Cour d'appel. Elle en est venue à une conclusion contraire à celle du premier juge par suite de graves méprises sur les faits prouvés, ce qui exige l'intervention de cette Cour.

Il y a lieu non seulement de rétablir le jugement de la Cour supérieure sur la demande principale, mais aussi de faire droit à la demande reconventionnelle jusqu'à concurrence de \$4,000 vu que c'est par erreur que le premier juge a conclu que les dommages réclamés n'étaient pas prouvés.

[Arrêt suivi: *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288.]

APPEL d'un jugement de la Cour du banc de la reine, province de Québec, infirmant un jugement de la Cour supérieure sur la demande principale mais confirmant ce jugement quant à une demande reconventionnelle. Appel rejeté, les juges Martland et Pigeon dissidents.

G. L. Echenberg, pour l'appelante.

G. H. Pickel, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Fauteux et des juges Abbott et Ritchie a été rendu par

LE JUGE ABBOTT—Dans l'action dont il est ici question, l'intimée Customold Fiberglass Ltd. a réclamé à l'appelante, Argo Construction Ltd., la somme de \$15,750 représentant le prix fixé par le contrat pour 63 poteaux de fibres de verre, longs de 53 pieds, fabriqués par Customold et livrés à Argo pour utilisation à l'Expo 67.

Dans ses motifs, M. le juge Lajoie, en Cour d'appel, a commodément résumé les faits dont découle le litige:

Au cours de l'automne 1966, Argo obtint de la Compagnie Canadienne de l'Exposition Universelle de 1967 (que ci-après je nommerai «Expo '67») une commande pour la fourniture et l'installation de soixante-trois poteaux ou hampes de fibre de verre dont les plans et le devis sont produits comme pièce D-1. La hauteur de ces

poles is given as 53 feet. The specifications stipulated that the poles would be designed to withstand a wind gust of 90 miles an hour without undue deflection.

Argo contracted with Customold for the manufacture of these 63 poles, and after taking delivery of them around mid-April installed them itself.

On May 16, 1967, one of these poles fell down, and as a safety measure Expo '67 removed those situated at La Ronde, and requested Argo to remove the others (Exhibit D-4), which was done.

After discussion between the parties concerned it was agreed, without prejudice to the rights of any party, that Argo would re-install the same posts, but cut to a length of 25 feet by Customold at Argo's request (Exhibit P-3). All were so cut except for five, which were too badly damaged on removal.

Customold sued Argo, claiming from it the sum of \$15,750.00, being a charge of \$250.00 for each of the 63 poles, as invoiced on May 12, 1967.

Without making any offer Argo denied the claim, alleging that the breaking of three poles was due to the fact that they were not constructed according to specifications, and asked in a cross-demand that Customold be ordered to pay it \$6,000.00 to offset the damages sustained as a result of Expo '67's request.

The principal question in issue here and in the Courts below is whether or not the poles in question complied with the specifications called for under the contract. The expert evidence on this point, at the trial, was contradictory.

The learned trial judge maintained the action to the extent of \$7,500 but dismissed the cross-demand, and both parties appealed that judgment to the Court of Appeal. That Court affirmed the judgment dismissing the cross-demand but allowed the appeal in the principal action and condemned Argo to pay the full amount claimed of \$15,750. Argo appealed to this Court from that judgment.

In his reasons for judgment (which were concurred in by Owen and Rivard J.J.A.) Lajoie J.A., after carefully reviewing the evidence, summarized his conclusions as follows:

poteaux y est indiquée comme devant être de 53 pieds. Le devis spécifie qu'ils seront conçus pour résister à un vent d'une vélocité de 90 milles à l'heure sans plier indûment.

Argo confie la fabrication de ces 63 poteaux à Customold, et après en avoir reçu livraison, vers la mi-avril, les installe elle-même.

Le 16 mai 1967, l'un de ces poteaux tombe et par mesure de sécurité Expo '67 enlève ceux qui sont à la Ronde et ordonne à Argo d'enlever tous les autres, pièce D-4, ce qui est fait.

Après discussion entre les intéressés, il est convenu, sans préjudice aux droits de qui que ce soit, que Argo réinstallera les mêmes hampes mais raccourcies à 25 pieds par Customold à la demande de Argo, pièce P-3. Toutes le sont sauf cinq trop endommagées lors de leur enlèvement.

Customold poursuit Argo et lui réclame la somme de \$15,750.00, soit un prix de \$250.00 pour chacun des 63 poteaux tel que facturé le 12 mai 1967.

Sans rien offrir, Argo conteste l'action alléguant que le bris de trois poteaux était dû au fait que ceux-ci n'avaient pas été construits selon les exigences du devis, et, se portant demanderesse par reconvention conclut à ce que Customold soit condamnée à lui payer \$6,000.00 en compensation des dommages-intérêts subis à raison de l'ordre d'Expo '67.

La principale question à régler ici et dans les cours d'instance inférieure est celle de savoir si les poteaux en question étaient conformes aux caractéristiques exigées dans le contrat. Au procès, les témoignages des experts sur ce point ont été contradictoires.

