

Penvidic Contracting Co. Limited
(Plaintiff) Appellant;

and

**International Nickel Company of Canada,
Limited** (Defendant) Respondent.

1974: November 13, 14; 1975: January 28.

Present: Laskin C.J. and Judson, Spence, Pigeon and
de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Contract—Building contract—Damages—Basis of
claim—Owner in breach of contract—Extra work
involved.*

*Damages—Quantum—Difficulty in establishing loss
—Estimation of loss.*

Penvidic entered into a contract with International Nickel to lay ballast and track at a fixed sum per ton of ballast for a railroad which International Nickel was constructing. International Nickel was anxious to have the work completed expeditiously so the contract provided a completion date. Largely due to the failure of other sub-contractors, International Nickel did not complete the preliminary work by preparing the site, by providing a railway connection, a properly graded way, sub-ballast road bed and hydro crossings. Therefore Penvidic was constantly faced with problems and delays and claimed additional compensation. At trial damages were awarded for breach of contract, however on appeal the amount was reduced by the disallowance of certain items in the award.

Held: The appeal should be allowed.

There was clear evidence that International Nickel was in breach of contract. Penvidic suffered damages and was entitled to recover compensation for the breaches. The mere fact that there were difficulties in proving the additional costs involved does not relieve International Nickel of the responsibility for paying damages even if the amount of the verdict was a matter of estimation. The Court of Appeal was in error in regarding Penvidic as seeking to assert a claim under another or additional contract. The claim was not, apart from its alternative form of *quantum meruit*, advanced

Penvidic Contracting Co. Limited
(Demanderesse) Appellante;

et

**International Nickel Company of Canada,
Limited** (Défenderesse) Intimée.

1974: les 13 et 14 novembre; 1975: le 28 janvier.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Judson,
Spence, Pigeon et de Grandpré.

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

*Contrat—Contrat de construction—Dommages-inté-
rêts—Fondement de la réclamation—Violation du con-
trat par le propriétaire—Travaux supplémentaires
rendus nécessaires.*

*Dommages-intérêts—Quantum—Préjudice difficile
à déterminer—Évaluation du préjudice.*

Penvidic s'est engagée par contrat avec International Nickel à faire le ballastage, et à poser, à tant la tonne de ballast, les rails d'un chemin de fer que cette dernière construisait. International Nickel était très désireuse de terminer les travaux le plus tôt possible de sorte que le contrat prévoyait une date de fin des travaux. International Nickel ayant négligé de faire faire les travaux préalables, nécessaires à la préparation du chantier, soit la construction d'une voie de raccordement, le régalaage, la pose d'une sous-couche de ballast, le soulèvement de fils hydro-électriques et l'obtention d'une autorisation de traverser une route provinciale, situation en grande partie imputable au fait d'autres entrepreneurs, Penvidic a constamment été aux prises avec des difficultés et des retards, si bien qu'elle a réclamé une indemnité supplémentaire. En première instance, des dommages-intérêts lui ont été accordés au titre de la violation du contrat. Cependant, la Cour d'appel a réduit le montant accordé en rejetant les montants adjugés à certains titres.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Il appert que International Nickel a violé le contrat. Penvidic a subi un préjudice et était fondée à être indemnisée de ces violations. Le simple fait qu'il était difficile de prouver les frais additionnels subis ne décharge pas International Nickel de l'obligation de verser des dommages-intérêts, même si le montant n'en peut être établi qu'en faisant une estimation. La Cour d'appel a eu tort de conclure que Penvidic cherchait à faire valoir une réclamation en vertu d'un autre contrat ou d'un contrat supplémentaire. Sauf sa formule de rechange basée sur le *quantum meruit*, la réclamation

on such a basis. It was a claim for damages for breach of the original contract.

Peter Kiewit Sons' Company of Canada Limited et al. v. Eakins Construction Limited, [1960] S.C.R. 361 distinguished; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company Limited v. Underground Electric Railways Company of London, Limited*, [1912] A.C. 673; *Chaplin v. Hicks*, [1911] 2 K.B. 786; *Wood v. Grand Valley Railway Company* (1913), 30 O.L.R. 44 referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario allowing an appeal from a judgment of Wilson J. at trial. Appeal allowed, judgment at trial, as amended to take account of clerical error and the abandonment of certain items of the claim, restored with costs.

George D. Finlayson, Q.C., and *Alan Lenczner*, for the appellant.

Dennis Lane, Q.C., and *John M. Roland*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on March 23, 1973. By that judgment, the Court of Appeal allowed an appeal from the judgment of Wilson J. given after trial. Wilson J. had allowed the plaintiff judgment for the sum of \$146,834.16. In the Court of Appeal both parties agreed that due to clerical errors and the failure of the learned trial judge to realize that certain items in the claim had been abandoned, the judgment at trial should have been for \$111,577.74. The judgment of the Court of Appeal reduced that amount by two items, respectively, \$51,527.77 and \$4,114.29, for a total of \$55,642.06 resulting in a reduction of the judgment in favour of the appellants to \$55,935.68.

The action arose out of a contract to lay the track and do the top ballasting on a railroad which the respondents were having constructed in Northern Manitoba from the site of their mining property at Thompson, Manitoba, to Soab, Manitoba. The appellant company, under the direction of Mr.

ne se fonde pas sur l'existence d'un contrat supplémentaire. C'est une réclamation fondée sur le préjudice subi par la violation du contrat original.

