

British Columbia Hydro and Power Authority Appellant

v.

BG Checo International Limited Respondent

and between

BG Checo International Limited Appellant

v.

British Columbia Hydro and Power Authority Respondent

**INDEXED AS: BG CHECO INTERNATIONAL LTD. v.
BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY**

File Nos.: 21939, 21955.

1992: January 28; 1993: January 21.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, e
Gonthier, McLachlin, Stevenson* and Iacobucci JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Torts — Negligence — Negligent misrepresentation — Concurrent liability in tort and contract — Hydro calling for tenders to erect transmission towers and string transmission lines — Tender documents stating that right-of-way would be cleared by others — Parties incorporating tender documents into contract — Right-of-way not properly cleared — Whether plaintiff can sue in tort if duty relied on is also made a contractual duty by an express term of the contract — If so, whether terms of contract excluded Hydro's potential liability for misrepresentation.

Contracts — Breach of contract — Hydro awarding contract to erect transmission towers and string transmission lines — Contract stating that right-of-way would be cleared by others — Right-of-way not properly cleared — Hydro liable for damages for breach of contract.

*Stevenson J. took no part in the judgment.

British Columbia Hydro and Power Authority Appelante

a. c.

BG Checo International Limited Intimée

et entre

b.

BG Checo International Limited Appelante

c.

British Columbia Hydro and Power Authority Intimée

**RÉPERTORIÉ: BG CHECO INTERNATIONAL LTD. c.
BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY**

Nos du greffe: 21939, 21955.

1992: 28 janvier; 1993: 21 janvier.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson* et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

f. Responsabilité délictuelle — Négligence — Déclaration inexacte faite par négligence — Responsabilité concomitante en matière délictuelle et contractuelle — Appel d'offres lancé par Hydro pour l'érection de pylônes et la pose de lignes de transport d'électricité — Dossier d'appel d'offres précisant que l'emprise serait déboisée par d'autres — Dossier d'appel d'offres incorporé dans un contrat par les parties — Emprise mal déboisée — Le demandeur peut-il exercer un recours en responsabilité délictuelle si l'obligation sur laquelle il fonde son recours constitue également, aux termes mêmes du contrat, une obligation contractuelle? — Dans l'affirmative, les conditions du contrat excluent-elles la responsabilité potentielle d'Hydro pour toute déclaration inexacte?

i. Contrats — Inexécution de contrat — Contrat accordé par Hydro pour l'érection de pylônes et la pose de lignes de transport d'électricité — Contrat stipulant que l'emprise serait déboisée par d'autres — Emprise mal déboisée — Hydro responsable en dommages-intérêts pour inexécution de contrat.

*Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

Hydro called for tenders to erect transmission towers and string transmission lines. Checo had a representative inspect the area by helicopter before its tender was submitted. The representative noted that the right-of-way had been partially cleared, and also noted evidence of ongoing clearing activity. He assumed that there would be further clearing prior to the commencement of Checo's work. Hydro accepted Checo's tender and the parties entered into a written contract. The tender documents, which were subsequently incorporated in the contract, stated that clearing of the right-of-way would be done by others and formed no part of the work to be performed by Checo. They also stated that it was Checo's responsibility to inform itself of all aspects of the work and that should any errors appear in the tender documents, or should Checo note any conditions conflicting with the letter or spirit of the tender documents, it was Checo's responsibility to obtain clarification before submitting its tender. The tender documents also provided that Checo would satisfy itself of all site conditions and the correctness and sufficiency of the tender for the work and the stipulated prices. In fact, no further clearing of the right-of-way ever took place, and the improper clearing caused Checo a number of difficulties in completing its work.

Checo sued Hydro seeking damages for negligent misrepresentation, or, in the alternative, for breach of contract. The evidence at trial indicated that Hydro had contracted the clearing out to another company, and that, to Hydro's knowledge, the work was not done adequately. There was no direct discussion between the representatives of Checo and Hydro concerning this issue. During the trial Checo amended its statement of claim to include a claim in fraud. The trial judge found that Hydro had acted fraudulently in its dealings with Checo and awarded damages to Checo. Hydro appealed to the Court of Appeal, which rejected the finding of fraud, but found that there had been a negligent misrepresentation which induced Checo to enter into the contract. The Court of Appeal awarded damages for the misrepresentation, but reduced the trial judge's damage award, and referred the question of breach of contract and damages flowing therefrom back to the trial court.

The issues raised by Hydro's appeal are (1) whether a pre-contractual representation which becomes a contractual term can found liability in negligent misrepresentation; (2) if so, whether the terms of the contract operate to exclude Hydro's potential liability for any misrepres-

Hydro a lancé un appel d'offres pour l'érection de pylônes et la pose de lignes de transport d'électricité. Avant que la soumission soit présentée, un représentant de Checo a inspecté les lieux par hélicoptère. Il a observé que l'emprise avait été partiellement déboisée et que des activités de déboisement s'y poursuivaient. Il a donc présumé que l'emprise serait plus amplement déboisée avant que Checo n'entreprene les travaux. Hydro a accepté la soumission de Checo et les parties ont conclu un contrat écrit. Le dossier d'appel d'offres, incorporé par la suite dans le contrat, prévoyait que le déboisement de l'emprise serait effectué par d'autres et ne faisait pas partie du travail que Checo devait exécuter. Il stipulait également qu'il incombat à Checo de se renseigner sur tous les aspects des travaux et que, advenant le cas où il y aurait des erreurs dans le dossier, ou si Checo remarquait des conditions qui venaient en contradiction avec la lettre ou l'esprit du dossier, elle devait obtenir les explications voulues avant de présenter sa soumission. Le dossier d'appel d'offres prévoyait également que Checo devait vérifier l'état des lieux et s'assurer que sa soumission était exacte et complète au regard des travaux et des prix indiqués. Dans les faits, l'emprise n'a jamais fait l'objet d'autres travaux de déboisement et le déboisement incomplet a occasionné à Checo de nombreuses difficultés dans l'exécution des travaux.

Checo a poursuivi Hydro en dommages-intérêts pour déclaration inexacte faite par négligence ou, subsidiairement, pour inexécution de contrat. Il est ressorti de la preuve présentée au procès qu'Hydro avait accordé un sous-contrat de déboisement à une autre compagnie, qui n'avait pas, à sa connaissance, effectué les travaux de façon satisfaisante. Il n'y a pas eu de discussions directes à ce sujet entre les représentants de Checo et d'Hydro. Au cours du procès, Checo a modifié sa déclaration pour y inclure une allégation de fraude. Le juge de première instance a conclu qu'Hydro avait agi frauduleusement dans ses rapports avec Checo et a accordé à celle-ci des dommages-intérêts. Hydro a interjeté appel auprès de la Cour d'appel, qui a rejeté la conclusion relative à la fraude mais a estimé qu'il y avait eu déclaration inexacte faite par négligence ayant amené Checo à conclure le contrat. La Cour d'appel a accordé des dommages-intérêts pour déclaration inexacte, mais a réduit la somme adjugée en première instance et a renvoyé la question de l'inexécution de contrat et des dommages en résultant au tribunal de première instance.

Le pourvoi d'Hydro soulève les questions suivantes: (1) Peut-on se fonder sur une déclaration précontractuelle qui devient une clause du contrat pour conclure à la responsabilité pour déclaration inexacte faite par négligence? (2) Dans l'affirmative, les clauses du con-

sentations; (3) if not, whether Hydro is liable for negligent misrepresentation; and (4) whether there was a breach of contract. Checo's cross-appeal is to determine (1) whether Hydro should be liable for fraudulent misrepresentation and (2) whether the Court of Appeal correctly assessed Checo's damages for negligent misrepresentation.

Held (Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting in part): The appeal should be dismissed and the cross-appeal allowed in part.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: Hydro is liable to Checo for breach of contract. The contract required Hydro to clear the right-of-way as specified and that duty was not negated by the more general clauses relating to errors and misunderstandings in tendering, site conditions and contingencies. Since Hydro did not remove the logs and debris from the right-of-way, it is liable for breach of contract.

The contract does not preclude Checo from suing in tort. The general rule emerging from this Court's decision in *Central Trust Co. v. Rafuse* is that where a given wrong *prima facie* supports an action in contract and in tort, the party may sue in either or both, subject to any limit the parties themselves have placed on that right by their contract. This limitation on the general rule of currency arises because it is always open to parties to limit or waive the duties which the common law would impose on them for negligence. The mere fact that the parties have dealt with a matter expressly in their contract does not mean that they intended to exclude the right to sue in tort. It all depends on how they have dealt with it. In so far as the tort duty is not contradicted by the contract, it remains intact and may be sued upon.

This principle is illustrated by consideration of the three situations that may arise when contract and tort are applied to the same wrong. The first class of case arises where the contract stipulates a more stringent obligation than the general law of tort would impose. In that case, the parties are hardly likely to sue in tort, since they

trat ont-elles néanmoins pour effet d'exclure la responsabilité potentielle d'Hydro pour toute déclaration inexacte? (3) Dans la négative, Hydro est-elle responsable par suite d'une déclaration inexacte faite par négligence? (4) Y a-t-il eu inexécution de contrat? Le pourvoi incident formé par Checo soulève les questions suivantes: (1) Hydro devrait-elle être tenue responsable d'avoir fait une déclaration inexacte et frauduleuse? (2) La Cour d'appel a-t-elle correctement évalué le préjudice subi par Checo par suite de la déclaration inexacte faite par négligence?

Arrêt (les juges Sopinka et Iacobucci sont dissidents en partie): Le pourvoi est rejeté et le pourvoi incident est accueilli en partie.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Hydro est responsable envers Checo en raison d'une inexécution de contrat. Hydro était tenue de déboiser l'emprise comme prévu au contrat et cette obligation n'était pas écartée par les clauses plus générales relatives aux erreurs et aux méprises en ce qui concerne la soumission, l'état des lieux et les imprévus. Étant donné qu'Hydro n'a pas enlevé les billes et les débris de l'emprise, elle est responsable en raison d'une inexécution de contrat.

Le contrat n'empêche pas Checo d'exercer un recours en responsabilité délictuelle. La règle générale qui ressort de l'arrêt de notre Cour *Central Trust Co. c. Rafuse* est que, lorsqu'un préjudice permet à première vue d'établir une action en responsabilité contractuelle et une action en responsabilité délictuelle, la partie peut exercer l'un ou l'autre recours ou les deux, sous réserve de toute restriction que les parties ont elles-mêmes prévue dans leur contrat. Cette restriction à la règle générale de la concomitance est possible parce que les parties peuvent toujours limiter les obligations que la common law leur impose en matière de négligence, ou renoncer à celles-ci. Le simple fait que les parties aient traité d'une question expressément dans leur contrat ne signifie pas qu'elles avaient l'intention d'exclure le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle. Cela dépend de la manière dont elles en ont traité. Dans la mesure où le contrat ne déroge pas à l'obligation en responsabilité délictuelle, celle-ci demeure intacte et elle ouvre droit à un recours.

Ce principe est illustré par l'examen des trois catégories de cas susceptibles de se présenter lorsque les responsabilités contractuelle et délictuelle sont appliquées au même préjudice. La première survient lorsque le contrat prévoit une obligation plus stricte que ne l'imposerait le droit général de la responsabilité délictuelle. Dans

could not recover in tort for the higher contractual duty. The vast majority of commercial transactions fall into this class. The right to sue in tort is not extinguished, however, and may remain important, as where suit in contract is barred by expiry of a limitation period. The second class of case arises where the contract stipulates a lower duty than that which would be presumed by the law of tort in similar circumstances. This occurs when the parties by their contract indicate their intention that the usual liability imposed by the law of tort is not to bind them. The most common means by which such an intention is indicated is the inclusion of a clause of exemption or exclusion of liability in the contract. Generally, the duty imposed by the law of tort can be nullified only by clear terms. The third class of case arises where the duty in contract and the common law duty in tort are co-extensive. In this class of case, like the others, the plaintiff may seek to sue concurrently or alternatively in tort to secure some advantage peculiar to the law of tort, such as a more generous limitation period. The case at bar falls into this third category. Hydro's common law duty not to negligently misrepresent that it would have the right-of-way cleared by others is not excluded by the contract, which confirmed Hydro's obligation to clear the right-of-way.

un tel cas, les parties sont peu susceptibles d'exercer un recours en responsabilité délictuelle puisqu'elles ne pourraient recouvrer de dommages-intérêts relativement à l'obligation contractuelle supérieure. La grande majorité des opérations commerciales s'inscrivent dans cette catégorie. Toutefois, le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle n'est pas éteint, et il peut encore être important, par exemple dans le cas où il est impossible de poursuivre en responsabilité contractuelle parce que la période de prescription est écoulée. La deuxième catégorie se présente lorsque le contrat prévoit une obligation moindre que celle qui découlerait du droit de la responsabilité délictuelle dans des circonstances semblables. Cela se produit lorsque les parties indiquent par leur contrat leur intention de ne pas être liées par la responsabilité qu'impose habituellement le droit de la responsabilité délictuelle. La façon la plus courante d'indiquer cette intention est l'inclusion d'une clause d'exemption ou d'exclusion de responsabilité dans le contrat. En règle générale, l'obligation qu'impose le droit de la responsabilité délictuelle ne peut être annulée que par des conditions claires. La troisième survient lorsque l'obligation contractuelle et l'obligation de common law en responsabilité délictuelle coïncident. Dans cette catégorie, comme dans les autres, le demandeur peut chercher à intenter une action de façon concourante ou subsidiaire en responsabilité délictuelle pour obtenir un certain avantage particulier au droit de la responsabilité délictuelle, comme un délai de prescription plus généreux. L'espèce s'inscrit dans cette troisième catégorie. L'obligation de common law d'Hydro de ne pas déclarer de façon inexacte et par négligence que l'emprise serait déboisée par d'autres n'est pas écartée par le contrat, qui confirmait l'obligation d'Hydro de déboiser l'emprise.

g

The availability of concurrent liability in contract and tort should not be predicated on whether the contractual term is express or implied. Using the express-implied distinction as a basis for determining whether there is a right to sue in tort poses a number of problems. The law has always treated express and implied terms as being equivalent in effect, and it is difficult to distinguish between them in some cases. It is not evident that if parties to a contract choose to include an express term in the contract dealing with a particular duty relevant to the contract, they intended to oust the availability of tort remedies in respect of that duty. Finally, the test will be difficult to apply in situations where the express contractual term does not exactly overlap the tort duty. Neither principle, the authorities nor the needs of contracting parties support the conclusion that dealing with

La concurrence de la responsabilité contractuelle et délictuelle ne devrait pas être fondée sur le fait que la condition du contrat est expresse ou implicite. Un certain nombre de problèmes découlent de l'utilisation de la distinction entre conditions expresses et implicites pour déterminer s'il existe un droit d'exercer un recours en responsabilité délictuelle. Le droit a toujours considéré les conditions expresses et implicites comme ayant un effet équivalent, et il est difficile d'établir une distinction entre elles dans certains cas. Il n'est pas évident que, si les parties choisissent d'inscrire dans le contrat une condition expresse qui traite d'une obligation particulière pertinente, elles ont l'intention d'éliminer la possibilité des recours en responsabilité délictuelle relativement à cette obligation. Enfin, le critère sera difficile à appliquer dans les cas où la condition contractuelle

a matter by an express contract term will, in itself, categorically exclude the right to sue in tort.

The contract did not limit the duty of care owed by Hydro to Checo, nor did Checo waive its common law right to bring such tort actions as might be open to it. Checo is thus entitled to claim against Hydro in tort.

In situations of concurrent liability in tort and contract it would seem anomalous to award a different level of damages for what is essentially the same wrong on the sole basis of the form of action chosen, though particular circumstances or policy may dictate such a course.

Checo is entitled to be compensated for all reasonably foreseeable loss caused by the tort. The Court of Appeal was justified in finding that had the misrepresentation not been made, Checo would have entered into the contract, but with a higher bid. It was of the view that Checo would have increased its bid by an amount equal to the cost of the extra work made necessary by the improperly cleared work site plus profit and overhead. To compensate only for the direct costs of clearing, however, is to suggest that the only tort was the failure to clear. The real fault is that Hydro misrepresented the situation and Checo may have relied on that representation in performing its other obligations under the contract. Having to devote its resources to that extra work might have prevented Checo from meeting its original schedule, thereby resulting in Checo incurring acceleration costs in order to meet the contract completion date. Such costs would also arguably be reasonably foreseeable. The matter should be referred back to the trial court for determination of whether any such indirect losses were the foreseeable result of the misrepresentation.

The breach of contract claims should be referred to the trial court for determination. Checo is to be put in the position it would be in had the work site been cleared properly, and is therefore to be reimbursed for all expenses incurred as a result of the breach of con-

expresse ne chevauche pas exactement l'obligation en responsabilité délictuelle. Ni le principe, ni la jurisprudence ou la doctrine, ni les besoins des parties contractantes n'appuient la conclusion que le seul fait de traiter d'une question par une condition contractuelle expresse écartera de façon catégorique le droit d'exercer un recours en responsabilité délictuelle.

Le contrat ne restreignait pas l'obligation de diligence d'Hydro envers Checo, et Checo n'a pas non plus renoncé à son droit de common law d'intenter les actions en responsabilité délictuelle dont elle pouvait disposer. Checo a donc le droit d'exercer contre Hydro un recours en responsabilité délictuelle.

Dans des cas de responsabilité concomitante en matière délictuelle et contractuelle, il ne semblerait pas normal d'accorder des montants différents de dommages-intérêts pour ce qui constitue essentiellement le même préjudice sur le seul fondement de la forme d'action choisie, bien que des circonstances particulières ou des raisons de principe puissent dicter une telle façon de faire.

Checo a droit à être indemnisée de toutes les pertes raisonnablement prévisibles causées par le délit. La Cour d'appel était justifiée de dire que, si la déclaration inexacte n'avait pas été faite, Checo aurait conclu le contrat, mais à un prix plus élevé. Elle était d'avis que Checo aurait augmenté le montant de sa soumission du coût des travaux additionnels rendus nécessaires par le déboisement incomplet des lieux, plus les bénéfices et les frais généraux. Toutefois, accorder une indemnisation seulement pour les coûts directs de déboisement équivaut à dire que le délit consistait simplement à ne pas avoir déboisé. La véritable faute est qu'Hydro a fait une déclaration inexacte concernant la situation et que Checo peut s'être fiée à cette déclaration pour exécuter ses autres obligations découlant du contrat. Le fait de devoir consacrer ses ressources à ces travaux additionnels peut avoir empêché Checo de respecter son calendrier initial, entraînant ainsi des coûts d'accélération des travaux pour lui permettre de suivre les échéances. On pourrait dire que ces coûts sont raisonnablement prévisibles. La question devrait être renvoyée au tribunal de première instance pour qu'il détermine si ces pertes indirectes étaient le résultat prévisible de la déclaration inexacte.

Les demandes fondées sur l'inexécution de contrat devraient être renvoyées au tribunal de première instance. Checo doit être placée dans la situation qui aurait été la sienne si les lieux avaient été déboisés de façon adéquate, et elle doit donc recouvrer tous les frais

tract, whether expected or not, except to the extent that those expenses may have been so unexpected that they are too remote to be compensable for breach of contract. The damages in contract would thus include not only the costs flowing directly from the improperly cleared work site, but also consequent indirect costs such as acceleration costs due to delays in construction.

There was no evidence of an intention on the part of Hydro to deceive, and the Court of Appeal therefore correctly concluded that Hydro should not be liable for fraudulent misrepresentation.

Per Sopinka and Iacobucci JJ. (dissenting in part): In the circumstances of the case, Hydro may be liable in contract for the representations which Checo complains of, but it cannot be liable in tort. While as a general rule, the existence of a contract between two parties does not preclude the existence of a common law duty of care, contractual exclusion or limitation clauses can operate either to exclude or limit liability, or to limit the duty owed by one party to the other, whether in contract or in tort. In neither case will the plaintiff be permitted to use an action in tort to circumvent the limitation of liability or of duty in the contract. The contractual relationship can bring the parties into sufficient proximity to give rise to a duty of care, but no duty of care in tort can be concurrent with a duty of care created by an express term of the contract. If the duty is defined by an express term of the contract, the plaintiff will be confined to whatever remedies are available in the law of contract. A claim in tort is not foreclosed in all circumstances, however. A contextual approach should be adopted which takes into account the context in which the contract is made, and the position of the parties with respect to one another. The policy reasons in favour of the rule are strongest where the contractual context is commercial and the parties are of equal bargaining power. Here there is no question of unconscionability or inequality of bargaining power. If such issues, or others analogous to them, were to arise, however, a court should be wary not to exclude too rapidly a duty of care in tort on the basis of an express term of the contract, especially if the end result for the plaintiff would be a wrong without a remedy.

engagés par suite de l'inexécution de contrat, prévus ou non, sauf dans la mesure où ces frais étaient si imprévus qu'ils sont trop indirects pour faire l'objet d'un remboursement pour inexécution de contrat. Les dommages-intérêts en matière contractuelle comprendraient ainsi non seulement les frais découlant directement du déboisement incomplet des lieux, mais aussi les frais indirects corollaires comme les frais d'accélération des travaux entraînés par les retards dans la construction.

b Il n'y avait aucun élément de preuve d'une intention de tromper de la part d'Hydro, et la Cour d'appel a donc eu raison de conclure qu'Hydro ne devrait pas être tenue responsable d'avoir fait une déclaration inexacte et frauduleuse.

c *Les juges Sopinka et Iacobucci (dissidents en partie):* Dans les circonstances, Hydro peut encourir une responsabilité contractuelle pour les déclarations que Checo lui reproche, mais elle ne peut encourir de responsabilité délictuelle. En règle générale, le fait que deux parties soient liées par contrat n'empêche pas l'existence d'une obligation de diligence en common law; toutefois, les clauses contractuelles d'exclusion ou de limitation peuvent avoir pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité, ou encore de limiter les obligations qu'une des parties a envers l'autre, qu'elles soient de nature contractuelle ou délictuelle. Dans l'un ou l'autre cas, il ne sera pas permis au demandeur de se servir du recours en responsabilité délictuelle pour contourner la limitation de la responsabilité ou des obligations prévue au contrat. Il peut résulter des liens contractuels existant entre les parties des rapports suffisamment étroits pour donner naissance à une obligation de diligence, mais une obligation de diligence en matière délictuelle ne pourra coexister avec une autre créée expressément par le contrat. Si l'obligation est expressément prévue au contrat, les recours du demandeur seront limités à ceux prévus par le droit des contrats. Toutefois, un recours en responsabilité délictuelle n'est pas exclu dans tous les cas. On devrait adopter une méthode permettant de tenir compte du contexte dans lequel le contrat est intervenu, ainsi que de la position des parties l'une par rapport à l'autre. C'est dans un contexte commercial où les parties ont un pouvoir de négociation égal que la règle a le plus sa raison d'être. En l'espèce, il n'est pas question d'iniquité ni de pouvoir de négociation inégal. Si ces questions ou d'autres semblables devaient être soulevées, le tribunal devrait se garder d'exclure trop rapidement l'existence d'une obligation de diligence en matière délictuelle en invoquant une condition expresse du contrat, surtout si cela signifiait l'absence de recours pour le demandeur lésé.

An action for negligent misrepresentation will survive the making of a contract between the parties. As in other areas of negligence, the plaintiff may have the option of concurrent actions in tort and contract. Here, however, the duty imposed in tort on Hydro by the clause in the tender documents is co-extensive with the duty imposed in contract by the express clause in the contract. Consequently, subject to any overriding considerations arising from the context in which the transaction occurred, Checo is limited to whatever remedies may be available to it in contract for Hydro's breach of the contract. An assessment of the context strengthens the conclusion that Checo should be limited to any remedies that might be available to it under the contract. This transaction occurred in a commercial context. The parties are both large corporations, and there is no allegation or indication of any inequality of bargaining power or unconscionability. As well, the contract which was concluded by the parties was included as part of the tender documents. Checo knew when it was preparing its bid that if its bid were accepted, the representation as to the condition of the right-of-way would be a term of the contract. Checo knew, or ought to have known, that disputes as to the condition of the right-of-way would potentially be governed by the contract.

There is no clause in the contract or in the tender documents which serves either to limit or exclude Hydro's liability for the representation the contract contained. Hydro breached the express term of the contract that the right-of-way would be cleared and is accordingly liable for damages, which should be assessed at the new trial.

There was insufficient evidence to support a finding of deceit. The Court of Appeal properly concluded that Hydro should not be liable for fraudulent misrepresentation.

Cases Cited

By La Forest and McLachlin JJ.

Considered: *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; **referred to:** *Forbes v. Git*, [1922] 1 A.C. 256 (P.C.), rev'd (1921), 62 S.C.R. 1; *Hassard v. Peace River Co-operative Seed Growers Association Ltd.*, [1954] 2 D.L.R. 50; *Cotter v. General Petroleums Ltd.*, [1951] S.C.R. 154; *Dyck v. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 589; *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555; *Canadian Indemnity Co. v. Andrews & George Co.*,

L'action pour déclaration inexacte faite par négligence survivra à la conclusion d'un contrat entre les parties. Comme dans d'autres domaines de la négligence, il se peut que le demandeur dispose de recours concomitants en matière contractuelle et délictuelle. Toutefois, en l'espèce, l'obligation en responsabilité délictuelle imposée à Hydro par la clause du dossier d'appel d'offres coïncide avec l'obligation d'ordre contractuel imposée par la clause expresse du contrat. Par conséquent, sous réserve de toute considération prépondérante résultant du contexte dans lequel l'entente est intervenue, les recours de Checo se limitent à ceux qui découlent du droit des contrats en cas d'inexécution du contrat par Hydro. L'analyse du contexte vient renforcer la conclusion que les recours de Checo doivent être limités à ceux dont elle dispose en vertu du contrat. L'entente s'inscrivait dans un contexte commercial. Les parties sont deux grandes entreprises et il n'y a pas eu d'allégation ou d'indication d'inégalité dans la négociation ni d'iniquité. En outre, le contrat conclu par les parties faisait partie du dossier d'appel d'offres. Checo savait, au moment de préparer sa soumission que, si celle-ci était acceptée, la déclaration relative à la condition de l'entreprise deviendrait une clause du contrat. Checo savait, ou aurait dû savoir, que tout litige concernant l'état de l'entreprise serait assujetti au contrat.

Il n'y a pas de clause au contrat ou au dossier d'appel d'offres susceptible de limiter ou d'exclure la responsabilité d'Hydro quant à la déclaration contenue dans le contrat. Hydro a violé la condition expresse du contrat selon laquelle l'entreprise serait déboisée, et elle est donc tenue responsable des dommages-intérêts, qui devraient être évalués au cours d'un nouveau procès.

Les éléments de preuve présentés ne suffisaient pas à étayer une conclusion de dol. La Cour d'appel a à bon droit conclu qu'Hydro ne devait pas être tenue responsable par suite d'une déclaration inexacte et frauduleuse.

Jurisprudence

Citée par les juges La Forest et McLachlin

Arrêt examiné: *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; **arrêts mentionnés:** *Forbes c. Git*, [1922] 1 A.C. 256 (P.C.), inf. (1921), 62 R.C.S. 1; *Hassard c. Peace River Co-operative Seed Growers Association Ltd.*, [1954] 2 D.L.R. 50; *Cotter c. General Petroleums Ltd.*, [1951] R.C.S. 154; *Dyck c. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 589; *Elder, Dempster & Co. c. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *Lister c. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555; *Canadian Indemnity Co. c. Andrews & George Co.*,

[1953] 1 S.C.R. 19; *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385 (Ont. C.A.), aff'd *sub nom. Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346; *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554; *Jarvis v. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 3 S.C.R. 3; *Asamer Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228.

By Iacobucci J. (dissenting in part)

Considered: *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; **referred to:** *K.R.M. Construction Ltd. v. British Columbia Railway Co.* (1981), 18 C.L.R. 159 (B.C.S.C.), aff'd in part (1982), 18 C.L.R. 159 (B.C.C.A.); *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.* (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 1, aff'd [1991] 3 S.C.R. 3; *Catre Industries Ltd. v. Alberta* (1989), 99 A.R. 321 (C.A.), leave to appeal refused, [1990] 1 S.C.R. vi; *University of Regina v. Pettick* (1991), 90 Sask. R. 241; *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 193; *Pittman v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1990), 76 D.L.R. (4th) 320; *Clark v. Naqvi* (1989), 99 N.B.R. (2d) 271; *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5; *Leame v. Bray* (1803), 3 East 593, 102 E.R. 724; *Bretherton v. Wood* (1821), 3 Brod. & B. 54, 129 E.R. 1203; *Boorman v. Brown* (1842), 3 Q.B. 511 (Ex. Ch.), 114 E.R. 603, aff'd *sub nom. Brown v. Boorman* (1844), 11 Cl. & Fin. 1 (H.L.), 8 E.R. 1003; *Jarvis v. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399; *Groom v. Crocker*, [1939] 1 K.B. 194; *Bagot v. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197; *Williamson v. Allison* (1802), 2 East. 446, 102 E.R. 432; *Legge v. Tucker* (1856), H. & N. 500, 156 E.R. 1298; *Turner v. Stallibrass*, [1898] 1 Q.B. 56; *Edwards v. Mallan*, [1908] 1 K.B. 1002; *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769; *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385; *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554; *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *New Brunswick Telephone Co. v. John Maryon International Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 469; *V.K. Mason Construction Ltd. v. Bank of Nova Scotia*, [1985] 1 S.C.R. 271; *ITO—International Terminal*

[1953] 1 R.C.S. 19; *Dominion Chain Co. c. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385 (C.A. Ont.), conf. *sub nom. Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 R.C.S. 1346; *Batty c. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554; *Jarvis c. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3; *Asamer Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228.

Citée par le juge Iacobucci (dissident en partie)

Arrêt examiné: *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; **arrêts mentionnés:** *K.R.M. Construction Ltd. c. British Columbia Railway Co.* (1981), 18 C.L.R. 159 (C.S.C.-B.), conf. en partie par (1982), 18 C.L.R. 159 (C.A.C.-B.); *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Canadian National Railway Co.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Canadian National Railway Co.* (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 1, conf. par [1991] 3 R.C.S. 3; *Catre Industries Ltd. c. Alberta* (1989), 99 A.R. 321 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1990] 1 R.C.S. vi; *University of Regina c. Pettick* (1991), 90 Sask. R. 241; *Fletcher c. Manitoba Public Insurance Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 193; *Pittman c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1990), 76 D.L.R. (4th) 320; *Clark c. Naqvi* (1989), 99 R.N.-B. (2e) 271; *Esso Petroleum Co. c. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5; *Leame c. Bray* (1803), 3 East 593, 102 E.R. 724; *Bretherton c. Wood* (1821), 3 Brod. & B. 54, 129 E.R. 1203; *Boorman c. Brown* (1842), 3 Q.B. 511 (Ex. Ch.), 114 E.R. 603, conf. *sub nom. Brown c. Boorman* (1844), 11 Cl. & Fin. 1 (H.L.), 8 E.R. 1003; *Jarvis c. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399; *Groom c. Crocker*, [1939] 1 K.B. 194; *Bagot c. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197; *Williamson c. Allison* (1802), 2 East. 446, 102 E.R. 432; *Legge c. Tucker* (1856), H. & N. 500, 156 E.R. 1298; *Turner c. Stallibrass*, [1898] 1 Q.B. 56; *Edwards c. Mallan*, [1908] 1 K.B. 1002; *Elder, Dempster & Co. c. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769; *Dominion Chain Co. c. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385; *Batty c. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554; *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *New Brunswick Telephone Co. c. John Maryon International Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 469; *V.K. Mason Construction Ltd. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1985] 1 R.C.S.

Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc., [1986] 1 S.C.R. 752; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Hall v. Brooklands Auto Racing Club*, [1933] 1 K.B. 205; *Peters v. Parkway Mercury Sales Ltd.* (1975), 10 N.B.R. (2d) 703; *Carman Construction Ltd. v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1982] 1 S.C.R. 958; *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87; *Derry v. Peek* (1889), 14 App. Cas. 337; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Heilbut, Symons & Co. v. Buckleton*, [1913] A.C. 30; *De Vall v. Gorman, Clancey & Grindley Ltd.* (1919), 58 S.C.R. 259; *Kinsman v. Kinsman* (1912), 3 O.W.N. 966; *Howse v. Quinnell Motors Ltd.*, [1952] 2 D.L.R. 425; *Chapman v. Warren*, [1936] O.R. 145; *Gardner v. Merker* (1918), 43 O.L.R. 411; *Kennedy v. Anderson* (1919), 50 D.L.R. 105; *Gilmour v. Trustee Co. of Winnipeg*, [1923] 3 W.W.R. 177; *Thurston v. Streilen* (1950), 59 Man. R. 55; *Scholte v. Richardson*, [1951] O.R. 58; *Candler v. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426; *Cann v. Willson* (1888), 39 Ch. D. 39; *Heaven v. Pender* (1883), 11 Q.B.D. 503; *George v. Skivington* (1869), L.R. 5 Ex. 1; *Clark v. Kirby-Smith*, [1964] 2 All E.R. 835; *Kingu v. Walmar Ventures Ltd.* (1986), 38 C.C.L.T. 51.

271; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Hall c. Brooklands Auto Racing Club*, [1933] 1 K.B. 205; *Peters c. Parkway Mercury Sales Ltd.* (1975), 10 N.B.R. (2d) 703; *Carman Construction Ltd. c. Compagnie de chemin de fer canadien du Pacifique*, [1982] 1 R.C.S. 958; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87; *Derry c. Peek* (1889), 14 App. Cas. 337; *Nocton c. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Heilbut, Symons & Co. c. Buckleton*, [1913] A.C. 30; *De Vall c. Gorman, Clancey & Grindley Ltd.* (1919), 58 R.C.S. 259; *Kinsman c. Kinsman* (1912), 3 O.W.N. 966; *Howse c. Quinnell Motors Ltd.*, [1952] 2 D.L.R. 425; *Chapman c. Warren*, [1936] O.R. 145; *Gardner c. Merker* (1918), 43 O.L.R. 411; *Kennedy c. Anderson* (1919), 50 D.L.R. 105; *Gilmour c. Trustee Co. of Winnipeg*, [1923] 3 W.W.R. 177; *Thurston c. Streilen* (1950), 59 Man. R. 55; *Scholte c. Richardson*, [1951] O.R. 58; *Candler c. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426; *Cann c. Willson* (1888), 39 Ch. D. 39; *Heaven c. Pender* (1883), 11 Q.B.D. 503; *George c. Skivington* (1869), L.R. 5 Ex. 1; *Clark c. Kirby-Smith*, [1964] 2 All E.R. 835; *Kingu c. Walmar Ventures Ltd.* (1986), 38 C.C.L.T. 51.

e

Authors Cited

- Baker, J. H. *An Introduction to English Legal History*. London: Butterworths, 1979.
- Blom, Joost. "Remedies in Tort and Contract: Where is the Difference?". In Jeffrey Berryman, ed., *Remedies: Issues and Perspectives*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991, 395.
- Chitty on Contracts*, vol. I, 26th ed. By A. G. Guest. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Fifoot, C. H. S. *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract*. London: Stevens & Sons, 1949.
- French, Christine. "The Contract/Tort Dilemma" (1983), 5 *Otago L. Rev.* 236.
- Fuller, L. L., and W. R. Purdue, "The Reliance Interest in Contract Damages" (1936-37), 46 *Yale L.J.* 52 and 373.
- Johnson, Howard. "Contract and Tort: Orthodoxy Reasserted!" (1990), 9 *Int'l Banking L.* 306.
- Lewison, Kim. *The Interpretation of Contracts*. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- McLachlin, Beverley M., and Wilfred J. Wallace. *The Canadian Law of Architecture and Engineering*. Toronto: Butterworths, 1987.

Doctrine citée

- Baker, J. H. *An Introduction to English Legal History*. London: Butterworths, 1979.
- Blom, Joost. «Remedies in Tort and Contract: Where is the Difference?». In Jeffrey Berryman, ed., *Remedies: Issues and Perspectives*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991, 395.
- Chitty on Contracts*, vol. I, 26th ed. By A. G. Guest. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Fifoot, C. H. S. *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract*. London: Stevens & Sons, 1949.
- French, Christine. «The Contract/Tort Dilemma» (1983), 5 *Otago L. Rev.* 236.
- Fuller, L. L., and W. R. Purdue, «The Reliance Interest in Contract Damages» (1936-37), 46 *Yale L.J.* 52 and 373.
- Johnson, Howard. «Contract and Tort: Orthodoxy Reasserted!» (1990), 9 *Int'l Banking L.* 306.
- Lewison, Kim. *The Interpretation of Contracts*. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- McLachlin, Beverley M., and Wilfred J. Wallace. *The Canadian Law of Architecture and Engineering*. Toronto: Butterworths, 1987.

McLauchlan, D. W. "Assessment of Damages for Misrepresentations Inducing Contracts" (1987), 6 *Otago L. Rev.* 370.

McLauchlan, D. W. "Pre-Contract Negligent Misrepresentation" (1977), 4 *Otago L. Rev.* 23.

APPEAL and **CROSS-APPEAL** from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 145, 4 C.C.L.T. (2d) 161, 41 C.L.R. 1, [1990] 3 W.W.R. 690, reversing in part a judgment of Cohen J. (1988), 10 A.C.W.S. (3d) 312, [1988] B.C.D. Civ. 971-01, [1988] B.C.W.L.D. 2324, awarding damages for fraudulent misrepresentation. Appeal dismissed and cross-appeal allowed in part, Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting in part.

Glenn A. Urquhart, Arthur M. Grant and Gordon D. Phillips, for British Columbia Hydro and Power Authority.

Donald J. Sorochan, Q.C., Meredith A. Quartermain and Mari A. Worfolk, for BG Checo International Ltd.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

LA FOREST AND MCLACHLIN JJ.—We have had the advantage of reading the reasons of our colleague Justice Iacobucci. We agree with his conclusion that Hydro is liable to Checo for breach of contract. We disagree, however, with his conclusion that the contract precludes Checo from suing in tort. In our view, our colleague's approach would have the effect of eliminating much of the rationalizing thrust behind the movement towards concurrency in tort and contract. Rather than attempting to establish new barriers to tort liability in contractual contexts, the law should move towards the elimination of unjustified differences between the remedial rules applicable to the two actions, thereby reducing the significance of the existence of the two different forms of action and

McLauchlan, D. W. «Assessment of Damages for Misrepresentations Inducing Contracts» (1987), 6 *Otago L. Rev.* 370.

McLauchlan, D. W. «Pre-Contract Negligent Misrepresentation» (1977), 4 *Otago L. Rev.* 23.

POURVOI et **POURVOI INCIDENT** contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 145, 4 C.C.L.T. (2d) 161, 41 C.L.R. 1, [1990] 3 W.W.R. 690, qui a infirmé en partie un jugement du juge Cohen (1988), 10 A.C.W.S. (3d) 312, [1988] B.C.D. Civ. 971-01, [1988] B.C.W.L.D. 2324, qui avait accordé des dommages-intérêts pour déclaration inexacte et frauduleuse. Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli en partie, les juges Sopinka et Iacobucci sont dissidents en partie.

Glenn A. Urquhart, Arthur M. Grant et Gordon D. Phillips, pour British Columbia Hydro and Power Authority.

Donald J. Sorochan, c.r., Meredith A. Quartermain et Mari A. Worfolk, pour BG Checo International Ltd.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendu par

LES JUGES LA FOREST ET MCLACHLIN—Nous avons eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de notre collègue le juge Iacobucci. Nous souscrivons à sa conclusion qu'Hydro est responsable envers Checo en raison d'une inexécution de contrat. Toutefois, nous ne partageons pas sa conclusion que le contrat empêche Checo d'exercer un recours en responsabilité délictuelle. À notre avis, la façon de voir de notre collègue aurait pour effet d'annuler en bonne partie la tendance à la rationalisation qui est derrière le mouvement vers la concorde en matière délictuelle et contractuelle. Au lieu de tenter d'établir de nouveaux obstacles à la responsabilité délictuelle dans des contextes contractuels, le droit devrait tendre à l'élimination des différences injustifiées entre les règles relatives aux redressements applicables aux deux actions, ce qui réduirait l'importance de l'existence des deux formes d'action différentes et permettrait à un per-

allowing a person who has suffered a wrong full access to all relevant legal remedies.

The facts have been fully set out by our colleague and need not be repeated. The tender documents (subsequently incorporated in the contract) stated that clearing of the right-of-way would be done by others and formed no part of the work to be performed by Checo. The tender documents and contract documents also stated that it was Checo's responsibility to inform itself of all aspects of the work and that should any errors appear in the tender documents, or should Checo note any conditions conflicting with the letter or spirit of the tender documents, it was the responsibility of Checo to obtain clarification before submitting its tender. The tender documents also provided that Checo would satisfy itself of all site conditions and the correctness and sufficiency of the tender for the work and the stipulated prices.

Checo argues that the right-of-way was not properly cleared and that the statement in the tender documents and the contract that it had been cleared constituted a breach of contract and negligent misrepresentation.

Hydro argues first that it carried out the clearing required by clause 6.01.03 of the contract, and second, that in any event it was up to Checo to satisfy itself that the site was adequately cleared before tendering. In other words, if there was ambiguity as to what was meant by "cleared" Checo had assumed the risk of clearing which might not meet its expectations.

The trial judge found Hydro liable for the tort of deceit. The Court of Appeal found that the evidence fell short of supporting that finding, there being no evidence of intention to deceive. That conclusion cannot seriously be contested and Checo's cross-appeal on the issue of fraudulent misrepresentation must accordingly be dismissed. The only issues therefore are whether claims lie in

sonne qui a subi un préjudice d'avoir accès à tous les redressements judiciaires pertinents.

Notre collègue a présenté les faits de manière détaillée et il n'est pas nécessaire de les répéter. Le dossier d'appel d'offres (incorporé par la suite dans le contrat) prévoyait que le déboisement de l'emprise serait effectué par d'autres et ne faisait pas partie du travail que Checo devait exécuter. Le dossier d'appel d'offres et le contrat stipulaient également qu'il incombaît à Checo de se renseigner sur tous les aspects des travaux et que, devant le cas où il y aurait des erreurs dans le dossier, ou si Checo remarquait des conditions qui venaient en contradiction avec la lettre ou l'esprit du dossier, elle devait obtenir les explications voulues avant de présenter sa soumission. Le dossier d'appel d'offres prévoyait également que Checo devait vérifier l'état des lieux et s'assurer que sa soumission était exacte et complète au regard des travaux et des prix indiqués.

Checo soutient que l'emprise n'a pas été correctement déboisée et que la déclaration contenue dans le dossier d'appel d'offres et dans le contrat selon laquelle elle l'avait été constitue une inexécution du contrat et une déclaration inexacte faite par négligence.

Hydro soutient, premièrement, qu'elle a effectué le déboisement exigé par la clause 6.01.03 du contrat et, deuxièmement, que de toute façon il incombaît à Checo de s'assurer que les lieux avaient été correctement déboisés avant de présenter sa soumission. En d'autres termes, s'il y avait ambiguïté quant à la signification du terme «déboisé», Checo avait assumé le risque d'un déboisement qui risquait de ne pas satisfaire à ses attentes.

Le juge de première instance a conclu qu'Hydro était responsable du délit civil de dol. La Cour d'appel a conclu que cette conclusion n'est pas étayée par la preuve puisqu'il n'y avait aucun élément de preuve de l'intention de tromper. Cette conclusion ne peut être sérieusement contestée et le pourvoi incident de Checo sur la question de la déclaration inexacte et frauduleuse doit donc être rejeté. Par conséquent, les seules questions soulevées sont de savoir s'il peut y avoir des recours en

contract and tort and if so, what is the measure of damages.

The Claim in Contract

The parties chose to set out their respective rights and obligations in the contract they signed. They chose to incorporate the tender documents into the contract. Thus all rights and obligations flowing from the tender documents onward are set by the parties' own agreement.

It follows that a court, in assessing the rights and obligations of the parties, must commence with the contract. It must look to what the parties themselves had to say about those rights and obligations.

This brings us to construction of the contract. The problem is that of reconciling provisions in the contract which are said to be inconsistent. One, the provision that placed on Hydro the obligation of clearing the right-of-way, was specific. Clause 6.01.03 stated that “[c]learing of the right-of-way and foundation installation has been carried out by others and will not form part of this Contract.” It went on to state a limited exception for two areas, again drafted in specific terms: “Standing trees and brush have not been removed from the right-of-way in certain valley and gully crossings.” The other relevant provisions are the general provisions placing on Checo the responsibility for any misunderstandings as to the conditions of the work or errors in the tender documents (clause 2.03), and for satisfying itself before bidding as to site conditions, quantities of work, etc., and requiring it to “obtain all necessary information as to risks, contingencies, and other circumstances which may influence or affect [its] Tender” (clause 4.04).

It is a cardinal rule of the construction of contracts that the various parts of the contract are to be interpreted in the context of the intentions of the

responsabilité contractuelle et en responsabilité délictuelle et, le cas échéant, quel est le montant des dommages-intérêts.

a Le recours en responsabilité contractuelle

Les parties ont choisi d'énoncer leurs droits et obligations respectifs dans le contrat qu'elles ont signé. Elles ont choisi d'incorporer le dossier d'appel d'offres dans le contrat. Ainsi, tous les droits et obligations susceptibles de découler du dossier d'appel d'offres sont établis par l'entente entre les parties.

Il en découle qu'un tribunal doit d'abord se fonder sur le contrat pour évaluer les droits et les obligations des parties. Il doit tenir compte de ce que les parties elles-mêmes ont dit à ce sujet.

Cela nous amène à l'interprétation du contrat. Le problème est de concilier des dispositions du contrat qui seraient incompatibles. L'une d'elles, la disposition qui imposait à Hydro l'obligation de déboiser l'emprise, était explicite. La clause 6.01.03 prévoyait que [TRADUCTION] «[l]e déboisement de l'emprise et l'installation des fondations ont été faits par d'autres et ne feront pas partie du présent contrat». Elle prévoyait également une exception qui visait deux domaines, encore une fois rédigée en termes explicites: [TRADUCTION] «Les arbres sur pied et les broussailles n'ont pas été enlevés de l'emprise dans certaines vallées et ravins.» Les autres dispositions pertinentes sont les dispositions générales en vertu desquelles Checo est responsable de toute méprise quant aux conditions d'exécution des travaux ou des erreurs dans le dossier d'appel d'offres (clause 2.03), et est tenue de se renseigner, avant de présenter sa soumission, sur les conditions des lieux, la quantité des travaux, etc., et d'[TRADUCTION] «obtenir tous les renseignements pertinents quant aux risques, imprévus et autres circonstances susceptibles d'avoir une incidence sur sa soumission» (clause 4.04).

Il existe une règle primordiale en interprétation des contrats selon laquelle les diverses parties du contrat doivent être interprétées dans le contexte

parties as evident from the contract as a whole: K. Lewison, *The Interpretation of Contracts* (1989), at p. 124; *Chitty on Contracts* (26th ed. 1989), vol. I, at p. 520. Where there are apparent inconsistencies between different terms of a contract, the court should attempt to find an interpretation which can reasonably give meaning to each of the terms in question. Only if an interpretation giving reasonable consistency to the terms in question cannot be found will the court rule one clause or the other ineffective: *Chitty on Contracts, supra*, at p. 526; Lewison, *supra*, at p. 206; *Git v. Forbes* (1921), 62 S.C.R. 1, *per* Duff J. (as he then was), dissenting, at p. 10, rev'd [1922] 1 A.C. 256; *Hassard v. Peace River Co-operative Seed Growers Association Ltd.*, [1954] 2 D.L.R. 50 (S.C.C.), at p. 54. In this process, the terms will, if reasonably possible, be reconciled by construing one term as a qualification of the other term: *Forbes v. Git*, [1922] 1 A.C. 256; *Cotter v. General Petroleum Ltd.*, [1951] S.C.R. 154. A frequent result of this kind of analysis will be that general terms of a contract will be seen to be qualified by specific terms—or, to put it another way, where there is apparent conflict between a general term and a specific term, the terms may be reconciled by taking the parties to have intended the scope of the general term to not extend to the subject-matter of the specific term.

Approaching the matter in this way, the provisions referred to above are capable of reconciliation. The parties agreed that Hydro should bear the responsibility of clearing the right-of-way. The only exception was as to the removal of trees and debris in certain valley and gully crossings. The general obligation of Checo for misunderstandings and errors in the tender documents and for satisfying itself as to the site, the work and all contingencies must not have been intended to negate the specific obligation for clearing which the contract placed squarely on the shoulders of Hydro. The failure to discharge that responsibility was not a “misunderstanding” or “error” in the tender documents within clause 2.03. Nor was it relevant to the tenderer’s inspection of the site or responsibil-

de l’intention des parties qui ressort de l’ensemble du contrat: K. Lewison, *The Interpretation of Contracts* (1989), à la p. 124; *Chitty on Contracts* (26^e éd. 1989), vol. I, à la p. 520. Lorsque des incompatibilités ressortent entre différentes conditions d’un contrat, le tribunal doit tenter de trouver une interprétation qui peut raisonnablement attribuer un sens à chacune des conditions en question. Le tribunal ne conclura à l’inapplicabilité d’une clause que s’il ne peut trouver une interprétation qui en rend les conditions raisonnablement compatibles: *Chitty on Contracts, op. cit.*, à la p. 526; Lewison, *op. cit.*, à la p. 206; *Git c. Forbes* (1921), 62 R.C.S. 1, le juge Duff (plus tard Juge en chef), dissident, à la p. 10, inf. par [1922] 1 A.C. 256; *Hassard c. Peace River Co-operative Seed Growers Association Ltd.*, [1954] 2 D.L.R. 50 (C.S.C.), à la p. 54. Dans ce processus, les conditions seront conciliées, dans la mesure du possible, par l’interprétation de l’une comme étant une restriction de l’autre: *Forbes c. Git*, [1922] 1 A.C. 256; *Cotter c. General Petroleum Ltd.*, [1951] R.C.S. 154. Il résulte fréquemment de ce genre d’analyse que des conditions générales d’un contrat seront considérées comme restreintes par des conditions spécifiques — ou, autrement dit, lorsqu’il y a apparence de conflit entre une condition générale et une condition explicite, elles peuvent être conciliées si l’on considère que les parties ont voulu que la condition générale ne s’applique pas à l’objet de la condition spécifique.

Si l’on examine la question de cette manière, les dispositions mentionnées précédemment peuvent être conciliées. Les parties ont convenu qu’Hydro se chargerait du déboisement de l’emprise. La seule exception visait l’enlèvement d’arbres et de débris dans certaines vallées et ravins. L’obligation générale de Checo en matière de méprise et d’erreurs dans le dossier d’appel d’offres et quant aux renseignements sur les lieux, les travaux et tous les imprévus n’a pas pu être conçue pour annuler l’obligation explicite de déboisement qui, en vertu du contrat, incombaient nettement à Hydro. L’omission de s’acquitter de cette obligation ne constituait pas une «méprise» ou une «erreur» dans le dossier d’appel d’offres au sens de la clause 2.03. Elle ne se rapportait pas non plus à l’examen des

ity for risks and contingencies that might affect the bid within clause 4.04. Given the specific nature of Hydro's obligation to clear the right-of-way, the site inspection and contingencies referred to can reasonably be read as relating to matters other than clearing, which was a clearly assigned obligation and thus not a contingency. The same applies to the provision for preparation of the site (clause 7.01.02). In this way, the clause placing on Hydro the obligation to clear the right-of-way can be reconciled with the clauses placing on Checo the consequences of errors and misunderstandings in the tender documents and the obligation to satisfy itself as to the site, the work and contingencies.

lieux par le soumissionnaire ni à sa responsabilité pour ce qui est des risques et imprévus susceptibles d'avoir une incidence sur la soumission au sens de la clause 4.04. Étant donné la nature spécifique de l'obligation d'Hydro de déboiser l'emprise, l'examen des lieux et l'évaluation des imprévus mentionnés peuvent raisonnablement être interprétés comme liés à des questions autres que le déboisement, qui, de toute évidence, était une obligation attribuée et non pas un imprévu. C'est le cas également de la disposition relative à la préparation des lieux (clause 7.01.02). Ainsi, la clause qui impose à Hydro l'obligation de déboiser l'emprise peut être conciliée avec les clauses qui imposent à Checo les conséquences des erreurs et des méprises dans le dossier d'appel d'offres et l'obligation de se renseigner sur les lieux, les travaux et les imprévus.

d

We thus conclude that the contract required Hydro to clear the right-of-way as specified in clause 6.01.03 of the contract and that duty was not negated by the more general clauses relating to errors and misunderstandings in tendering, site conditions and contingencies. This was the view of the trial judge and the majority in the Court of Appeal. The trial judge, based on the evidence he heard, went on to define what "clearing" meant in the contract; it meant that "the right-of-way would be free of logs and debris." The majority of the Court of Appeal accepted this conclusion. So must we. Since it is not seriously contended that Hydro cleared the right-of-way to this standard, Hydro's breach of contract is established.

Par conséquent, nous concluons que le contrat exigeait qu'Hydro déboise l'emprise aux termes de la clause 6.01.03 et que cette obligation n'était pas écartée par les clauses plus générales relatives aux erreurs et aux méprises en ce qui concerne la soumission, l'état des lieux et les imprévus. Le juge de première instance et la Cour d'appel, à la majorité, étaient de cet avis. Le juge de première instance, sur le fondement de la preuve qui lui a été présentée, a défini le sens du terme «déboisement» dans le contrat; il signifiait que [TRADUCTION] «l'emprise serait dégagée des billes et des débris». La Cour d'appel, à la majorité, a accepté cette conclusion, ce que nous devons faire également. Étant donné qu'Hydro ne soutient pas sérieusement qu'elle a déboisé l'emprise selon cette norme, l'inexécution du contrat par Hydro est démontrée.

h

The plaintiff suing for breach of contract is to be put in the position it would have been in had the contract been performed as agreed. The measure of damages is what is required to put Checo in the position it would have been in had the contract been performed as agreed. If the contract had been performed as agreed, Hydro would have removed the logs and debris from the right-of-way. Checo would not have been required to do the additional work that was necessitated by reason of the work site being improperly cleared. It might also have

La partie qui intente une poursuite fondée sur l'inexécution du contrat doit être placée dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté comme convenu. Le montant des dommages-intérêts est celui qui est nécessaire pour placer Checo dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté comme convenu. Dans un tel cas, Hydro aurait enlevé les billes et les débris de l'emprise. Checo n'aurait pas été obligée de faire le travail supplémentaire qui s'imposait parce que les lieux n'avaient pas été déboisés.

avoided certain overhead. The contract stipulated 15 percent for overhead and profit on extra work. Checo may be entitled to a portion of this sum for overhead. It would not be entitled to profit on the cost of clearing the right-of-way, since that would put Checo in a better position than it would have been had Hydro performed its contract; Checo never bargained for profit on this work, which was totally outside the parties' expectations. As will be explained in greater detail later in these reasons, we share Iacobucci J.'s view that if damages are to be assessed for breach of contract regarding the improper clearing of the work site, the case should be returned to trial for that to be done.

sés correctement. Elle aurait également peut-être pu éviter certains frais généraux. Le contrat prévoyait 15 pour 100 de frais généraux et de bénéfices pour le travail supplémentaire. Elle peut avoir droit à une partie de cette somme à titre de frais généraux. Elle n'aurait pas droit à des bénéfices sur le coût du déboisement de l'emprise, parce que cela la placerait dans une meilleure situation que si Hydro avait exécuté son contrat; Checo n'a jamais négocié en vue d'obtenir un bénéfice sur ces travaux, que les parties ne pouvaient absolument pas prévoir. Comme nous l'expliquerons de manière plus détaillée plus loin, nous partageons l'opinion du juge Iacobucci que, s'il doit y avoir évaluation de dommages-intérêts pour inexécution de contrat relativement au déboisement incomplet des lieux, l'affaire doit être renvoyée en première instance à cette fin.

The Claim in Tort

The Theory of Concurrency

The first question is whether the contract precludes Checo from suing in tort.

Iacobucci J. concludes that a contract between the parties may preclude the possibility of suing in tort for a given wrong where there is an express term in the contract dealing with the matter. We would phrase the applicable principle somewhat more narrowly. As we see it, the right to sue in tort is not taken away by the contract in such a case, although the contract, by limiting the scope of the tort duty or waiving the right to sue in tort, may limit or negate tort liability.

In our view, the general rule emerging from this Court's decision in *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, is that where a given wrong *prima facie* supports an action in contract and in tort, the party may sue in either or both, except where the contract indicates that the parties intended to limit or negative the right to sue in tort. This limitation on the general rule of concurrency arises because it is always open to parties to limit

Le recours en responsabilité délictuelle

La théorie de la concomitance

La première question est de savoir si le contrat empêche Checo d'exercer un recours en responsabilité délictuelle.

Le juge Iacobucci conclut qu'un contrat entre les parties peut empêcher un recours en responsabilité délictuelle relativement à un préjudice donné lorsque le contrat traite expressément de la question. Nous énoncerions le principe applicable d'une manière un peu plus restreinte. À notre avis, dans un tel cas, le contrat ne supprime pas le droit d'exercer un recours en responsabilité délictuelle, bien que, par la restriction de l'obligation en cette matière ou par la renonciation à ce droit, il puisse restreindre ou éliminer la responsabilité délictuelle.

À notre avis, la règle générale qui ressort de l'arrêt de notre Cour *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, est que, lorsqu'un préjudice permet à première vue d'étayer une action en responsabilité contractuelle et une action en responsabilité délictuelle, la partie peut exercer l'un ou l'autre recours ou les deux, sauf lorsque le contrat indique que les parties avaient l'intention de restreindre ou d'éliminer le droit d'intenter une action

or waive the duties which the common law would impose on them for negligence. This principle is of great importance in preserving a sphere of individual liberty and commercial flexibility. Thus if a person wishes to engage in a dangerous sport, the person may stipulate in advance that he or she waives any right of action against the person who operates the sport facility: *Dyck v. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 589. Similarly, if two business firms agree that a particular risk should lie on a party who would not ordinarily bear that risk at common law, they may do so. So a plaintiff may sue either in contract or in tort, subject to any limit the parties themselves have placed on that right by their contract. The mere fact that the parties have dealt with a matter expressly in their contract does not mean that they intended to exclude the right to sue in tort. It all depends on how they have dealt with it.

Viewed thus, the only limit on the right to choose one's action is the principle of primacy of private ordering—the right of individuals to arrange their affairs and assume risks in a different way than would be done by the law of tort. It is only to the extent that this private ordering contradicts the tort duty that the tort duty is diminished. The rule is not that one cannot sue concurrently in contract and tort where the contract limits or contradicts the tort duty. It is rather that the tort duty, a general duty imputed by the law in all the relevant circumstances, must yield to the parties' superior right to arrange their rights and duties in a different way. In so far as the tort duty is not contradicted by the contract, it remains intact and may be sued upon. For example, where the contractual limitation on the tort duty is partial, a tort action founded on the modified duty might lie. The tort duty as modified by the contractual agreement between the parties might be raised in a case where the limitation period for an action for breach of contract has expired but the limitation period for a tort action

en responsabilité délictuelle. Cette restriction à la règle générale de la concordance est possible parce que les parties peuvent toujours limiter les obligations que la loi leur impose en matière de négligence, ou renoncer à celles-ci. Ce principe est très important pour la préservation d'un aspect de la liberté individuelle et de la souplesse commerciale. Ainsi, la personne qui désire pratiquer un sport dangereux peut au préalable renoncer au droit de poursuivre l'exploitant de l'installation sportive: *Dyck c. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 589. De même, si deux entreprises commerciales conviennent qu'une partie assumera un risque particulier qu'elle n'assumerait pas ordinairement en loi, elles peuvent le faire. Un demandeur peut donc intenter une action en responsabilité contractuelle ou délictuelle, sous réserve de toute restriction que les parties elles-mêmes ont imposée à ce droit aux termes du contrat. Le simple fait que les parties aient traité d'une question expressément dans leur contrat ne signifie pas qu'elles avaient l'intention d'exclure le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle. Cela dépend de la manière dont elles en ont traité.

Selon cette interprétation, la seule restriction imposée au droit de choisir un moyen d'action est le principe de la primauté du choix personnel—le droit des particuliers d'organiser leurs affaires et d'assumer les risques d'une manière différente de ce que prévoit le droit de la responsabilité délictuelle. C'est seulement dans la mesure où ce choix personnel déroge à l'obligation en responsabilité délictuelle que celle-ci est réduite. La règle n'est pas qu'on ne peut pas poursuivre à la fois en responsabilité contractuelle et en responsabilité délictuelle lorsque le contrat restreint une obligation en responsabilité délictuelle ou y déroge. C'est plutôt que cette dernière, une obligation générale qui découle de la loi dans toutes les circonstances pertinentes, doit céder devant le droit supérieur des parties d'organiser leurs droits et leurs obligations d'une manière différente. Dans la mesure où le contrat ne déroge pas à l'obligation en responsabilité délictuelle, celle-ci demeure intacte et elle ouvre droit à un recours. Par exemple, lorsque la restriction contractuelle de l'obligation en respon-

has not. If one says categorically, as we understand Iacobucci J. to say, that where the contract deals with a matter expressly, the right to sue in tort vanishes altogether, then the latter two possibilities vanish.

sabilité délictuelle est partielle, un recours en responsabilité délictuelle fondé sur l'obligation modifiée pourrait peut-être être exercé. Il pourrait être possible de soulever l'obligation en responsabilité délictuelle modifiée par l'entente contractuelle entre les parties dans le cas où le délai de prescription relatif à une action en inexécution de contrat est expiré mais pas celui relatif à une action en responsabilité délictuelle. Si l'on dit de façon catégorique, comme le fait à notre avis le juge Iacobucci, que lorsque le contrat traite expressément d'une question, le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle disparaît complètement, alors ces deux dernières possibilités disparaissent.

This is illustrated by consideration of the three situations that may arise when contract and tort are applied to the same wrong. The first class of case arises where the contract stipulates a more stringent obligation than the general law of tort would impose. In that case, the parties are hardly likely to sue in tort, since they could not recover in tort for the higher contractual duty. The vast majority of commercial transactions fall into this class. The right to sue in tort is not extinguished, however, and may remain important, as where suit in contract is barred by expiry of a limitation period.

Ce point est illustré par l'examen des trois catégories de cas susceptibles de se présenter lorsque les responsabilités contractuelle et délictuelle sont appliquées au même préjudice. La première survient lorsque le contrat prévoit une obligation plus stricte que ne l'imposerait le droit général de la responsabilité délictuelle. Dans un tel cas, les parties sont peu susceptibles d'exercer un recours en responsabilité délictuelle puisqu'elles ne pourraient recouvrer de dommages-intérêts relativement à l'obligation contractuelle supérieure. La grande majorité des opérations commerciales s'inscrivent dans cette catégorie. Toutefois, le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle n'est pas éteint, et il peut encore être important, par exemple dans le cas où il est impossible de poursuivre en responsabilité contractuelle parce que la période de prescription est écoulée.

The second class of case arises where the contract stipulates a lower duty than that which would be presumed by the law of tort in similar circumstances. This occurs when the parties by their contract indicate their intention that the usual liability imposed by the law of tort is not to bind them. The most common means by which such an intention is indicated is the inclusion of a clause of exemption or exclusion of liability in the contract. Generally, the duty imposed by the law of tort can be nullified only by clear terms. We do not rule out, however, the possibility that cases may arise in which merely inconsistent contract terms could negative or limit a duty in tort, an issue that may be left to a

La deuxième catégorie se présente lorsque le contrat prévoit une obligation moindre que celle qui découlerait du droit de la responsabilité délictuelle dans des circonstances semblables. Cela se produit lorsque les parties indiquent par leur contrat leur intention de ne pas être liées par la responsabilité qu'impose habituellement le droit de la responsabilité délictuelle. La façon la plus courante d'indiquer cette intention est l'inclusion d'une clause d'exemption ou d'exclusion de responsabilité dans le contrat. En règle générale, l'obligation qu'impose le droit de la responsabilité délictuelle ne peut être annulée que par des conditions claires. Nous n'écartons toutefois pas la pos-

case in which it arises. The issue raises difficult policy considerations, viz. an assessment of the circumstances in which contracting parties should be permitted to agree to contractual duties that would subtract from their general obligations under the law of tort. These important questions are best left to a case in which the proper factual foundation is available, so as to provide an appropriate context for the decision. In the second class of case, as in the first, there is usually little point in suing in tort since the duty in tort and consequently any tort liability is limited by the specific limitation to which the parties have agreed. An exception might arise where the contract does not entirely negate tort liability (e.g., the exemption clause applies only above a certain amount) and the plaintiff wishes to sue in tort to avail itself of a more generous limitation period or some other procedural advantage offered by tort.

sibilité que de simples conditions contractuelles incompatibles puissent annuler ou restreindre une obligation en responsabilité délictuelle, question qu'il vaudrait mieux trancher lorsqu'elle se présente. La question soulève de difficiles considérations de principe, c'est-à-dire une évaluation des circonstances dans lesquelles les parties contractantes devraient pouvoir consentir à des obligations contractuelles qui réduiraient leurs obligations générales aux termes du droit de la responsabilité délictuelle. Il est préférable d'aborder ces questions seulement dans une affaire où on dispose des faits pertinents, de façon à fournir un contexte approprié à la décision. Dans la deuxième catégorie, comme dans la première, il est habituellement peu indiqué d'exercer un recours en responsabilité délictuelle, et par conséquent toute responsabilité délictuelle, est limitée par la restriction précise dont les parties ont convenu. Il pourrait y avoir une exception lorsque le contrat n'élimine pas entièrement la responsabilité délictuelle (p. ex., la clause d'exemption ne s'applique qu'au-delà d'un certain montant) et lorsque le demandeur désire exercer un recours en responsabilité délictuelle pour se prévaloir d'un délai de prescription plus généreux ou de tout autre avantage procédural offert par le droit de la responsabilité délictuelle.