Le savant juge de première instance a accueilli l'action pour un montant de \$7,500 mais il a rejeté la demande reconventionnelle, et les deux parties ont interjeté appel de ce jugement à la Cour d'appel. Cette dernière a confirmé le jugement rejetant la demande reconventionnelle mais a accueilli l'appel relatif à la demande principale et condamné Argo à payer le plein montant de \$15,750 réclamé. Argo s'est pourvue en cette Cour à l'encontre de ce jugement.

Dans ses motifs de jugement (auxquels ont souscrit MM. les juges d'appel Owen et Rivard), M. le juge d'appel Lajoie, après avoir soigneusement examiné la preuve, a résumé ses conclusions comme suit:

[TRANSLATION] Though it is the rule that we do not intervene in the assessment of the evidence made by the judge at first instance, it is possible in this case to determine the basis of that assessment, and with respect, I feel the trial judge erred, first, by accepting as proven a fact which had not been proven, namely the spontaneous collapse of three poles, and then drawing from that a conclusion as to the weakness of all the poles which is not supported by the evidence. He had to be especially exacting as to the probative force of the evidence submitted by defendant-respondent as the latter had the burden of showing that the posts lacked strength. In my view, this burden was not discharged.

Appellant was therefore entitled to be paid, in accordance with the agreement, the price of the poles delivered, that is \$15,750.00. The cross-demand cannot be allowed, for though Argo established that it sustained damages as a result of the removal and re-installation of the poles, it did not prove that they were attributable to the failure by Customold to carry out its obligations.

The principles to be applied by a second Appellate Court in a case of this kind are well established: *Dorval v. Bouvier*¹, at p. 294.

I find no error in the judgment below which would justify the intervention of this Court and I would dismiss the appeal with costs.

The judgment of Martland and Pigeon JJ. was delivered by

PIGEON J. (*dissenting*)—Appellant Argo Construction Ltd. ("Argo") obtained from the Canadian Corporation for the 1967 World Exhibition ("Expo") a contract for the construction of information booths. This contract included the erection at each booth of decorative fiberglass poles in various colours. In most instances the poles, fifty-three feet high, were to be installed in three clusters of three each, their centres twelve inches apart, atop an equal number of steel pipes twelve feet high interconnected by a wide and sturdy horizontal steel plate welded thereto eleven feet above ground. There were in all sixty-three poles. Argo ordered them from the respondent, Customold Fiberglass Ltd. ("Customold"). The latter's invoice gives the following description:

Quoiqu'il soit de règle que nous n'intervenions pas dans l'appréciation faite de la preuve par le juge de première instance, il s'agit ici d'un cas où il nous est possible de vérifier ce sur quoi il s'est appuyé, et avec respect, je crois qu'il a fait erreur d'abord en acceptant comme prouvé un fait qui ne le fut pas, la chute spontanée de trois poteaux, pour ensuite en tirer une conclusion quant à la faiblesse de toutes les hampes que la preuve ne justifie pas. Il lui fallait être d'autant plus exigeant quant à la valeur probante de la preuve offerte par la défenderesse-intimée que c'était sur elle que reposait le fardeau de prouver la trop faible résistance des hampes. A mon avis elle ne s'en est pas déchargée.

L'appelante avait donc droit d'être payée suivant la convention du prix des poteaux livrés, soit \$15,750.00. La demande reconventionnelle ne saurait être maintenue, car si Argo a prouvé avoir subi des dommages à raison de l'enlèvement et de la réinstallation des poteaux, elle n'a pas démontré qu'ils étaient attribuables à l'inexécution par Customold de ses obligations.

Les principes qu'une seconde cour d'appel doit appliquer dans une affaire de ce genre sont bien établis: *Dorval c. Bouvier*¹, à la p. 294.

Je ne vois pas dans le jugement de la Cour d'appel d'erreur qui puisse justifier une intervention de cette Cour et je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Le jugement des juges Martland et Pigeon a été rendu par

LE JUGE PIGEON (*dissident*)—L'appelante, Argo Construction Ltd. («Argo»), avait obtenu de la Compagnie canadienne de l'exposition universelle de 1967 («Expo») un contrat pour la construction de kiosques d'information. Ce contrat comprenait l'érection, auprès de chaque kiosque, de hampes décoratives de diverses couleurs en fibre de verre. Dans la plupart des cas, ces hampes de 53 pieds de hauteur devaient être installées en trois faisceaux de trois, à 12 pouces de centre en centre, au sommet d'un nombre égal de tubes d'acier s'élevant à 12 pieds au-dessus du sol et reliés entre eux par une large et forte plaque horizontale en acier, soudée aux tubes à 11 pieds de terre. Le nombre total de hampes ou poteaux était de 63. Argo les commanda à l'intimée, Customold Fiberglass Ltd. («Customold»). La facture de cette dernière comporte la description suivante:

¹ [1968] S.C.R. 288.

¹ [1968] R.C.S. 288.

63 Fiberglass poles 53' long as per specification for Information booth, Expo 67

The specifications referred to in this document contain, *inter alia*, the following:

The poles shall be designed as free-standing as shown on the drawings, to resist a wind gust of ninety miles per hour (90 mph) without undue deflection or whip action.