Distinction faite avec l'arrêt: *Peter Kiewit Sons' Company of Canada Limited et al. c. Eakins Construction Limited*, [1960] R.C.S. 361; arrêts mentionnés: *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company Limited v. Underground Electric Railways Company of London, Limited*, [1912] A.C. 673; *Chaplin v. Hicks*, [1911] 2 K.B. 786; *Wood v. Grand Valley Railway Company* (1913), 30 O.L.R. 44.

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli un appel d'un jugement rendu par le juge Wilson en première instance. Pourvoi accueilli, jugement de première instance tel que modifié pour tenir compte des erreurs d'écritures et de l'abandon de certains articles de la réclamation, rétabli.

George D. Finlayson, c.r., et *Alan Lenczner*, pour l'appelante.

Dennis Lane, c.r., et *John M. Roland*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Le présent pourvoi est interjeté à l'encontre d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario le 23 mars 1973. Par cet arrêt, la Cour d'appel a accueilli un appel du jugement prononcé après procès par le juge Wilson qui avait accordé à la demanderesse la somme de \$146,834.14. En Cour d'appel, les deux parties ont convenu qu'à cause d'erreurs d'écriture et du fait que le savant juge de première instance ne s'est pas rendu compte que certains articles de la réclamation avaient été abandonnés, le jugement de première instance n'aurait dû accorder que la somme de \$111,577.74. L'arrêt de la Cour d'appel a soustrait deux articles soit, respectivement, des valeurs de \$51,527.77 et de \$4,114.29, pour un total de \$55,642.06 réduisant ainsi à \$55,935.68 la somme que le jugement accordait à l'appelante.

L'action découle d'un contrat prévoyant la pose des rails et de la couronne du ballast d'un chemin de fer que l'intimée faisait construire dans le nord du Manitoba, de l'emplacement de son chantier minier situé à Thompson (Manitoba) jusqu'à Soab (Manitoba). La compagnie appelante, gérée par

A. L. Penvidic, was a very experienced railroad building contractor. Having heard that the respondent was intending to build this line of railroad 47.5 miles in length, Mr. Penvidic asked to be allowed to tender on the contract and later did submit two tenders both of which were refused, and then submitted a third, which was accepted and a contract was executed under date of July 28, 1967, although the actual signing of the document would appear to have been at some later date. Mr. Penvidic visited the property and made detailed inspections prior to making his bid and it was clearly understood by both parties how the contract was to be carried out.

The respondent was most anxious to have the work completed as soon as possible, and paragraph 19 of the Instructions to Builders provided:

all the work as herein described including revisions, modifications, and additions shall be completed on or before July 15, 1968.

and paragraph 7 of the said instructions required the contractor to "perform" the work within the time specified and in a satisfactory manner".

The appellant has set out in its factum the established practice in constructing railway lines. That summary seems to be in accordance with the evidence and I take the opportunity of quoting it in full:

- (a) Land surveyors survey the centre line between the two terminal points.
- (b) Soil tests are made to ascertain the nature of the ground over which the railway is to be built.
- (c) The right of way is cleared on either side of the centre line.
- (d) A grade road-bed is constructed with proper drainage.
- (e) Sub-ballast to a specified depth is laid on the graded road-bed by truck.
- (f) Trucks mounted with cranes travel along the graded road-bed distributing rails, ties and fasteners on the side of the grade topped with sub-ballast. These trucks operate on the sub-ballasted grade making certain that they

M. A. L. Penvidic, était un entrepreneur possédant une vaste expérience de la construction des chemins de fer. Sachant que l'intimée désirait construire cette ligne de chemin de fer d'une longueur de 47.5 milles, M. Penvidic demanda la permission de faire une soumission. Peu de temps après, il présentait deux soumissions qui furent toutefois refusées. Il en présenta alors une troisième qui fut acceptée et le contrat fut conclu le 28 juillet 1967 même s'il semblerait que le document n'a effectivement été signé qu'à une date ultérieure. M. Penvidic a visité la propriété et s'est livré à des inspections minutieuses avant de présenter sa soumission et les deux parties en cause comprenaient très bien les modalités d'exécution dudit contrat.

L'intimée souhaitait terminer les travaux le plus tôt possible et le paragraphe 19 des Directives aux Constructeurs prévoyait ce qui suit:

[TRADUCTION] tous les travaux décrits aux présentes, y compris les révisions, les modifications et les clauses additionnelles, doivent être terminés au plus tard le 15 juillet 1968.

et le paragraphe 7 de ces mêmes directives demandait à l'entrepreneur [TRADUCTION] «d'accomplir les travaux dans les délais prescrits et de façon satisfaisante».

L'appelante a exposé dans son factum la méthode généralement utilisée dans la construction des lignes de chemins de fer. Qu'il me soit permis ici de citer en entier ce résumé qui concorde avec la preuve présentée:

- a) Des arpenteurs-géomètres font les relevés de la ligne médiane joignant les deux têtes de ligne.
- b) On procède ensuite à des analyses du sol afin de déterminer la nature du terrain sur lequel le chemin de fer doit être construit.
- c) L'emplacement du chemin de fer est dégagé des deux côtés de la ligne médiane.
- d) Une chaussée régagée est construite avec un drainage approprié.
- e) Une sous-couche de ballast est déposée par camion sur la chaussée régagée jusqu'à une profondeur déterminée.
- f) Des camions surmontés de grues se déplacent le long de la chaussée régagée et déposent les rails, les traverses et les attaches sur le côté recouvert par la sous-couche de ballast. Ces camions circulent sur ce même côté en

are always at least one access road ahead of the Burrow Crane.