The third class of case arises where the duty in contract and the common law duty in tort are co-extensive. In this class of case, like the others, the plaintiff may seek to sue concurrently or alternatively in tort to secure some advantage peculiar to the law of tort, such as a more generous limitation period. The contract may expressly provide for a duty that is the same as that imposed by the common law. Or the contractual duty may be implied. The common calling cases, which have long permitted concurrent actions in contract and tort, generally fall into this class. There is a contract. But the obligation under that contract is typically defined by implied terms, i.e., by the courts. Thus there is no issue of private ordering as opposed to publicly imposed liability. Whether the action is styled in contract or tort, its source is an objective

La troisième survient lorsque l'obligation contractuelle et l'obligation de common law en responsabilité délictuelle coïncident. Dans cette catégorie, comme dans les autres, le demandeur peut chercher à intenter une action de façon concomitante ou subsidiaire en responsabilité délictuelle pour obtenir un certain avantage particulier au droit de la responsabilité délictuelle, comme un délai de prescription plus généreux. Le contrat peut prévoir expressément une obligation identique à celle qu'impose la common law. L'obligation contractuelle peut également être implicite. Les affaires touchant les professions publiques, qui ont depuis longtemps permis la concomitance d'actions en matières contractuelle et délictuelle, s'inscrivent généralement dans cette catégorie. L'existence d'un contrat est établie. Toutefois l'obligation aux termes du contrat est en règle générale déterminée selon des conditions impli-

expectation, defined by the courts, of the appropriate obligation and the correlative right.

cites, c.-à-d., par les tribunaux. Par conséquent, il n'est pas question de choix des parties par opposition à la responsabilité générale. Que l'action soit fondée sur la responsabilité contractuelle ou délictuelle, elle résulte de ce que l'on attend objectivement, suivant la détermination des tribunaux, de l'obligation appropriée et du droit qui en découle.

The case at bar, as we see it, falls into this third category of case. The contract, read as we have proposed, did not negate Hydro's common law duty not to negligently misrepresent that it would have the right-of-way cleared by others. Had Checo known the truth, it would have bid for a higher amount. That duty is not excluded by the contract, which confirmed Hydro's obligation to clear the right-of-way. Accordingly, Checo may sue in tort.

À notre avis, l'espèce s'inscrit dans la troisième catégorie. Le contrat, interprété comme nous l'avons proposé, n'a pas éliminé l'obligation de common law d'Hydro de ne pas déclarer de façon inexacte et par négligence que l'emprise serait déboisée par d'autres. Si Checo avait connu la vérité, elle aurait présenté une soumission plus élevée. Cette obligation n'a pas été écartée par le contrat, qui confirmait l'obligation d'Hydro de déboiser l'emprise. Par conséquent, Checo peut exercer un recours en responsabilité délictuelle.

We conclude that actions in contract and tort may be concurrently pursued unless the parties by a valid contractual provision indicate that they intended otherwise. This excludes, of course, cases where the contractual limitation is invalid, as by fraud, mistake or unconscionability. Similarly, a contractual limitation may not apply where the tort is independent of the contract in the sense of falling outside the scope of the contract, as the example given in *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.), of the captain of a vessel falling asleep and starting a fire in relation to a claim for cargo damage.

Nous concluons qu'il est possible d'intenter à la fois une action en responsabilité contractuelle et une action en responsabilité délictuelle, à moins que les parties n'indiquent, dans une disposition contractuelle valide, leur intention contraire. Il va sans dire que cela exclut les cas où la restriction contractuelle n'est pas valide, que ce soit pour cause de fraude, d'erreur ou d'iniquité. De même, une restriction contractuelle peut ne pas s'appliquer lorsque le délit est indépendant du contrat, en ce sens qu'il ne relève pas du contrat, comme l'exemple, donné dans l'arrêt *Elder, Dempster & Co. c. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.), du capitaine de navire qui s'est endormi et a provoqué un incendie, relativement à une réclamation pour avaries au chargement.

h *La distinction entre condition expresse et condition implicite*

The Express-Implied Distinction

Our colleague asserts that where the parties deal with a matter expressly in their contract, all right to sue in tort is lost. We have suggested, with great respect, that this proposition is unnecessarily draconian. The converse of this proposition is that implied terms of contracts do not oust tort liability.

Notre collègue affirme que lorsque les parties traitent expressément d'une question dans leur contrat, elles perdent tout droit d'exercer un recours en responsabilité délictuelle. Avec égards, nous trouvons cette position inutilement draconienne. L'inverse de cette proposition est que les conditions implicites des contrats n'éliminent pas la responsabilité délictuelle.

Although Iacobucci J. states at p. 68 of his reasons that he is leaving open the question of "[w]hether or not an implied term of a contract can define a duty of care in such a way that a plaintiff is confined to a remedy in contract", the distinction between implied and express terms figures in his discussion of the effect of contract terms on tort liability. For example, at p. 67 of his reasons, our colleague states:

The compromise position adopted by Le Dain J. was that any duty arising in tort will be concurrent with duties arising under the contract, unless the duty which the plaintiff seeks to rely on in tort is also a duty defined by an express term of the contract. [The emphasis is Iacobucci J.'s.]

It would seem to follow from this statement that concurrent duties in contract and tort would lie where the contract duty is defined by an implied term of the contract, but not where the term is express. In these circumstances, it is not amiss to consider the utility of the distinction between express and implied terms of the contract as a basis for determining when a contract term may affect tort liability.

In our view, using the express-implied distinction as a basis for determining whether there is a right to sue in tort poses a number of problems. The law has always treated express and implied contract terms as being equivalent in effect. Breach of an implied term is just as serious as breach of an express term. Moreover, it is difficult to distinguish between them in some cases. Implied terms may arise from custom, for example, or from the conduct of the parties. In some cases words and conduct intermingle. Why should parties who were so certain in their obligations that they did not take the trouble to spell them out find themselves able to sue in tort, while parties who put the same matters in writing cannot?

Bien que le juge Iacobucci dise, à la p. 68 de ses motifs, qu'il laisse à une détermination future la question de savoir si «une condition implicite d'un contrat [peut] être ou non déterminative d'une obligation de diligence de sorte que le demandeur est limité à un recours contractuel», la distinction entre des conditions implicites et expresses figure dans son analyse de l'effet des conditions du contrat sur la responsabilité délictuelle. Par exemple, notre collègue dit, à la p. 67 de ses motifs:

Suivant la position de compromis du juge Le Dain, les obligations délictuelles et contractuelles seront concomitantes sauf si l'obligation en responsabilité délictuelle qu'invoque le demandeur constitue également une obligation expressément prévue au contrat. [Souligné par le juge Iacobucci.]

Il semble découler de cet énoncé qu'il y aurait des obligations concomitantes en matière contractuelle et délictuelle lorsque l'obligation contractuelle découle d'une condition implicite du contrat, mais non s'il s'agit d'une condition expresse. Dans ces circonstances, il convient donc de tenir compte de l'utilité de la distinction entre les conditions expresses et implicites pour déterminer si une condition du contrat peut influer sur la responsabilité délictuelle.

À notre avis, un certain nombre de problèmes découlent de l'utilisation de la distinction entre conditions expresses et implicites pour déterminer s'il existe un droit d'exercer un recours en responsabilité délictuelle. Le droit a toujours considéré les conditions expresses et implicites des contrats comme ayant un effet équivalent. La violation d'une condition implicite est tout aussi grave que la violation d'une condition expresse. Qui plus est, il est difficile d'établir une distinction entre elles dans certains cas. Par exemple, les conditions implicites peuvent découler de la coutume ou de la conduite des parties. Il arrive que les termes utilisés et la conduite s'entremêlent. Pourquoi des parties qui étaient si certaines de leurs obligations qu'elles n'ont pas pris la peine de les préciser devraient-elles être en mesure d'exercer des recours en responsabilité délictuelle alors que les parties qui ont prévu les mêmes par écrit ne le peuvent pas?

Nor is it evident to us that if parties to a contract choose to include an express term in the contract dealing with a particular duty relevant to the contract, they intended to oust the availability of tort remedies in respect of that duty. In such cases, the intention may more likely be:

(a) To make it clear that the parties understand particular contractual duties to exist as between them, rather than having the more uncertain situation of not knowing whether a court will imply a particular duty under the contract; and/or

(b) To prevent litigation (for breach of contract) in the event of disputes arising—the more certain the parties' respective rights and obligations (as is usually the case when those rights and obligations are set out in express contractual terms), the more likely it will be that disputes between the parties can be settled.

While the tort duty may be limited by the contractual terms so as to be no broader than the contract duty, there is no reason to suppose that merely by stipulating a duty in the contract, the parties intended to negate all possibility of suing in tort.

Indeed, a little further on in his reasons, our colleague appears to concede that the ouster of recourse to tort law must depend on more than the fact the contract has expressly dealt with the matter. He indicates at p. 69 of his reasons that whether the parties will be held to have intended to oust tort remedies in favour of contract remedies will depend on the context, including:

(a) whether the contract is commercial or non-commercial;

(b) whether the parties were of equal bargaining power;

Selon nous, il n'est pas évident non plus que, si les parties choisissent d'inscrire dans le contrat une condition expresse qui traite d'une obligation particulière pertinente, elles ont l'intention d'éliminer la possibilité des recours en responsabilité délictuelle relativement à cette obligation. Dans de tels cas, l'intention serait plutôt:

a) de préciser que les parties comprennent les obligations contractuelles particulières qui existent entre elles, plutôt que d'être dans la situation plus incertaine de ne pas savoir si un tribunal déduira une obligation particulière du contrat;

b) d'empêcher les litiges (fondés sur l'inexécution de contrat) en cas de conflit—plus les droits et les obligations des parties sont certains (comme c'est ordinairement le cas lorsque ces droits et obligations sont énoncés dans des conditions expresses du contrat), plus il sera possible de régler les conflits entre les parties.

Bien que l'obligation en responsabilité délictuelle puisse être limitée par les conditions contractuelles de façon que sa portée ne soit pas plus grande que celle de l'obligation contractuelle, il n'y a aucune raison de présumer que, par la simple stipulation d'une obligation dans le contrat, les parties ont eu l'intention d'éliminer toute possibilité de recours en responsabilité délictuelle.

En fait, un peu plus loin dans ses motifs, notre collègue semble admettre que l'élimination du recours au droit de la responsabilité délictuelle ne doit pas reposer sur le seul fait que le contrat traite expressément de la question. Il indique, à la p. 69 de ses motifs, que, pour déterminer si les parties sont réputées avoir eu l'intention d'éliminer les recours en responsabilité délictuelle et de leur préférer les recours en responsabilité contractuelle, il faut tenir compte du contexte, notamment:

a) s'il s'agit d'un contrat de nature commerciale ou non;

b) si les parties ont un pouvoir de négociation égal;

(c) whether the court is of the view that to find such an intention will lead to an unjust result in the court action.

Thus the question of whether a concurrent action in tort lies would depend not only on whether the contract expressly deals with the matter, but also on the elastic distinctions between commercial and non-commercial contracts, the court's perception of relative bargaining power, and finally, whether the court sees the result as just or unjust. We do not agree that parties contracting in a commercial context should be presumed to be more desirous of ousting the availability of tort remedies than parties contracting in a non-commercial context. If there are particular commercial relationships in which the parties wish remedies for disputes between them to be in contract only, then they may be expected to indicate this intention by including an express clause in the contract waiving the right to sue in tort. As for equality of bargaining power and the court's view of whether the result would be just or unjust, we fear they would introduce too great a measure of uncertainty. Parties should be able to predict in advance whether their remedies are confined to contract or whether they can sue concurrently in tort and contract. Finally, it seems to us that Iacobucci J.'s test for determining when concurrent liability is precluded will be difficult to apply in situations where the express contractual term does not exactly overlap a tort duty. In the present case, the contractual term was identical to the negligent misrepresentation, but that is not often to be expected.

c) si le tribunal est d'avis que conclure à l'existence d'une telle intention entraînerait un résultat injuste dans l'action devant le tribunal.

Par conséquent, la question de savoir si l'on peut intenter une action concomitante en responsabilité délictuelle dépendrait non seulement du fait que le contrat traite expressément ou non de la question, mais aussi de la souplesse des distinctions entre les contrats commerciaux et non commerciaux, de la perception qu'a le tribunal du pouvoir de négociation relatif des parties et, enfin, de l'opinion du tribunal quant à savoir si le résultat est juste ou injuste. Nous ne souscrivons pas à l'opinion qu'il y a lieu de présumer que les parties qui concluent un contrat en matière commerciale préconisent davantage l'élimination des recours en responsabilité délictuelle que les parties qui concluent un contrat dans un contexte non commercial. S'il existe des rapports commerciaux particuliers et que les parties souhaitent régler leurs litiges uniquement au moyen de recours contractuels, on s'attendrait à ce qu'elles l'indiquent par une clause expresse au contrat renonçant au droit à un recours en responsabilité délictuelle. En ce qui a trait à l'égalité du pouvoir de négociation et à l'opinion du tribunal quant à savoir si le résultat serait juste ou non, nous craignons que cela n'entraîne trop d'incertitude. Les parties devraient être en mesure de prédire si leurs recours se limitent à ceux prévus par le contrat ou s'il y a concomitance des recours en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle. Enfin, il nous semble que le critère utilisé par le juge Iacobucci pour déterminer quand la responsabilité concomitante est exclue sera difficile à appliquer dans les cas où la condition contractuelle expresse ne chevauche pas exactement une obligation en responsabilité délictuelle. En l'espèce, la condition contractuelle était identique à la déclaration inexacte faite par négligence, mais cela n'est pas susceptible d'arriver souvent.

i La jurisprudence

À notre avis, la conclusion que la mention expresse d'une question dans le contrat, et seulement celle-ci, écarte toute possibilité d'exercer un recours en responsabilité délictuelle n'est pas appuyée par la jurisprudence. Les écoles de pensée

The Authorities

The authorities, as we read them, do not support the conclusion that the express mention of a matter in the contract, and only its express mention in the contract, ousts any possibility of suing in tort. The opposing schools of thought on the concurrent lia-

bility issue have not been divided along such lines. Instead, the issue has been whether there should be concurrent liability where any term of a contract, either express or implied, deals with the same duty imposed by tort law. For example, in *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555 (H.L.), Viscount Simonds noted (at p. 573):

c opposées sur la question de la responsabilité concomitante ne se sont pas divisées de cette façon. La question a plutôt été de savoir s'il doit y avoir responsabilité concomitante lorsqu'une condition du contrat, expresse ou implicite, traite de la même obligation que celle qu'impose le droit de la responsabilité délictuelle. Par exemple, dans l'arrêt *Lister c. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555 (H.L.), le vicomte Simonds a fait remarquer (à la p. 573):

[TRADUCTION] Il est bien établi en droit qu'un seul acte fautif peut donner lieu soit à une action délictuelle, soit à une action pour manquement à une condition expresse ou implicite d'un contrat. [Je souligne.]

d De même, dans l'arrêt *Canadian Indemnity Co. c. Andrews & George Co.*, [1953] 1 R.C.S. 19, le juge Rand a dit (à la p. 26):

e [TRADUCTION] Lorsqu'un contrat prévoit expressément ou par déduction de fait l'exécution d'un travail avec diligence, comme dans le cas des transporteurs, de toute évidence, il n'y a pas déplacement de l'obligation générale et la personne qui a subi un préjudice physique ou matériel peut intenter une action en responsabilité contractuelle ou délictuelle. [Je souligne.]

f On the other side of the concurrent liability debate, Wilson J.A. (as she then was), arguing in favour of liability lying in contract only, stated at p. 408 in her dissenting opinion in the Ontario Court of Appeal decision of *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385, aff'd *sub nom. Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346:

g Représentant l'autre position dans le débat sur la concomitance des responsabilités, le juge Wilson (plus tard juge de notre Cour), à l'appui de la thèse selon laquelle la responsabilité découle seulement du contrat, a dit, à la p. 408 de son opinion dissidente dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Dominion Chain Co. c. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385, confirmé *sub nom. Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 R.C.S. 1346:

h The borderline of contract and tort in my opinion exists where a contract either expressly or impliedly imposes on A a duty of care vis-à-vis B, the other party to the contract, to do the things undertaken by the contract without negligence and there is also coincidental with, but independent of, the contract a duty of care upon A in tort. . . . [W]here the person to whom the duty is owed, the scope of the duty and the standard of care have all been expressly or impliedly agreed upon by the parties, it appears to me somewhat artificial to rely upon Lord Atkin's "neighbour" test to determine whether or not the duty is owed to the particular plaintiff and as to

i [TRADUCTION] À mon avis le cas limite de la responsabilité contractuelle et délictuelle survient lorsque le contrat impose à A de manière expresse ou implicite une obligation de diligence envers B, l'autre partie au contrat, de faire les choses prévues au contrat sans négligence, et qu'il se trouve dans le contrat simultanément, mais de façon indépendante, une obligation de diligence en matière délictuelle qui incombe à A. [...] [L]orsqu'il y a eu entente expresse ou implicite des parties quant à la personne envers qui l'obligation existe, à la portée de cette obligation et à la norme de diligence applicable, il m'apparaît quelque peu artificiel de recourir au critère

the requisite standard of care the defendant must attain.
[Emphasis added.]

It is perhaps a source of some confusion that in the course of his judgment in *Central Trust Co. v. Rafuse, supra*, Le Dain J. stated (at p. 205):

Where the common law duty of care is co-extensive with that which arises as an implied term of the contract it obviously does not depend on the terms of the contract, and there is nothing flowing from contractual intention which should preclude reliance on a concurrent or alternative liability in tort.

In our view, this passage should not be read as predicated the availability of concurrent liability in contract and tort on whether the contractual term is express or implied. Le Dain J. is simply stating that tort liability lies where the contractual term is implied. He does not go on to state that tort liability is always excluded by an express contractual term. This happens only when the express contractual term negates the tort duty. Thus in his summary of the applicable rules, Le Dain J. refers to exclusion clauses—express contract terms that negate general liability—as the kind of contract clause that may oust tort liability.

Our colleague relies on a second passage from *Central Trust Co. v. Rafuse, supra*, at p. 205, for the proposition that an express contractual term always ousts tort liability:

What is undertaken by the contract will indicate the nature of the relationship that gives rise to the common law duty of care, but the nature and scope of the duty of care that is asserted as the foundation of the tortious liability must not depend on specific obligations or duties created by the express terms of the contract. It is in that sense that the common law duty of care must be independent of the contract. . . . A claim cannot be said to be in tort if it depends for the nature and scope of the asserted duty of care on the manner in which an obliga-

du «prochain» qu'a énoncé lord Atkin pour décider si l'obligation existe envers le demandeur en cause et déterminer quelle est la norme de diligence applicable au défendeur. [Je souligne.]

a

Il se dégage peut-être une certaine confusion des motifs du juge Le Dain dans l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, précité (à la p. 205):

b

Lorsque l'obligation de diligence en *common law* coïncide avec celle qui résulte d'une condition implicite du contrat, il est évident qu'elle ne dépend pas des conditions de ce contrat et il n'y a rien qui découle de l'intention des contractants qui devrait empêcher d'invoquer une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative.

d

À notre avis, cet extrait ne devrait pas être interprété comme fondant la concomitance de la responsabilité contractuelle et délictuelle sur le fait que la condition du contrat est expresse ou implicite. Le juge Le Dain dit simplement qu'il y a recours en responsabilité délictuelle lorsque la condition contractuelle est implicite. Il n'ajoute pas que la responsabilité délictuelle est toujours exclue par une condition expresse du contrat. Ce n'est le cas que lorsque cette condition élimine l'obligation en responsabilité délictuelle. Par conséquent, dans son résumé des règles applicables, le juge Le Dain mentionne les clauses d'exclusion — les conditions expresses du contrat qui éliminent la responsabilité générale — comme le genre de clause du contrat susceptible d'écartier la responsabilité délictuelle.

g

Notre collègue se fonde sur un deuxième extrait de l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, précité, à la p. 205, pour appuyer l'argument selon lequel une condition contractuelle expresse écarte toujours la responsabilité délictuelle:

h

Les engagements stipulés dans le contrat révèlent la nature des liens dont découle l'obligation de diligence en *common law*, mais la nature et la portée de l'obligation de diligence invoquée comme fondement de la responsabilité délictuelle ne doivent pas dépendre d'obligations ou de devoirs précis créés expressément par le contrat. C'est dans ce sens que l'obligation de diligence en *common law* doit être indépendante du contrat. [...] On ne saurait affirmer qu'une réclamation est en matière délictuelle si elle tient, en ce qui concerne la nature et la

tion or duty has been expressly and specifically defined by a contract.

Again, with respect, our understanding of the passage is different. In our view, Le Dain J.'s use of the words "created" and "depends" indicates the meaning of this passage is simply that for concurrent tort liability to be available there must be a duty of care in tort that would exist even in the absence of the specific contractual term which created the corresponding contractual obligation.

This interpretation of *Rafuse* accords with the view taken in other cases that concurrent liability in tort and contract is available where the contractual obligation in question arises from an express term of the contract. For example, in *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554, the English Court of Appeal ruled that the plaintiffs were entitled to judgment against the defendant developers in either contract or tort where a house leased to the plaintiffs on a 999-year lease was gradually becoming uninhabitable due to instability of the land on which the house was built. The contractual obligation owed to the plaintiffs by the developers arose from an express warranty in the contract between the plaintiffs and the developers that the house had been built "in an efficient and workmanlike manner and of proper materials and so as to be fit for habitation . . ." (p. 563). This contractual obligation in effect corresponded with a tort duty "to examine with reasonable care the land, which in this case would include adjoining land, in order to see whether the site was one on which a house fit for habitation could safely be built" (p. 567).

Nor do we see the reference by Le Dain J. in *Rafuse* to *Jarvis v. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399 (C.A.), and other related English case law differentiating tort and contract, as supportive of a distinction between express and implied contractual terms. The issue in those cases was one of classifying the causes of action as

portée de l'obligation de diligence alléguée, à la façon dont une obligation a été expressément et précisément définie dans un contrat.

Encore une fois, avec égards, nous interprétons différemment cet extrait. À notre avis, l'utilisation par le juge Le Dain des termes «créés» et «tient» signifie simplement que, pour qu'il y ait une responsabilité délictuelle concomitante, il doit y avoir une obligation de diligence en matière délictuelle qui existerait même en l'absence de la condition contractuelle précise qui créait l'obligation contractuelle correspondante.

Cette interprétation de l'arrêt *Rafuse* est conforme à la position adoptée dans d'autres affaires selon laquelle il y a concomitance de la responsabilité en matières contractuelle et délictuelle lorsque l'obligation contractuelle en question découle d'une condition expresse du contrat. Par exemple, dans l'arrêt *Batty c. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554, la Cour d'appel d'Angleterre a jugé que les demandeurs devaient avoir gain de cause contre les promoteurs défendeurs selon la responsabilité contractuelle ou délictuelle parce que la maison qu'ils avaient louée pour 999 ans devenait graduellement inhabitable en raison de l'instabilité du terrain sur lequel elle avait été construite. L'obligation contractuelle que les promoteurs avaient envers les demandeurs découlait d'une garantie expresse du contrat conclu entre eux selon laquelle la maison avait été construite [TRADUCTION] «de façon efficiente et professionnelle avec des matériaux convenables, de manière à ce qu'elle soit habitable . . .» (à la p. 563). Cette obligation contractuelle correspondait en fait à une obligation délictuelle [TRADUCTION] «d'examiner avec un soin raisonnable le terrain, ce qui en l'espèce comprend le terrain voisin, pour voir si on peut y construire en toute sécurité une maison habitable» (à la p. 567).

Dans l'arrêt *Rafuse*, la mention par le juge Le Dain de l'arrêt *Jarvis c. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399 (C.A.), et d'autres arrêts anglais connexes établissant une différence entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle, n'appuie pas, à notre avis, une distinction entre les conditions contrac-

either tort or contract for procedural purposes under the successive County Courts Acts. Indeed, they may be seen as resting on the assumption that, apart from statutory prescription, concurrent actions may lie.

tuelles expresses et implicites. La question soulevée dans ces arrêts portait sur la qualification des causes d'action comme étant délictuelles ou contractuelles à des fins de procédure aux termes des lois successives sur les cours de comté. En fait, ils pourraient être considérés comme reposant sur l'hypothèse qu'il peut y avoir concomitance des actions, sauf dispositions législatives expresses à cet égard.

^b

Summary

We conclude that neither principle, the authorities nor the needs of contracting parties support the conclusion that dealing with a matter by an express contract term will, in itself, categorically exclude the right to sue in tort. The parties may by their contract limit the duty one owes to the other or waive the right to sue in tort. But subject to this, the right to sue concurrently in tort and contract remains.

Résumé

Nous concluons que ni le principe, ni la jurisprudence ou la doctrine, ni les besoins des parties contractantes n'appuient la conclusion que le seul fait de traiter d'une question par une condition contractuelle expresse écartera de façon catégorique le droit d'exercer un recours en responsabilité délictuelle. Les parties peuvent limiter par contrat l'obligation que l'une a envers l'autre ou renoncer au droit d'exercer un recours en responsabilité délictuelle. Toutefois, sous réserve de cette conclusion, le droit d'intenter une action concomitante en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle s'applique toujours.

En l'espèce, le contrat ne restreignait pas l'obligation de diligence d'Hydro envers Checo. Checo n'a pas non plus renoncé à son droit de common law d'intenter les actions en responsabilité délictuelle dont elle pouvait disposer. Il en découle que Checo avait le droit d'exercer contre Hydro un recours en responsabilité délictuelle.

Damages in Tort and Contract in this Case

The measure of damages in contract and for the tort of negligent misrepresentation are:

ⁱ Contract: the plaintiff is to be put in the position it would have been in had the contract been performed as agreed.

Tort: the plaintiff is to be put in the position it would have been in had the misrepresentation not been made.

ⁱ Contrat: le demandeur doit être placé dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté comme convenu.

Délit civil: le demandeur doit être placé dans la situation qui aurait été la sienne n'eût été la déclaration inexacte.

At trial the plaintiff relied primarily on fraudulent misrepresentation, with its claim in contract being in the alternative to the claim in tort. The apparent reason for this approach was that the plaintiff had calculated its damages in tort as exceeding the damages in contract. In situations of concurrent liability in tort and contract, however, it would seem anomalous to award a different level of damages for what is essentially the same wrong on the sole basis of the form of action chosen, though, of course, particular circumstances or policy may dictate such a course.

The trial judge found for the plaintiff in fraudulent misrepresentation, and seems at some points in his judgment to have accepted the argument of the plaintiff that but for the misrepresentation the plaintiff would not have entered into the contract with Hydro. Accordingly, Checo's damages were calculated on the basis of what Checo lost overall on the contract. The trial judge also awarded the plaintiff a 15 percent markup for overhead and profit. With respect, while including an amount for overhead is appropriate where the damages are assessed as equalling the costs to the plaintiff of entering a contract it would not otherwise have entered, including as well something for profit is not appropriate. The trial judge's purported justification for this part of the damage award is not convincing. To fit this part of the award within a tort analysis, one would have to assume that but for the misrepresentation the plaintiff would have increased its bid by exactly the amount of the loss, plus overhead and profit (and would have been awarded the contract). This assumption contradicts the apparent assumption by the trial judge at other points of his judgment that Checo would not have

En première instance, la demanderesse s'est fondée principalement sur la déclaration inexacte et frauduleuse, sa demande fondée sur le contrat étant subsidiaire à celle fondée sur la responsabilité délictuelle. Cette position découle apparemment du fait que la demanderesse avait calculé que ses dommages-intérêts en responsabilité délictuelle étaient supérieurs à ceux fondés sur le contrat. Cependant, dans des cas de responsabilité concourante en matière délictuelle et contractuelle, il ne semblerait pas normal d'accorder des montants différents de dommages-intérêts pour ce qui constitue essentiellement le même préjudice sur le seul fondement de la forme d'action choisie, bien que, naturellement, des circonstances particulières ou des raisons de principe puissent dicter une telle façon de faire.

Le juge de première instance a conclu que la demanderesse a fait l'objet d'une déclaration inexacte et frauduleuse et semble à certains points dans son jugement avoir accepté l'argument de la demanderesse qu'elle n'aurait pas conclu de contrat avec Hydro n'eût été la déclaration inexacte. Par conséquent, le montant des dommages-intérêts de Checo a été calculé sur le fondement de l'ensemble de ses pertes qui découlent du contrat. Le juge de première instance a également accordé à la demanderesse une majoration de 15 pour 100 au titre des frais généraux et des bénéfices. Avec égards, bien qu'il convienne d'inclure un montant pour couvrir les frais généraux lorsque l'évaluation des dommages-intérêts équivaut aux frais engagés par la demanderesse pour conclure un contrat qu'autrement elle n'aurait pas conclu, il ne convient pas d'inclure également un montant pour les bénéfices. La justification proposée par le juge de première instance relativement à cette partie des dommages-intérêts n'est pas convaincante. Pour que cette partie de la décision s'inscrive dans le cadre d'une analyse fondée sur la responsabilité délictuelle, il faudrait présumer que n'eût été la déclaration inexacte, la demanderesse aurait augmenté sa soumission d'un montant équivalant exactement à celui de la perte, plus les frais généraux et les bénéfices (et aurait obtenu le contrat). Cette hypothèse en contredit une autre sur laquelle le juge de première instance semble s'être fondé à

entered the contract had it known the true state of affairs.

The trial judge did not assess damages for breach of contract, whether for failure to clear the right-of-way or other contractual breaches (i.e., claims related to the costs of returned conductor material and fire-fighting costs that Hydro failed to pay). Although the trial judge did not clearly state why he was not awarding damages for breach of contract regarding the conductor material and fire-fighting costs, this result seems to be consistent with an assumption that but for the misrepresentation the plaintiff would not have entered into the contract with Hydro. Once damages in tort are awarded on that basis (taking into account the plaintiff's overall loss on the project), to also award the plaintiff damages for breach of contract regarding part of the plaintiff's losses on the contract would be to allow the plaintiff double recovery.

The majority in the Court of Appeal not only substituted a finding of negligent misrepresentation for a finding of fraudulent misrepresentation, but also made an express finding regarding what the plaintiff would have done had the misrepresentation not been made; contrary to the trial judge's apparent assumption, the plaintiff would have entered the contract but at a higher price. As Hinkson J.A., put it, writing for the majority:

The effect of [the] negligent misrepresentation was to induce the plaintiff to enter into a contract at a price less than it would have had it known the true facts.

((1990), 44 B.C.L.R. (2d) 145, at p. 158.)

Hinkson J.A. went on to find that the increase in Checo's bid had it known the true facts would

d'autres endroits dans son jugement, selon laquelle Checo n'aurait pas conclu le contrat si elle avait été au courant de la situation véritable.

Le juge de première instance n'a pas évalué les dommages-intérêts qui résultent de l'inexécution de contrat, que ce soit pour le non-déboisement de l'emprise ou pour toute autre violation du contrat (c.-à-d., les demandes relatives aux coûts du matériel de conducteurs qui a été remis et aux coûts de la lutte contre les incendies qu'Hydro n'a pas payés). Bien que le juge de première instance n'ait pas clairement dit pour quelles raisons il n'accordait pas de dommages-intérêts pour l'inexécution de contrat en ce qui concerne les coûts relatifs au matériel de conducteurs et à la lutte contre les incendies, ce résultat semble correspondre à l'hypothèse que, n'eût été la déclaration inexacte, la demanderesse n'aurait pas conclu de contrat avec Hydro. Si l'on accorde des dommages-intérêts sur ce fondement en responsabilité délictuelle (en tenant compte de la perte globale de la demanderesse relativement au projet), il y aurait double recouvrement par la demanderesse si on lui accordait également des dommages-intérêts pour inexécution de contrat en ce qui concerne une partie de ses pertes qui découlent du contrat.

La Cour d'appel, à la majorité, a non seulement remplacé une conclusion de déclaration inexacte et frauduleuse par une conclusion de déclaration inexacte faite par négligence, mais elle a également tiré une conclusion expresse relativement à ce que la demanderesse aurait fait n'eût été la déclaration inexacte; contrairement à l'hypothèse que semble avoir formulée le juge de première instance, la demanderesse aurait conclu le contrat mais à un prix plus élevé. Comme le juge Hinkson le dit au nom de la majorité:

[TRADUCTION] La déclaration inexacte faite par négligence a eu pour effet d'inciter la demanderesse à conclure un contrat à un prix inférieur à celui auquel elle aurait contracté si elle avait connu les faits véritables.

((1990), 44 B.C.L.R. (2d) 145, à la p. 158.)

Le juge Hinkson a conclu que l'augmentation de la soumission de Checo si elle avait connu les faits

have equalled the cost of the extra work made necessary by the improperly cleared work site, plus a 15 percent margin for overhead and profit.

^a véritables aurait correspondu au coût du travail supplémentaire rendu nécessaire par le déboisement incomplet des lieux, plus une marge de 15 pour 100 au titre des frais généraux et des bénéfices.

As for breach of contract, the majority of the Court of Appeal referred the case back to trial for assessment of whether there was a breach of contract, and if so what is the proper assessment of damages. This referral back to trial was not stated to be limited to consideration of breaches of contract other than the failure to clear the right-of-way.

^b En ce qui concerne l'inexécution du contrat, la Cour d'appel, à la majorité, a renvoyé l'affaire en première instance pour en vérifier l'existence et, le cas échéant, pour déterminer le montant des dommages-intérêts. Ce renvoi en première instance ne devait pas être limité à l'examen des inexécutions de contrat autres que le non-déboisement de l'entreprise.