In his testimony Paul Szasz, Customold's manager, admitted that this was a performance specification, and he described its effect as follows:

Q. Would you tell the Court what your understanding is of performance specifications?

A. My understanding of a performance specification is that the customer or the architect or the engineer who designs these poles sets out an expected performance to which the items are to be manufactured.

Q. And would you say, Mr. Szasz, that the specifications are made or not made up, whether or not the items manufactured perform as specified or not?

A. Yes, I would say so.

Q. In other words, if the items do not perform, then they have not met the performance specifications, obviously?

A. That is correct, yes.

The poles were installed just before the Exhibition opened in April 1967. On May 18, Argo received a telegram from A. S. Dromlewicz, Expo's assistant construction manager, in which one reads:

... You are to remove all fiberglass poles immediately due to safety problems—Stop Breaking of three poles was the initial cause—Stop The method of removal was to be entirely at your own discretion—Stop So far only three locations were removed—The balance is to be removed tonight May 18—

On May 26 Argo received a letter from the same Expo official, as follows:

Re: Information Booth—Fiber Glass Poles.

This will confirm our telephone conversation of this afternoon. I will briefly review the situation concerning the above subject. On the 16th of May the first break of the poles occurred on La Ronde. Altogether at the same location three fiber glass poles broke at various heights.

[TRANSDUCTION] 63 Hampes en fibre de verre de 53' de hauteur, conformément au devis des kiosques d'information, Expo 67.

Le devis auquel le document renvoie comporte notamment ce qui suit:

[TRANSDUCTION] Les hampes seront faites pour se tenir seules tel qu'indiqué sur les plans, et pour résister à des coups de vent de quatre-vingt-dix milles à l'heure sans plier ni battre excessivement.

Entendu comme témoin, Paul Szasz, le gérant de Customold, admit qu'il s'agissait là d'un devis de résultat dont il décrit l'effet comme suit:

[TRANSDUCTION] Q. Voulez-vous dire au tribunal ce que vous entendez par devis de résultat?

R. Ce que j'entends par devis de résultat, c'est que le client ou l'architecte ou l'ingénieur qui fait les plans de ces hampes-là expose un résultat attendu en fonction duquel les articles doivent être construits.

Q. Et diriez-vous, M. Szasz, que le devis est suivi ou non selon que les articles construits satisfont ou ne satisfont pas au résultat spécifié?

R. Oui, je pourrais l'affirmer.

Q. En d'autres mots, si les articles ne donnent pas le résultat prévu, alors ils ne sont évidemment pas conformes aux normes de résultat?

R. Oui, cela est exact.

Les poteaux furent installés très peu de temps avant l'ouverture de l'exposition au mois d'avril 1967. Le 18 mai, Argo recevait de A. S. Dromlewicz, adjoint du gérant de la construction à l'Expo, un télégramme où l'on lit ce qui suit:

[TRANSDUCTION] ... Vous devez enlever immédiatement toutes les hampes en fibre de verre pour raison de sécurité—Stop Le bris de trois hampes a été la cause initiale—Stop La façon d'enlever les hampes est laissée à votre entière discrétion—Stop Jusqu'à présent l'enlèvement n'a été effectué qu'à trois endroits—Le reste doit être enlevé ce soir, 18 mai—

Le 26 mai, Argo recevait du même représentant d'Expo une lettre se lisant comme suit:

[TRANSDUCTION] *Objet: Kiosque d'information—Hampes en fibre de verre.*

Les présentes confirment notre conversation téléphonique de cet après-midi. Je ferai une brève revue de la situation. Le 16 mai, un premier bris a eu lieu à la Ronde. En tout, au même endroit, trois hampes en fibre de verre se sont brisées à différentes hauteurs.

The reports say that the weather was very windy, however, this was far short from the 90 miles/hour specified for the poles to withstand. In view of this, which created a serious safety hazard, we had no alternative but to request you to remove all poles pending while an investigation is done by the Corporation. We are requesting that you make a proposal under which those poles can be reinstalled with sufficient guaranty to the Corporation that breakage will not occur.

It will be appreciated if you attend to this matter at your earliest convenience. We feel that the absence of these poles must be considered as a contract deficiency.

Customold was apprised of the situation in different ways. On June 5, Szasz wrote Argo a long letter in which he discussed a meeting on June 2, and stated *inter alia*:

Firstly, to ascertain some facts whether there was one or several poles broken, C.C.W.E. claims that there were 3 poles broken at various lengths. Our eye witness who was on the spot at that time saw all poles intact and half an hour later saw one collapse. Talking to various people who were involved in the removal of the poles one could not obtain two descriptions of the event alike.