(g) A Burrow Crane, a rail mounted machine, proceeds from the rail-head with a crew and picks up and positions two links of 39 foot rail in front of it to connect with the length of rail on which it is proceeding. A special crew assigned to this machine operate it and place a bolt in the two lengths of rail permitting the Burrow Crane to pass on to that length of rail that it has just positioned and so on continuously.

(h) Following the Burrow Crane, further on-rail machines called bolting machines and hydraulic spikers proceed and securely fasten the lengths of rail to each other.

(i) Then follows a 650 ton locomotive and ten ballast cars which have side and underneath vents to permit an even distribution of top ballast to a depth of six inches.

(j) The locomotive and ballast cars are followed by an on-rail machine known as a ballast regulator which insures that the ballast dropped on and around the skeleton track is evenly distributed.

(k) Finally two large rail-mounted machines known as senior and junior electromatic tampers proceed along the rails and by means of an electronic eye and tamping jacks lift the rail evenly through the ballast and tamp the ballast underneath and around the lifted rail so as to firmly secure it.

It will be seen that that method requires the use of heavy machinery operating on rails. The respondent already had an operating railway line to its plant at Thompson, Manitoba, and it was intended that construction should start from that rail line and proceed southerly to Soab. This, of course, entailed the construction of a connection between the already existing railway line and that which was to be built by the appellant and the appellant could only get his machinery on to the building site by running over such connection. As it turned out, the connection was not constructed until August 5, 1968. The appellant had based his tender as finally executed upon the use of two locomotives owned by the respondent and ten specially designed dump cars. When neither the locomotives nor the cars could cross the non-existent connection, the appellant had to revise its whole method of construction and instead of starting at the existing rail-head and proceeding southerly, the appellant had to

s'assurant d'une avance d'au moins une voie d'accès sur la grue Burrow.

g) Une grue Burrow, une machine installée sur rails, part en tête de ligne avec une équipe et elle ramasse et place en avant d'elle deux sections de rail de 39 pieds chacune qui sont ensuite aboutées aux rails sur lesquels elle circule. Une équipe spéciale est chargée de faire fonctionner cette machine et de boulonner les deux rails pour permettre à la grue Burrow de circuler sur ces mêmes rails et de continuer son chemin.

h) D'autres machines sur rails, soit une machine à boulonner et une cramponneuse hydraulique, suivent la grue Burrow et assujettissent solidement les sections de rail.

i) Vient ensuite une locomotive de 650 tonnes suivie de dix wagons de ballast qui ont des ouvertures inférieures et latérales afin de permettre une distribution égale de la couronne de ballast jusqu'à une profondeur de six pouces.

j) La locomotive et les wagons de ballast sont suivis d'une autre machine sur rails appelée régaleuse à ballast qui assure la distribution égale du ballast déposé autour des rails.

k) Enfin, deux grosses machines installées sur rails, soit une bourreuse automatique légère et une bourreuse automatique lourde, circulent sur ces rails et, à l'aide d'un œil électronique et d'un dispositif d'élévation, elles soulèvent le rail afin de damer également le ballast sous le rail soulevé et autour de celui-ci pour le fixer solidement.

Nous constatons que cette méthode nécessite l'usage d'une machinerie lourde fonctionnant sur rails. L'intimée possédait déjà une ligne de chemin de fer en service à son chantier de Thompson (Manitoba), et l'on avait prévu que cette ligne serait le point de départ de la construction qui devait aboutir plus au sud à Soab. Cela entraînait naturellement la construction d'une voie de raccordement entre la ligne de chemin de fer déjà existante et celle que l'appelant devait construire; cette dernière ne pouvait transporter sa machinerie au chantier de construction qu'en circulant sur une telle voie de raccordement. Mais la construction de cette voie de raccordement n'a été terminée que le 5 août 1968. L'appelante avait fondé sa soumission, telle qu'elle fut finalement acceptée, sur l'utilisation de deux locomotives appartenant à l'intimée et de dix wagons à bascule spécialement conçus. Puisque les locomotives et les wagons ne pouvaient circuler sur la voie de raccordement

commence in the centre of the 47.5 mile run at a point known as the Pipe Mine and build both north and south of there toward the terminals at Thompson on the north and Soab on the south, just as the sub-grade had been prepared. This could only be accomplished by transporting by highway, which fortunately ran parallel to the railway line under construction, a 45-ton locomotive which the appellant owned and a series of lighter dump cars four in number.

This factor alone caused the appellant enormous increased expenses and delay, and the appellant sought to have an allowance of an additional twenty-five cents per ton for the top ballasting of the railway line under construction. The respondent refused such a request insisting that the appellant proceed to the construction of the railroad as it had bound itself in the contract. The respondent, however, did agree to pay \$35,000. The said agreement is in a letter from the respondent to Mr. Penvidic dated March 8, 1968, and I quote the body of the letter in full:

The International Nickel Company has authorized the use of your locomotive for the above purpose for the lump sum price of Thirty-five Thousand Dollars (\$35,000). Such lump sum to be compensation in full for all additional expenses and operations over and above the normal scope of your contract necessary to carry out advance ballasting and tracklaying until rail access is effected at the Thompson terminal allowing the substitution of INCO locomotives and full rail mobility of ballast cars on and off the project.