In the situation of concurrency, the main reason to expect a difference between tort and contract damages is the exclusion of the bargain elements in standard tort compensation. In the terminology of L. L. Fuller and W. R. Purdue, as set out in their article, "The Reliance Interest in Contract Damages" (1936-37), 46 *Yale L.J.* 52 and 373, contract is normally concerned with "expectation" damages while tort is concerned with "reliance" damages. The denial of "expectation" or "loss of bargain" damages in a misrepresentation case like the present will occur when it is concluded, for example, that but for the misrepresentation, no contract would have been entered at all; this was the situation that the Court found in *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 3 S.C.R. 3. The *Rainbow* assessment of damages can obviously lead to a different quantum of damages because this method frees the parties from the burden or benefit of the rest of their bargain. The assessment of damages in a *Rainbow* situation could be lower or higher than the contract damages depending on whether the contract was a good or bad bargain; see D. W. McLauchlan, "Assessment of Damages for Misrepresentations Inducing Contracts" (1987), 6 *Otago L. Rev.* 370, at pp. 375-78. We note that a tendency towards similar damages in tort and contract can be identified even in *Rainbow* situations; see J. Blom, "Remedies in Tort and Contract: Where is the Diff-

^c Dans le cas de la concomitance, la principale raison de s'attendre à une différence entre les dommages-intérêts en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle est l'exclusion des éléments du marché en cause dans l'indemnisation habituelle en matière délictuelle. Selon la terminologie établie par L. L. Fuller et W. R. Purdue dans leur article «*The Reliance Interest in Contract Damages*» (1936-37), 46 *Yale L.J.* 52 et 373, en matière contractuelle les dommages-intérêts sont normalement fondés sur l'^d[TRADUCTION] «attente», tandis qu'en matière délictuelle ils sont fondés sur la ^e[TRADUCTION] «confiance». Le refus des dommages-intérêts fondés sur l'^f«attente» ou la ^g«perte d'un marché» dans une affaire de déclaration inexacte comme en l'espèce se présentera lorsque l'on conclut, par exemple, que, n'eût été la déclaration inexacte, il n'y aurait pas eu de contrat; c'est la situation à laquelle la Cour a conclu dans l'arrêt *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3. L'évaluation faite dans *Rainbow* peut manifestement entraîner un montant différent de dommages-intérêts parce que cette méthode libère les parties de la charge ou du bénéfice du reste de leur marché. L'évaluation des dommages-intérêts ^hfaite dans une situation où s'applique l'arrêt *Rainbow* pourrait être plus élevée ou moins élevée que les dommages-intérêts résultant d'un contrat selon que le contrat constituait un bon ou un mauvais marché; voir D. W. McLauchlan, «*Assessment of Damages for Misrepresentations Inducing Contracts*» (1987), 6 *Otago L. Rev.* 370, aux pp. 375 à ^j

ference?" in J. Berryman, ed., *Remedies: Issues and Perspectives* (1991), 395, at pp. 401-2.

^a 378. Nous remarquons qu'une tendance à la similitude des dommages-intérets en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle peut exister même dans les situations où s'applique larrêt *Rainbow*; voir J. Blom, «*Remedies in Tort and Contract: Where is the Difference?*», dans J. Berryman, dir., *Remedies: Issues and Perspectives* (1991), 395, aux pp. 401 et 402.

^b

This is not a case like *Rainbow*. Here the evidence at trial concerning Checo's desire to break into the B.C. market already provides solid support for the conclusion reached by the Court of Appeal. On the basis of that evidence, and in light of the absence in the trial judge's reasons of a clear conclusion as to what Checo would have done had the misrepresentation not been made, the Court of Appeal was in our view justified in making its own finding that Checo would have entered the contract in any event, albeit at a higher bid. This conclusion having been reached, one would expect that the quantum of damages in tort and contract would be similar because the elements of the bargain unrelated to the misrepresentation are reintroduced. This means not giving the plaintiff compensation for any losses not related to the misrepresentation, but resulting from such factors as the plaintiff's own poor performance, or market or other forces that are a normal part of business transactions.

^c^d^e^f^g^hⁱ^j^k^l^mⁿ^o^p^q^r^s^t^u^v^w^x^y^z^{aa}^{bb}^{cc}^{dd}^{ee}^{ff}^{gg}^{hh}ⁱⁱ^{jj}^{kk}^{ll}^{mm}ⁿⁿ^{oo}^{pp}^{qq}^{rr}^{ss}^{tt}^{uu}^{vv}^{ww}^{xx}^{yy}^{zz}^{aa}^{bb}^{cc}^{dd}^{ee}^{ff}^{gg}^{hh}ⁱⁱ^{jj}^{kk}^{ll}^{mm}ⁿⁿ^{oo}^{pp}^{qq}^{rr}^{ss}^{tt}^{uu}^{vv}^{ww}^{xx}^{yy}^{zz}^{aa}^{bb}^{cc}^{dd}^{ee}^{ff}^{gg}^{hh}ⁱⁱ^{jj}^{kk}^{ll}^{mm}ⁿⁿ^{oo}^{pp}^{qq}^{rr}^{ss}^{tt}^{uu}^{vv}^{ww}^{xx}^{yy}^{zz}^{aa}^{bb}^{cc}^{dd}^{ee}^{ff}^{gg}^{hh}ⁱⁱ^{jj}^{kk}^{ll}^{mm}ⁿⁿ^{oo}^{pp}^{qq}^{rr}^{ss}^{tt}^{uu}^{vv}^{ww}^{xx}^{yy}^{zz}^{aa}^{bb}^{cc}^{dd}^{ee}^{ff}^{gg}^{hh}ⁱⁱ^{jj}^{kk}^{ll}^{mm}ⁿⁿ^{oo}^{pp}^{qq}^{rr}^{ss}^{tt}^{uu}^{vv}^{ww}^{xx}^{yy}^{zz}^{aa}^{bb}^{cc}^{dd}^{ee}^{ff}^{gg}^{hh}ⁱⁱ^{jj}^{kk}^{ll}^{mm}ⁿⁿ^{oo}^{pp}^{qq}^{rr}^{ss}^{tt}^{uu}^{vv}^{ww}^{xx}^{yy}^{zz}^{aa}^{bb}^{cc}^{dd}^{ee}^{ff}^{gg}^{hh}ⁱⁱ^{jj}^{kk}^{ll}^{mm}ⁿⁿ^{oo}^{pp}^{qq}^{rr}^{ss}^{tt}^{uu}^{vv}^{ww}^{xx}^{yy}^{zz}^{aa}^{bb}^{cc}^{dd}^{ee}^{ff}^{gg}^{hh}ⁱⁱ^{jj}^{kk}^{ll}^{mm}ⁿⁿ^{oo}^{pp}^{qq}^{rr}^{ss}^{tt}^{uu}^{vv}^{ww}^{xx}^{yy}^{zz}^{aa}^{bb}^{cc}^{dd}^{ee}^{ff}^{gg}^{hh}ⁱⁱ^{jj}^{kk}^{ll}^{mm}ⁿⁿ^{oo}^{pp}^{qq}^{rr}^{ss}^{tt}^{uu}^{vv}^{ww}^{xx}^{yy}^{zz}^{aa}^{bb}^{cc}^{dd}^{ee}^{ff}^{gg}^{hh}ⁱⁱ^{jj}^{kk}^{ll}^{mm}ⁿⁿ^{oo}^{pp}^{qq}^{rr}^{ss}^{tt}^{uu}^{vv}^{ww}^{xx}^{yy}^{zz}^{aa}^{bb}^{cc}^{dd}^{ee}^{ff}^{gg}^{hh}ⁱⁱ^{jj}^{kk}^{ll}^{mm}ⁿⁿ^{oo}^{pp}^{qq}^{rr}^{ss}^{tt}^{uu}^{vv}^{ww}^{xx}^{yy}^{zz}^{aa}^{bb}^{cc}^{dd}^{ee}^{ff}^{gg}^{hh}ⁱⁱ^{jj}^{kk}^{ll}^{mm}ⁿⁿ^{oo}^{pp}^{qq}^{rr}^{ss}

performing its other obligations under the contract. For example, having to devote its resources to that extra work might have prevented Checo from meeting its original schedule, thereby resulting in Checo incurring acceleration costs in order to meet the contract completion date. Such costs would also arguably be reasonably foreseeable. In our view, the matter should be referred back to the trial division for determination of whether any such indirect losses were the foreseeable results of the misrepresentation.

délit consistait simplement à ne pas avoir déboisé. La véritable faute est qu'Hydro a fait une déclaration inexacte concernant la situation et que Checo peut s'être fiée à cette déclaration pour exécuter ses autres obligations découlant du contrat. Par exemple, le fait de devoir consacrer ses ressources à ces travaux additionnels peut avoir empêché Checo de respecter son calendrier initial, entraînant ainsi des coûts d'accélération des travaux pour lui permettre de suivre les échéances. On pourrait dire que ces coûts sont raisonnablement prévisibles. À notre avis, la question devrait être renvoyée au tribunal de première instance pour qu'il détermine si ces pertes indirectes étaient les résultats prévisibles de la déclaration inexacte.

There remains the issue of assessment of damages for breach of contract. As implied above, it appears that the majority of the Court of Appeal intended to remit all breach of contract claims to trial, including the breach of contract claim related to the obligation of Hydro to have the work site cleared by others. We agree that this is the most appropriate disposition with respect to the breach of contract claims. On the claim for breach of contract Checo is to be put in the position it would be in had the work site been cleared properly, and is therefore to be reimbursed for all expenses incurred as a result of the breach of contract, whether expected or not, except, of course, to the extent that those expenses may have been so unexpected that they are too remote to be compensable for breach of contract. We note that in this respect the test for remoteness in contract may be of no practical difference from the test of reasonable foreseeability applicable in tort: see *Asamer Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, at p. 673, and *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, at pp. 243-44. Viewed thus, the damages in contract would include not only the costs flowing directly from the improperly cleared work site, but also consequent indirect

Il reste à trancher la question de l'évaluation des dommages-intérêts qui résultent de l'inexécution de contrat. Comme nous l'avons laissé entendre précédemment, la Cour d'appel, à la majorité, semble avoir eu l'intention de renvoyer en première instance toutes les demandes fondées sur l'inexécution de contrat, y compris celle ayant trait à l'obligation d'Hydro de faire déboiser les lieux par d'autres. À notre avis, c'est la décision qui convient le mieux pour ce qui est des demandes fondées sur l'inexécution de contrat. Pour ce qui est de la réclamation pour inexécution de contrat, Checo doit être placée dans la situation qui aurait été la sienne si les lieux avaient été déboisés de façon adéquate, et elle doit donc recouvrer tous les frais engagés par suite de l'inexécution de contrat, prévus ou non, sauf, évidemment, dans la mesure où ces frais étaient si imprévus qu'ils sont trop indirects pour faire l'objet d'un remboursement pour inexécution de contrat. Nous remarquons qu'à cet égard le critère relatif au caractère indirect en matière contractuelle peut ne pas être différent, en pratique, du critère de la prévisibilité raisonnable en matière délictuelle: voir *Asamer Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, à la p. 673, et *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, aux pp. 243 et 244. Ainsi, les dommages-intérêts en matière contractuelle comprendraient non seulement les frais découlant directement du déboisement incomplet des lieux, mais aussi les frais indirects corollaires comme les

costs such as acceleration costs due to delays in construction.

Conclusion

We would dismiss the appeal, allow the cross-appeal in part and refer the question of damages in tort and contract to the trial division to be reassessed in accordance with the principles set forth in these reasons.

The reasons of Sopinka and Iacobucci JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting in part)—The narrow question raised by this appeal is what remedy should be available for pre-contractual representations made during the tendering process. This question also raises a more general and more important issue. In light of the decision of this Court in *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, can a plaintiff who is in a contractual relationship with the defendant sue the defendant in tort if the duty relied upon by the plaintiff in tort is also made a contractual duty by an express term of the contract?

I. Facts

The appellant and respondent on the cross-appeal, B.C. Hydro and Power Authority, is a British Columbia Crown corporation. The respondent and appellant on the cross-appeal, BG Checo International Ltd., is a large corporation in the business of constructing electrical transmission lines and distribution systems. I will refer to the parties as “Hydro” and “Checo”, respectively.

In November of 1982, Hydro called for tenders to erect transmission towers and to string transmission lines. In December 1982, prior to submitting its tender for the contract, Checo’s representative inspected the area by helicopter. He noted that the right-of-way had been partially cleared, and also noted evidence of ongoing clearing activity. The

frais d'accélération des travaux entraînés par les retards dans la construction.

Conclusion

Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi, d'accueillir le pourvoi incident en partie et de renvoyer la question des dommages-intérêts en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle devant le tribunal de première instance pour qu'ils soient réévalués conformément aux principes énoncés dans les présents motifs.

Version française des motifs des juges Sopinka et Iacobucci rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident en partie)—La question que soulève le présent pourvoi est celle, limitée, du recours possible dans le cas de déclarations précontractuelles faites dans le cadre d'un appel d'offres. Mais elle revêt également un aspect plus général et plus important. Compte tenu de l'arrêt de notre Cour *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, le demandeur qui a des liens contractuels avec le défendeur peut-il exercer contre ce dernier un recours en responsabilité délictuelle si l'obligation sur laquelle il fonde son recours constitue également, aux termes mêmes du contrat, une obligation contractuelle?

I. Les faits

L'appelante et intimée dans le pourvoi incident, B.C. Hydro and Power Authority, est une société d'État de la Colombie-Britannique. L'intimée et appelante dans le pourvoi incident, BG Checo International Ltd., est une grande entreprise œuvrant dans la construction de lignes de transport d'électricité et de réseaux de distribution. Je les désignerai ci-après sous les noms de «Hydro» et «Checo», respectivement.

En novembre 1982, Hydro a lancé un appel d'offres pour l'érection de pylônes et la pose de lignes de transport d'électricité. En décembre 1982, avant que la soumission de l'entreprise soit présentée, un représentant de Checo a inspecté les lieux par hélicoptère. Il a observé que l'emprise avait été partiellement déboisée et que des activités

representative assumed that the right-of-way would be further cleared prior to the commencement of Checo's work. On January 2, 1983, Checo submitted its tender, and on February 15, 1983, Hydro accepted Checo's tender and the parties entered into a written contract. Checo contracted to construct 130 towers and install insulators, hardware and conductors over 42 kilometres of right-of-way near Sechelt, British Columbia.

In fact, no further clearing of the right-of-way ever took place. The "dirty" condition of the right-of-way caused Checo a number of difficulties in completing its work. Checo sued Hydro seeking damages for negligent misrepresentation, or, in the alternative, for breach of contract.

The evidence at trial indicated that Hydro had contracted the clearing out to another company, and that, to Hydro's knowledge, the work was not done adequately. There was no direct discussion between the representatives of Checo and Hydro concerning this issue. There was evidence led at trial that the contract between the parties did not specify clearing standards with the same degree of detail as was present in similar contracts entered into by Hydro.

During the trial, Hydro tendered documents in evidence which Checo had unsuccessfully attempted to discover. These documents indicated that Hydro was aware of the problem with the clearing and of the impact that these problems would have on the successful tenderer. As a result, Checo amended its statement of claim to include a claim in fraud.

The trial judge found that Hydro had acted fraudulently in its dealings with Checo and awarded Checo \$2,591,580.56, being "the total loss suffered by [Checo] as a result of being fraudulently induced to enter into this contract". Hydro appealed to the Court of Appeal for British Columbia, which rejected the finding of fraud, but found that there had been a negligent misrepresentation which induced Checo to enter into the contract.

de déboisement s'y poursuivaient. Il a donc présumé que l'emprise serait plus amplement déboisée avant que Checo n'entreprene les travaux. Checo a présenté sa soumission le 2 janvier 1983, Hydro l'a acceptée le 15 février 1983 et les parties ont conclu un contrat écrit. Checo s'engageait à construire 130 pylônes et à installer des isolants électriques, de l'équipement technique et des conducteurs sur une emprise longue de 42 kilomètres près de Sechelt, en Colombie-Britannique.

Dans les faits, l'emprise n'a jamais fait l'objet d'autres travaux de déboisement. La [TRADUCTION] «malpropreté» de l'emprise a occasionné à Checo de nombreuses difficultés dans l'exécution des travaux. Checo a poursuivi Hydro en dommages-intérêts pour déclaration inexacte faite par négligence ou, subsidiairement, pour inexécution de contrat.

Il est ressorti de la preuve présentée au procès qu'Hydro avait accordé un sous-contrat de déboisement à une autre compagnie, qui n'avait pas, à sa connaissance, effectué les travaux de façon satisfaisante. Il n'y a pas eu de discussions directes à ce sujet entre les représentants de Checo et d'Hydro. Selon la preuve présentée en première instance, le contrat intervenu entre les parties ne comportait pas, quant aux normes de déboisement, autant de précision que d'autres contrats analogues conclus par Hydro.

Au cours du procès, Hydro a déposé en preuve des documents que Checo avait vainement tenté d'obtenir. D'après ces documents, Hydro était au courant du problème de déboisement et des conséquences que cette situation risquait d'entraîner pour l'adjudicataire. Checo a en conséquence modifié sa déclaration pour y inclure une allégation de fraude.

Le juge de première instance a conclu qu'Hydro avait agi frauduleusement dans ses rapports avec Checo et a accordé à celle-ci 2 591 580,56 \$, soit [TRADUCTION] «la perte totale subie par [Checo] pour avoir été frauduleusement amenée à conclure ce contrat». Hydro a interjeté appel auprès de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a rejeté la conclusion relative à la fraude mais a estimé qu'il y avait eu déclaration inexacte faite

The Court of Appeal awarded the sum of \$1,087,729.81, for the misrepresentation, and referred the question of breach of contract and damages flowing therefrom to the British Columbia Supreme Court. Checo's cross-appeal for punitive damages and for a higher scale of costs was dismissed: (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 145, 4 C.C.L.T. (2d) 161, 41 C.L.R. 1, [1990] 3 W.W.R. 690.

It will be helpful to set out the relevant provisions of the contract. The terms of the contract, No. HA-8071, are identical to the tender documents. The critical clauses are 2.03, 4.04 and 6.01.03. I have highlighted that portion of clause 6.01.03 which Checo alleges founds the misrepresentation by Hydro.

2.03 TENDERER'S RESPONSIBILITY

It shall be the Tenderer's responsibility to inform himself of all aspects of the Work and no claim will be considered at any time for reimbursement for any expenses incurred as a result of any misunderstanding in regard to the conditions of the Work. Should any details necessary for a clear and comprehensive understanding be omitted or any error appear in the Tender Documents or should the Tenderer note facts or conditions which in any way conflict with the letter or spirit of the Tender Documents, it shall be the responsibility of the Tenderer to obtain clarifications before submitting his Tender. [There follows some technical details.]

Neither B.C. Hydro nor the Engineer shall be responsible for any instructions or information given to any Tenderer other than by the Purchasing Agent, in accordance with this Clause.

4.04 INSPECTION OF SITE AND SUFFICIENCY OF TENDER

The Contractor shall inspect and examine the Site and its surroundings and shall satisfy himself before submitting his Tender as to the nature of the ground and sub-soil, the form and nature of the Site, the quantities and nature of work and materials necessary for completion of the Work, the means of access to the Site, the accommodation and facilities he may require, and in general

par négligence ayant amené Checo à conclure le contrat. La Cour d'appel a accordé à ce titre la somme de 1 087 729,81 \$ et a renvoyé la question de l'inexécution du contrat et des dommages en résultant à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le pourvoi incident par lequel Checo demandait des dommages-intérêts punitifs et un barème de dépens plus élevé a été rejeté: (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 145, 4 C.C.L.T. (2d) 161, 41 C.L.R. 1, [1990] 3 W.W.R. 690.

Il est utile de reproduire les clauses pertinentes du contrat. Les clauses du contrat n° HA-8071 sont identiques à celles du dossier d'appel d'offres. Les clauses cruciales sont les clauses 2.03, 4.04 et 6.01.03. J'ai souligné la partie de la clause 6.01.03 sur laquelle Checo s'appuie pour alléguer qu'il y a eu déclaration inexacte de la part d'Hydro.

[TRADUCTION]

2.03 RESPONSABILITÉ DU SOUMISSIONNAIRE

Il est de la responsabilité du soumissionnaire de se renseigner sur tous les aspects des travaux, et aucune demande de remboursement des dépenses engagées par suite d'une méprise quant aux conditions d'exécution des travaux ne sera prise en considération. Advenant le cas où le dossier d'appel d'offres omettrait des détails nécessaires à une bonne compréhension de ses dispositions ou contiendrait des erreurs, ou encore si le soumissionnaire remarque des faits ou des conditions qui viennent en contradiction avec la lettre ou l'esprit du dossier, c'est au soumissionnaire qu'il incombe d'obtenir les explications voulues avant de présenter sa soumission. [Suivent certains détails techniques.]

Ni B.C. Hydro ni l'ingénieur ne sont responsables des consignes ou renseignements donnés au soumissionnaire par toute personne autre que l'acheteur, conformément à la présente clause.

4.04 EXAMEN DES LIEUX ET ADÉQUATION DE LA SOUMISSION

L'entrepreneur doit, par visite et examen des lieux et des environs, se renseigner, avant de présenter sa soumission, sur la nature du sol et du sous-sol, la morphologie des lieux, la quantité et la nature des travaux et des matériaux nécessaires à leur exécution, les voies d'accès aux lieux, les installations requises, et, de façon générale, obtenir tous les renseignements pertinents.

shall himself obtain all necessary information as to risks, contingencies, and other circumstances which may influence or affect his Tender. Without limiting the generality of the foregoing, the Contractor shall satisfy himself of any special risks, contingencies, regulations, safety requirements, and other circumstances which may be encountered.

The Contractor shall be deemed to have satisfied himself before tendering as to the correctness and sufficiency of his Tender for the Work and of the prices stated in the Schedule of Prices which prices shall (except insofar as it is otherwise provided in the Contract) cover all his obligations under the Contract and all matters and things necessary for the proper execution of the Work.

6.01.03 WORK DONE BY OTHERS

Clearing of the right-of-way and foundation installation has been carried out by others and will not form part of this Contract.

Standing trees and brush have not been removed from the right-of-way in certain valley and gully crossings. The Contractor shall be responsible for such further site preparation as required by Section 7.01. [Emphasis added.]

7.01.02 PREPARATION OF THE SITE

The Contractor shall carry out any preparation of the Site, including removal of logs, stumps and boulders, as is necessary to perform his operations.

The Contractor shall ensure that the transmission line is protected from possible slides, washouts or other hazards resulting from his road construction, grading, benching, and other site preparation work and operations. Surface drainage shall be directed away from any structure foundations and guy anchors.

Any condition resulting from the Contractor's work and which, in the opinion of the Engineer constitutes a hazard to the transmission line shall be corrected to the satisfaction of the Engineer.

II. Judgments in the Courts Below

A. *Supreme Court of British Columbia* (Vancouver Reg. No. C864116, June 10, 1988)

ments quant aux risques, imprévus et autres circonstances susceptibles d'avoir une incidence sur sa soumission. Sans que soit limitée la portée générale de ce qui précède, l'entrepreneur doit s'informer sur tout risque, imprévu, exigence en matière de sécurité et règlement particuliers ainsi que toute autre circonstance à laquelle il peut avoir à faire face.

L'entrepreneur est réputé s'être assuré, avant de présenter sa soumission, qu'elle est exacte et complète en ce qui concerne les travaux et les prix indiqués en annexe, lesquels (sauf indication contraire du contrat) doivent couvrir toutes les obligations qui lui incombent en vertu du contrat et toute chose nécessaire à l'exécution des travaux.

6.01.03 TRAVAUX DÉJÀ EXÉCUTÉS

Le déboisement de l'emprise et l'installation des fondations ont été faits par d'autres et ne feront pas partie du présent contrat.

Les arbres sur pied et les broussailles n'ont pas été enlevés de l'emprise dans certaines vallées et ravins. L'entrepreneur est responsable de tous travaux supplémentaires de préparation des lieux exigés conformément à l'article 7.01. [Je souligne.]

7.01.02 PRÉPARATION DES LIEUX

L'entrepreneur doit veiller à la préparation des lieux, y compris à l'enlèvement des billes, des souches et des blocs rocheux, dans la mesure nécessaire à l'exécution des travaux.

L'entrepreneur doit veiller à ce que la ligne de transport d'électricité soit protégée contre tout glissement, érosion ou autre danger résultant de la construction de routes, du terrassement, de l'aménagement de banquettes et autres travaux préparatoires. Le drainage de surface ne doit pas s'effectuer en direction des fondations et des ancrages de hauban.

Toute condition résultant des travaux de l'entrepreneur et qui, de l'avis de l'ingénieur, représente un danger pour la ligne de transport d'électricité doit être corrigée à la satisfaction de l'ingénieur.

II. Décisions des instances inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, Reg. de Vancouver n° C864116, 10 juin 1988

The trial began in November of 1987 and ended in April of 1988, taking 28 days in total. Cohen J. delivered his reasons on June 10, 1988. Checo's original claim was for breach of contract or, in the alternative, negligent misrepresentation. In the middle of the trial, Checo amended its statement of claim to advance a claim of fraudulent misrepresentation.

Commencé en novembre 1987, le procès s'est terminé en avril 1988, pour un total de 28 jours d'audience. Le juge Cohen a prononcé ses motifs le 10 juin 1988. Dans sa déclaration initiale, Checo alléguait l'inexécution du contrat ou, subsidiairement, la déclaration inexacte faite par négligence. En cours d'audience, elle a apporté une modification pour alléguer la déclaration inexacte et frauduleuse.

b

The trial judge found that Hydro knew and failed to disclose to Checo the problems with the clearing contractors, that the right-of-way was improperly cleared, and that merchantable logs, which Hydro intended to salvage, remained on the right-of-way. The trial judge also found that Hydro knew that the effect of the inadequate clearing would be to increase the costs of construction. He then turned to a consideration of the issue of fraud. Citing the principles set out in *K.R.M. Construction Ltd. v. British Columbia Railway Co.* (1981), 18 C.L.R. 159 (B.C.S.C.), at p. 169; (1982), 18 C.L.R. 159 (B.C.C.A.), at p. 277, Cohen J. was satisfied that Hydro was guilty of fraudulent misrepresentation.

Le juge de première instance a tenu pour avéré qu'Hydro savait qu'il y avait eu des problèmes avec les entrepreneurs en déboisement, que l'entreprise n'était pas convenablement déboisée, et que des billes marchandes, qu'elle entendait récupérer, étaient restées sur le terrain, problèmes dont elle a omis de prévenir Checo. Le juge de première instance a également conclu qu'Hydro savait que le déboisement inadéquat aurait pour effet d'accroître les coûts de construction. Il a ensuite examiné la question de la fraude. Citant les principes énoncés dans l'affaire *K.R.M. Construction Ltd. c. British Columbia Railway Co.* (1981), 18 C.L.R. 159 (C.S.C.-B.), à la p. 169; (1982), 18 C.L.R. 159 (C.A.C.-B.), à la p. 277, le juge Cohen a acquis la conviction qu'Hydro s'était rendue coupable de déclaration inexacte et frauduleuse.

f

It was significant to him that, in another contract for similar installations, Hydro included, in a paragraph "virtually identical" to s. 6.01.03, the words "logs and old logging slash will be on the right-of-way in some areas". Cohen J. concluded (at pp. 61-62):

Il était révélateur, selon lui, que dans un autre contrat pour des installations similaires, Hydro a prévu, dans un paragraphe [TRADUCTION] «pratiquement identique» à la clause 6.01.03, qu'[TRADUCTION] «il y aura par endroits sur l'emprise des billes et des vieux déchets de coupe». Le juge Cohen a conclu (aux pp. 61 et 62):

... the decision to remove any reference in clause 6.01.03 of [Checo's] contract to logs remaining on the right-of-way was deliberate. Foxall [an employee of Hydro] insisted that it was not necessary to include any words of warning in [Checo's] contract because the existence of logs on the right-of-way would be obvious to a tenderer viewing the right-of-way. However, when I consider that words warning of logs remaining on the right-of-way were excluded when [Hydro's] clearing standards allowed for logs to be left on the right-of-way, a fact not disclosed in the tender documents, [Hydro] knew merchantable logs were left on the right-of-way, knew of problems with clearing contractors not clearing to specifications, and knew of the delays and extra costs

[TRADUCTION] ... la décision d'omettre à la clause 6.01.03 du contrat de [Checo] toute indication quant à la présence de billes sur l'emprise était délibérée. Foxall [un employé d'Hydro] a insisté sur le fait qu'il n'était pas nécessaire d'inclure un avertissement à cet effet dans le contrat de [Checo] puisque la présence des billes aurait été évidente pour le soumissionnaire examinant l'emprise. Cependant, si je considère que l'avertissement quant aux billes restant sur l'emprise a été exclu alors que, suivant les normes [d'Hydro] relatives au déboisement, des billes pouvaient être laissées sur l'emprise, fait qui n'était pas dévoilé dans le dossier d'appel d'offres, alors qu'[Hydro] savait que des billes marchandes étaient laissées sur l'emprise, qu'elle était au

j

experienced by [another contractor] due to logs on the right-of-way obstructing construction activities, the deliberate omission of these words in the tender documents amounted, in my opinion, to a form of tender by ambush.

The trial judge held that Hydro had a duty to be accurate in the information that it gave in its tender, and it was not open to it to say that Checo should not have assumed that the right-of-way would be cleared further, or that Checo should have made inquiries. Here, the "ordinary meaning" of the words used in clause 6.01.03 supported Checo's conclusion that the clearing was not yet complete. This representation in clause 6.01.03 was a false one, and was a representation that Checo relied upon. Cohen J. found that Checo would not have contracted on the basis that it did in the absence of the representation, and held Hydro liable for the "actual damages directly flowing from [its] fraud" (p. 72).

Cohen J. did not consider Checo's claim in breach of contract. He declined to make an award of punitive damages.

B. *Court of Appeal of British Columbia* (1990),
44 B.C.L.R. (2d) 145

Hydro appealed from the judgment of Cohen J. Checo cross-appealed seeking punitive damages and costs to be taxed on a higher scale.

The Court of Appeal considered the issues of fraudulent misrepresentation, negligent misrepresentation and breach of contract. Writing for the majority, Hinkson J.A. (Lambert, Toy and Cumming JJ.A. concurring) allowed Hydro's appeal on the issue of fraudulent misrepresentation. However, Hinkson J.A. found Hydro liable for negligent misrepresentation (which had not been considered in the judgment at trial). Hinkson J.A. remitted Checo's action for breach of contract back to the British Columbia Supreme Court. Hinkson J.A. dismissed Checo's cross-appeal.

courant du problème des entrepreneurs en déboisement qui ne s'étaient pas conformés au cahier des charges, ainsi que des retards et des coûts additionnels que la présence de billes gênant les travaux de construction avait occasionnés dans le cas [d'un autre entrepreneur], l'omission délibérée de ce passage dans le dossier d'appel d'offres équivalait, à mon avis, à un piège.

Le juge de première instance a jugé qu'Hydro avait l'obligation de veiller à l'exactitude des renseignements contenus dans l'offre et qu'elle ne pouvait soutenir que Checo n'aurait pas dû présumer que le déboisement de l'emprise se poursuivrait, ou qu'elle aurait dû demander des informations. En l'espèce, le «sens ordinaire» du libellé de la clause 6.01.03 vient appuyer la conclusion de Checo selon laquelle le déboisement n'était pas encore terminé. Or il s'agissait d'une déclaration fausse, à laquelle Checo s'est fiée. Estimant qu'en l'absence de cette déclaration Checo n'aurait pas contracté aux conditions où elle l'a fait, le juge Cohen a tenu Hydro responsable du [TRADUCTION] «préjudice réel résultant directement de [sa] fraude» (à la p. 72).

Le juge Cohen n'a pas examiné l'allégation de Checo quant à l'inexécution du contrat. Il a refusé d'accorder des dommages-intérêts punitifs.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 145

Hydro a porté en appel le jugement du juge Cohen. Quant à Checo, elle a, par appel incident, demandé des dommages-intérêts punitifs et la taxation des dépens en fonction d'un barème plus élevé.

i La Cour d'appel a examiné les questions de la déclaration inexacte et frauduleuse, de la déclaration inexacte faite par négligence et de l'inexécution du contrat. Au nom de la majorité, le juge Hinkson (aux motifs duquel ont souscrit les juges Lambert, Toy et Cumming) a accueilli l'appel d'Hydro sur la question de la déclaration inexacte et frauduleuse. Il a toutefois retenu sa responsabilité pour déclaration inexacte faite par négligence (point qui n'avait pas été examiné dans le jugement de première instance). Quant au recours de Checo fondé sur l'inexécution du contrat, le juge

Southin J.A., writing for herself, dissented in the result. While she agreed with Hinkson J.A. on the questions of fraudulent misrepresentation and breach of contract, she would have held that Hydro was not liable for negligent misrepresentation.

In the result, Hydro's appeal was allowed in part, in that the Court of Appeal held unanimously that Hydro was not liable for fraudulent misrepresentation. However, the Court of Appeal awarded damages against Hydro for negligent misrepresentation, but reduced the trial judge's damage award to \$1,087,729.81. Checo's cross-appeal was dismissed.

(1) Reasons of Hinkson J.A.

Hinkson J.A. considered that the omission of the reference to logs and logging slash in clause 6.01.03 left "the meaning of 'clearing' unqualified" (p. 153). The majority of the Court held that the representation in clause 6.01.03 as to clearing "meant that logs and slash would be cleared from the right-of-way" (p. 155), and that the state of the right-of-way in November 1982 was not the state that the right-of-way would be in at the commencement of the contract. The majority concluded that "on the date of the contract [Hydro], while having represented that the right-of-way would have been cleared, knew that it had not been done" (p. 156), and held that this was, therefore, a misrepresentation.

Hinkson J.A. then turned to a consideration of the issue of negligent misrepresentation, which had not been considered by the trial judge. Hydro had a duty to advise Checo about the amount of clearing which would in fact be carried out. Hydro having failed to discharge this duty, it made a negligent misrepresentation, the effect of which "was to induce [Checo] to enter into a contract at a price less than it would have had it known the true facts" (p. 158). Hinkson J.A. held that Checo had established a claim for negligent misrepresentation

Hinkson l'a renvoyé devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Il a enfin rejeté le pourvoi incident de Checo. Pour sa part, le juge Southin a exprimé sa dissidence quant au résultat. Souscrivant à l'opinion du juge Hinkson sur les questions de la déclaration inexacte et frauduleuse et de l'inexécution du contrat, elle aurait conclu à la non-responsabilité d'Hydro pour ce qui est de la déclaration inexacte faite par négligence.