On August 11 a meeting was held at which all three parties were represented, and at the end of which it was decided that Expo would seek an expert opinion. Argo was advised by a letter dated August 25 that the Warnock Hersey Company Ltd. had been retained to conduct a test, and would advise it of the date on which the test would take place. A letter from Argo to Customold on August 29 refers to this letter. However, there is no evidence that Customold was advised of the day appointed for the test, which took place on September 1, in the presence of representatives of Expo, Argo and Fiberglass Canada Ltd. The report, dated September 12, concludes that the pole gave way under a force equal to that of an 80 m.p.h. wind. With regard to the pole subjected to the test, the report prepared by Mr. Meyer, an engineering expert, contains the following passage, which acquires considerable significance in view of the nature of the case:

... It was noted that only three (3) poles had remained which were of the full length. Of the three poles, none

Les rapports mentionnent que le temps était très venteux; cependant, le vent était loin d'atteindre les 90 milles à l'heure spécifiés pour la résistance des hampes. En raison de cette situation, qui créait un danger sérieux d'accident, nous ne pouvions rien faire d'autre que vous demander d'enlever toutes les hampes en attendant qu'Expo effectue une enquête. Nous vous demandons de nous soumettre une proposition pour la réinstallation avec garantie suffisante à Expo qu'il ne se produira pas d'autre bris.

Nous aimerions bien que vous vous occupiez de cette affaire aussitôt que possible. Nous considérons l'absence de ces hampes comme un manque d'exécution du contrat.

Customold fut, de diverses manières, mise au courant de la situation. Le 5 juin, Szasz adressa à Argo une longue lettre dans laquelle il fait état d'une entrevue du 2 juin et dit, entre autres choses:

[TRADUCTION] D'abord, afin de préciser certains faits à savoir si une ou plusieurs hampes étaient brisées, la C.C.E.U. prétend qu'il y avait trois hampes brisées à différentes hauteurs. Notre témoin oculaire qui était sur les lieux à ce moment-là a vu une hampe se rompre après avoir constaté une demi-heure auparavant qu'elles étaient toutes intactes. En interrogeant différentes personnes qui ont été mêlées à l'enlèvement des hampes, on n'a pu obtenir deux versions identiques de l'événement.

Le 11 août, il y eut une réunion à laquelle les trois parties étaient représentées et en conclusion de laquelle il fut décidé qu'Expo ferait faire une expertise. Par lettre du 25 août, Argo fut informée que The Warnock Hersey Company Ltd. devait être chargée de faire l'épreuve et la préviendrait de la date à laquelle celle-ci aurait lieu. Une lettre du 29 août adressée par Argo à Customold fait allusion à cette lettre-là. Cependant, rien ne démontre que Customold ait été prévenue du jour fixé pour l'opération qui eut lieu le 1^{er} septembre, en présence de représentants d'Expo, d'Argo et de Fiberglass Canada Ltd. Le rapport, en date du 12 septembre, est à l'effet que le poteau céda à une charge équivalent à celle d'un vent de 80 milles à l'heure. Au sujet du poteau soumis à l'épreuve, on trouve dans ce rapport fait par l'ingénieur expert Meyer, le passage suivant qui revêt une certaine importance, vu la nature du litige:

[TRADUCTION] ... Il fut noté qu'il n'était resté que trois hampes pleine longueur. Des trois, aucune ne put

could be noticed to be in perfect condition; of one the top part was broken, the second one had serious cracks in the fiberglass and the third one had slight hairline cracks in the top horizontal binding and some slight hairline cracks in the fiberglass above this binding.

Mr. Dromlewicz informed the writer that the contractor had mentioned that he considered even the third pole damaged and not representative for testing. Upon close examination, we formed the opinion that the hairline cracks of the third pole were only surface cracks, which could only penetrate a maximum depth of the first layer of fiberglass and would not affect the strength capacity of the fiberglass pole. Therefore, to our judgment, one fiberglass pole was available for testing and it was decided that a testing program would be made and submitted to C.C.W.E.

The trial judge, after noting that the conclusions of Mr. Meyer's report conflicted with those of the expert witness for Customold, the chemical engineer Mr. Halliday, who had done the design work on the poles and supervised their manufacture, made the following observations:

[TRANSLATION] The Court must however take into account certain facts which were established and would seem to be important in deciding the outcome of this case, and weighing the expert testimony presented by the two opposing parties. In the first place, the collapse of three poles, which, even if its cause was not definitely established, creates a sufficiently strong presumption of fact to indicate a conclusion that the poles did not have the required strength, and might have presented certain dangers. It was also admitted that these poles were all made in the same way and by the same method, and were all identical. Further, all parties agreed, though it is true they did so without prejudice, that the poles should be re-installed, but to a reduced height . . .

After analysing and weighing all the evidence, the Court prefers to accept the conclusions of the expert witness A. F. Meyer, which moreover are supported by certain facts established in evidence.

In my view, this conclusion by the trial judge was quite proper, and the Court of Appeal had no basis for substituting its own appreciation of the evidence. To begin with, it should be noted that there were several good reasons for accepting the Meyer report's conclusions, and rejecting Mr. Halliday's opinion.

First of all, Meyer was an independent expert who made a test before witnesses, in the presence

être jugée en parfaite condition; la partie supérieure de l'une était brisée, la seconde avait des fissures prononcées dans la fibre de verre et la troisième avait des fissures minuscules dans le joint horizontal supérieur ainsi que dans la fibre de verre au-dessus.