The following is included:

1. Supply and transportation of locomotive to the project including operating crew, fuel and all labour and repairs.
2. Supply and transportation of six ballast cars to the project including all standby costs, labour, repairs and incidentals.

inexistante, l'appelante fut obligée de modifier toute sa méthode de construction de sorte que, au lieu de commencer les travaux à la tête de la ligne déjà existante et de se diriger vers le sud, l'appelante a dû commencer au milieu du tracé de 47.5 milles à un endroit appelé Pipe Mine et construire à la fois vers le nord et vers le sud en direction des terminus de Thompson au nord et de Soab au sud et ce, au moment même où la sous-couche de ballast avait été déposée. Cela n'était possible qu'en transportant par la route qui longeait fort heureusement la ligne de chemin de fer en construction, une locomotive de 45 tonnes qui appartenait à l'appelante de même que quatre wagons à bascule plus légers.

Ce seul facteur a causé à l'appelante une augmentation considérable des coûts et des délais; c'est pourquoi elle a demandé une allocation supplémentaire de vingt-cinq cents la tonne pour le ballastage de la voie ferrée en construction. L'intimée refusa et exigea de l'appelante qu'elle poursuive la construction du chemin de fer en se conformant aux termes du contrat auquel elle était liée. Cependant, l'intimée a consenti au paiement d'une somme de \$35,000. Cette entente est contenue dans une lettre datée du 8 mars 1968 que l'intimée a fait parvenir à M. Penvidic. Je la cite intégralement:

[TRADUCTION] L'International Nickel Company a autorisé l'utilisation de votre locomotive aux fins énumérées ci-dessus pour la somme forfaitaire de trente-cinq mille dollars (\$35,000). Cette somme forfaitaire représente une indemnité entière pour toute dépense supplémentaire et pour toute opération que ne prévoit pas votre contrat et qui sont nécessaires pour mener à bonne fin les opérations préliminaires de ballastage et de pose des rails jusqu'à ce que le chemin de fer se rende au terminus Thompson ce qui permettra la substitution des locomotives de l'Inco et la mobilité complète sur rails des wagons à ballast destinés au projet.

Les chefs suivants sont inclus:

1. La locomotive et son transport sur les lieux du projet, y compris l'équipe de manœuvre, le carburant, de même que toute la main-d'œuvre et toutes les réparations.
2. Six wagons à ballast et leur transport sur les lieux du projet, y compris les frais de soutien, la main-d'œuvre, les réparations et les dépenses imprévues.

The learned trial judge held that that payment "in this situation related only to the supply and transportation of the equipment referred to". Such a finding does not seem to have been interfered with in the Court of Appeal and I adopt it.

The appellant, in addition to its failure to obtain a railway connection, met with many frustrations in the completion of its contract. As will be seen from the outline above, a great deal of work must be performed upon the line prior to the laying of the track. The right of way must be surveyed, cleared, graded and covered with sub-ballast. This work was contracted by the respondent to various other contractors. Some of these contractors would seem to have quite failed to carry out their contracts either in a timely or efficient way; one of them was abandoned and the appellant took over that contract and performed it itself, for which it was duly paid, and that payment is not part of this litigation. However, despite the appellant's best efforts, and largely due to the failure of the other contractors to perform properly their own contracts, the appellant was constantly faced with situations where it had to stop its track laying because the properly graded and sub-ballasted right of way in front of its machinery had failed to materialize. Often, the appellant would have to turn its equipment around and proceed to the opposite end of the track in order to find available a right of way ahead upon which it could lay track. This again added much to its costs and caused much delay.

The right of way crossed the hydro line in three different places and in each of those places delay was encountered because the respondent had failed to have the Hydro Electric Power Commission lift its line and permit the appellant's equipment to operate beneath it. The right of way also crossed the provincial highway at one point and months of delay were encountered due to the respondent's failure to obtain leave to cross that highway.

When the connection with the respondent's railway at Thompson was finally obtained on August

Le savant juge de première instance a jugé que ce paiement [TRADUCTION] «n'avait trait en l'espèce qu'à la fourniture et au transport du matériel visé». Cette conclusion ne semble pas avoir été modifiée par la décision de la Cour d'appel et je suis d'avis de l'accepter.

Outre le fait qu'elle n'a pu obtenir une voie de raccordement, l'appelante a eu à faire face à de nombreuses contrariétés dans l'exécution de son contrat. Comme en témoigne l'exposé ci-dessus, la pose des rails nécessite beaucoup de travaux préalables. L'emplacement de la voie doit être arpenté, dégagé, régalié et recouvert d'une sous-couche de ballast. L'intimée a confié ces travaux à d'autres entrepreneurs. Il semblerait que certains d'entre eux n'ont pas respecté leur contrat soit sur la question des délais ou des résultats; un contrat a été résilié et c'est l'appelante qui a assumé et exécuté ce contrat pour lequel elle fut dûment payée, et ce paiement n'est pas visé par le présent litige. Cependant, malgré les efforts déployés par l'appelante, et surtout à cause des autres entrepreneurs qui n'ont pas exécuté fidèlement leurs propres contrats, cette dernière devait constamment suspendre indéfiniment la pose des rails parce que sa machinerie se retrouvait souvent devant un emplacement qui n'avait pas été régalié et sur lequel aucune sous-couche de ballast n'avait été déposée. Souvent l'appelante devait faire faire demi-tour à ses machines et les diriger vers l'autre extrémité de la voie ferrée afin d'y trouver un emplacement convenablement aménagé sur lequel elle pouvait poser les rails. Cela augmentait également ses coûts de façon considérable et occasionnait de nombreux retards.