En définitive, l'appel d'Hydro a été accueilli en partie, la Cour d'appel ayant conclu à l'unanimité à la non-responsabilité d'Hydro pour déclaration inexacte et frauduleuse. Elle l'a cependant condamnée à verser des dommages-intérêts pour déclaration inexacte faite par négligence, tout en réduisant à 1 087 729,81 \$ la somme adjugée en première instance. Le pourvoi incident de Checo a été rejeté.

(1) Motifs du juge Hinkson

Le juge Hinkson a estimé qu'en raison du silence de la clause 6.01.03 quant aux billes et aux déchets de coupe, [TRADUCTION] «le terme «déboisement» n'était assorti d'aucune réserve» (à la p. 153). De l'avis de la majorité, la déclaration contenue à cette clause quant au déboisement [TRADUCTION] «signifiait que l'emprise serait dégagée des billes et des déchets» (à la p. 155), et que l'état de celle-ci en novembre 1982 ne correspondait pas à l'état dans lequel elle serait au début du contrat. La majorité a conclu que [TRADUCTION] «bien qu'elle ait affirmé que l'emprise serait déboisée, [Hydro] savait, à la date du contrat, que cela n'avait pas été fait» (à la p. 156) et, partant, qu'il s'agissait d'une déclaration inexacte.

Le juge Hinkson a ensuite examiné la question de la déclaration inexacte faite par négligence, que le juge de première instance n'avait pas prise en considération. Hydro avait l'obligation d'informer Checo de l'ampleur des travaux de déboisement qui seraient effectivement effectués. Faute de s'acquitter de cette obligation, elle a fait par négligence une déclaration inexacte dont le résultat a été [TRADUCTION] «d'inciter [Checo] à conclure un contrat à un prix inférieur à celui auquel elle aurait contracté si elle avait connu les faits véritables» (à

based on *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), and *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.).

la p. 158). Le juge Hinkson a estimé que Checo avait établi le bien-fondé d'un recours pour déclaration inexacte faite par négligence fondé sur les arrêts *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), et *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.).

In considering whether there was also liability for fraudulent misrepresentation, as the trial judge had found, Hinkson J.A. traced the development of the law of the tort of deceit. He noted that although deceit, as it applies to corporations, is an evolving tort, fundamentally, "the plaintiff must establish an intention to deceive on the part of the defendant" (p. 161) and referred to the principles enunciated in *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.). On the facts of this case, the majority concluded that the "evidence fell short of establishing the necessary basis for a finding of fraud" because there was no evidence of a dishonest intention (at pp. 161-62):

Abordant la question de savoir s'il y avait aussi responsabilité pour déclaration inexacte et frauduleuse suivant la conclusion du juge de première instance, le juge Hinkson a brossé un tableau de l'évolution du droit de la responsabilité délictuelle en matière de dol. Quoique ce délit, en ce qui a trait aux personnes morales, soit encore appelé à se transformer, il a fait observer qu'essentiellement [TRADUCTION] «le demandeur doit établir une intention dolosive de la part du défendeur» (à la p. 161), et s'est référé aux principes énoncés dans l'arrêt *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Canadian National Railway Co.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.). La majorité a conclu que, d'après les faits de l'espèce, [TRADUCTION] «le fondement nécessaire à une conclusion de dol ne ressortait pas de la preuve» parce qu'il n'y avait aucune preuve établissant l'intention malhonnête (aux pp. 161 et 162):

In the present case, a committee of 12 prepared the specifications. The evidence does not reveal that any members of the committee were dishonest in the preparation of the specifications for this contract. Rather, it is possible to conclude that they mistakenly and negligently believed that the requirement that a tenderer should take a view of the site would remedy any shortcomings in the specifications included in the terms of the contract.

Hydro's appeal was accordingly allowed on the issue of fraudulent misrepresentation.

On the question of damages, the majority held that Checo was not entitled to recover the entire loss it suffered as a result of performing the contract. The majority held that the decision of the Court of Appeal, affirming the trial judgment in *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.* (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 1, affirmed on appeal to the Supreme Court of Canada, [1991] 3 S.C.R. 3, could be distinguished

[TRADUCTION] Dans la présente espèce, le cahier des charges a été préparé par un comité de 12 personnes. Rien dans la preuve n'indique que les membres du comité aient été malhonnêtes dans leurs travaux. En revanche, on peut conclure qu'ils ont cru de façon erronée et négligente que l'obligation pour le soumissionnaire d'aller voir les lieux remédierait à toute lacune dans les stipulations du cahier des charges incluses dans le contrat.

L'appel d'Hydro a en conséquence été accueilli quant à l'allégation de déclaration inexacte et frauduleuse.

Sur la question des dommages-intérêts, la majorité a jugé que Checo ne pouvait être indemnisée intégralement de la perte subie par suite de l'exécution du contrat. À son avis, il y avait lieu d'établir une distinction d'avec l'arrêt de la Cour d'appel confirmant le jugement de première instance rendu dans l'affaire *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Canadian National Railway Co.* (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 1, confirmé par notre Cour,

from the case at bar, on the grounds that in the present case it was clear that Checo "would have entered into a contract if it had known the true state of affairs but would have adjusted the price of doing the work to reflect that state of affairs" (pp. 163-64). The majority held that on the basis of the statement of claim and the evidence, the extra work attributable to an improperly cleared worksite cost Checo \$945,852,01. The majority allowed an additional 15 percent for overhead and profit, making a total damage award of \$1,087,729.81.

Hinkson J.A. ordered a new trial on the breach of contract issue (at p. 164):

... I would remit the action to the Supreme Court for determination as to whether or not a breach of contract occurred and, in the event that the defendant is found to have been in breach of contract, what damages flowed from such breach. As the parties led evidence at trial in respect of this issue and with respect to the claim of the plaintiff for damages asserted to flow from breach of contract, the trial judge will be in a position on the basis of the record at trial to determine the issue of breach of contract and to assess damages if he finds a breach of contract occurred. The question of whether further evidence should be permitted on this issue should be determined by the trial judge.

Checo's cross-appeal was dismissed, punitive damages being inappropriate in view of the conclusion of the majority that the trial judge's finding of fraud was in error.

(2) Dissenting Reasons of Southin J.A.

Southin J.A. was in agreement with the majority on the issue of fraud, and the disposition of the cross-appeal, but would not have awarded damages for negligent misrepresentation.

With respect to the issue of fraudulent misstatement, Southin J.A. noted that, in her view, "[b]ecause a conscious intention to deceive, i.e., mens rea, is a necessary ingredient of the tort of deceit, it follows that a corporation cannot be liable for this tort except upon the principle respon-

[1991] 3 R.C.S. 3, aux motifs que dans la présente affaire il était clair que Checo [TRADUCTION] «aurait conclu le contrat si elle avait connu la véritable situation mais qu'elle aurait révisé son prix en conséquence» (aux pp. 163 et 164). La majorité a conclu que, d'après la déclaration et la preuve, les travaux additionnels imputables au déboisement inadéquat des lieux avaient coûté à Checo 945 852,01 \$. Elle a majoré cette somme de 15 pour 100 au titre des frais généraux et des profits, pour une somme totale de 1 087 729,81 \$.

Le juge Hinkson a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur la question de l'inexécution du contrat (à la p. 164):

[TRADUCTION] ... je suis d'avis de renvoyer l'action devant la Cour suprême pour qu'y soit tranchée la question de savoir s'il y a eu inexécution du contrat et, le cas échéant, qu'il y soit procédé à l'évaluation des dommages-intérêts. Les parties ayant présenté lors du procès des éléments de preuve relativement à ces questions, le juge présidant l'audience sera en mesure de disposer de la question de l'inexécution du contrat et d'évaluer, le cas échéant, les dommages subis. C'est lui qui devrait se prononcer sur la recevabilité de nouveaux éléments de preuve à ce sujet.

Le pourvoi incident de Checo a été rejeté, des dommages-intérêts punitifs étant inappropriés vu l'opinion de la majorité selon laquelle la conclusion du juge de première instance quant à la fraude était erronée.

(2) Motifs dissidents du juge Southin

Tout en partageant l'opinion de la majorité sur la question de la fraude et sur la décision quant au pourvoi incident, le juge Southin n'aurait pas accordé de dommages-intérêts pour déclaration inexacte faite par négligence.

En ce qui concerne la question de la déclaration inexacte et frauduleuse, le juge Southin a souligné qu'à son avis [TRADUCTION] «[é]tant donné que l'intention consciente de tromper, c.-à-d. la mens rea, est un élément essentiel du délit civil de dol, il s'ensuit qu'une personne morale ne peut en être

deat superior" (p. 183). In this context, Southin J.A. looked to evidence of the intent of Mr. Foxall, who was the Hydro employee in charge of the project. For there to have been a fraudulent misrepresentation, Foxall would have to be shown to have consciously intended to deceive Checo. Southin J.A. held that the trial judge had not asked himself the right questions and that there was no finding of the required fraudulent intent, and that therefore the claim in fraud could not stand.

Southin J.A. then considered the issue of negligent misstatement. After reviewing the case law, she concluded on the facts of this case that clause 6.01.03 did "not impart the information that between the date of the tender call and the date of commencement of work [Hydro would] clear the right of way to a standard thought suitable either by [Checo] or by a reasonable man" (pp. 200-201). Further, clauses 2.03 and 4.04 were evidence of Hydro's intention not to assume any duty to Checo (at p. 201): "In my opinion, by cl. 2.03 and 4.04, [Hydro] was declaring that it was not assuming any duty of care to [Checo]." Southin J.A. stated she was reinforced in her conclusion by the decision of the Alberta Court of Appeal in *Catre Industries Ltd. v. Alberta* (1989), 99 A.R. 321 (C.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused on March 8, 1990, [1990] 1 S.C.R. vi.

She did not agree with the majority that the measure of damages in this type of case is different depending on whether liability is founded in contract or in tort.

As the trial judge had made no findings as to breach of contract, Southin J.A. agreed with Hinkson J.A. that there should be a new trial on the claim for breach of contract.

tenue responsable sauf en vertu du principe respondeat superior» (à la p. 183). Dans ce contexte, le juge Southin a examiné la preuve quant à l'intention de M. Foxall, l'employé d'Hydro responsable du projet. Pour qu'il y ait eu déclaration inexacte et frauduleuse, il aurait fallu démontrer que Foxall avait consciemment formé l'intention de tromper Checo. Le juge Southin a conclu que le juge de première instance ne s'était pas posé les bonnes questions, qu'il n'y avait pas de conclusion relative à l'intention frauduleuse requise et qu'en conséquence, l'allégation de fraude ne pouvait être retenue.

Le juge Southin a examiné ensuite la question de la déclaration inexacte faite par négligence. Après avoir passé en revue la jurisprudence, elle a conclu d'après les faits de l'espèce, qu'il ne ressortait pas de la clause 6.01.03 [TRADUCTION] «qu'entre la date de l'appel d'offres et celle du début des travaux [Hydro allait] procéder au déboisement de l'emprise suivant une norme jugée acceptable soit par [Checo] soit par une personne raisonnable» (aux pp. 200 et 201). De plus, les clauses 2.03 et 4.04 attestaient de l'intention d'Hydro de n'assumer aucune obligation à l'endroit de Checo (à la p. 201): [TRADUCTION] «À mon avis, [Hydro] déclarait aux clauses 2.03 et 4.04 qu'elle n'assumait aucune obligation de diligence envers [Checo]». Le juge Southin a ajouté que l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, *Catre Industries Ltd. c. Alberta* (1989), 99 A.R. 321 (C.A.), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée le 8 mars 1990, [1990] 1 R.C.S. vi, venait renforcer sa conclusion.

Elle a par ailleurs exprimé son désaccord avec l'opinion majoritaire selon laquelle l'évaluation des dommages-intérêts dans une affaire de ce genre dépend du fondement contractuel ou délictuel de la responsabilité.

Le juge de première instance n'étant parvenu à aucune conclusion quant à l'inexécution du contrat, la juge Southin a dit partager l'opinion du juge Hinkson sur la nécessité de tenir un nouveau procès sur cette question.

III. Issues

I would characterize the issues raised by Hydro's appeal as follows:

(1) Can a pre-contractual representation which becomes a contractual term found liability in negligent misrepresentation?

(2) If the answer to the first question is in the affirmative, did the terms of the contract nonetheless operate to exclude Hydro's potential liability for any misrepresentations?

(3) If the terms of the contract did not exclude Hydro's potential liability for any misrepresentations, is Hydro liable for negligent misrepresentation?

(4) Was there a breach of contract?

I would characterize the issues raised by Checo's cross-appeal as follows:

(1) Should Hydro be liable for fraudulent misrepresentation?

(2) Did the Court of Appeal correctly assess Checo's damages for negligent misrepresentation?

IV. Analysis

In the interests of simplicity and brevity, I will deal with the issues raised by the appeal and cross-appeal somewhat out of order. Because the issue of fraudulent misrepresentation can and should be resolved quickly, I will deal with it first. Then I will examine, following *Central Trust v. Rafuse*, *supra*, the scope of the right of a party to a contract to sue the other party in tort (the tort-contract currency problem). It will also be necessary for me to review the law of negligent misrepresentation (which was not at issue in *Central Trust v. Rafuse*), in order to determine the applicability of the prin-

III. Questions en litige

Je formulerais les questions que soulève le pourvoi d'Hydro de la manière suivante:

(1) Peut-on se fonder sur une déclaration précontractuelle qui devient une clause du contrat pour conclure à la responsabilité pour déclaration inexacte faite par négligence?

(2) Si l'on répond par l'affirmative à la première question, les clauses du contrat ont-elles néanmoins pour effet d'exclure la responsabilité potentielle d'Hydro pour toute déclaration inexacte?

(3) Si les clauses du contrat n'ont pas pour effet d'exclure la responsabilité potentielle d'Hydro pour toute déclaration inexacte, Hydro est-elle responsable par suite d'une déclaration inexacte faite par négligence?

(4) Y a-t-il eu inexécution du contrat?

Quant aux questions que soulève le pourvoi incident formé par Checo, je les formulerais ainsi:

(1) Hydro devrait-elle être tenue responsable d'avoir fait une déclaration inexacte et frauduleuse?

(2) La Cour d'appel a-t-elle correctement évalué le préjudice subi par Checo par suite de la déclaration inexacte faite par négligence?

IV. Analyse

Par souci de simplicité et de concision, je n'aborderai pas dans l'ordre les questions que soulèvent le pourvoi et le pourvoi incident. Comme la question de la déclaration inexacte et frauduleuse peut et devrait être résolue rapidement, j'en disposerai dès le départ. Puis j'examinerai, suivant l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité, la portée du droit d'une partie contractante de poursuivre son cocontractant en responsabilité délictuelle (la question de la responsabilité concomitante (aussi appelée concurrente) en matières délictuelle et contractuelle). Il me faudra également passer en revue le droit en matière de déclaration inexacte faite par négligence (point qui n'était pas en litige dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*) en vue de déterminer

ciples in *Central Trust v. Rafuse* to pre-contractual representations.

Because of my conclusions on these issues, it will not be necessary for me to decide whether there was a negligent misrepresentation, or whether the Court of Appeal's assessment of Checo's damages for negligent misrepresentation was correct. It will, however, be necessary for me to consider the issue of breach of contract.

A. Fraudulent Misrepresentation

The trial judge found Hydro liable in deceit. The Court of Appeal allowed Hydro's appeal on this issue. In argument before us, Checo submitted that the trial judge's ruling on the question of deceit should be upheld. At the hearing of the appeal, we indicated that we did not find it necessary to hear Hydro's response on the issue of deceit.

In my view, there was insufficient evidence to support a finding of deceit (i.e. of fraudulent intention, as discussed further in these reasons) against Hydro, and the Court of Appeal correctly intervened to reverse the trial judge on this point. As Hinkson J.A. noted (at pp. 161-62):

[A] committee of 12 prepared the specifications. The evidence does not reveal that any members of the committee were dishonest in the preparation of the specifications for this contract. Rather, it is possible to conclude that they mistakenly and negligently believed that the requirement that a tenderer should take a view of the site would remedy any shortcomings in the specifications included in the terms of the contract.

Consequently, Checo's cross-appeal on this point should be dismissed.

B. Concurrent Liability in Tort and Contract

(1) Introduction

It was Hydro's submission on this appeal that it ought to be liable, if at all, in contract and not in

l'applicabilité des principes énoncés dans cet arrêt aux déclarations précontractuelles.

En raison de mes conclusions sur ces questions, il n'y aura pas lieu de décider s'il y a eu déclaration inexacte faite par négligence ou si l'évaluation du préjudice subi par Checo à ce chapitre était exacte. Il me faudra toutefois examiner la question de l'inexécution du contrat.

A. Déclaration inexacte et frauduleuse

Le juge de première instance a conclu à la responsabilité d'Hydro pour cause de dol. La Cour d'appel a accueilli son appel sur ce point. Dans la plaidoirie qu'elle a présentée devant nous, Checo a soutenu que la décision du juge de première instance sur la question du dol devait être confirmée. À l'audience, nous avons indiqué qu'il n'y avait pas lieu à notre avis d'entendre la réponse d'Hydro à ce sujet.

À mon sens, les éléments de preuve présentés ne suffisaient pas à étayer une conclusion de dol (c'est-à-dire d'intention frauduleuse, analysée plus à fond dans les présents motifs) de la part d'Hydro, et la Cour d'appel est à bon droit intervenue pour infirmer la décision du juge de première instance sur ce point. Comme l'a souligné le juge Hinkson (aux pp. 161 et 162):

[TRADUCTION] [L]e cahier des charges a été préparé par un comité de 12 personnes. Rien dans la preuve n'indique que les membres du comité aient été malhonnêtes dans leurs travaux. En revanche, on peut conclure qu'ils ont cru de façon erronée et négligente que l'obligation pour le soumissionnaire d'aller voir les lieux remédierait à toute lacune dans les stipulations du cahier des charges incluses dans le contrat.

En conséquence, il y a lieu de rejeter le pourvoi incident de Checo sur ce point.

B. Responsabilité concomitante en matière délictuelle et contractuelle

(1) Introduction

La prétention d'Hydro dans ce pourvoi est que si responsabilité il y a, il doit s'agir d'une responsa-

tort. For the reasons which I will set out, I agree that in the circumstances of the case, while Hydro may be liable in contract for the representations which Checo complains of, Hydro cannot be liable in tort. Given the importance of the general issue of tort-contract concurrency, I propose to explore it in some detail.

bilité contractuelle et non délictuelle. Pour les motifs que je vais exposer, je conviens que si, dans les circonstances de l'espèce, Hydro peut encourir une responsabilité contractuelle pour les déclarations que Checo lui reproche, elle ne peut encourir de responsabilité délictuelle. Étant donné l'importance de la question générale de la concomitance des responsabilités délictuelle et contractuelle, je me propose d'en faire une étude détaillée.

As a general rule, the existence of a contract between two parties does not preclude the existence of a common law duty of care. Subject to the substantive and procedural differences that exist between an action in contract and an action in tort, both the duty of care and the liability may be concurrent in contract and tort. In such circumstances, it is for the plaintiff to select the cause of action most advantageous to him or her. That was the position adopted by Le Dain J. in *Central Trust v. Rafuse, supra*. At pages 204-5, Le Dain J. said the following:

c En règle générale, le fait que deux parties soient liées par contrat n'empêche pas l'existence d'une obligation de diligence en common law. Sous réserve des différences qui existent sur le plan du fond et de la procédure entre une action en responsabilité contractuelle et une action en responsabilité délictuelle, l'obligation de diligence et la responsabilité peuvent être concomitantes dans les deux cas. En pareilles circonstances, il appartient au demandeur de choisir la cause d'action qui lui est la plus avantageuse. C'est la position qu'a adoptée le juge Le Dain dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité, aux pp. 204 et 205:

The common law duty of care that is created by a relationship of sufficient proximity, in accordance with the general principle affirmed by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, is not confined to relationships that arise apart from contract. Although the relationships in *Donoghue v. Stevenson, Hedley Byrne and Anns* were all of a non-contractual nature and there was necessarily reference in the judgments to a duty of care that exists apart from or independently of contract, I find nothing in the statements of general principle in those cases to suggest that the principle was intended to be confined to relationships that arise apart from contract. . . [T]he question is whether there is a relationship of sufficient proximity, not how it arose. The principle of tortious liability is for reasons of public policy a general one.

f L'obligation de diligence en common law qui, conformément au principe général énoncé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, résulte de l'existence de rapports suffisamment étroits entre les intéressés, ne se limite pas aux relations qui ne tirent pas leur origine d'un contrat. Bien que les liens dont il s'agissait dans les arrêts *Donoghue v. Stevenson, Hedley Byrne et Anns* aient été de nature non contractuelle et que l'on ait nécessairement parlé dans les jugements d'une obligation de diligence qui existe indépendamment d'un contrat, je ne vois rien dans les énoncés d'un principe général dans ces arrêts qui laisse entendre que l'application du principe devait se limiter à des liens qui prenaient naissance indépendamment d'un contrat. . . [L]a question est de savoir s'il existe des rapports suffisamment étroits, et non pas de savoir comment ils ont pris naissance. Pour des raisons d'intérêt public, le principe de la responsabilité délictuelle est général.

i Le Dain J.'s conclusion that a plaintiff is generally entitled to choose, as between contract and tort, the cause of action most favourable to him or her was supported by a long line of Canadian and English authority, some of which I will consider below. *Central Trust v. Rafuse, supra*, has since met with wide acceptance, and has been applied by

j La conclusion du juge Le Dain selon laquelle il est de façon générale loisible au demandeur de choisir, entre la responsabilité contractuelle ou délictuelle, la cause d'action qui lui est la plus favorable, trouve appui dans une longue jurisprudence canadienne et anglaise, dont certaines décisions que j'examinerai ci-après. L'arrêt *Central*

a number of provincial Courts of Appeal. See *University of Regina v. Pettick* (1991), 90 Sask. R. 241 (C.A.); *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 193 (C.A.); *Pittman v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1990), 76 D.L.R. (4th) 320 (Nfld. C.A.); *Clark v. Naqvi* (1989), 99 N.B.R. (2d) 271 (C.A.), and *Catre Industries Ltd. v. Alberta*, *supra*.

Trust c. Rafuse, précité, a depuis été largement reconnu et appliqué par bon nombre de tribunaux d'appel provinciaux. Voir *University of Regina c. Pettick* (1991), 90 Sask. R. 241 (C.A.); *Fletcher c. Manitoba Public Insurance Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 193 (C.A.); *Pittman c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1990), 76 D.L.R. (4th) 320 (C.A.T.-N.); *Clark c. Naqvi* (1989), 99 R.N.-B. (2^e) 271 (C.A.), et *Catre Industries Ltd. c. Alberta*, précité.

In *Central Trust v. Rafuse*, *supra*, Le Dain J. recognized two situations in which, notwithstanding what would otherwise be a breach of the duty of care in tort, a plaintiff's ability to sue in tort will be limited by the terms of the contract. In one situation it is the liability in tort which is avoided or modified; in the other it is the duty in tort which is affected.

Dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité, le juge Le Dain reconnaît qu'il y a deux situations où, indépendamment de l'existence d'un manquement à une obligation de diligence en matière délictuelle, la capacité du demandeur d'exercer un recours en responsabilité délictuelle sera limitée par le contrat. Dans un cas, c'est la responsabilité délictuelle qui est écartée ou modifiée; dans l'autre, c'est l'obligation en responsabilité délictuelle qui est touchée.

Le juge Le Dain reconnaît que la responsabilité délictuelle peut être limitée ou exclue par le contrat. Ainsi, il ne sera pas permis au demandeur d'alléguer la responsabilité délictuelle dans le but de contourner une clause contractuelle excluant ou limitant la responsabilité du défendeur (à la p. 206):

Le Dain J. recognized that liability in tort can be limited or excluded by the terms of a contract. A plaintiff will not be permitted to plead in tort in order to circumvent a contractual clause which excludes or limits the defendant's liability (at p. 206):

Une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative ne sera pas admise si elle a pour effet de permettre au demandeur de contourner ou d'échapper à une clause contractuelle d'exonération ou de limitation de responsabilité pour l'acte ou l'omission qui constitue le délit civil.

En l'espèce, Hydro fait valoir que les clauses du contrat ont pour effet d'exclure sa responsabilité pour la conduite que Checo lui impute. Si cette prétention est juste, Checo ne pourrait être indemnisée autant sur le plan délictuel que sur le plan contractuel. Comme je l'expliquerai ci-après, je suis d'avis que le contrat n'exclut pas la responsabilité d'Hydro.

Ainsi que je l'ai indiqué, le juge Le Dain convient également que l'obligation du défendeur en responsabilité délictuelle peut être modifiée par le contrat. En effet, si l'obligation de diligence invoquée en cette matière est également définie expres-

As mentioned, Le Dain J. also recognized that the defendant's duty in tort could be affected by the terms of the contract. If the duty of care alleged in tort is also defined by a specific term of the contract, then the plaintiff will be entitled only to

those remedies which may be available pursuant to the contract. The contractual relationship can bring the parties into sufficient proximity to give rise to a duty of care. However, no duty of care in tort can be concurrent with a duty of care created by an express term of the contract. In the words of Le Dain J. (at p. 205):

What is undertaken by the contract will indicate the nature of the relationship that gives rise to the common law duty of care, but the nature and scope of the duty of care that is asserted as the foundation of the tortious liability must not depend on specific obligations or duties created by the express terms of the contract. It is in that sense that the common law duty of care must be independent of the contract. . . . A claim cannot be said to be in tort if it depends for the nature and scope of the asserted duty of care on the manner in which an obligation or duty has been expressly and specifically defined by a contract.

On the facts of *Central Trust v. Rafuse, supra*, Le Dain J. concluded that the defendant solicitors had concurrent duties of care in contract and in tort. The contract between the parties was a general retainer. Le Dain J. held that it was an implied term of the contract between solicitor and client that the solicitor perform his or her professional duties with "reasonable care, skill and knowledge" (p. 208). The duty of care imposed on a solicitor at common law was the same as, and concurrent with, that imposed as an implied term of the contract (at p. 210):

While the solicitor's duty of care has generally been stated . . . as arising as an implied term of the contract or retainer, the same duty arises as a matter of common law from the relationship of proximity created by the retainer. In the absence of special terms in the contract determining the nature and scope of the duty of care in a particular case, the duties of care in contract and tort are the same.

sément au contrat, le demandeur ne disposera alors que des recours découlant du contrat. Il peut résulter des liens contractuels existant entre les parties des rapports suffisamment étroits pour donner naissance à une obligation de diligence. Toutefois, une obligation de diligence en matière délictuelle ne pourra coexister avec une autre créée expressément par le contrat. Selon le juge Le Dain, à la p. 205:

Les engagements stipulés dans le contrat révèlent la nature des liens dont découle l'obligation de diligence en *common law*, mais la nature et la portée de l'obligation de diligence invoquée comme fondement de la responsabilité délictuelle ne doivent pas dépendre d'obligations ou de devoirs précis créés expressément par le contrat. C'est dans ce sens que l'obligation de diligence en *common law* doit être indépendante du contrat. . . . On ne saurait affirmer qu'une réclamation est en matière délictuelle si elle tient, en ce qui concerne la nature et la portée de l'obligation de diligence alléguée, à la façon dont une obligation a été expressément et précisément définie dans un contrat.

Compte tenu des faits de l'affaire *Central Trust c. Rafuse*, précitée, le juge Le Dain a conclu que les avocats défendeurs étaient soumis à une obligation de diligence concomitante en matières contractuelle et délictuelle. Le contrat intervenu entre les parties était de nature générale. Selon le juge Le Dain, une des conditions implicites du contrat entre un avocat et son client est que l'avocat doit, dans la prestation de ses services professionnels, faire preuve «de diligence, de compétence et de connaissances raisonnables» (à la p. 208). L'obligation de diligence imposée à l'avocat en common law est la même que celle qui découle d'une condition implicite du contrat, les deux obligations étant concomitantes (à la p. 210):

Bien que . . . l'obligation de diligence de l'avocat ait généralement été décrite . . . comme découlant d'une condition implicite du contrat entre l'avocat et le client, la même obligation résulte en *common law* des liens étroits créées par ce contrat. En l'absence de stipulations contractuelles expresses précisant la nature et la portée de l'obligation de diligence dans un cas donné, l'obligation de diligence est la même en matière contractuelle et en matière délictuelle.

Given the nature of a solicitor's duties in contract and in tort, and given the particular contractual relationship between the parties, Le Dain J. concluded that the duty of care of the solicitors ran concurrently in tort and contract. Moreover, there was no clause in the contract excluding or limiting the solicitors' liability which could affect the solicitors' liability in tort.

Compte tenu de la nature des obligations de l'avocat en matière contractuelle et délictuelle et des liens contractuels particuliers entre les parties, le juge Le Dain a conclu qu'il y avait concomitance de l'obligation de diligence des avocats sur les plans contractuel et délictuel. Qui plus est, le contrat ne comportait aucune clause d'exclusion ou de limitation de la responsabilité des avocats susceptible d'influer sur leur responsabilité délictuelle.

Dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité, le juge Le Dain n'avait nul besoin de circonscrire les situations évoquées où le droit du demandeur de recouvrer des dommages-intérêts en matière délictuelle serait restreint. Comme je viens de le dire, le contrat qui lui était soumis ne comportait pas de clauses d'exclusion ou de limitation de la responsabilité des avocats. Il ne contenait pas non plus de stipulations expresses créant des obligations précises ayant pu avoir pour effet d'exclure leur obligation de diligence en matière délictuelle.

En l'espèce toutefois, les faits m'obligent à procéder à une analyse que le juge Le Dain n'a pas eu à faire dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité: il me faut interpréter les principes et les appliquer à une relation contractuelle dans le cadre de laquelle sont prévues des clauses d'exclusion ou de limitation de responsabilité susceptibles d'exclure ou de limiter la responsabilité aussi bien délictuelle que contractuelle, de même que des clauses pouvant avoir pour effet d'exclure entièrement certains aspects de l'obligation de diligence en matière délictuelle. Pour interpréter et appliquer les principes de l'arrêt *Central Trust c. Rafuse* dans le cadre des circonstances de l'espèce, il me faudra examiner la jurisprudence concernant la concomitance des obligations d'ordre délictuel et contractuel. Je devrai également examiner le droit régissant les clauses d'exclusion ou de limitation de responsabilité.

(2) Concurrency of Tort and Contract

(2) La concomitance sur les plans délictuel et contractuel

L'histoire récente de la concomitance de la responsabilité en matière contractuelle et délictuelle se caractérise par le développement d'un seul

The recent history of concurrency in tort and contract can be characterized as the development of a single regime of concurrency from two sets of

rules governing concurrency in distinct circumstances. Until *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5 (C.A.), there was one set of rules governing obligations in tort and contract for the so-called "status relationships" and another set of rules governing obligations in tort and contract for all other relationships. Since *Esso Petroleum*, *supra*, these two sets of rules have been assimilated into a single regime governing obligations in tort and contract for all relationships. The principles set out by Le Dain J. in *Central Trust v. Rafuse*, *supra*, are representative of that single regime. To understand better the principles articulated by Le Dain J. in *Central Trust v. Rafuse*, it will be helpful to review the process of development which preceded and informed the judgment of Le Dain J.

d (a) *The Two Strands of Concurrent Liability in Tort and Contract*

The modern conception of a distinct tort of negligence is relatively recent. It has been argued that the genesis of negligence is to be found in the long series of "running down" cases in the eighteenth and nineteenth centuries, as ever increasing numbers of horses, carts and ships meant increasing numbers of accidents. See J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* (1979), at pp. 342-45. But it was not until the famous case of *Donoghue v. Stevenson*, *supra*, that a general tort of negligence was finally recognized.

Negligence was not, however, unknown to the law before *Donoghue v. Stevenson*, or even before such running down cases as *Leame v. Bray* (1803), 3 East 593 (K.B.), 102 E.R. 724. Beginning in a much earlier time, negligence was actionable if the defendant's status imposed upon him or her a duty to take care in the exercise of his or her profession. Persons with such status included bailees and those who practised a "common calling", including those of innkeeper and common carrier. The liability

régime à partir de deux séries de règles applicables selon les circonstances. Jusqu'à l'arrêt *Esso Petroleum Co. c. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5 (C.A.), un ensemble de règles régissait les obligations contractuelles et délictuelles en ce qui concerne les relations dites «créatrices de statut», tandis qu'un autre ensemble régissait les obligations contractuelles et délictuelles pour tous les autres types de relations. Depuis l'arrêt *Esso Petroleum*, précité, ces deux ensembles de règles ont été fondues en un régime unique applicable aux obligations contractuelles et délictuelles pour tous les types de relations. Les principes qu'a énoncés le juge Le Dain dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité, sont représentatifs de ce régime unique. Afin de mieux comprendre les principes articulés dans cet arrêt, il convient de passer en revue l'évolution qui a conduit au jugement du juge Le Dain.

a a) *Les deux courants en matière de concomitance de la responsabilité en matières contractuelle et délictuelle*

e La conception moderne d'un délit civil de négligence distinct est relativement récente. On peut, dit-on, en retracer la genèse dans la longue série d'affaires de «collision» des XVIII^e et XIX^e siècles au cours desquels on a assisté à une augmentation du nombre d'accidents dus au nombre croissant de chevaux, de voitures et de navires. Voir J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* (1979), aux pp. 342 à 345. Mais ce n'est qu'avec le célèbre arrêt *Donoghue c. Stevenson*, précité, que le délit général de négligence a finalement été reconnu.

h La négligence n'était toutefois pas une notion inconnue en droit avant l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, ou même avant les affaires de collision, telle l'affaire *Leame c. Bray* (1803), 3 East 593 (K.B.), 102 E.R. 724. À une époque beaucoup plus ancienne, la négligence donnait ouverture à une action si, de par son statut, le défendeur se voyait imposer une obligation de diligence dans l'exercice de sa profession. Faisaient partie de cette catégorie les dépositaires et ceux qui pratiquaient une «profession publique», notamment l'hôtelier et le transporteur public. Leur responsabilité était engagée indépendamment de l'existence d'un contrat.

ity of such persons arose independently of contract. To quote Baker, *supra*, at pp. 277-78:

Many callings were, in any case, controlled by the common law or custom independently of contract; an inn-keeper, for instance, was liable under the 'custom of the realm' for his failure to look after a guest's goods or for refusing to accommodate a traveller. . . . [S]imilar duties could be imposed on professional men. . . . Another kind of status was that of bailee or custodian of property; it was held in 1487 that a shepherd having the custody of sheep was liable in *assumpsit* for failing to look after them, so that they were killed.