M. Dromlewicz informa le sousigné que l'entrepreneur avait dit qu'il considérerait même la troisième hampe comme endommagée et non représentative aux fins d'une épreuve. Après l'avoir examinée soigneusement, nous fûmes d'avis que ses fissures minuscules n'étaient que superficielles, ne pouvaient pénétrer au-delà de la première couche de fibre de verre et n'affectaient pas sa résistance. Par conséquent, selon nous, une des hampes en fibre de verre se trouvait disponible pour l'épreuve et on décida qu'un programme d'épreuve serait mis au point et soumis à la C.C.E.U.

Le juge du procès, après avoir signalé que les conclusions du rapport de l'ingénieur Meyer étaient en contradiction avec celles de l'expert de Customold, l'ingénieur chimiste Halliday, celui qui avait fait le «design» des hampes et en avait surveillé la fabrication, fit les observations suivantes:

Cette Cour doit retenir cependant certains faits qui ont été prouvés et qui apparaissent importants pour décider de l'issue de cette cause et apprécier la preuve des expertises offerte par les deux parties en cause. Tout d'abord la chute de trois poteaux qui, même si la cause n'en a pas été établie d'une façon certaine, crée des présomptions de faits suffisantes pour en arriver à la conclusion que ces poteaux n'avaient pas la résistance voulue et pouvaient présenter certain danger. Il a été admis aussi que ces poteaux avaient tous été fabriqués de la même manière et de la même façon et étaient tous identiques. D'autre part, toutes les parties, même s'il est vrai qu'elles l'ont fait sans préjudice, ont convenu de réinstaller ces poteaux mais à une hauteur réduite. . . .

Cette Cour, après avoir analysé et étudié toute la preuve, préfère accepter les conclusions de l'expert A. F. Meyer qui d'ailleurs sont confirmées par certains faits établis par la preuve.

A mon avis, cette conclusion du juge du procès est tout à fait judicieuse et la Cour d'appel n'était aucunement justifiée d'y substituer sa propre appréciation. Tout d'abord, il importe de souligner qu'il y avait plusieurs bonnes raisons de retenir les conclusions du rapport Meyer et de rejeter l'option de Halliday.

En premier lieu, Meyer est un expert indépendant qui a procédé devant témoins en présence de

of representatives from Expo and Argo, and made a detailed written report with supporting calculations. Halliday, on the other hand, is the man who did the design and supervised the manufacture on behalf of Customold. There was no one present to monitor his operations, he submitted no written report, and he furnished no detailed information.

Secondly, only Meyer checked what had to be checked, namely whether the poles as manufactured could resist a 90 m.p.h. wind. He made this check by applying to one pole a force equivalent to the pressure exerted by the wind, a force calculated in a manner which was not disputed. Halliday, on the other hand, did nothing to check the poles' resistance to wind pressure. He merely ascertained the tensile strength of the material. All that he states is that the strength in question (37,700 lbs. per sq. in.) corresponds to that which, from his calculations, is required for the poles to resist a wind of over 90 m.p.h., or as he said, of 120 m.p.h. This, in no way establishes that poles manufactured from material having that tensile strength were in accordance with the specifications. The latter specified the projected wind force, not merely the strength of the material from which the poles were made. Moreover, the Meyer report indicates that the pole subjected to testing failed in compression, not tension, and this was admitted by Halliday. Therefore, his computation concerning only the other factor in the strength of the poles was entirely worthless. Lajoie J.A., who wrote the reasons of the Court of Appeal, completely misunderstood the nature of Halliday's testimony when he stated:

[TRANSLATION] An identical, but unused and undamaged pole, which was the subject of the test conducted by Halliday, only broke under the stress of a force equal to a 120 m.p.h. wind.

It should be added that, as the trial judge pointed out, the Meyer report is corroborated by the facts. In addition to those he mentions the following should be noted: the first broken pole which the witness Lucien Poulin examined when he went to the La Ronde booth on the evening of May 16 had broken off exactly eighteen inches above the steel tube in which it was installed. Now,

représentants d'Expo et d'Argo, et a fait un rapport écrit détaillé avec chiffres à l'appui. Au contraire, Halliday est celui qui a fait le «design» et surveillé la fabrication pour le compte de Customold. Personne n'a été présent pour contrôler ses opérations, il n'en a produit aucun rapport écrit et ne fournit aucune précision.