L'emplacement de la voie croisait des fils électriques à trois endroits différents où des retards ont été enregistrés parce que l'intimée avait omis de demander à la Commission hydro-électrique de soulever ses fils pour permettre à l'appelante d'y travailler. L'emplacement croisait également à un endroit la route provinciale et plusieurs mois de retard ont résulté du fait que l'intimée avait omis d'obtenir l'autorisation de la traverser.

Lorsque la voie de raccordement avec le chemin de fer de l'intimée à Thompson fut finalement

5, 1968, the more rapid and more efficient method of laying track became available at long last. Yet, it was not until August 12, 1968, that the respondent made available the heavy locomotive and ten cars which the original scheme had contemplated. Thereafter, the track laying proceeded with expedition but the ballasting had not been completed until some time in the month of August.

The appellant made a demand for additional compensation setting out that demand in full in its letter to the Divisional General Manager of the respondent under date of October 17, 1968. That demand was for the payment of an additional \$94,027, *i.e.*, 10 per cent of the contract price. The demand was refused in a letter dated October 17, 1968, from R. L. Hawkins, the Chief Engineer of the respondent, to the appellant. The learned trial judge dealt with that letter in detail at the close of his reasons for judgment.

The appellant issued its writ on May 19, 1969. The appellant claimed damages in the amount of \$248,679.96 or, in the alternative, judgment for the same amount on a *quantum meruit* basis.

Wilson J. reserved judgment and in very detailed and carefully drafted reasons gave judgment for the plaintiff, here appellant, as I have said, in the sum of \$146,834.16. This judgment was based on damages for breach of contract, the learned trial judge particularly noting that the claim for *quantum meruit* allowance was only as an alternative and stating that he intended to consider the matter only from the point of view of damages. The learned trial judge found damages under the following headings:

1. Rental of locomotive after the 15th of July 1968—4 weeks at \$1,200 per week	\$ 4,800.00
---	-------------

terminée le 5 août 1968, on pouvait enfin recourir à une méthode plus rapide et plus efficace pour poser les rails. Cependant, ce n'est que le 12 août 1968 que l'intimée a fourni la grosse locomotive et les dix wagons que prévoyait le plan original. Après cette date, la pose des rails se fit plus rapide mais le ballastage ne fut terminé que vers la fin du mois d'août.

L'appelante a demandé une indemnité supplémentaire qu'elle a formulée en détail dans une lettre datée du 17 octobre 1968 et adressée au Directeur général divisionnaire de l'intimée. La demande portait sur le paiement d'une somme additionnelle de \$94,027, c.-à-d. 10 pour cent du prix prévu au contrat. Cette demande fut refusée dans une lettre datée du 17 octobre 1968 et envoyée à l'appelante par R. L. Hawkins, l'ingénieur en chef de l'intimée. A la fin de ses motifs de jugement, le savant juge de première instance a traité en détail de cette lettre.

Le bref de l'appelante a été émis le 19 mai 1969. Elle y réclamait soit des dommages-intérêts de l'ordre de \$248,679.96 ou soit un jugement fondé sur le *quantum meruit* pour le même montant.

Le juge Wilson a remis le prononcé du jugement et comme nous l'indiquent ses motifs très détaillés et soigneusement rédigés, il donna gain de cause à la demanderesse, l'appelante en cette Cour, en lui accordant la somme de \$146,834.16. Ces dommages-intérêts ont été accordés en réparation d'une violation de contrat car le savant juge de première instance a déclaré n'avoir considéré le litige qu'au regard de la réclamation en dommages-intérêts puisque la réclamation fondée sur le *quantum meruit* ne constituait qu'une alternative. Les dommages-intérêts ont été identifiés comme suit par le savant juge de première instance:

1. Location de la locomotive après le 15 juillet 1968—4 semaines à \$1,200 par semaine	\$ 4,800.00
--	-------------

2. 25 cents per ton to cover general costs for ballasting apart from lifting \$51,527.77	2. 25 cents par tonne pour défrayer les coûts généraux du ballastage excluant les travaux d'élévation \$51,527.77
3. Extra lifting \$38,745.00	3. Travaux d'élévation supplémentaires \$38,745.00
4. Idle time for 18 ballast cars \$ 6,150.00	4. Période d'inactivité pour 18 wagons à ballast \$ 6,150.00
5. Overhead costs \$45,611.39	5. Frais généraux \$45,611.39

Both the latter items were withdrawn by the appellant in the argument before the Court of Appeal and result in the adjustment of what would have been the judgment at trial if it had been confirmed by the Court of Appeal at \$111,577.74.

The Court of Appeal, in its reasons, dealt only with the items which I have indicated as Nos. 1 and 2 above reducing the amount allowed for rental of locomotive from \$4,800 to \$685.71 and eliminating any amount for extra ballasting.