That a defendant who owed a duty to take care because of his or her status was liable in negligence even if there also existed a contract between the parties is confirmed by the judgment of Dallas C.J. in *Bretherton v. Wood* (1821), 3 Brod. & B. 54 (Ex. Ch.), 129 E.R. 1203, at p. 1206 E.R.:

This action is on the case [i.e. in negligence] against a common carrier, upon whom a duty is imposed by the custom of the realm, or in other words, by the common law, to carry and convey their goods or passengers safely and securely, so that, by their negligence or default, no injury or damage happen. A breach of this duty is a breach of the law, and for this breach an action lies, founded on the common law, which action wants not the aid of a contract to support it.

Nor is it material, whether redress might or might not have been had in an action of *assumpsit* [i.e. in contract]; that must depend on circumstances of which this Court has no knowledge; but, whether an action of *assumpsit* might or might not have been maintained, still this action on the case may be maintained. The action of *assumpsit*, as applied to cases of this kind, is of modern use. The action on the case is as early as the existence of the custom or common law as to common carriers. [Emphasis added.]

There has been some debate as to the extent of these status relationships. See *Central Trust v. Rafuse*, *supra*, at pp. 176-78; C. French, "The Con-

Pour reprendre les termes de Baker, *op. cit.*, aux pp. 277 et 278:

[TRADUCTION] L'exercice d'un grand nombre de professions était, en tout état de cause, soumis à la common law ou à la coutume, indépendamment de l'existence d'un contrat; ainsi, un hôtelier pouvait, en vertu de la «coutume du royaume», être tenu responsable pour avoir omis de surveiller les biens d'un client ou refusé le gîte à un voyageur. [...] [D]es obligations semblables pouvaient être imposées aux personnes exerçant des professions libérales. [...] Le dépositaire ou gardien de biens jouissait d'un autre statut; on a décidé en 1487 qu'un berger était responsable en *assumpsit* pour avoir omis de surveiller les brebis dont il avait la garde et qui avaient été tuées.

Le principe suivant lequel le défendeur qui assumait une obligation de diligence en raison de son statut était responsable de négligence même s'il y avait également un contrat entre les parties a été confirmé par le juge en chef Dallas dans l'affaire *Bretherton c. Wood* (1821), 3 Brod. & B. 54, (Ex. Ch.), 129 E.R. 1203, à la p. 1206 E.R.:

[TRADUCTION] Il s'agit d'une action en responsabilité délictuelle [pour négligence] contre un voiturier à qui la coutume du royaume ou, en d'autres termes, la common law, impose l'obligation d'assurer la sécurité des biens ou des passagers qu'il transporte, de sorte qu'ils ne subissent, par sa négligence ou sa faute, ni dommages ni blessures. Un manquement à cette obligation est un manquement à la loi, qui donne ouverture à une action fondée sur la common law, sans qu'il soit besoin d'invoquer l'existence d'un contrat.

g

Il importe peu qu'un redressement ait pu ou non être obtenu par la voie d'une action en *assumpsit* [fondée sur un contrat]; il s'agit-là de circonstances qui ne sont pas à la connaissance de cette cour; mais qu'une action en *assumpsit* soit ou non recevable, la présente action en responsabilité délictuelle peut être maintenue. L'action en *assumpsit*, telle qu'elle s'applique dans des affaires comme la présente espèce, est de conception moderne. L'action en responsabilité délictuelle est quant à elle aussi ancienne que la coutume ou la common law applicable aux voituriers. [Je souligne.]

j L'étendue de cette notion de relations fondées sur le statut a suscité certains débats. Voir *Central Trust c. Rafuse*, précité, aux pp. 176 à 178;

tract/Tort Dilemma" (1983), 5 *Otago L. Rev.* 236, at pp. 273-78; and C. H. S. Fifoot, *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract* (1949), at pp. 157-59. On what French calls the "traditional view", status relationships included carriers, innkeepers, surgeons, apothecaries, attorneys, veterinary surgeons, smiths, and barbers, together with the relationships of bailor/bailee and master/servant (at pp. 274-78). Whatever the proper scope of the status relationships might have been, it is clear that they attracted concurrent liability in contract and in tort. As Tindal C.J. expressed it in *Boorman v. Brown* (1842), 3 Q.B. 511 (Ex. Ch.), 114 E.R. 603, at pp. 608-9 E.R., aff'd *sub nom. Brown v. Boorman* (1844), 11 Cl. & Fin. 1 (H.L.), 8 E.R. 1003:

d That there is a large class of cases in which the foundation of the action springs out of privity of contract between the parties, but in which, nevertheless, the remedy for the breach, or non-performance, is indifferently either assumpsit or case upon tort, is not disputed. Such are actions against attorneys, surgeons, and other professional men, for want of competent skill or proper care in the service they undertake to render: actions against common carriers, against ship owners on bills of lading, against bailees of different descriptions: and numerous other instances occur in which the action is brought in tort or contract at the election of the plaintiff.

e The principle in all these cases would seem to be that the contract creates a duty, and the neglect to perform that duty, or the nonfeasance, is a ground of action upon a tort.

f As the judgment of Tindal C.J. in *Boorman, supra*, indicates, the range of status relationships was seen in the nineteenth century as extensive (the profession at issue in *Boorman* was that of commodities broker). In fact, in the judgment of the House of Lords upholding the judgment of Tindal C.J., concurrency of tort and contract is stated as a general principle, without reference to

g C. French, «The Contract/Tort Dilemma» (1983), 5 *Otago L. Rev.* 236, aux pp. 273 à 278; et C. H. S. Fifoot, *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract* (1949) aux pp. 157 à 159. Suivant ce que French appelle le [TRADUCTION] «point de vue traditionnel», entraient dans cette catégorie le voiturier, l'hôtelier, le chirurgien, l'apothicaire, l'avocat, le chirurgien vétérinaire, le forgeron et le barbier, ainsi que les relations déposant/dépositaire et employeur/employé (aux pp. 274 à 278). Mais peu importe leur champ d'application exact, il était clair que ces relations donnaient ouverture à une responsabilité concomitante en matières contractuelle et délictuelle. Comme l'a dit le juge en chef Tindal dans l'affaire *Boorman c. Brown* (1842), 3 Q.B. 511 (Ex. Ch.), 114 E.R. 603, aux pp. 608 et 609 E.R., confirmé *sub nom. Brown c. Boorman* (1844), 11 Cl. & Fin. 1 (H.L.), 8 E.R. 1003:

h [TRADUCTION] On ne conteste pas qu'il existe une grande catégorie d'affaires dans lesquelles l'action est fondée sur le lien contractuel entre les parties, mais dans lesquelles, néanmoins, la rupture ou l'inexécution ouvrent indifféremment un recours en assumpsit ou un recours délictuel. Tombent dans cette catégorie les actions intentées contre des avocats, des chirurgiens et d'autres hommes exerçant une profession libérale, pour incomptence ou pour manque de diligence raisonnable dans la prestation des services qu'ils s'engagent à rendre: les actions contre des transporteurs publics, les actions contre des propriétaires de navire fondées sur des connaissances, les actions contre différentes sortes de dépositaires ne sont que quelques exemples parmi tant d'autres où l'action peut, au choix du demandeur, avoir un fondement délictuel ou contractuel.

i Le principe sur lequel repose toutes ces affaires semble être que le contrat crée une obligation et que le défaut de remplir cette obligation, ou l'inexécution, donne ouverture à un recours délictuel.

Comme l'indique le juge en chef Tindal dans l'arrêt *Boorman*, précité, la catégorie des relations fondées sur le statut était considérée au XIX^e siècle comme très large (la profession en cause dans cette affaire était celle de courtier en marchandises). En fait, dans le jugement de la Chambre des lords confirmant la décision du juge en chef Tindal, la concomitance des responsabilités contractuelle et

status relationships at all (at pp. 1018-19 E.R., *per* Lord Campbell):

... wherever there is a contract, and something to be done in the course of the employment which is the subject of that contract, if there is a breach of a duty in the course of that employment, the plaintiff may either recover in tort or in contract.

However, in the twentieth century, there was a noticeable trend towards limiting the range of the status relationships. In *Jarvis v. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399 (C.A.), Slesser L.J. found that a broker did not exercise a "common calling" (at pp. 406-7):

In reference to the suggestion that a broker might be regarded as exercising a common calling in the same way as, for example, a carrier, in respect of whom it has been held that his duties to the public are imported so that a breach of these is necessarily a tort, I desire to add that no authority was cited to establish that a stockbroker is in such a position. . . . In my opinion a stockbroker does not exercise a "public calling" in the sense in which that term is used as applied to carriers and certain other occupations. In this case a personal relationship existed between the parties, and in my view the breach complained of was a breach of contract.

In *Groom v. Crocker*, [1939] 1 K.B. 194, the Court of Appeal held that the profession of solicitor was not among the status relationships, as those of doctor, architect and stockbroker also were not (at p. 222 *per* Scott L.J.):

A solicitor, as a professional man, is employed by a client just as much as a doctor, an architect, or a stockbroker, and the mutual rights and duties of the two are regulated entirely by the contract of employment. . . . The retainer when given puts into operation the normal terms of the contractual relationship, including in particular the duty of the solicitor to protect the client's interest and carry out his instructions in the matters in which the retainer relates, by all proper means. . . . But in all these aspects the tie between the two is contractual.

délictuelle a été énoncée sous forme de principe général, sans référence aucune à la notion de relations fondées sur le statut (Lord Campbell, aux pp. 1018 et 1019 E.R.):

a [TRADUCTION] . . . chaque fois qu'il y a un contrat et qu'un acte quelconque doit être accompli dans l'exécution du travail qui fait l'objet du contrat, le demandeur peut, en cas de manquement aux obligations qui se rattachent à l'exécution de ce travail, poursuivre sur un fondement soit délictuel, soit contractuel.

b Au XX^e siècle toutefois, il y a eu une tendance manifeste à restreindre la catégorie des occupations donnant lieu à des relations fondées sur le statut. Dans l'arrêt *Jarvis c. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399 (C.A.), le lord juge Slesser a conclu, qu'un courtier n'exerçait pas une «profession publique» (aux pp. 406 et 407):

c [TRADUCTION] Quant à la prétention voulant qu'un courtier exerce une profession publique de la même façon, par exemple, qu'un transporteur, à l'égard duquel il a été décidé qu'il assumait des obligations envers le public, de sorte qu'un manquement à ces obligations constitue forcément un délit civil, je voudrais ajouter qu'aucune jurisprudence n'est venue l'étayer. [. . .] À mon avis, un courtier en valeurs mobilières n'exerce pas une «profession publique» au sens où cette expression s'applique aux transporteurs et à certaines autres occupations. En l'espèce, des relations personnelles existaient entre les parties et, à mon avis, la violation alléguée était celle du contrat.

d Dans l'arrêt *Groom c. Crocker*, [1939] 1 K.B. 194, la Cour d'appel a statué que la profession d'avocat ne faisait pas partie de la catégorie des occupations donnant lieu à des relations fondées sur le statut, pas plus que la profession de médecin, d'architecte et de courtier en valeurs mobilières, (le lord juge Scott, à la p. 222):

e [TRADUCTION] À titre de personne exerçant une profession libérale, l'avocat est employé par un client, tout comme le médecin, l'architecte ou le courtier en valeurs mobilières, les droits et obligations respectifs des deux parties étant entièrement régis par le contrat de travail. [. . .] Une fois le contrat conclu, entrent en jeu les clauses contractuelles normales, et, en particulier, l'obligation de l'avocat de protéger les intérêts de son client et de se conformer aux directives qu'il en reçoit sur les questions faisant l'objet du contrat, par tous les moyens

There is to-day no common-law duty similar to that which survives in the case of a bailee or carrier, and no action lies in tort for the breach of the above duties. . . .

a appropriés. [...] Mais sur tous ces points, le lien entre les deux parties est d'ordre contractuel. Il n'existe plus de nos jours d'obligation en common law analogue à celle qui a survécu dans le cas du dépositaire ou du transporteur, et l'inexécution des obligations précitées ne donne ouverture à aucune action ayant un fondement délictuel . . .

The judgment of Diplock L.J. in *Bagot v. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197, was to a similar effect. Diplock L.J. held that the relationship of architect and client was not a "status relationship" (at p. 206):

... I can see nothing in the relationship of architect and client which can be said to give rise to the kind of status obligation which arises from the origins of the common law in the case of master and servant, common carrier, innkeeper, bailor and bailee.

b Le jugement du lord juge Diplock dans *Bagot c. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197, va dans le même sens. Lord Diplock y a estimé que les relations entre un architecte et son client n'étaient pas «fondées sur le statut» (à la p. 206):

c [TRADUCTION] ... je ne vois rien dans les relations entre un architecte et son client qui puisse donner naissance au genre d'obligation découlant d'un statut qu'on reconnaît depuis l'origine de la common law dans le cas de l'employeur et de l'employé, du transporteur public, de l'hôtelier, ainsi que du déposant et du dépositaire.

d For those who were not in one of the status relationships, on the other hand, a different regime governed the tort liabilities of parties to a contract. For all those who were not in status relationships, an action in negligence lay only if the duty relied upon in negligence was "independent" of the duty imposed by contract. Before the causes of action were abolished by the *Judicature Act*, the principle was stated to be that if no cause of action remained if the allegation of a contract were struck out, then the action was founded on contract alone: *Williamson v. Allison* (1802), 2 East. 446 (K.B.), 102 E.R. 439. In *Legge v. Tucker* (1856), H. & N. 500 (Ex.), 156 E.R. 1298, all the judges were unanimously of the opinion that an action in tort would lie only if there was a duty existing apart from the contract. In the words of Pollock C.B. (at p. 1299 E.R.): "Where the foundation of the action is a contract, in whatever way the declaration is framed, it is an action of assumpsit; but where there is a duty ultra the contract, the plaintiff may declare in case." In the words of Watson B. (at p. 1299 E.R.): "[T]he true question is, whether, if [the allegation of a contract] were struck out, any ground of action would remain. . . . There is no duty independently of the contract, and therefore it is an action of assumpsit." The judgment of Smith L.J. in *Turner*

e Quant à ceux, par ailleurs, qui n'avaient pas de relations fondées sur le statut, la responsabilité délictuelle des parties à un contrat obéissait à un régime différent. Dans leur cas, il n'y avait ouverture à un recours fondé sur la négligence que si l'obligation alléguée était «indépendante» de l'obligation imposée par le contrat. Avant l'abolition des causes d'action par la *Judicature Act*, le principe voulait que si la radiation de l'allégation relative au contrat entraînait la disparition de la cause d'action, l'action n'avait alors qu'un fondement purement contractuel: *Williamson c. Allison* (1802), 2 East. 446 (K.B.), 102 E.R. 439. Dans la décision *Legge c. Tucker* (1856), H. & N. 500 (Ex.), 156 E.R. 1298, les juges ont été unanimes à dire qu'une action en responsabilité délictuelle n'était recevable que si l'obligation existait indépendamment du contrat. D'après le baron en chef Pollock (à la p. 1299 E.R.), [TRADUCTION] «[I]lorsque l'action repose sur un contrat, il s'agit d'une action en assumpsit, quel que soit le libellé de la déclaration; mais lorsque l'obligation excède le contrat, le demandeur peut exercer un recours délictuel». Selon le baron Watson (à la p. 1299 E.R.), [TRADUCTION] «[L]a véritable question est de savoir si, [l'allégation relative au contrat] étant radiée, la cause d'action demeurerait [...] Il n'y a pas d'obligation indépendamment du contrat, et il s'agit donc d'une action en

v. *Stallibrass*, [1898] 1 Q.B. 56 (C.A.), is to the same effect (at p. 58):

The rule of law on the subject, as I understand it, is that, if in order to make out a cause of action it is not necessary for the plaintiff to rely on a contract, the action is one founded on tort; but, on the other hand, if, in order successfully to maintain his action, it is necessary for him to rely upon and prove a contract, the action is one founded upon contract.

See also *Edwards v. Mallan*, [1908] 1 K.B. 1002 (C.A.), *per* Vaughan Williams L.J.

The “independent tort” requirement was applied and refined in more modern cases. In *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.), Viscount Finlay stated, at p. 548, that for an action in tort to lie in a contractual setting, there must be “an independent tort unconnected with the performance of the contract”. In this Court, Pigeon J. said in *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769, at pp. 777-78, relying on *Elder, Dempster & Co., supra*, that no action for negligent misrepresentation would lie in “any case where the relationship between the parties is governed by a contract, unless the negligence relied on can properly be considered as ‘an independent tort’ unconnected with the performance of that contract. . . .”. In *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385 (Ont. C.A.), Wilson J.A. (as she then was), dissenting in part, held that no action in tort would lie where the acts complained of by the plaintiff were in relation to the “very matters covered by the contract” (at p. 408):

... where the person to whom the duty is owed, the scope of the duty and the standard of care have all been expressly or impliedly agreed upon by the parties, it appears to me somewhat artificial to rely upon Lord Atkin’s “neighbour” test [as set out in *Donoghue v. Stevenson, supra*] to determine whether or not the duty is owed to the particular plaintiff and as to the requisite standard of care the defendant must attain. In other words, it would appear that if the acts or omissions com-

assumpsit.” Le lord juge Smith en est venu à la même conclusion dans la décision *Turner c. Stallibrass*, [1898] 1 Q.B. 56 (C.A.), à la p. 58:

[TRADUCTION] Si je ne m’abuse, la règle de droit pertinente est la suivante: si, d’une part, le demandeur n’a pas, pour établir le bien-fondé d’une cause d’action, à invoquer l’existence d’un contrat, l’action a un fondement délictuel; mais si, d’autre part, il lui faut, pour avoir gain de cause, s’appuyer sur un contrat et en faire la preuve, l’action a un fondement contractuel.

Voir également *Edwards c. Mallan*, [1908] 1 K.B. 1002 (C.A.), le lord juge Vaughan Williams.

L’exigence d’une «délit civil indépendant» a été appliquée et raffinée dans des décisions plus récentes. Dans *Elder, Dempster & Co. c. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.), le vicomte Finlay a dit, à la p. 548, que, pour qu’il y ait ouverture à une action en responsabilité délictuelle dans un cadre contractuel, il devait y avoir [TRADUCTION] «un délit civil indépendant n’ayant aucun rapport avec l’exécution du contrat». En notre Cour, le juge Pigeon, se fondant sur cet arrêt, a déclaré dans l’arrêt *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769, aux pp. 777 et 778, qu’il ne pourra y avoir action par suite d’une déclaration inexacte faite par négligence «lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat, à moins qu’il soit possible de considérer que la négligence imputée constitue un délit civil indépendant n’ayant aucun rapport avec l’exécution du contrat . . .». Dans l’arrêt *Dominion Chain Co. c. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385 (C.A. Ont.), le juge Wilson (plus tard juge de notre Cour), dissidente en partie, a conclu qu’une action ne peut avoir un fondement délictuel lorsque les actes reprochés par le demandeur sont reliés [TRADUCTION] «aux questions mêmes visées par le contrat» (à la p. 408):

[TRADUCTION] ... lorsqu'il y a eu entente expresse ou implicite des parties quant à la personne envers qui l'obligation existe, à la portée de cette obligation et à la norme de diligence applicable, il m'apparaît quelque peu artificiel de recourir au critère du «prochain» qu'a énoncé lord Atkin [dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson, précité*] pour décider si l'obligation existe envers le demandeur en cause et déterminer quelle est la norme de diligence applicable au défendeur. En d'autres

plained of by the plaintiff are in relation to the very matters covered by the contract, the essence of the plaintiff's action is breach of the contractual duty of care rather than breach of the general duty of care owed to one's "neighbour" in tort.

a

(b) The Emergence of a Single Theory of Concurrent Liability

b

Since *Esso Petroleum*, *supra*, the law in England and in Canada has ceased to apply a rule of concurrency for status relationships different from that in other relationships, although in *Esso Petroleum* it was not clear that this was the case. In finding that an architect was concurrently liable in contract and in tort, Lord Denning M.R. relied on the decision of Tindal C.J. in *Boorman v. Brown*, *supra*, a case based on status. However, any ambiguity was resolved by the judgment of Megaw L.J. in *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554 (C.A.). Megaw L.J. held that the rule in *Esso Petroleum* was not limited to "common callings", but was a rule of general application (at p. 566):

c

d

e

f

g

h

i

The distinction to which I have referred which Mr. Brown seeks to make is this: that the right of a plaintiff who sues in contract, where the facts giving rise to the breach of contract would also constitute a breach of common law duty apart from contract, to have the judgment entered on both heads is limited to cases where the common law duty is owed by one who conducts a common calling and thus is under a special type of legal liability, and to cases where the duty is owed by a professional man in respect of his professional skill. Mr. Brown contends that, though there is no affirmative authority for limiting the right in that way, it ought to be treated as being so limited because there is no case in the English books, going back over many years, which shows that the right has been allowed, or possibly even claimed, in cases other than the special types of case to which he referred, and in particular the professional skill types of case. In *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon* [1976] Q.B. 801 the right was held to arise in a case where the breach of duty was a breach of an expert in siting filling stations involving his professional skill. I see no reason, in logic or on practical grounds, for putting any such limitation on the scope of the right. It

termes, il semblerait que, si les actes ou les omissions reprochés par le demandeur sont reliés aux questions mêmes visées par le contrat, l'action du demandeur repose essentiellement sur le manquement à une obligation contractuelle de diligence plutôt que sur le manquement à l'obligation générale de diligence envers son «prochain» qui existe en matière délictuelle.

b) L'émergence d'une théorie unique en matière de responsabilité concomitante

Depuis l'arrêt *Esso Petroleum*, précité, on a cessé, en droit anglais et canadien, d'appliquer une règle de concomitance différente pour les relations fondées sur le statut et les autres types de relations, bien que cela ne ressorte pas clairement de cet arrêt. En concluant à la responsabilité délictuelle et contractuelle concomitante d'un architecte, le maître des rôles lord Denning s'est appuyé sur la décision rendue par le juge en chef Tindal dans l'arrêt *Boorman c. Brown*, précité, affaire fondée sur le statut. Cependant, toute ambiguïté a été levée par l'arrêt *Batty c. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554 (C.A.). Le lord juge Megaw y dit que la règle énoncée dans l'arrêt *Esso Petroleum* ne se limite pas aux «professions publiques», mais est d'application générale (à la p. 566):

[TRADUCTION] La distinction que j'évoque et que M. Brown cherche à établir est celle-ci: lorsque les faits donnant lieu à l'inexécution du contrat constituerait également la violation d'une obligation en common law indépendante du contrat, le droit du demandeur qui exerce un recours contractuel d'obtenir jugement à ces deux titres se limite aux cas où celui à qui incombe l'obligation en common law exerce une profession publique et encourt donc un type particulier de responsabilité légale, ainsi qu'aux cas où cette obligation incombe à une personne exerçant une profession libérale en ce qui touche sa compétence professionnelle. Monsieur Brown soutient que, bien que la jurisprudence ne puisse être invoquée à l'appui d'une telle limitation, on doit considérer que le droit est ainsi restreint parce que les recueils anglais depuis de nombreuses années ne contiennent aucun exemple de décision où le droit a été reconnu ou même réclamé dans des cas autres que les cas particuliers dont il a fait mention, et notamment les cas mettant en cause la compétence professionnelle. Dans l'arrêt *Esso Petroleum Co. Ltd. c. Mardon*, [1976] Q.B. 801, ce droit a été reconnu dans une affaire où le manquement reproché était celui d'un expert dans le

would, I think, be an undesirable development in the law if such an artificial distinction, for which no sound reason can be put forward, were to be held to exist.

choix d'emplacements de stations-service exigeant sa compétence professionnelle. Je ne vois aucune raison, logique ou pratique, de restreindre ainsi le droit. J'estime que ce serait une évolution non souhaitable du droit que de reconnaître une distinction aussi artificielle dont aucun motif valable ne peut justifier l'existence.

More generally, in *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), Lord Wilberforce acknowledged that the duty of care in tort is now a general one, arising as a result of proximity, and not of the particular class of relationship between the parties (at p. 498):

Through the trilogy of cases in this House, *Donoghue v Stevenson*, *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* and *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd*, the position has now been reached that in order to establish that a duty of care arises in a particular situation, it is not necessary to bring the facts of that situation within those of previous situations in which a duty of care has been held to exist. Rather the question has to be approached in two stages. First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter, in which case a *prima facie* duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise. . . .

De façon plus générale, lord Wilberforce a reconnu, dans l'arrêt *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), que l'obligation de diligence en matière délictuelle a maintenant une portée générale résultant d'un lien étroit et non de la catégorie particulière de relations existant entre les parties (à la p. 498):

[TRADUCTION] Les trois arrêts suivants de la présente cour, *Donoghue c. Stevenson*, *Hedley Byrne & Co. Ltd. c. Heller & Partners Ltd.* et *Home Office c. Dorset Yacht Co. Ltd.*, ont établi le principe selon lequel, lorsqu'il s'agit de prouver qu'il existe une obligation de diligence dans une situation donnée, il n'est pas nécessaire de démontrer que les faits de cette situation sont semblables aux faits de situations antérieures où il a été jugé qu'une telle obligation existait. Il faut plutôt aborder cette question en deux étapes. En premier lieu, il faut se demander s'il existe, entre l'auteur allégué de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit de proximité ou de voisinage pour que le manque de diligence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne—auquel cas il existe à première vue une obligation de diligence. Si on répond par l'affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s'il existe des motifs de rejeter ou de restreindre la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages qui peuvent découler de l'inexécution de cette obligation . . .

This trend towards a single theory of concurrent liability in tort and contract was recognized in Canada by La Forest J.A. (as he then was) in *New Brunswick Telephone Co. v. John Maryon International Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 469 (C.A.). After an extensive review of the case law, La Forest J.A. concluded that an architect was concurrently liable in contract and in tort. La Forest J.A. based his conclusion on the concept of a general tort of negligence (at p. 520): “[W]hile I could dispose of this case by simply adding the profession of structural engineer to the list of common

Cette tendance en faveur d'une théorie unique de responsabilité concomitante en matières contractuelle et délictuelle a été reconnue au Canada par le juge La Forest (maintenant juge de notre Cour) dans l'arrêt *New Brunswick Telephone Co. c. John Maryon International Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 541 (C.A.). Après un examen fouillé de la jurisprudence, le juge La Forest a conclu qu'un architecte encourrait une responsabilité à la fois contractuelle et délictuelle. Il s'est fondé, à la p. 591 sur la notion de délit civil général de négligence: «[B]ien que je puisse trancher cette cause

callings and skilled professions, I prefer to base my judgment on the generalized tort of negligence".

In *Central Trust v. Rafuse*, *supra*, Le Dain J. also rejected any distinction between status relationships and other relationships in determining whether parties to a contract can also recover in tort. Instead, Le Dain J. found that a single rule applied to all relationships (at p. 205): "[T]he question is whether there is a relationship of sufficient proximity, not how it arose." The rule of concurrency which Le Dain J. adopted was a compromise between two strands of authority.

In one strand of authority, that governing the status relationships, any duty arising in tort had always been concurrent with duties arising under the contract: *Brown v. Boorman*, *supra*. In the other strand of authority, the duty in tort was only concurrent with the duty in contract if the negligence complained of was unconnected with the performance of the contract: *J. Nunes Diamonds*, *supra*. The compromise position adopted by Le Dain J. was that any duty arising in tort will be concurrent with duties arising under the contract, unless the duty which the plaintiff seeks to rely on in tort is also a duty defined by an express term of the contract. If the duty is defined by an express term of the contract, the plaintiff will be confined to whatever remedies are available in the law of contract (at p. 205):

... the nature and scope of the duty of care that is asserted as the foundation of the tortious liability must not depend on specific obligations or duties created by express terms of the contract. ... Where the common law duty of care is co-extensive with that which arises as an implied term of the contract it obviously does not depend on the terms of the contract. ... The same is also true of reliance on a common law duty of care that falls short of a specific obligation or duty imposed by the express terms of a contract.

In my opinion, the compromise struck by Le Dain J. is an appropriate one. If the parties to a

en ajoutant simplement la profession d'ingénieur en construction à la liste des métiers communs et des métiers spécialisés, je préfère fonder mon jugement sur le délit civil de négligence qui a une portée générale».

Dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité, le juge Le Dain a lui aussi rejeté la distinction entre les relations fondées sur le statut et les autres pour décider si les parties à un contrat peuvent exercer un recours en responsabilité délictuelle. À son avis, toutes les relations obéissent à une seule règle (à la p. 205): «[L]a question est de savoir s'il existe des rapports suffisamment étroits, et non pas de savoir comment ils ont pris naissance.» La règle de concomitance qu'il a adoptée était un compromis entre deux courants jurisprudentiels.

Selon le premier courant, auquel se rattachaient les relations fondées sur le statut, il y avait toujours eu concomitance des obligations de nature délictuelle et des obligations résultant du contrat: *Brown c. Boorman*, précité. Suivant le second courant, il n'y avait concomitance que si la négligence reprochée n'était pas liée à l'exécution du contrat: *J. Nunes Diamonds*, précité. Suivant la position de compromis du juge Le Dain, les obligations délictuelles et contractuelles seront concomitantes sauf si l'obligation en responsabilité délictuelle qu'invoque le demandeur constitue également une obligation expressément prévue au contrat. En pareil cas, les recours du demandeur seront limités à ceux prévus par le droit des contrats (à la p. 205):

... la nature et la portée de l'obligation de diligence invoquée comme fondement de la responsabilité délictuelle ne doivent pas dépendre d'obligations ou de devoirs précis créés expressément par le contrat. [...] Lorsque l'obligation de diligence en *common law* coïncide avec celle qui résulte d'une condition implicite du contrat, il est évident qu'elle ne dépend pas des conditions de ce contrat [...] Il en va de même de la possibilité de se fonder sur une obligation de diligence en *common law* qui ne correspond pas à une obligation précise imposée expressément par un contrat.

À mon avis, le compromis auquel est arrivé le juge Le Dain est opportun. Si les parties à un con-

contract choose to define a specific duty as an express term of the contract, then the consequences of a breach of that duty ought to be determined by the law of contract, not by tort law. Whether or not an implied term of a contract can define a duty of care in such a way that a plaintiff is confined to a remedy in contract is not at issue in this case. I leave that determination to another day. While the rule articulated by Le Dain J. is a rule of law which does not depend on the presumed or actual intention of the parties, the intention which can be inferred from the fact that the parties have made the duty an express term of the contract provides policy support for the rule. If a duty is an express term of the contract, it can be inferred that the parties wish the law of the contract to govern with respect to that duty. This is of particular significance given that the result of a breach of a contractual duty may be different from that of a breach of a duty in tort. As Wilson J.A. noted in *Dominion Chain Co., supra*, a plaintiff's substantive rights may be different in contract and in tort (at p. 409):

trat choisissent de faire d'une obligation particulière une condition expresse, les conséquences de la violation de cette obligation devraient être déterminées par le droit des contrats et non par le droit de la responsabilité délictuelle. Qu'une condition implicite d'un contrat puisse être ou non déterminative d'une obligation de diligence de sorte que le demandeur est limité à un recours contractuel n'est pas en litige en l'espèce. Je m'abstiens, pour le moment, de me prononcer sur cette question. Bien que la règle formulée par le juge Le Dain soit une règle de droit qui ne dépend pas de l'intention réelle ou présumée des parties, elle se justifie, sur le plan des principes, par l'intention qu'on peut déduire du fait que les parties ont érigé l'obligation au rang de condition expresse du contrat. Si une obligation constitue une condition expresse du contrat, on peut en inférer que les parties ont voulu que ce soit le droit des contrats qui s'applique à cet égard. Cela est particulièrement important étant donné la possibilité que le résultat de l'inexécution d'une obligation en matière contractuelle diffère de celui de la violation d'une obligation en matière délictuelle. Ainsi que l'a fait observer le juge Wilson dans l'arrêt *Dominion Chain Co.*, précité, les droits du demandeur peuvent différer en matières contractuelle et délictuelle (à la p. 409):

[TRADUCTION] Sa cause d'action peut prendre naissance plus tard en matière délictuelle, d'où une date ultérieure de prescription. Les dommages-intérêts peuvent être plus élevés et différer quant à leur nature. En revanche, une action en matière contractuelle peut lui survivre et faire l'objet d'une compensation ou d'une demande reconventionnelle, ce qui ne serait pas le cas si le recours avait un fondement délictuel.