En second lieu, seul Meyer a vérifié ce qu'il importait de vérifier, c'est-à-dire si les hampes telles que fabriquées pouvaient résister à un vent de 90 milles à l'heure. Il a fait cette vérification en appliquant à une hampe une charge équivalant à la pression exercée par le vent, charge calculée d'une façon que personne n'a contestée. Halliday, lui, n'a aucunement vérifié la résistance d'une hampe au vent. Il s'est contenté de vérifier la résistance en tension du matériau. Tout ce qu'il affirme c'est que cette résistance (37,700 lbs. au pouce carré) correspond à ce qui, d'après ses calculs, est requis pour que les hampes résistent à un vent de plus de 90 milles à l'heure soit, a-t-il dit, 120 milles à l'heure. Cela ne prouve aucunement que les hampes fabriquées avec un matériau de cette résistance en tension étaient conformes au devis. Celui-ci spécifie la force du vent à prévoir et non pas simplement la résistance du matériau dont elles doivent être faites. D'ailleurs, le rapport Meyer fait voir que la hampe soumise à l'épreuve a fait défaut en compression, et non en tension, ce que Halliday a admis. Cela signifie que sa vérification portant uniquement sur l'autre facteur de la résistance des hampes est complètement sans valeur. M. le juge Lajoie qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel, s'est complètement mépris sur la nature du témoignage de Halliday en écrivant:

Le poteau identique mais inutilisé et non avarié qui fut l'objet de l'épreuve pratiquée par Halliday ne se brisa que sous l'effet d'une force égale à celle d'un vent de 120 milles à l'heure.

Il faut maintenant ajouter, comme le premier juge l'a fait observer, que le rapport de l'expert Meyer est corroboré par les faits. A ceux qu'il mentionne, j'ajouterai le suivant: la première hampe brisée que le témoin Lucien Poulin a examinée lorsqu'il est allé au kiosque de La Ronde le soir du 16 mai, s'était rompue précisément à 18 pouces au-dessus du tube d'acier auquel elle était

the pole tested by Meyer also gave way at exactly eighteen inches from the base. The sketch made by this witness indicates that, as he said, "the pole" was "broken, frayed into a fringe". Unfortunately, the deposition as transcribed by the stenographer is not exactly easy to understand since, as most common people do, the witness spoke of "fer" ("iron") instead of steel in reference to the pole supports. In transcribing his notes, the reporter confused "fer" with "verre" (glass), and put "verre" throughout. Accordingly, the record contains sentences such as this: "le tube de verre a cassé et il a cassé en bavelle; et pour les autres on a été obligé de les couper au vere (jusqu'au verre)". *Clearly, the witness ended his sentence with the words "au fer" ("to the iron"), and not "au verre" ("to the glass").

This is only one of the countless errors to be found throughout the depositions, which in many instances result in the reader having to guess at what the witness said, as when the word "racine" (root) is used instead of "résine" (resin). In my view, with all due respect for the contrary opinion, Lajoie J.A. erred in not sufficiently taking into account the importance of the advantage enjoyed by the trial judge who heard the witnesses and saw them give their explanations. Only this can account for Lajoie J.A. having written:

[TRANSLATION] It is a fact that a pole collapsed, but it was also necessary to explain the cause of that collapse, or at least—in order to raise a presumption of defective construction—to exclude the possibility of foreign causes not attributable to appellant, such as vandalism, damage during installation, being hit by a vehicle, and so forth. . . .

In fact, it is certain that at least two poles broke off and fell. The witness Poulin saw two which were broken, one eighteen inches from the base, the other at about ten feet up. The witness Gerry Dame also saw two broken poles at La Ronde. The third breakage was not observed on the spot, but one witness stated that he saw three broken poles in the workshop. Taking into account the evidence as a whole, the trial judge was surely justified in concluding from all this that there really were

fixée. Or, c'est bien à 18 pouces du socle que la hampe éprouvée par Meyer a cédé elle aussi. Le croquis fait par ce témoin fait voir, comme il le dit, que «le poteau» était «cassé, échevelé». Malheureusement, la déposition comme elle a été transcrite par le sténographe est loin d'être facile à comprendre car, comme la plupart des gens du peuple, il a dit du «fer» et non pas de l'acier en parlant du support des hampes. Le sténographe en transcrivant ses notes a confondu «fer» et «verre» et a mis «verre» partout. On lit donc dans le dossier des phrases comme celle-ci: «le tube de verre a cassé et il a cassé en bavelle; et pour les autres on a été obligé de les couper au verre (jusqu'au verre).» Il est bien évident que le témoin a fini sa phrase en disant «au fer» et non pas «au verre».

Ceci n'est qu'une seule des innombrables erreurs que l'on relève partout dans les dépositions et qui font que dans bien des cas, il faut deviner ce que le témoin a dit comme lorsqu'il est fait mention de «racine» au lieu de «résine». A mon avis et avec respect pour l'opinion contraire, M. le juge Lajoie a fait erreur en ne tenant pas suffisamment compte de l'importance qu'il fallait attacher à l'avantage dont avait joui le premier juge en entendant les témoins et en voyant leurs explications. Cela seul peut expliquer qu'il ait écrit:

Qu'un poteau soit tombé, c'est un fait, mais encore fallait-il expliquer la cause de cette chute, ou du moins pour pouvoir tirer de là une présomption de vice de construction, exclure la probabilité de causes étrangères non imputables à l'appelante, vandalisme, dommage au cours de l'installation, choc de véhicule, etc. . . .