I pause to consider what different consideration can be given to item No. 2 in the learned trial judge's award for damages, that is, this extra ballasting, and item No. 3, that is, the extra lifting, because apart from the failure to provide the connection with the railhead at Thompson for a year after it was supposed to have been provided the cause of both items of damage is the same and yet the Court of Appeal made no variation in the claim for extra lifting. The Court of Appeal in its reasons dealt with this claim for damages for extra ballasting in these words:

The learned trial judge awarded Penvidic damages in the sum of \$51,527.77 on that basis. He was of the opinion that on the evidence it was a reasonable amount to be paid to Penvidic under these circumstances.

I am of the opinion that the learned trial judge erred in awarding Penvidic this sum. In my opinion, the contract between the parties for payment of thirty-five cents per ton for ballast was never abandoned nor abrogated, nor was there a new contract entered into between the parties to pay any additional sums for this portion of the work. The plaintiff performed the very work provided for in the agreement between the parties and is only

Les deux derniers postes ont été retirés par l'appelante au cours des plaidoiries devant la Cour d'appel ce qui a occasionné un rajustement de ce qui aurait été la somme accordée en première instance, soit \$111,577.74, si le jugement avait été confirmé par la Cour d'appel.

Dans ses motifs, la Cour d'appel n'a traité que des postes n° 1 et n° 2 ci-dessus, réduisant le montant alloué pour la location de la locomotive de \$4,800 à \$685.71 et éliminant tout montant pour le ballastage supplémentaire.

Je m'arrête ici pour examiner quelle autre indemnité peut être accordée pour les postes n° 2 et n° 3 définis par le savant juge de première instance dans l'adjudication des dommages-intérêts et qui traitent respectivement du ballastage supplémentaire et des travaux d'élévation supplémentaires, car indépendamment du retard d'un an dans la construction d'une voie de raccordement avec la tête de ligne située à Thompson, la cause des deux postes de dommages-intérêts demeure la même et, malgré cela, la Cour d'appel n'a pas modifié la revendication portant sur les travaux d'élévation supplémentaires. Dans ses motifs, la Cour d'appel traite de cette revendication en dommages-intérêts pour le ballastage supplémentaire en ces termes:

[TRADUCTION] En se fondant sur ce principe, le savant juge de première instance a accordé à Penvidic la somme de \$51,527.77 en dommages-intérêts. Il était d'avis que dans les circonstances et selon la preuve apportée, il s'agissait là d'une somme raisonnable.

A mon avis, le savant juge de première instance a commis une erreur en accordant cette somme à Penvidic. Selon moi, les parties au contrat portant sur le paiement des trente-cinq cents par tonne de ballast n'ont jamais abandonné ou annulé ce contrat, tout comme elles n'ont jamais signé un nouveau contrat pour le paiement de sommes additionnelles applicables à cette partie du travail. La demanderesse a effectivement

entitled to be paid for that work, pursuant to the terms of the contract. No claim is asserted that this work could be classified as an extra, nor is the claim founded on the basis of quantum meruit. The claim for quantum meruit could not succeed unless the original contract could have been said to have been abandoned or abrogated.

A new contract for the payment of the twenty-five cents cannot be found in the absence of consent, express or implied. In the instant case, Inco had rejected in negotiations the very claim being re-asserted in this action, and I can find no legal basis upon which this claim can be successfully asserted now.

It would seem, therefore, that the disallowance of any claim for extra ballasting by the Court of Appeal was made upon the basis that such claim could only be accepted if there had been a new or additional contract awarding the plaintiff, here appellant, additional compensation. Such a claim might be considered to be one in *quantum meruit*. Judson J. in *Peter Kiewit Sons' Company of Canada Limited et al. v. Eakins Construction Limited*¹, at p. 367, quoted Winfield on *The Law of Quasi-Contracts* at p. 52 as follows:

Another application of *quantum meruit* is as a mode of redress on a new contract which has replaced an earlier one. The position is that the parties (or one of them) have not observed the terms of the earlier contract, but it can be implied from their conduct that they have substituted another contract for the first. If they do so, and one of the parties does not fulfil his side of the second contract, the other can sue *quantum meruit* upon it for what he has done. The obligation sued upon is genuinely contractual, not quasi-contractual.

That, however, is not the basis upon which the learned trial judge considered the claim but rather on the claim for damages against the defendant for breach by the defendant of its contract with the plaintiff. The learned trial judge quoted, and I

accompli le travail selon les termes de l'entente intervenue entre les parties en cause et elle ne doit être payée que pour ce travail conformément au contrat. Aucune réclamation n'a été formulée à l'effet que ce travail pourrait être considéré comme supplémentaire, pas plus que cette réclamation peut se fonder sur le quantum meruit. On ne peut pas faire droit à la réclamation fondée sur le quantum meruit sauf si le contrat original est déclaré avoir été abandonné ou annulé.

On ne peut conclure à l'existence d'un nouveau contrat pour le paiement des vingt-cinq cents en l'absence de consentement exprès ou tacite. En l'espèce, Inco avait rejeté au cours des négociations la réclamation même qui a été alléguée de nouveau dans cette action, et je ne peux trouver ici d'arguments juridiques qui permettraient de faire valoir avec succès cette réclamation.