Notre Cour a confirmé récemment, dans l'arrêt *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3, qu'il peut y avoir évaluation différente des dommages suivant le fondement contractuel ou délictuel du recours.

A further policy rationale for the rule advanced by Le Dain J. is that contracts have become, particularly in commercial contexts, increasingly complex. Commercial contracts allocate risks and fix the mutual duties and obligations of the parties. Where there is an express term creating a contrac-

tual duty, it is appropriate that the parties be held to the bargain which they have made. Tort duties are of "uncertain definition and scope": H. Johnson, "Contract and Tort: Orthodoxy Reasserted!" (1990), 9 *Int'l Banking L.* 306. Commercial parties ought to be able to fix their respective rights and obligations in a particular transaction with certainty. Contractual certainty is a *sine qua non* without which reliance and the execution of obligations are seriously impaired. Moreover, without certainty, the transaction costs associated with a given commercial arrangement would most likely increase, perhaps drastically. In *V.K. Mason Construction Ltd. v. Bank of Nova Scotia*, [1985] 1 S.C.R. 271, Wilson J. alluded to these considerations stating, at p. 282, that "much of the value of commercial contracts lies in their ability to produce certainty. Parties are enabled to regulate their relationship by means of words rather than by means of their understanding of what each other's actions are intended to imply."

réulte d'une condition expresse du contrat, il convient que les parties soient régies par l'entente qu'elles ont conclue. Quant aux obligations délictuelles, elles ont [TRADUCTION] «une définition et une portée incertaines»: H. Johnson, «Contract and Tort: Orthodoxy Reasserted!» (1990), 9 *Int'l Banking L.* 306. Les parties doivent être en mesure, dans une opération commerciale donnée, de déterminer avec certitude leurs droits et obligations respectifs. La certitude en matière contractuelle est une condition sine qua non sans laquelle la fiabilité et l'exécution des obligations sont sérieusement compromises. De plus, dans l'incertitude, on risquerait fort d'assister à une augmentation, voire radicale, des coûts reliés à la conclusion d'une entente commerciale. Dans l'arrêt *V.K. Mason Construction Ltd. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1985] 1 R.C.S. 271, le juge Wilson a évoqué ces considérations en affirmant, à la p. 282, que «l'utilité principale des contrats commerciaux [...] est de procurer une certitude. Les parties sont en mesure de déterminer leurs rapports au moyen d'écrits plutôt qu'en essayant de déchiffrer ce que l'autre a voulu signifier par ses actes.»

However, I do not believe that the rule advanced by Le Dain J. that forecloses a claim in tort is absolute in all circumstances. In this respect, I would favour a contextual approach which takes into account the context in which the contract is made, and the position of the parties with respect to one another, in assessing whether a claim in tort is foreclosed by the terms of a contract. The policy reasons in favour of the rule advanced by Le Dain J. are strongest where the contractual context is commercial and the parties are of equal bargaining power. There was no question of unconscionability or inequality of bargaining power in *Central Trust v. Rafuse, supra*, as there is no such question in this case. If such issues, or others analogous to them, were to arise, however, a court should be wary not to exclude too rapidly a duty of care in tort on the basis of an express term of the contract, especially if the end result for the plaintiff would be a wrong without a remedy.

Je ne crois pas, toutefois, que la règle avancée par le juge Le Dain à l'encontre du recours en responsabilité délictuelle soit absolue dans tous les cas. À cet égard, pour savoir si un recours en responsabilité délictuelle est exclu en raison des clauses du contrat, j'adopterai une méthode permettant de tenir compte du contexte dans lequel le contrat est intervenu, ainsi que de la position des parties l'une par rapport à l'autre. C'est dans un contexte commercial où les parties ont un pouvoir de négociation égal que la règle établie par le juge Le Dain a le plus sa raison d'être. Il n'était pas question d'iniquité ni de pouvoir de négociation inégal dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité, pas plus qu'en l'espèce. Mais si ces questions ou d'autres semblables devaient être soulevées, le tribunal devrait se garder d'exclure trop rapidement l'existence d'une obligation de diligence en matière délictuelle en invoquant une condition expresse du contrat, surtout si cela signifiait l'absence de recours pour le demandeur lésé.

(3) Contractual Terms Excluding or Limiting Liability or Duty

As noted above, contractual exclusion or limitation clauses can operate either to exclude or limit liability, or to limit the duty owed by one party to the other. In neither case will the plaintiff be permitted to use an action in tort to circumvent the limitation of liability or of duty in the contract. Terms going to duty are of particular importance where one party is alleging negligent misrepresentation, as Checo is in this case.

It is well-settled that a clause limiting liability in contract can, in appropriate circumstances, also have the effect of limiting liability in tort: see, for example, *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, and *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299. In the words of Scrutton L.J. in *Hall v. Brooklands Auto Racing Club*, [1933] 1 K.B. 205 (C.A.), at p. 213:

... where the defendant has protection under a contract, it is not permissible to disregard the contract and allege a wider liability in tort: *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, per Lord Cave, Lord Finlay and Lord Sumner.

The rule that liability in tort cannot be used to circumvent a contractual limitation of liability is supported by recent Canadian authority, including *Central Trust v. Rafuse*, *supra*, itself. In *New Brunswick Telephone Co. v. John Maryon International Ltd.*, *supra*, La Forest J.A. stated that (at p. 506):

... the law of negligence will not be used to give a remedy to a person for a breach of contract for which he is absolved under the contract. . . . Parties are free to con-

(3) Les clauses contractuelles excluant ou limitant la responsabilité ou les obligations

Comme je l'ai dit précédemment, les clauses contractuelles d'exclusion ou de limitation peuvent avoir pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité, ou encore de limiter les obligations qu'une des parties a envers l'autre. Dans l'un ou l'autre cas, il ne sera pas permis au demandeur de se servir du recours en responsabilité délictuelle pour contourner la limitation de la responsabilité ou des obligations prévue au contrat. Les clauses relatives aux obligations revêtent une importance particulière lorsqu'une partie allègue qu'il y a eu déclaration inexacte faite par négligence, comme le fait Checo en l'espèce.

Il est bien établi qu'une clause contractuelle de limitation de la responsabilité peut, selon les circonstances, avoir également pour effet de limiter la responsabilité délictuelle: voir, à titre d'exemple, *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, et *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299. Pour reprendre les mots du lord juge Scrutton dans l'arrêt *Hall c. Brooklands Auto Racing Club*, [1933] 1 K.B. 205 (C.A.), à la p. 213 :

[TRADUCTION] . . . lorsque le défendeur jouit d'une protection en vertu d'un contrat, il n'est pas permis de faire abstraction du contrat et d'alléguer une responsabilité délictuelle plus grande: *Elder, Dempster & Co. c. Paterson, Zochonis & Co.*, lord Cave, lord Finlay et lord Sumner.

La règle suivant laquelle la responsabilité délictuelle ne peut servir à contourner la limitation contractuelle de responsabilité trouve appui dans la jurisprudence canadienne récente, y compris dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse*, précité. Dans l'arrêt *New Brunswick Telephone Co. c. John Maryon International Ltd.*, précité, le juge La Forest dit à la p. 575:

... le droit de la négligence ne sera pas utilisé pour donner un recours à une personne en raison d'une violation de contrat dont le défendeur est déchargé aux termes du contrat. [. . .] Les parties sont libres de passer des contrats comportant des clauses de non-responsabilité,

tract out of liabilities, tortious or otherwise, and the courts should not interfere with their agreements.

The point was reiterated by Le Dain J. in *Central Trust v. Rafuse* (at p. 206):

A concurrent or alternative liability in tort will not be admitted if its effect would be to permit the plaintiff to circumvent or escape a contractual exclusion or limitation of liability for the act or omission that would constitute the tort.

See, on this question, *London Drugs Ltd.*, *supra*, where I deduce from this principle one of many reasons for permitting employees, in certain circumstances, to obtain directly the benefit of their employer's contractual limitation of liability clause so as to limit their liability for the breach of a common law duty of care. See also *Peters v. Parkway Mercury Sales Ltd.* (1975), 10 N.B.R. (2d) 703 (C.A.).

Contractual terms may also operate to limit the duty (as distinct from the liability ensuing from a breach of duty), tortious or otherwise, owed by one party to the other. To quote B. M. McLachlin and W. J. Wallace, *The Canadian Law of Architecture and Engineering* (1987), at p. 134:

... it may now be said that courts have come to accept the concurrency of obligations imposed by tort law and obligations imposed by contract. However, this is subject to an important limitation. Where the parties have defined their duties by contract, the court will not impose contrary obligations on them. A contract defining the parties' rights and responsibilities will be a factor limiting the scope of the duty in tort.

Clauses limiting the duty owed by one party to the other are often important in cases where negligent misrepresentation is alleged. Such disclaimers or "non-reliance clauses", as they are sometimes described, may be contractual or extra-contractual. It should not be forgotten that in the leading case, *Hedley Byrne*, *supra*, the defendant bank was found not liable because the representation had been accompanied by the following disclaimer:

délictuelle ou autre, et les tribunaux ne devraient pas intervenir dans leurs conventions.

Le juge Le Dain a repris ce point dans l'arrêt *Central Trust c. Rafuse* (à la p. 206):

a Une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative ne sera pas admise si elle a pour effet de permettre au demandeur de contourner ou d'éviter une clause contractuelle d'exonération ou de limitation de responsabilité pour l'acte ou l'omission qui constitue le délit civil.

b Voir, sur cette question, *London Drugs Ltd.*, précité, où j'ai déduit de ce principe l'une des nombreuses raisons de permettre aux employés, dans certaines circonstances, de bénéficier directement de la clause contractuelle de limitation de responsabilité de leur employeur de façon à limiter leur propre responsabilité pour manquement à une obligation de diligence en common law. Voir également *Peters c. Parkway Mercury Sales Ltd.* (1975), 10 N.B.R. (2d) 703 (C.A.).

c e Les clauses contractuelles peuvent aussi avoir pour effet de limiter l'obligation (distincte de la responsabilité résultant du manquement à une obligation), en responsabilité délictuelle ou autre, qu'une partie a envers l'autre. B. M. McLachlin et W. J. Wallace, *The Canadian Law of Architecture and Engineering* (1987), s'expriment comme suit à la p. 134:

f [TRADUCTION] ... on peut maintenant dire que les tribunaux en sont venus à accepter la concomitance des obligations découlant du droit de la responsabilité délictuelle et des obligations imposées par contrat. Ce principe est toutefois soumis à une importante réserve: lorsque les parties ont défini leurs obligations par contrat, le tribunal ne leur imposera pas d'obligations contraires. Le contrat précisant les droits et responsabilités des parties sera un facteur limitant la portée de l'obligation en responsabilité délictuelle.

i h Les clauses limitant les obligations d'une partie envers l'autre s'avèrent souvent importantes dans les cas où on allègue qu'il y a eu déclaration inexacte faite par négligence. Ces dénégations, parfois appelées «clauses de protection», peuvent être contractuelles ou extracontractuelles. N'oublions pas que dans l'arrêt de principe *Hedley Byrne*, précité, la responsabilité de la banque défenderesse n'a pas été retenue parce que la

"CONFIDENTIAL. For your private use and without responsibility on the part of this bank or its officials." There was no contract between the parties. Lord Morris found that the effect of the disclaimer was to negate any duty of care which would otherwise have been owed by the defendant (at p. 504):

... in my judgment, the bank in the present case, by the words which they employed, effectively disclaimed any assumption of a duty of care. They stated that they only responded to the inquiry on the basis that their reply was without responsibility. If the inquirers chose to receive and act upon the reply they cannot disregard the definite terms upon which it was given.

Disclaimers or "non-reliance clauses" may also be contractual. In *Carman Construction Ltd. v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1982] 1 S.C.R. 958, the defendant successfully raised a contractual disclaimer clause as a defence to an action for negligent misrepresentation. The relevant clause of the contract was in the following terms (at p. 961):

3.1. It is hereby declared and agreed by the Contractor that this Agreement has been entered into by him on his own knowledge respecting the nature and conformation of the ground upon which the work is to be done, the location, character, quality and quantities of the material to be removed, the character of the equipment and facilities needed, the general and local conditions and all other matters which can in any way affect the work under this Agreement, and the Contractor does not rely upon any information given or statement made to him in relation to the work by the Company. [Emphasis added.]

Martland J. was careful to characterize the clause as a "non-reliance provision" negating the existence of a duty of care, as distinct from a clause limiting liability for the breach of a duty (at p. 973):

déclaration était accompagnée de la dénégation suivante: [TRADUCTION] «CONFIDENTIEL. Pour votre usage personnel et sous toutes réserves de la part de la banque ou de ses représentants.» Il n'y avait pas de contrat entre les parties. Lord Morris a jugé que la dénégation avait pour effet d'écartier toute obligation de diligence qu'aurait eue par ailleurs la défenderesse (à la p. 504):

b [TRADUCTION] ... à mon avis, la banque a effectivement en l'espèce, de par les mots employés, écarté toute obligation potentielle de diligence. Ses représentants ont affirmé n'avoir répondu à la demande de renseignements qu'à la condition que leur responsabilité ne soit pas engagée. Si ceux qui ont demandé les renseignements ont choisi d'accepter la réponse et d'agir en conséquence, ils ne peuvent faire abstraction des conditions expresses dans lesquelles elle a été donnée.

c d Les dénégations ou «clauses de protection» peuvent également être d'origine contractuelle. Dans l'arrêt *Carman Construction Ltd. c. Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique*, [1982] 1 R.C.S. 958, la défenderesse a invoqué avec succès une clause contractuelle de dénégation en défense à une action pour déclaration inexacte faite par négligence. La clause pertinente était ainsi libellée (à la p. 961):

f [TRADUCTION]

g h i 3.1. Par les présentes, l'entrepreneur reconnaît qu'il a signé le présent contrat en fonction de sa propre connaissance de la nature et de la configuration du sol où doivent être exécutés les travaux, de l'emplacement, de la nature, de la qualité et du volume du matériau à enlever, du genre d'équipement et d'installations nécessaires, des conditions générales et locales et de toutes les autres questions qui peuvent influer, de quelque manière que ce soit, sur les travaux à exécuter en vertu du présent contrat, et l'entrepreneur ne se fie à aucun renseignement que la Compagnie lui a donné ni à aucune déclaration qu'elle lui a faite concernant les travaux. [Je souligne.]

j Le juge Martland a pris soin de qualifier la clause de «disposition de protection» écartant l'existence d'une obligation de diligence, et de la distinguer d'une clause de limitation de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation (à la p. 973):

... I do not regard s. 3.1 as being a clause exempting from liability. It is what the Court of Appeal described as a non-reliance provision, the effect of which was to prevent liability arising on the part of C.P.R. in respect of statements made or information given by its employees.

To summarize, if the liability of a party to a contract is limited or excluded by a term of the contract, or if a contractual term limits or negates the duty owed by one party to the other (whether in contract or in tort), the other party to the contract may not use an action in tort to impose a wider liability on the first party than would be available under the contract.

C. Negligent Misrepresentation

Checo alleges that Hydro negligently misrepresented the state of the right-of-way. The majority of the British Columbia Court of Appeal agreed. In *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87, a case involving issues somewhat similar to those in the present appeal, I reviewed many aspects of the tort of negligent misrepresentation including the required elements for such an action. The specific question I should like to address in this case is: if the parties are in a contractual relationship, under what circumstances will it be open to one of the parties to allege that the other was guilty of negligent misrepresentation? In other words, when will the existence of a contract preclude a tort action for negligent misrepresentation?

The action for negligent misrepresentation was first recognized by the decision of the House of Lords in *Hedley Byrne, supra*. The ingredients of a negligent misrepresentation set out in that case remain good law today. To quote from the speech of Lord Morris (at pp. 502-3):

My Lords, I consider that it follows and that it should now be regarded as settled that if someone possessed of a special skill undertakes, quite irrespective of contract,

... je ne considère pas que la clause 3.1 est une clause d'exonération de responsabilité. C'est ce que la Cour d'appel a décrit comme une disposition de protection qui avait pour effet d'empêcher le C.P. d'être tenu responsable des déclarations faites ou des renseignements donnés par ses employés.

En résumé, si la responsabilité d'une partie est limitée ou exclue par le contrat, ou si une clause contractuelle limite ou écarte l'obligation (de nature contractuelle ou délictuelle) qu'une partie a envers l'autre, il n'est pas loisible à l'autre partie de recourir à une action en responsabilité délictuelle pour imposer à son cocontractant une responsabilité plus grande que ne le permet le contrat.

C. Déclaration inexacte faite par négligence

Checo prétend qu'Hydro lui a fait une déclaration inexacte par négligence à propos de l'état de l'emprise, allégation à laquelle s'est ralliée à la majorité la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Dans l'arrêt *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87, où des questions semblables à celles soulevées dans le présent pourvoi sont en cause, je passe en revue de nombreux aspects du délit civil résultant d'une déclaration inexacte faite par négligence, et notamment les éléments requis pour intenter une action sur ce fondement. En l'espèce, la question particulière que j'aimerais aborder est la suivante: si les parties ont entre elles des liens contractuels, dans quelles circonstances l'une d'elles pourra-t-elle alléguer que l'autre s'est rendue coupable d'avoir fait une déclaration inexacte par négligence? En d'autres termes, à quel moment l'existence d'un contrat exclura-t-elle l'action en responsabilité délictuelle par suite d'une déclaration inexacte faite par négligence?

L'action en responsabilité pour déclaration inexacte faite par négligence a été pour la première fois reconnue dans l'arrêt de la Chambre des lords *Hedley Byrne*, précité. Dans un passage considéré encore aujourd'hui comme un bon exposé du droit, lord Morris énumère les éléments constitutifs du délit (aux pp. 502 et 503):

[TRADUCTION] Je considère, chers collègues, qu'il s'ensuit et qu'il devrait maintenant être considéré comme établi que, lorsque quelqu'un qui possède une

to apply that skill for the assistance of another person who relies upon such skill, a duty of care will arise. The fact that the service is to be given by means of or by the instrumentality of words can make no difference. Furthermore, if in a sphere in which a person is so placed that others could reasonably rely upon his judgment or his skill or upon his ability to make careful inquiry, a person takes it upon himself to give information or advice to, or allows his information or advice to be passed on to, another person who, as he knows or should know, will place reliance upon it, then a duty of care will arise.

The rule in *Hedley Byrne, supra*, has been adopted in numerous Canadian cases, some of which will be discussed below. Although *Hedley Byrne* was considered revolutionary when it was decided, the case was in fact the culmination of a series of majority and dissenting judgments extending back into the last century. Like *Donoghue v. Stevenson, supra*, *Hedley Byrne* needs to be understood in its context. An understanding of this context is particularly important to assessing the role of negligent misrepresentation where the parties are in a contractual relationship.

Before *Hedley Byrne, supra*, it was settled law that a misrepresentation could give rise to damages only if it was fraudulent, or if the representation was a collateral warranty to a contract. An "innocent" misrepresentation (which included what would now, since *Hedley Byrne*, be characterized as a negligent misrepresentation) was not actionable in itself, but only if it formed part of a valid contract.

The leading case in fraudulent misrepresentation was *Derry v. Peek* (1889), 14 App. Cas. 337 (H.L.). In *Derry v. Peek*, the Court of Appeal held that a negligent misrepresentation—one made without due care as to its truth or falsehood—gave rise to an action in damages for deceit for anyone to whom the statement was directed and who relied on the statement to his or her detriment. The House of Lords rejected the suggestion that a false state-

habileté particulière s'engage, tout à fait indépendamment d'un contrat, à mettre cette habileté au service d'une autre personne qui se fie à cette habileté, une obligation de diligence est créée. Le fait que le service doit être rendu à l'aide ou au moyen de mots ne peut faire de différence. De plus, lorsqu'une personne, qui occupe dans un domaine déterminé une place propre à inciter les gens à avoir raisonnablement confiance en son jugement ou en son habileté, ou en son aptitude à faire des recherches minutieuses, prend sur elle de donner un renseignement ou un conseil, ou permet que ce renseignement ou ce conseil soit transmis à un tiers qui, comme elle le sait ou devrait le savoir, s'y fiera, une obligation de diligence est créée.

La règle de l'arrêt *Hedley Byrne*, précité, a été reprise dans un grand nombre de décisions canadiennes, dont quelques-unes auxquelles nous nous arrêterons. Bien que cet arrêt ait été considéré comme révolutionnaire au moment où il a été rendu, ce n'était en fait que le point culminant d'une série d'opinions majoritaires et dissidentes remontant au siècle dernier. Tout comme l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, précité, l'arrêt *Hedley Byrne* doit être replacé dans son contexte. Il est particulièrement important de bien comprendre ce contexte pour déterminer l'incidence d'une déclaration inexacte faite par négligence lorsque les parties ont entre elles des liens contractuels.

Avant l'arrêt *Hedley Byrne*, précité, il était établi qu'une déclaration inexacte ne pouvait donner ouverture à des dommages-intérêts que si elle était frauduleuse, ou encore si elle constituait une garantie accessoire à un contrat. Une déclaration inexacte faite «de bonne foi» (y compris ce qu'on appellerait maintenant, depuis l'arrêt *Hedley Byrne*, une déclaration inexacte faite par négligence) n'ouvrirait pas droit à une action en soi, mais seulement si elle faisait partie d'un contrat valide.

L'arrêt de principe sur la question des déclarations inexactes et frauduleuses était l'arrêt *Derry c. Peek* (1889), 14 App. Cas. 337 (H.L.). Dans cet arrêt, la Cour d'appel a jugé qu'une déclaration inexacte faite par négligence—with insouciance quant à son exactitude ou à sa fausseté—donnait ouverture à une poursuite en dommages-intérêts pour dol par toute personne à qui la déclaration s'adressait et qui s'y était fiée à son détriment. La

ment made negligently was actionable. In the words of Lord Herschell, "making a false statement through want of care falls far short of, and is a very different thing from, fraud, and the same may be said of a false representation honestly believed though on insufficient grounds" (p. 375). The House held that for an action in deceit or fraud to lie, the person making the statement must either know the statement to be false, or be reckless as to its truth or falsehood. This principle was reaffirmed by the House in *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932, where Viscount Haldane L.C. said this (at pp. 953-54): "It must now be taken to be settled that nothing short of proof of a fraudulent intention in the strict sense will suffice for an action of deceit."

Although actions on warranties were originally actions in tort, actions for breach of warranty had become, by the nineteenth century, actions in contract. See Baker, *supra*, at pp. 293-95. The leading case of *Heilbut, Symons & Co. v. Buckleton*, [1913] A.C. 30 (H.L.), settled the rule that for a representation to be actionable as a warranty, it must have been made with promissory intent.

The appellants in *Heilbut, Symons* were rubber merchants, who were promoting shares in what they represented was a rubber company. The respondent bought a large number of shares. The company turned out to be other than as it had been described, and the respondent brought an action in fraud and for breach of warranty. At trial, the jury found that the company had not been correctly represented by the appellants, but that the misrepresentation was not fraudulent. The jury did, however, find that the appellants had warranted that the company was a rubber company. The House of Lords allowed the appeal. In his speech, Lord Moulton held that no liability can flow from a rep-

Chambre des lords a rejeté la prétention voulant qu'une fausse déclaration faite négligemment puisse ouvrir droit à une poursuite. Selon lord Herschell, [TRADUCTION] «faire une fausse déclaration par imprudence n'équivaut pas à une fraude et en est même très différente, et l'on peut en dire autant d'une fausse déclaration à laquelle on a ajouté foi honnêtement mais pour des motifs insuffisants» (à la p. 375). La Chambre des lords a conclu que pour qu'il y ait ouverture à une action pour dol ou fraude, celui qui fait la déclaration doit ou bien savoir qu'elle est fausse, ou être insouciant quant à son exactitude ou à sa fausseté. Ce principe a été réaffirmé par la Chambre dans l'arrêt *Nocton c. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932, où le vicomte Haldane, lord Chancelier, a dit, (aux pp. 953 et 954): [TRADUCTION] «On doit maintenant tenir pour établi que rien de moins que la preuve d'une intention frauduleuse au sens strict du terme ne suffira à fonder une action pour dol».

Bien que l'action fondée sur une garantie ait été à l'origine une action en responsabilité délictuelle, l'action en violation de garantie est devenue, au XIX^e siècle, une action en responsabilité contractuelle. Voir Baker, *op. cit.*, aux pp. 293 à 295. L'arrêt de principe *Heilbut, Symons & Co. c. Buckleton*, [1913] A.C. 30 (H.L.), a établi la règle suivant laquelle pour que la déclaration donne lieu à une action fondée sur une garantie, elle doit avoir été présentée comme une promesse.

Dans cette affaire, les appellants étaient des négociants en caoutchouc qui faisaient la promotion d'actions dans ce qu'ils disaient être une compagnie de caoutchouc. L'intimé avait acheté un grand nombre de ces actions. La compagnie s'étant avérée différente de la description qui en avait été faite, l'intimé a intenté une action pour fraude et violation de garantie. Au procès, le jury a estimé que les appellants n'avaient pas décrit correctement la compagnie mais que cette déclaration inexacte n'était pas frauduleuse. Il a conclu, cependant, que les appellants avaient garanti qu'il s'agissait d'une compagnie de caoutchouc. La Chambre des lords a accueilli l'appel. Dans ses motifs, lord Moulton a jugé qu'aucune responsabilité ne pouvait résulter d'une déclaration non frauduleuse, à moins que

representation which is not fraudulent, unless it is made with promissory intent (at p. 51):

It is, my Lords, of the greatest importance, in my opinion, that this House should maintain in its full integrity the principle that a person is not liable in damages for an innocent misrepresentation, no matter in what way or under what form the attack is made. In the present case the statement was made in answer to an inquiry for information. There is nothing which can by any possibility be taken as evidence of an intention on the part of either or both of the parties that there should be a contractual liability in respect of the accuracy of the statement. It is a representation as to a specific thing and nothing more.

Between *Derry v. Peek* and *Heilbut, Symons, supra*, it was settled that a negligent misrepresentation which was not made with promissory intent was not actionable, as it fell between deceit and warranty. To succeed, a plaintiff was required to prove fraud or a collateral warranty. As Lord Denning M.R. observed in *Esso Petroleum, supra*, at p. 13:

Ever since *Heilbut Symons & Co v Buckleton* we have had to contend with the law as laid down by the House of Lords that an innocent misrepresentation gives no right to damages. In order to escape from that rule, the pleader used to allege—I often did it myself—that the misrepresentation was fraudulent, or alternatively a collateral warranty.

Heilbut, Symons and *Derry v. Peek, supra*, were equally the law in Canada. The rule in *Derry v. Peek* that misrepresentations must be made with intent to deceive in order to be actionable in deceit was applied by this Court in *De Vall v. Gorman, Clancey & Grindley Ltd.* (1919), 58 S.C.R. 259. Similarly, in *Kinsman v. Kinsman* (1912), 3 O.W.N. 966 (H.C.), Riddell J. noted at p. 968 that, “[o]f course, fraud – fraudulent intent — must be proved in an action for deceit: *Derry v. Peek...*” See also *Howse v. Quinnell Motors Ltd.*, [1952] 2 D.L.R. 425 (B.C.C.A.), and *Chapman v. Warren*, [1936] O.R. 145 (H.C.). The rule in *Heilbut, Symons* that a misrepresentation which falls short of being fraudulent is not actionable

celle-ci n'ait été présentée comme une promesse (à la p. 51):

[TRADUCTION] Chers collègues, il est à mon avis de la plus haute importance que notre Chambre maintienne dans toute son intégrité le principe selon lequel nul ne doit être tenu responsable des dommages résultant d'une déclaration inexacte faite de bonne foi, peu importe la forme sous laquelle elle est attaquée. En l'espèce, la déclaration a été faite en réponse à une demande de renseignements. Il n'y a rien qui puisse tenir lieu de preuve de l'intention d'une des parties ou des deux que soit engagée une responsabilité contractuelle à l'égard de la justesse de la déclaration. Il ne s'agit que d'une déclaration relative à un fait particulier, rien de plus.

Entre les arrêts *Derry c. Peek* et *Heilbut, Symons*, précités, on a établi qu'une déclaration inexacte faite par négligence mais non sous forme de promesse ne donnait pas lieu à une action car elle se situait entre le dol et la garantie. Pour avoir gain de cause, le demandeur était tenu de prouver la fraude ou l'existence d'une garantie accessoire. Ainsi que le fait observer le maître des rôles lord Denning dans l'arrêt *Esso Petroleum*, précité, à la p. 13:

[TRADUCTION] Depuis l'arrêt *Heilbut, Symons & Co. c. Buckleton*, nous avons dû tenir compte du droit énoncé par la Chambre des lords selon lequel une déclaration inexacte faite de bonne foi ne donne pas droit à des dommages-intérêts. Afin de contourner cette règle, le plaideur alléguait — comme je l'ai souvent fait moi-même — que la déclaration inexacte était frauduleuse, ou subsidiairement, équivalait à une garantie accessoire.

Les arrêts *Heilbut, Symons* et *Derry c. Peek*, précités, représentaient également le droit au Canada. La règle formulée dans ce dernier arrêt, suivant laquelle il faut qu'une déclaration inexacte ait été faite avec une intention dolosive pour donner ouverture à poursuite, a été appliquée par notre Cour dans l'arrêt *De Vall c. Gorman, Clancey & Grindley Ltd.* (1919), 58 R.C.S. 259. De même, dans la décision *Kinsman c. Kinsman* (1912), 3 O.W.N. 966 (H.C.), le juge Riddell a souligné, à la p. 968: [TRADUCTION] «Il va sans dire qu'il faut, dans une action pour dol, prouver la fraude — l'intention frauduleuse: *Derry c. Peek...*» Voir également *Howse c. Quinnell Motors Ltd.*, [1952] 2 D.L.R. 425 (C.A.C.-B.), et *Chapman c. Warren*,

unless it is incorporated into a contract as a warranty was applied *inter alia* in *Gardner v. Merker* (1918), 43 O.L.R. 411 (C.A.); *Kennedy v. Anderson* (1919), 50 D.L.R. 105 (Sask. C.A.); *Gilmour v. Trustee Co. of Winnipeg*, [1923] 3 W.W.R. 177 (Man. C.A.); *Thurston v. Streilen* (1950), 59 Man. R. 55 (K.B.); and in *Scholte v. Richardson*, [1951] O.R. 58 (H.C.).

[1936] O.R. 145 (H.C.). La règle formulée dans l'arrêt *Heilbut, Symons*, suivant laquelle une déclaration inexacte qui n'est pas frauduleuse n'ouvre pas droit à poursuite à moins qu'elle ne soit incorporée dans un contrat à titre de garantie, a été appliquée notamment dans les arrêts *Gardner c. Merker* (1918), 43 O.L.R. 411 (C.A.); *Kennedy c. Anderson* (1919), 50 D.L.R. 105 (C.A. Sask.); *Gilmour c. Trustee Co. of Winnipeg*, [1923] 3 W.W.R. 177 (C.A. Man.); *Thurston c. Streilen* (1950), 59 Man. R. 55 (B.R.); et enfin *Scholte c. Richardson*, [1951] O.R. 58 (H.C.).

It was against this backdrop that the House of Lords decided *Hedley Byrne, supra*. Through their bank, the appellants had obtained the opinion of the respondent merchant bankers as to the creditworthiness of E. Ltd. There was no contract between the appellants and the respondent. E. Ltd. subsequently went bankrupt, and it was found at trial that the respondent had been negligent in giving the opinion. Their Lordships, expressly distinguishing *Derry v. Peek, supra*, and implicitly distinguishing *Heilbut, Symons, supra*, held that a negligent misrepresentation may, even if not made with promissory intent, give rise to liability for damages. Lord Reid described those relationships in which a duty to take care in the making of representations will arise as follows (at p. 486):

... all those relationships where it is plain that the party seeking information or advice was trusting the other to exercise such a degree of care as the circumstances required, where it was reasonable for him to do that, and where the other gave the information or advice when he knew or ought to have known that the inquirer was relying on him. I say "ought to have known" because in questions of negligence we now apply the objective standard of what the reasonable man would have done.

In reaching this result, their Lordships relied on an alternate line of authority reaching back through the dissenting judgment of Denning L.J. in *Candler v. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426 (C.A.), and the decisions of the House of Lords in *Donoghue v. Stevenson, supra*, and *Nocton v. Lord Ashburton, supra*, to the nineteenth

C'est dans ce contexte que la Chambre des lords a tranché l'affaire *Hedley Byrne*, précité. Par l'en-tremise de leur banque, les appellants avaient obtenu l'avis de la banque d'affaires intimée au sujet de la solvabilité de E. Ltd. Il n'y avait pas de contrat entre les appellants et l'intimée. E. Ltd. a subséquemment fait faillite, et il a été établi au procès que l'intimée avait fait preuve de négligence en donnant son opinion. Établissant une distinction explicite d'avec l'arrêt *Derry c. Peek*, précité, et implicite d'avec l'arrêt *Heilbut, Symons*, précité, les lords juges ont conclu qu'une déclaration inexacte faite par négligence peut, même si elle n'est pas présentée sous forme de promesse, engager la responsabilité en dommages-intérêts. Lord Reid a décrit ainsi les relations donnant naissance à une obligation de diligence à l'égard des déclarations (à la p. 486):

[TRADUCTION] ... toutes les relations où il est manifeste que la partie demandant les renseignements ou les conseils se fiait que l'autre partie exercerait la prudence voulue dans les circonstances, lorsque cette confiance était raisonnable, et que l'autre partie a donné les renseignements ou les conseils alors qu'elle savait ou aurait dû savoir que la partie qui les demandait se fiait à elle. J'emploie les mots «aurait dû» car en matière de négligence nous appliquons maintenant le critère objectif du comportement de l'homme raisonnable.