De fait, il est certain qu'au moins deux hampes se sont brisées et sont tombées. Le témoin Poulin en a vu deux qui étaient brisées, l'une à 18 pouces de la base, l'autre à une dizaine de pieds du haut. Le témoin Gerry Dame a, lui aussi, vu deux hampes brisées à La Ronde. Le troisième bris n'a pas été constaté sur place, mais un témoin a relaté avoir vu trois hampes brisées à l'atelier. Prenant en considération l'ensemble de la preuve, le premier juge était sûrement justifié de conclure de tout

* Translation: "the glass tube broke, and it broke at an angle; and as to the others, we had to cut them off at the iron pipe."

three breakages. To conclude there was only one is to ignore the existence of conclusive evidence.

So far as the exclusion of causes other than wind is concerned, I should like to know how the possibilities of vandalism and being struck by a vehicle can reasonably be considered if we take account, as we must, that the poles were not installed at ground level, but atop a steel structure twelve feet high. As to damages occurring during installation I think it suffices to point out that the poles were merely *glued* inside the steel pipes.

What of the fact, noted in the reasons of the Court of Appeal, that the weather reports showed only 11 m.p.h. winds on the day the poles collapsed? Here again, it must be said that the evidence was misconstrued. In fact, the notation at the bottom of the report reads: "Prevailing wind direction with total number of miles for each hour." This means that the report gives only the average wind speed during a full hour at the observatory, whereas what matters is the momentary speed, as to which no information is given. Since we know from the actual statement of Customold's manager, in his letter of June 5, that he had an eyewitness of the collapse of one of the poles, what more is needed? If that witness had been in a position to attribute the breakage to anything other than wind, Customold would certainly have called him to testify.

In the case at bar, therefore, I must hold that the Court of Appeal had no basis whatever for interfering with the trial judge's findings on the evidence. While paying lip service to the non-intervention rule, it actually ignored it completely and came to a contrary conclusion based on a complete misapprehension of the proven facts. Such misapprehension requires the intervention of this Court.

Counsel for appellant Argo asked not only that the judgment at trial reducing from \$15,750 to \$7,500 the sum payable for the 63 poles delivered to Customold be restored, but also that the Court

cela qu'il y avait vraiment eu trois bris. C'est méconnaître l'existence de témoignages probants que de n'en retenir qu'un seul.

Pour ce qui est de l'exclusion des causes autres que le vent, je voudrais bien savoir comment on peut raisonnablement considérer les possibilités de vandalisme, de choc de véhicule, si l'on tient compte, comme il se doit, du fait que les hampes n'étaient pas installées au niveau du sol, mais au sommet d'une structure d'acier de 12 pieds de hauteur. Quant aux dommages au cours de l'installation il suffit, je pense, de faire observer que les hampes étaient simplement collées à l'intérieur du tube d'acier.

Que dire maintenant du fait signalé dans les motifs de la Cour d'appel que les rapports météorologiques ne signalent que des vents de 11 milles à l'heure le jour où les hampes sont tombées. Ici encore, il faut signaler que l'on s'est mépris sur la preuve. En effet, la note au bas du rapport se lit comme suit: «Prevailing wind direction with total number of miles for each hour". C'est donc dire que le document donne uniquement la vitesse moyenne du vent pendant une heure complète à l'observatoire alors que ce qui compte c'est la vitesse instantanée sur laquelle on n'a aucune indication. Quand on sait que de l'aveu même du gérant de Customold fait dans sa lettre du 5 juin, il avait un témoin oculaire de la chute d'une des hampes, que peut-on vouloir de plus? Si ce témoin avait été en mesure d'attribuer le bris à autre chose que le vent, Customold n'aurait pas manqué de le faire entendre.

Dans le cas présent, il me faut donc dire que la Cour d'appel n'était aucunement justifiée d'intervenir dans l'appréciation de la preuve faite par le premier juge. Tout en disant reconnaître la règle de non-intervention, elle l'a en réalité totalement méconnue et en est venue à une conclusion contraire par suite de graves méprises sur les faits prouvés. Ces méprises exigent l'intervention de cette Cour.

L'avocat de l'appelante Argo a demandé non seulement de rétablir le jugement de première instance réduisant de \$15,750 à \$7,500 le montant payable pour les 63 hampes livrées à Customold,

allow to the extent of \$4,079.44 the cross-demand for \$6,000 damages. The trial judge dealt very briefly with this point:

[TRANSLATION] On the question of the cross-demand, the cross-plaintiff has not established the existence of damages to the satisfaction of this Court. Moreover, it incurred no additional expense for repairing and installing the poles.

It is quite true, as appears from a letter from Argo to Customold dated August 29, 1967, that Expo agreed to pay for all the costs incurred in cutting the poles to twenty-five feet in length, refinishing and re-installing them. However, as stated in its factum in this Court, those are not the expenses which Argo claims by its cross-demand in which the nature of its damages is not stated. The evidence submitted in this case shows that Expo has paid nothing for the poles, their installation and removal. The trial judge quite properly held on the principal demand that, even if the poles did not comply with the specifications, Argo should pay the value of what was used. He therefore more or less halved the amount of the invoice, just as the poles were halved before being re-installed. Expo's refusal to pay the amount could not affect the supplier's remedy. However, once it is found that the poles did not comply with the specifications, it follows that the costs incurred for the first installation and for the removal were not recoverable from Expo, and were therefore a loss to the contractor attributable to the fault of the supplier.