Il semble donc que le rejet par la Cour d'appel de toute réclamation pour le ballastage supplémentaire ait été basé sur l'argument qu'une telle réclamation n'aurait été acceptable que s'il y avait eu un nouveau contrat ou un contrat supplémentaire qui aurait accordé à la demanderesse, l'appelante en cette Cour, une indemnité supplémentaire. Une telle réclamation pourrait être considérée comme une réclamation fondée sur le *quantum meruit*. Dans la cause *Peter Kiewit Sons' Company of Canada Limited et al. c. Eakins Constructions Limited*¹, à la p. 367, le juge Judson cite Winfield, *Law of Quasi-Contract* à la p. 52:

[TRADUCTION] Le *quantum meruit* peut également servir à redresser un nouveau contrat qui vient remplacer un contrat antérieur. Dans un tel cas, les parties (ou l'une d'elles) ne se sont pas conformées aux dispositions du premier contrat, mais il est possible de déduire de leur comportement qu'elles ont remplacé ce premier contrat pas un autre. S'il en est ainsi et si l'une des parties n'exécute pas les obligations que lui impose le deuxième contrat, la partie lésée peut intenter contre l'autre une action fondée sur le *quantum meruit*. L'obligation qui fait l'objet de la poursuite est authentiquement contractuelle et non quasi-contractuelle.

Cependant, le savant juge de première instance n'a pas considéré la réclamation sur cette base mais plutôt la réclamation en dommages-intérêts dirigée contre la défenderesse pour violation de son contrat avec la demanderesse. J'adopte l'énoncé

¹ [1960] S.C.R. 361.

¹ [1960] R.C.S. 361.

adopt, the statement made in *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 10th ed. (1970), p. 317:

The degree of possession or access which must be afforded by an employer must obviously vary with the nature of the work (which might, for instance, in an extreme case be for repairs or reinstatement of existing premises while still occupied) or other circumstances (as in sub-contracts, when the work often must take place alongside and subject to interference by other trades or the main contractor's own work). But in the case of a new project the main contractor will normally be entitled to exclusive possession of the entire site in the absence of express stipulation to the contrary. 'I think the contract clearly involves that the building owner shall be in a position to hand over the whole site to the builder immediately upon the making of the contract. I think that there is an implied undertaking on the part of the building owner, who has contracted for the buildings to be placed by the plaintiff on his land, that he will hand over the land for the purpose of allowing the plaintiff to do that which he has bound himself to do.' (Per Collins L.J. in *Freeman v. Hensler* (1900) 64 J.P. 260; Hudson's B.C., 4th ed., Vol. 2, 292 at p. 296.)

Since a sufficient degree of possession of the site is clearly a necessary pre-condition of the contractor's performance of his obligations, there must be an implied term that the site will be handed over to the contractor within a reasonable time of signing the contract. (See e.g., *Roberts v. Bury Commissioners* (1870) L.R.5 C.P. 310 at pp. 320 and 325.) and, in most cases, it is submitted, a sufficient degree of uninterrupted and exclusive possession to permit the contractor to carry out his work unimpeded and in the manner of his choice. This must particularly be so when a date for completion is specified in the contract documents.

'If in the contract one finds the time limited within which the builder is to do the work, that means, not only that he is to do it within that time, but it means also that he is to have that time within which to do it.' (Per Vaughan Williams L.J. in *Wells v. Army & Navy Co-operative Society* (1902) 86 L.T. 764; Hudson's B.C., 4th ed., Vol. 2, at p. 354.)

Certainly, in the present case, as the learned trial judge found, there was manifold evidence of failure by the defendant to prepare a site not only as to providing a connection at Thompson but also for a failure to provide, well-nigh constantly

suivant, que l'on retrouve à la p. 317 du *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 10^{ème} éd., 1970, et qu'a cité le savant juge de première instance:

[TRADUCTION] L'étendue de la possession ou de l'accès que doit accorder un employeur dépend évidemment de la nature du travail (qui peut porter, par exemple, dans un cas extrême, sur des réparations de locaux existants ou sur leur rétablissement alors qu'ils sont encore occupés) ou d'autres circonstances (comme les sous-entreprises, lorsque le travail s'accomplit en même temps que d'autres travaux créant ainsi une possibilité de conflit entre ces travaux dont sont responsables d'autres sous-traitants ou l'entrepreneur principal lui-même). Mais dans le cas d'un nouveau projet, l'entrepreneur principal a ordinairement droit à la possession exclusive de tout le chantier en l'absence d'une stipulation expresse au contraire. «Je crois que le contrat indique clairement que le propriétaire de l'immeuble cède tout le chantier au constructeur dès la signature du contrat. Je crois qu'il existe un engagement implicite de la part du propriétaire de l'immeuble qui a passé un contrat visant la construction d'édifices sur son terrain par la demanderesse, de céder ledit terrain afin de permettre à la demanderesse d'exécuter ses obligations». (Le lord juge Collins dans *Freeman v. Hensler* (1900) 64 J.P. 260; Hudson's B.C., 4^e éd., vol. 2, 292 à la page 296.)

Puisqu'une certaine possession du chantier constitue nettement une condition préalable nécessaire à l'exécution par l'entrepreneur de ses obligations, il doit exister une disposition implicite qui prévoit que le chantier sera cédé à l'entrepreneur dans un délai raisonnable de la signature du contrat, (voir p. ex. *Roberts v. Bury Commissioners* (1870) L.R. 5 C.P. 310 aux pages 320 et 325.) et même que dans la plupart des cas, il faut accorder à l'entrepreneur une certaine possession continue et exclusive afin de lui permettre de faire son travail librement et à sa façon. Il doit en être ainsi surtout lorsque le contrat prévoit une date de fin des travaux.