Pour arriver à ce résultat, les lords juges se sont appuyés sur un autre courant de jurisprudence qui, de la dissidence du lord juge Denning dans l'arrêt *Candler c. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426 (C.A.), en passant par les arrêts de la Chambre des lords *Donoghue c. Stevenson* et *Nocton c. Lord Ashburton*, précités, remontait jus-

century decisions of *Cann v. Willson* (1888), 39 Ch. D. 39; *Heaven v. Pender* (1883), 11 Q.B.D. 503 (C.A.); and *George v. Skivington* (1869), L.R. 5 Ex. 1.

With the exception of *Nocton v. Lord Ashburton*, *supra*, the cases relied upon by their Lordships were all cases in which the relationship between the plaintiff and the defendant was not contractual, but the court (or the dissenting judge) nonetheless held that the defendant owed a duty of care to the plaintiff. That is, in each case, no contractual remedy was available to the plaintiff, but the action was allowed in tort. *Nocton v. Lord Ashburton* is the exception: in that case there was a contract between the plaintiff and the defendant (who was his solicitor). However, *Nocton v. Lord Ashburton* is readily distinguishable. In that case, an action for breach of contract was barred by the *Statute of Limitation*. Moreover, the plaintiff succeeded not in tort but for breach of fiduciary duty.

It was not clear from *Hedley Byrne*, *supra*, that an action for negligent misrepresentation would lie where the parties subsequently entered into a contract. In *Hedley Byrne* and in the cases upon which it relied (with the exception of *Nocton v. Lord Ashburton*, *supra*) there was no contract between the parties. A dictum of Lord Reid in *Hedley Byrne* hinted that if the parties were in a contractual relationship, the proper remedy was an action for breach of warranty (at p. 483): "Where there is a contract there is no difficulty as regards the contracting parties: the question is whether there is a warranty." The cases decided immediately after *Hedley Byrne* held that an action for negligent misrepresentation was barred if the parties were in a contractual relationship: *Bagot v. Stevens Scanlan & Co.*, *supra*, and *Clark v. Kirby-Smith*, [1964] 2 All E.R. 835 (Ch. D.). See also D. W. McLauchlan, "Pre-Contract Negligent Misrepresentation" (1977), 4 *Otago L. Rev.* 23.

qu'aux décisions du XIX^e siècle, *Cann c. Willson* (1888), 39 Ch. D. 39; *Heaven c. Pender* (1883), 11 Q.B.D. 503 (C.A.); et *George c. Skivington* (1869), L.R. 5 Ex. 1.

Sauf pour ce qui est de l'arrêt *Nocton c. Lord Ashburton*, précité, dans toutes les autres affaires invoquées par les lords juges les parties n'avaient pas entre elles de liens contractuels, mais la cour (ou le juge dissident) a néanmoins jugé que le défendeur avait envers le demandeur une obligation de diligence. C'est-à-dire que, dans chaque cas, aucun recours contractuel n'était ouvert au demandeur, mais que l'action a été autorisée en responsabilité délictuelle. L'arrêt *Nocton c. Lord Ashburton* est l'exception: il y avait dans cette affaire un contrat entre le demandeur et le défendeur (l'avocat du premier). Il est toutefois aisément d'établir une distinction d'avec cet arrêt, car l'action pour inexécution de contrat y était prescrite en vertu du *Statute of Limitation*. De plus, le demandeur a eu gain de cause non pas sur le plan de la responsabilité délictuelle mais sur le fondement du manquement à une obligation fiduciaire.

Il n'était pas clair, d'après l'arrêt *Hedley Byrne*, précité, qu'il y aurait ouverture à une action par suite d'une déclaration inexacte faite par négligence dans le cas où les parties se sont subséquemment liées par contrat. Dans cet arrêt et dans les décisions sur lesquelles il s'appuie (à l'exception de l'arrêt *Nocton c. Lord Ashburton*, précité), il n'y avait pas de contrat entre les parties. Dans une opinion incidente, lord Reid laisse entendre, dans l'arrêt *Hedley Byrne*, que, si les parties avaient entre elles des liens contractuels, le recours indiqué était l'action en violation de garantie (à la p. 483): [TRA-DUCTION] «Lorsqu'il y a un contrat, la question ne pose aucune difficulté quant aux cocontractants: il s'agit de savoir s'il existe une garantie». Dans les décisions rendues immédiatement après l'arrêt *Hedley Byrne*, on a jugé qu'une action pour déclaration inexacte faite par négligence était exclue si les parties étaient liées par contrat: *Bagot c. Stevens Scanlan & Co.*, précité, et *Clark c. Kirby-Smith*, [1964] 2 All E.R. 835 (Ch. D.). Voir également D. W. McLauchlan, «Pre-Contract Negligent Misrepresentation» (1977), 4 *Otago L. Rev.* 23.

However, it was settled by *Esso Petroleum, supra*, that the existence of a contract is not a bar to a remedy for negligent misrepresentation. In the words of Shaw L.J. (at p. 26):

It is difficult to see why, in principle, a right to claim damages for negligent misrepresentation which has arisen in favour of a party to a negotiation should not survive the event of the making of a contract as the outcome of that negotiation. It may, of course, be that the contract ultimately made either expressly or by implication shows that, once it has been entered into, the rights and liabilities of the parties are to be those and only those which have their origin in the contract itself.

For a list of Canadian cases applying *Esso Petroleum*, see *Kingu v. Walmar Ventures Ltd.* (1986), 38 C.C.L.T. 51 (B.C.C.A.), at p. 59.

The principle that an action for negligent misrepresentation will survive the making of a contract between the parties was affirmed in this Court in *Carman Construction, supra*. Martland J., writing for the Court, held that the respondent was not liable on the basis of negligent misrepresentation because the contract that was made between the parties contained a "non-reliance provision" or disclaimer which had the effect that the respondent did not assume any duty of care. It is clear from Martland J.'s reasons that the fact that the alleged negligent misrepresentation had induced the contract would not have been a reason for disallowing the claim in negligence. The same proposition can be deduced from the recent decision of this Court in *Rainbow Industrial Caterers Ltd., supra*. Although the narrow issue was the appropriate measure of damages where a plaintiff is induced to enter into a contract with the defendant by the defendant's negligent misrepresentation, both Sopinka J. (for the majority) and McLachlin J. (dissenting), agreed that damages for negligent misrepresentation could be awarded where the misrepresentation induces a contract.

Cependant, il a été établi dans l'arrêt *Esso Petroleum*, précité, que l'existence d'un contrat n'exclut pas le recours pour déclaration inexacte faite par négligence. Selon le lord juge Shaw (à la p. 26):

[TRADUCTION] Il est difficile de voir pourquoi, en principe, le droit de réclamer des dommages-intérêts en cas de déclaration inexacte faite par négligence, qui a pris naissance en faveur d'une partie à la négociation, ne devrait pas survivre à la conclusion d'un contrat résultant de cette négociation. Il se peut, naturellement, qu'il ressorte expressément ou implicitement du contrat finalement intervenu qu'une fois celui-ci conclu, les droits et les obligations des parties sont ceux et uniquement ceux qui tirent leur origine du contrat lui-même.

Pour une énumération des décisions canadiennes ayant suivi l'arrêt *Esso Petroleum*, voir *Kingu c. Walmar Ventures Ltd.* (1986), 38 C.C.L.T. 51 (C.A.C.-B.), à la p. 59.

Le principe selon lequel l'action pour déclaration inexacte faite par négligence survivra à la conclusion d'un contrat entre les parties a été confirmé par notre Cour dans l'arrêt *Carman Construction*, précité. Au nom de la Cour, le juge Martland a conclu que l'intimé ne pouvait pas être tenu responsable d'avoir fait une déclaration inexacte par négligence parce que le contrat intervenu entre les parties contenait une «disposition de protection» ou dénégation ayant eu pour effet de dégager l'intimé de toute obligation de diligence. Il ressort clairement des motifs du juge Martland que le fait que la déclaration inexacte faite par négligence qui était alléguée ait mené à la conclusion du contrat n'aurait pas été un motif pour rejeter l'action fondée sur la négligence. On peut déduire le même principe de l'arrêt récent de notre Cour, *Rainbow Industrial Caterers Ltd.*, précité. Quoique la question en litige n'ait porté que sur les dommages-intérêts susceptibles d'être accordés lorsque le demandeur a été amené à conclure un contrat avec le défendeur par suite d'une déclaration inexacte que ce dernier a faite par négligence, les juges Sopinka (pour la majorité) et McLachlin (dissidente) ont tous deux convenu que des dommages-intérêts pouvaient être accordés lorsqu'une déclaration inexacte faite par négligence a mené à la conclusion d'un contrat.

It is clear that the fact that the parties are in a contractual relationship is not in itself a bar to an action in tort for negligent misrepresentation. As in other areas of negligence, the plaintiff may have the option of concurrent actions in tort and contract. However, concurrency must be viewed in light of the principles articulated above. Where a duty arising in tort is co-extensive with a duty created by an express term of the contract, the plaintiff will be limited to whatever remedies are available under the contract. Moreover, if the liability or duty of the defendant is excluded or limited by the terms of the contract, the plaintiff may not allege a wider liability in tort in order to circumvent the terms of the contract.

D. Application of the Law to the Facts of this Case

Checo alleges that Hydro negligently misrepresented the state of the right-of-way, and that Checo suffered damages as a result of this misrepresentation. In the alternative, Checo has alleged that Hydro was in breach of its contractual duties.

(1) The Claim for Negligent Misrepresentation

I will assess Checo's claim in tort for negligent misrepresentation first. Because Checo and Hydro are in a contractual relationship, Checo's claim in tort immediately raises two issues. First, is there a specific contractual duty created by an express term of the contract which is co-extensive with the common law duty of care which Checo alleges Hydro has breached? If there is such a contractual duty, then Checo is precluded from bringing an action in tort against Hydro for breach of the common law duty of care. In such a case, Checo would be confined to whatever remedies are available under the law of contract. Second, if the answer to the first question is negative, is Hydro's liability or duty in tort limited or excluded by the terms of the contract?

Il est clair que l'existence de liens contractuels entre les parties n'empêche pas en soi le recours en responsabilité délictuelle pour déclaration inexacte faite par négligence. Comme dans d'autres domaines de la négligence, il se peut que le demandeur dispose de recours concomitants en matière contractuelle et délictuelle. Toutefois, la concomitance doit être considérée à la lumière des principes examinés précédemment. Lorsqu'une obligation en responsabilité délictuelle coïncide avec une obligation créée expressément par le contrat, les recours du demandeur seront limités à ceux prévus au contrat. De plus, s'il y a exclusion ou limitation contractuelle de la responsabilité ou des obligations du défendeur, le demandeur ne peut pas alléguer une responsabilité délictuelle plus grande de façon à contourner les clauses du contrat.

D. Application du droit aux faits de l'espèce

Checo allègue qu'Hydro lui a présenté de façon inexacte et négligente l'état de l'emprise et qu'elle a, en conséquence, subi des dommages. Subsidiairement, Checo soutient qu'Hydro a manqué à ses obligations contractuelles.

(1) La demande fondée sur la déclaration inexacte faite par négligence

J'examinerai d'abord la réclamation de Checo fondée sur le délit civil de déclaration inexacte faite par négligence. Étant donné la présence d'un lien contractuel entre Checo et Hydro, l'allégation d'un délit civil soulève immédiatement deux questions. En premier lieu, y a-t-il une obligation spécifique créée expressément par le contrat qui coïncide avec l'obligation de diligence en common law à laquelle, selon Checo, Hydro aurait contrevenu? Si l'existe une telle obligation contractuelle, Checo ne peut pas intenter contre Hydro une action en responsabilité délictuelle pour manquement à l'obligation de diligence en common law. En pareil cas, les recours dont Checo disposerait seraient limités à ceux qui découlent du droit des contrats. En second lieu, si la réponse à la première question est négative, la responsabilité ou l'obligation en matière délictuelle d'Hydro est-elle limitée ou exclue par le contrat?

(a) *Is there a Contractual Duty Excluding a Common Law Duty of Care?*

The question whether there is a contractual duty defined by an express term of the contract which would operate to exclude the common law duty of care upon which Checo relies in its action for negligent misrepresentation is shortly answered: there is such a duty. Checo bases its claim for negligent misrepresentation on the alleged representation made in clause 6.01.03 of the tender documents. Clause 6.01.03 of the tender documents was incorporated verbatim as an express term (also numbered 6.01.03) of the contract between Hydro and Checo after Hydro accepted Checo's tender. On Checo's interpretation of clause 6.01.03 of the tender documents, it is a representation as to the state of the right-of-way. If clause 6.01.03 of the tender documents is such a representation (and I am of the opinion that it is, as I will discuss below), then clause 6.01.03 of the contract is an express warranty as to the state of the right-of-way. Whatever duty is imposed in tort on Hydro by the clause in the tender documents is co-extensive with the duty imposed in contract by the express clause in the contract. In consequence, subject to any overriding considerations arising from the context in which the transaction occurred, Checo is limited to whatever remedies may be available to it in contract for Hydro's breach of clause 6.01.03 of the contract. Checo cannot rely on a breach by Hydro of any duty created by clause 6.01.03 of the tender documents to found an action in tort.

As I indicated, context is important in assessing whether a claim in tort is foreclosed by the terms of the contract. This transaction occurred in a commercial context. The parties are both large corporations, and there is no allegation or indication of any inequality of bargaining power or unconscionability. I would also note that the contract which was concluded by the parties was included as part of the tender documents. That is, Checo knew when it was preparing its bid that if its bid were accepted, the representation as to the condition of

a) *Y a-t-il une obligation contractuelle excluant l'obligation de diligence en common law?*

À la question de savoir s'il existe une obligation contractuelle expressément prévue au contrat dont l'effet serait d'exclure l'obligation de diligence en common law sur le fondement de laquelle Checo a intenté sa poursuite pour déclaration inexacte faite par négligence, on peut répondre brièvement: cette obligation existe. Checo appuie sa demande d'indemnisation sur la déclaration que constituerait la clause 6.01.03 du dossier d'appel d'offres. Cette clause a été incorporée telle quelle à titre de stipulation expresse (portant aussi le numéro 6.01.03) du contrat intervenu entre Hydro et Checo après qu'Hydro eut accepté l'offre de Checo. Suivant l'interprétation de Checo, la clause 6.01.03 du dossier d'appel d'offres constitue une déclaration quant à l'état de l'emprise. Or, si la clause 6.01.03 du dossier d'appel d'offres constitue une telle déclaration (ce dont je suis d'avis, comme nous le verrons plus loin), elle est alors une garantie expresse quant à l'état de l'emprise. Toute obligation en responsabilité délictuelle imposée à Hydro par la clause du dossier d'appel d'offres coïncide avec l'obligation d'ordre contractuel imposée par la clause expresse du contrat. Par conséquent, sous réserve de toute considération prépondérante résultant du contexte dans lequel l'entente est intervenue, les recours de Checo se limitent à ceux qui découlent du droit des contrats en cas de violation par Hydro de la clause 6.01.03. Checo ne peut donc invoquer l'inexécution par Hydro d'une obligation créée par la clause 6.01.03 du dossier d'appel d'offres comme fondement d'une action en responsabilité délictuelle.

Comme je l'ai indiqué, le contexte est un élément important pour déterminer si un recours en responsabilité délictuelle est exclu en raison des clauses du contrat. En l'espèce, l'entente s'inscrivait dans un contexte commercial. Les parties sont deux grandes entreprises et il n'y a pas eu d'allégation ou d'indication d'inégalité dans la négociation ni d'iniquité. Soulignons également que le contrat conclu par les parties faisait partie du dossier d'appel d'offres. C'est-à-dire que Checo savait, au moment de préparer sa soumission que, si celle-ci

the right-of-way would be a term of the contract. Checo knew, or ought to have known, that disputes as to the condition of the right-of-way would potentially be governed by the contract. Knowing this, Checo decided to make a bid, hoping that its bid would be accepted. I would conclude that an assessment of the context strengthens my initial conclusion that Checo should be limited to any remedies which might be available to it under the contract.

(b) Is Hydro's Liability or Duty Limited or Excluded?

In light of my answer to the first question, it is unnecessary for the purposes of this appeal to consider whether Hydro's liability or duty in tort is limited or excluded by a term of the contract. Simply put, Checo's claim in tort is barred by the contract. However, I shall proceed at this stage to consider the effect of clauses 2.03 and 4.04 of the tender documents, which were incorporated into the contract, on Checo's rights under the contract.

In argument before this Court, Hydro submitted that clauses 2.03 and 4.04 operated to exempt Hydro from contractual liability for its representations. The representation relied upon by Checo is contained in clause 6.01.03, which is in the following language:

6.01.03 WORK DONE BY OTHERS

Clearing of the right-of-way and foundation installation has been carried out by others and will not form part of this Contract.

The two clauses which Hydro argues exclude its liability are as follows:

2.03 TENDERER'S RESPONSIBILITY

It shall be the Tenderer's responsibility to inform himself of all aspects of the Work and no claim will be considered at any time for reimbursement for any expenses incurred as a result of any misunderstanding in regard to the conditions of the Work. Should any details necessary for a clear

étaient acceptée, la déclaration relative à la condition de l'emprise deviendrait une clause du contrat. Checo savait, ou aurait dû savoir, que tout litige concernant l'état de l'emprise serait assujetti au contrat. Le sachant, Checo a décidé de présenter sa soumission dans l'espoir qu'elle serait acceptée. Je terminerais en disant que l'analyse du contexte vient renforcer ma conclusion initiale voulant que les recours de Checo soient limités à ceux dont elle dispose en vertu du contrat.

b) Y a-t-il limitation ou exclusion de la responsabilité d'Hydro?

Étant donné ma réponse à la première question, il n'y a pas lieu, aux fins du présent pourvoi, d'examiner si la responsabilité d'Hydro en matière délictuelle est limitée ou exclue par une clause du contrat. Tout simplement, le contrat interdit à Checo le recours en responsabilité délictuelle. Cependant, j'examinerai maintenant l'incidence sur les droits de Checo en vertu du contrat des clauses 2.03 et 4.04 du dossier d'appel d'offres, qui ont été incorporées au contrat.

Dans l'argumentation qu'elle a présentée devant notre Cour, Hydro soutient que les clauses 2.03 et 4.04 ont pour effet d'exclure sa responsabilité contractuelle quant aux déclarations. Celle sur laquelle Checo s'appuie est contenue à la clause 6.01.03, que voici:

[TRADUCTION]

6.01.03 TRAVAUX DÉJÀ EXÉCUTÉS

Le déboisement de l'emprise et l'installation des fondations ont été faits par d'autres et ne feront pas partie du présent contrat.

Les deux clauses qu'invoque Hydro à l'appui de l'exclusion de sa responsabilité sont les suivantes:

[TRADUCTION]

2.03 RESPONSABILITÉ DU SOUMISSIONNAIRE

Il est de la responsabilité du soumissionnaire de se renseigner sur tous les aspects des travaux, et aucune demande de remboursement des dépenses engagées par suite d'une méprise quant aux conditions d'exécution des travaux ne sera prise en considération. Advenant le cas où le dossier

and comprehensive understanding be omitted or any error appear in the Tender Documents or should the Tenderer note facts or conditions which in any way conflict with the letter or spirit of the Tender Documents, it shall be the responsibility of the Tenderer to obtain clarifications before submitting his Tender. . . .

Neither B.C. Hydro nor the Engineer shall be responsible for any instructions or information given to any Tenderer other than by the Purchasing Agent, in accordance with this Clause.

4.04 INSPECTION OF SITE AND SUFFICIENCY OF TENDER

The Contractor shall inspect and examine the Site and its surroundings and shall satisfy himself before submitting his Tender as to the nature of the ground and sub-soil, the form and nature of the Site, the quantities and nature of work and materials necessary for completion of the Work, the means of access to the Site, the accommodation and facilities he may require, and in general shall himself obtain all necessary information as to risks, contingencies, and other circumstances which may influence or affect his Tender. Without limiting the generality of the foregoing, the Contractor shall satisfy himself of any special risks, contingencies, regulations, safety requirements, and other circumstances which may be encountered.

The Contractor shall be deemed to have satisfied himself before tendering as to the correctness and sufficiency of his Tender for the Work and of the prices stated in the Schedule of Prices which prices shall (except insofar as it is otherwise provided in the Contract) cover all his obligations under the Contract and all matters and things necessary for the proper execution of the Work.

Clause 6.01.03 is a representation that the site would be cleared as of the date of the contract. It is an express contractual warranty as to the state of the right-of-way. The trial judge found that, in all the circumstances, "clearing" meant the right-of-way would be clear of logs and debris. Cohen J. stated (at p. 67):

d'appel d'offres omettrait des détails nécessaires à une bonne compréhension de ses dispositions ou contiendrait des erreurs, ou encore si le soumissionnaire remarque des faits ou des conditions qui viennent en contradiction avec la lettre ou l'esprit du dossier, c'est au soumissionnaire qu'il incombe d'obtenir les explications voulues avant de présenter sa soumission. . . .

Ni B.C. Hydro ni l'ingénieur ne sont responsables des consignes ou renseignements donnés au soumissionnaire par toute personne autre que l'acheteur, conformément à la présente clause.

4.04 EXAMEN DES LIEUX ET ADÉQUATION DE LA SOUMISSION

L'entrepreneur doit, par visite et examen des lieux et des environs, se renseigner, avant de présenter sa soumission, sur la nature du sol et du sous-sol, la morphologie des lieux, la quantité et la nature des travaux et des matériaux nécessaires à leur exécution, les voies d'accès aux lieux, les installations requises, et, de façon générale, obtenir tous les renseignements pertinents quant aux risques, imprévus et autres circonstances susceptibles d'avoir une incidence sur sa soumission. Sans que soit limitée la portée générale de ce qui précède, l'entrepreneur doit s'informer sur tout risque, imprévu, exigence en matière de sécurité et règlement particuliers ainsi que toute autre circonstance à laquelle il peut avoir à faire face.

L'entrepreneur est réputé s'être assuré, avant de présenter sa soumission, qu'elle est exacte et complète en ce qui concerne les travaux et les prix indiqués en annexe, lesquels (sauf indication contraire du contrat) doivent couvrir toutes les obligations qui lui incombent en vertu du contrat et toute chose nécessaire à exécution des travaux.

Si l'on s'en tient à la clause 6.01.03, les lieux devaient être déboisés à la date du contrat. Il s'agit d'une garantie contractuelle expresse quant à l'état de l'emprise. Le juge de première instance a tenu pour avéré que, compte tenu de toutes les circonstances, «déboisement» signifiait que l'emprise serait dégagée des billes et des débris. Le juge Cohen a dit, à la p. 67:

Kosty acknowledged that tenderers rely on information contained in the tender documents and the defendant intended that the plaintiff would prepare its bid based on the representations contained in the tender documents. Clause 6.01.03 does not define the word "clearing" and the tender documents do not contain the defendant's clearing standards or clearing contracts. In my opinion, based on what they observed and their past experience, the natural and ordinary meaning to be given to the word "clearing" in clause 6.01.03 was the one understood by Lemieux and Campeau, that the right-of-way would be free of logs and debris. I accept the evidence of Lemieux and Campeau, who I found to be honest and forthright, that they formed an honest belief in December 1982, after reading the tender documents and viewing the right-of-way, that clearing was not yet complete.

The trial judge also found as a fact that the right-of-way was incompletely and improperly cleared as of the date of the contract. In my opinion, clauses 4.04 and 2.03 do not limit or exclude Hydro's liability flowing from clause 6.01.03 of the contract and of the tender documents. Clause 6.01.03 is a specific provision which is not displaced by clauses 4.04 and 2.03.

Clauses 2.03 and 4.04 do not operate to limit Hydro's liability in contract for the representation relied on. Clause 4.04 required Checo to inspect the contract "Site", and specified that the contract price would cover all Checo's obligations under the contract. "Site" is defined by clause 4.01 of the contract as "the land upon which the Work is to be done [by the Contractor—Checo] and any area or areas adjacent thereto used in connection with the Work and, unless the context otherwise requires, shall include all materials, supplies, tools, equipment and structures thereon" (emphasis added). The representation relied on by Checo, however, is that clearing of the right-of-way "has been carried out by others and will not form part of this Contract" (emphasis added). The ordinary meaning of the emphasized words suggests that the "Site" referred to in clause 4.04 of the contract does not encompass the right-of-way, which is the subject matter of the representation at issue. Thus, clause

[TRADUCTION] Kosty a reconnu que les soumissionnaires se fient sur les renseignements contenus dans le dossier d'appel d'offres et la défenderesse s'attendait à ce que la demanderesse prépare son offre en se fondant sur ce que contenait le dossier d'appel d'offres. La clause 6.01.03 ne définit pas le terme «déboisement» et le dossier d'appel d'offres ne comprend pas les normes de déboisement ni les contrats de déboisement. À mon avis, selon ce qu'ils ont observé et selon leur expérience, le sens naturel et ordinaire à donner au terme «déboisement» à la clause 6.01.03 était celui qu'avaient compris Lemieux et Campeau, c'est-à-dire, que l'entreprise serait dégagée des billes et des débris. J'accepte le témoignage de Lemieux et Campeau, que j'estime honnêtes et francs, selon lequel ils croyaient honnêtement en décembre 1982, après avoir lu le dossier d'appel d'offres et examiné l'entreprise, que le déboisement n'était pas encore terminé.

a Le juge de première instance a également tenu pour avéré le fait que l'entreprise n'avait pas été déboisée complètement et de façon convenable à la date du contrat. À mon avis, les clauses 4.04 et 2.03 ne limitent ni n'excluent la responsabilité d'Hydro découlant de la clause 6.01.03 du contrat et du dossier d'appel d'offres. La clause 6.01.03 est une disposition expresse qui n'est pas écartée par les clauses 4.04 et 2.03.

f Les clauses 2.03 et 4.04 n'ont pas pour effet de limiter la responsabilité contractuelle d'Hydro pour les déclarations qu'elle a faites. La clause 4.04 impose à Checo l'obligation d'inspecter les «lieux» faisant l'objet du contrat et précise que le prix couvrira toutes les obligations qui découlent du contrat. Selon la définition inscrite à la clause 4.01 du contrat, on entend par «lieux» [TRADUCTION] «le terrain sur lequel les travaux sont exécutés [par l'entrepreneur—Checo] et tout terrain adjacent utilisé accessoirement aux travaux et, sauf indication contraire du contexte, les matériaux, l'outillage, l'équipement et les structures qui s'y trouvent» (je souligne). La déclaration à laquelle Checo s'est fiée, toutefois, est celle selon laquelle le déboisement de l'entreprise [TRADUCTION] «[a] Été fait [...] par d'autres et ne fer[a] pas partie du présent contrat» (je souligne). Il ressort du sens ordinaire des mots soulignés que le terme «lieux» employé à la clause 4.04 du contrat ne vise pas

*g**h**i*

4.04 is not relevant to Checo's action in tort or to its action for breach of contract.

The key phrase in clause 2.03 is, "should the Tenderer note facts or conditions which in any way conflict with the letter or spirit of the Tender Documents, it shall be the responsibility of the Tenderer to obtain clarifications before submitting his Tender." The representation made in clause 6.01.03 was that the right-of-way would be cleared as of the date of the contract. Accordingly, although Checo did note the "dirty" condition of the right-of-way at the time it was carrying out the inspection mandated by clause 2.03, the condition of the "Site" was not in conflict with the representation that the right-of-way would be cleared as of the date of the contract, and Checo's obligation under clause 2.03 to obtain clarification from Hydro on this point was not triggered. Moreover, the well-known principles governing the interpretation of contractual exclusion and limitation of liability clauses suggest that neither clause 2.03 nor clause 4.04 is sufficiently clear to limit or exclude Hydro's liability in contract for the representation relied on.

I would accordingly conclude that there is no clause in the contract or in the tender documents which serves either to limit or exclude Hydro's liability for the representation contained in clause 6.01.03.

(2) The Claim for Breach of Contract

I have found that it was an express term of the contract that the right-of-way would be cleared. As found by the trial judge, the right-of-way was not cleared. Therefore, Hydro breached the contract. I have also found that there is no exclusion or limitation clause that would affect Hydro's liability in contract. Given that he found Hydro liable for fraudulent misrepresentation, the trial judge did not consider the question of damages for breach of

l'emprise, objet de la déclaration en cause en l'espèce. La clause 4.04 n'est donc pas pertinente quant à l'action de Checo en responsabilité délictuelle ou à son action en inexécution de contrat.

Le passage clé de la clause 2.03 est le suivant: [TRADUCTION] «si le soumissionnaire remarque des faits ou des conditions qui viennent en contradiction avec la lettre ou l'esprit du dossier, c'est au soumissionnaire qu'il incombe d'obtenir les explications voulues avant de présenter sa soumission.» La déclaration contenue à la clause 6.01.03 était que l'emprise serait déboisée à la date du contrat. Par conséquent, bien que Checo ait noté la [TRADUCTION] «malpropreté» de l'emprise au moment où elle procédait à l'inspection requise par la clause 2.03, la condition des «lieux» ne venait pas en contradiction avec la déclaration suivant laquelle l'emprise serait déboisée à la date du contrat, ce qui n'a pu faire naître l'obligation de Checo d'obtenir des explications sur ce point auprès d'Hydro. De plus, si l'on s'en tient aux principes bien connus régissant l'interprétation des clauses contractuelles d'exclusion et de limitation de responsabilité, ni la clause 2.03 ni la clause 4.04 ne sont suffisamment claires pour limiter ou exclure la responsabilité contractuelle d'Hydro quant à la présentation des faits.

Je conclurais donc à l'absence de clause au contrat ou au dossier d'appel d'offres susceptible de limiter ou d'exclure la responsabilité d'Hydro quant à la déclaration contenue à la clause 6.01.03.

(2) La demande fondée sur l'inexécution du contrat

J'ai conclu qu'il était expressément prévu au contrat que l'emprise serait déboisée, ce qui, suivant la constatation du juge de première instance, n'a pas été fait. Hydro a donc contrevenu au contrat. J'ai également conclu qu'il n'y a pas de clause d'exclusion ou de limitation susceptible d'avoir une incidence sur la responsabilité contractuelle d'Hydro. Étant donné qu'il a tenu Hydro responsable d'avoir fait une déclaration inexacte et frauduleuse, le juge de première instance n'a pas examiné la question des dommages résultant de l'inexécu-

contract. I would return the matter to trial on the question of damages for the breach of contract.

At the original trial, Checo also claimed damages for breach of contract for items which would appear to be unconnected with the failure to clear the right-of-way. As the trial judge did not consider the issue of breach of contract, there are no findings of fact with respect to these items. Accordingly, if Checo establishes at the new trial that Hydro breached its contract in any other respect, unconnected with the failure to clear the right-of-way, and that Checo suffered damages therefrom, Checo is entitled to recover damages for these items in accordance with the applicable law of damages.

V. Disposition

I would accordingly allow Hydro's appeal in part and dismiss Checo's cross-appeal. I would order a new trial on the issue of breach of contract. I have found that Hydro breached the contract in that the right-of-way was not properly cleared. Damages for this breach should be assessed at the new trial. In addition, Checo is entitled to recover for any breaches of the contract unconnected with the condition of the right-of-way which it may establish at the new trial.

Under the circumstances, each party should bear its own costs, here and in the courts below.

Appeal dismissed and cross-appeal allowed in part, SOPINKA and IACOBUCCI JJ. dissenting in part.

Solicitors for British Columbia Hydro and Power Authority: Singleton, Urquhart, MacDonald, Vancouver.

Solicitors for BG Checo International Ltd.: Swinton & Company, Vancouver.

tion du contrat. Je renverrais donc l'affaire à procès sur cette question.

Au procès initial, Checo réclamait également des dommages-intérêts pour inexécution du contrat sur des points qui semblaient non reliés au défaut de déboiser l'emprise. Le juge de première instance n'ayant pas examiné la question de l'inexécution du contrat, il n'a tiré aucune conclusion de faits relativement à ces points. Par conséquent, si Checo établit au nouveau procès qu'Hydro a violé son contrat sous tout autre aspect non relié au non-déboisement de l'emprise, et qu'elle en a subi des dommages, elle aura droit de recouvrir des dommages-intérêts en conformité avec le droit applicable à cet égard.

V. Dispositif

Je suis donc d'avis d'accueillir en partie le pourvoi d'Hydro et de rejeter le pourvoi incident de Checo. J'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès sur la question de l'inexécution de contrat. J'estime qu'Hydro a contrevenu au contrat en ce que l'emprise n'a pas été convenablement déboisée. Les dommages-intérêts résultant de cette inexécution devraient être évalués au nouveau procès. De plus, Checo a droit d'être indemnisée pour toute violation du contrat non reliée à l'état de l'emprise et dont elle pourra faire la preuve au nouveau procès.

Dans les circonstances, chaque partie supportera ses propres dépens, dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli en partie, les juges SOPINKA et IACOBUCCI sont dissidents en partie.

Procureurs de British Columbia Hydro and Power Authority: Singleton, Urquhart, MacDonald, Vancouver.

Procureurs de BG Checo International Ltd.: Swinton & Company, Vancouver.