As Argo had contracted for the whole job, it had no breakdown of costs available for the initial installation of the poles. However, Expo having agreed to pay for the re-installation, these costs were noted and amounted to \$3,096.53. Argo submits that it is reasonable to assume the initial cost was not less than that of the re-installation, and it accordingly claims an equal sum, not for the re-installation costs, which were paid by Expo, but for the estimated cost of the initial installation. This is what the trial judge appears to have overlooked as well as the proof contained in a detailed

mais aussi de faire droit jusqu'à concurrence de \$4,079.44 à la demande reconventionnelle réclamant la somme de \$6,000 à titre de dommages-intérêts. Les motifs du premier juge à ce sujet sont laconiques:

Statuant sur la demande reconventionnelle, la demanderesse reconventionnelle n'a pas établi la preuve de ses dommages à la satisfaction de cette Cour. D'ailleurs elle n'a encouru aucun déboursé additionnel pour la réparation et l'installation des poteaux.

Il est vrai, comme il ressort d'une lettre d'Argo à Customold en date du 29 août 1967, qu'Expo a accepté de payer tous les frais subis pour couper les hampes à 25 pieds de longueur, les refinir et les réinstaller. Cependant, d'après son mémoire en cette Cour, ce ne sont pas ces déboursés-là qu'Argo réclame par sa demande reconventionnelle où elle ne dit aucunement en quoi consistent ses dommages. D'après la preuve faite en cette cause, Expo ne lui a rien payé pour les hampes, leur installation et leur enlèvement. C'est à bon droit que le premier juge a statué sur la demande principale que même si les hampes n'étaient pas conformes au devis, Argo devait payer la valeur de ce qu'elle avait utilisé. Par conséquent, il a sensiblement coupé en deux le montant de la facture comme on avait coupé en deux les hampes avant de les réinstaller. Le refus d'Expo d'en payer la valeur ne pouvait priver le fournisseur de son recours. Cependant, dès que l'on reconnaît que les hampes n'étaient pas conformes au devis, les frais subis pour la première installation et pour leur enlèvement ne sauraient être recouvrables d'Expo et constituent donc pour l'entrepreneur une perte imputable à la faute du fournisseur.

Comme il s'agissait de l'exécution d'un contrat global, Argo n'a pas comptabilisé les frais de la première installation des hampes. D'un autre côté, Expo ayant accepté de payer la réinstallation, ces frais-là ont été comptabilisés et se sont élevés à \$3,096.53. Argo soutient qu'il est raisonnable de présumer que le coût de l'installation primitive n'a pas été moindre que celui de la réinstallation et, par conséquent, elle réclame un montant égal, non pas pour les frais de réinstallation qui lui ont été payés par Expo, mais bien comme estimation du coût de la première installation. C'est ce qui

statement included in the record that the removal of the poles cost \$982.91.

In view of the conclusion which it reached on the principal demand, the Court of Appeal naturally did not give any consideration to the facts concerning the cross-demand which I have just noted. Such being the case, it cannot be said that there were concurrent findings of fact. In my view, therefore, there are grounds for intervening to allow the cross-demand to the extent of \$4,000.

I conclude that the appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal reversed, the judgment of the Superior Court on the principal demand restored and the cross-demand, allowed to the extent of \$4,000 to be set off against the amount allowed on the principal demand so as to reduce the amount thereof to \$3,500 with interest from the date of the writ, the whole with costs against respondent in all courts except on the principal demand in the Superior Court.

Appeal dismissed with costs, MARTLAND and PIGEON JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Chait, Salomon, Gelber, Reis, Bronstein & Litvock, Montreal.

Solicitors for the respondent: Boisvert & Pickel, Montreal.

semble avoir échappé au premier juge, de même que la preuve que l'enlèvement des hampes a coûté \$982.91 suivant un état détaillé produit au dossier.

Vu la conclusion à laquelle elle en est venue sur la demande principale, la Cour d'appel n'a évidemment pas considéré les faits que je viens de relater au sujet de la demande reconventionnelle. Dans ces conditions, on ne peut pas dire qu'il y a vraiment conclusion concordante sur les faits. Il me paraît donc qu'il y a lieu d'intervenir pour faire droit à la demande reconventionnelle jusqu'à concurrence de \$4,000.

Je conclus qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel, de rétablir le jugement de la Cour supérieure sur la demande principale, de faire droit à la demande reconventionnelle jusqu'à concurrence de \$4,000, et de prononcer la compensation avec le montant accordé sur la demande principale de façon à le réduire à \$3,500, avec intérêt à compter de l'assignation, le tout avec dépens contre l'intimée dans toutes les cours sauf sur la demande principale en Cour supérieure.

Pourvoi rejeté avec dépens, les JUGES MARTLAND et PIGEON étant dissidents.

Procureurs de l'appelante: Chait, Salomon, Gelber, Reis, Bronstein & Litvock, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Boisvert & Pickel, Montréal.