«Si le contrat prévoit un délai dans les limites duquel le constructeur doit accomplir les travaux, cela ne signifie pas seulement qu'il doit respecter ce délai, mais aussi qu'il doit jouir de cette période pour effectuer lesdits travaux». (Le lord juge Vaughan Williams dans *Wells v. Army & Navy Co-operative Society* (1902) 86 L.T. 764; Hudson's B.C., 4^e éd., Vol. 2, à la p. 354.)

Certes en l'espèce, comme l'a souligné le savant juge de première instance, il existe une preuve accablante de la négligence de la défenderesse dans la préparation du chantier et ce, non seulement parce qu'elle n'a pas fourni une voie de

through the whole of the appellant's work, a properly graded and subballast road bed, and also the failure to provide for hydro and highway crossings. Then if those breaches did occur and the plaintiff suffered damages thereby, the plaintiff is entitled to recover compensation for such breaches. In an ordinary case, the plaintiff in an action for damages for such breaches of contract would prove the additional costs which it incurred. As Wilson J. points out in his reasons for judgment, despite the length of the trial, "the evidence was not as helpful as one would have expected and more records giving more particulars of when and where different types of work were being done would have been very useful". Under these circumstances, the plaintiff chose to put its claim for this extra ballasting on the basis of a claim for an additional sum per ton. That is the fashion in which it had attempted to have the respondent agree to pay extra compensation. That such an attempt ended in failure does not prevent the award of damages using the same measure as had been used in the vain attempt to obtain extra compensation.

The learned trial judge expressly accepted the evidence of W. H. MacIlroy, an independent witness giving evidence for the plaintiff, who was asked this question:

Q. And as a person who has advised on bidding on these jobs, what do you think of the figure of 60 cents a ton for paying ballast by the method that he was, in the main, obliged to use?

A. Reasonable.

Earlier in his testimony, the same witness was asked to comment on the track laying method which Mr. Penvidic proposed to employ and he replied:

A. Yes. The method as proposed by Mr. Penvidic, and confirming other testimonies, indicated that the track was to be laid starting from Thompson, and laid continuously in a southern direction until

raccordement à Thompson, mais aussi parce qu'elle n'a pas assuré pendant la quasi-totalité du travail de l'appelante, un nivelage et un sous-ballastage convenable de la chaussée, et également parce qu'elle n'avait rien prévu lors des croisements des lignes de transmission d'énergie et de la route provinciale. Si ces violations se sont effectivement produites, causant ainsi un préjudice à la demanderesse, cette dernière a donc droit au recouvrement d'une indemnité pour ces violations. Dans une poursuite normale en dommages-intérêts pour violations de contrat, la demanderesse ferait la preuve des frais supplémentaires qu'elle a encourus. Comme le souligne le juge Wilson dans ses motifs de jugement, malgré la longue durée du procès, [TRADUCTION] «la preuve n'était pas aussi utile qu'on l'aurait crue et un dossier beaucoup plus détaillé sur l'époque et les lieux où les différents travaux ont été effectués aurait été très utile». Dans les circonstances, la demanderesse a soumis sa réclamation pour le ballastage supplémentaire en demandant une somme additionnelle pour chaque tonne. C'est de cette façon qu'elle avait tenté de convaincre l'intimée de payer une indemnité additionnelle. L'échec de cette tentative ne fait pas obstacle à l'adjudication de dommages-intérêts sur la même base qui avait été utilisée lorsqu'on a vainement tenté d'obtenir une indemnité additionnelle.

Le savant juge de première instance a expressément retenu le témoignage de W. H. MacIlroy, un témoin indépendant appelé par la demanderesse, à qui fut posée cette question:

[TRADUCTION] Q. En tant que personne qui a agi comme conseiller lors des soumissions sur ces travaux, que pensez-vous du montant de 60 cents la tonne de ballast eu égard à la méthode qu'il a dû utiliser dans l'ensemble?

R. Raisonnable

Au début de son témoignage, on a demandé au même témoin de commenter la méthode que M. Penvidic se proposait d'utiliser pour poser les rails. Voici ce qu'il a répondu:

[TRADUCTION] R. Oui. La méthode telle que proposée par M. Penvidic, et confirmant d'autres témoignages, prévoyait que les rails devaient être posés en partant de Thompson et en se dirigeant vers le

the terminus of the railway, and in my railroad building experience this is the only method that I know of, that you would start at the connection with the present railway that the new line is to proceed from, and then work towards the terminus of the new railway spur.

I have never heard of any railway commencing at a point near the centre, and working both ways from that centre point. Had I not been told about this project at any time prior to it being built, I would certainly have thought that this would be the method in which it would be built, that is to start from "A" and proceed in a progressive fashion to the end of the job.

I quote the latter testimony in reference to the respondent's argument in this Court that it was no part of the contract that the appellant commence laying track from Thompson and proceed southerly.

It is quite evident that a man with Mr. MacIlroy's very outstanding experience considered such procedure the only efficient method.

Viscount Haldane L.C., in *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company Limited v. Underground Electric Railways Company of London, Limited*², said at pp. 688-9.

The quantum of damage is a question of fact, and the only guidance the law can give is to lay down general principles which afford at times but scanty assistance in dealing with particular cases. The judges who give guidance to juries in these cases have necessarily to look at their special character, and to mould, for the purposes of different kinds of claim, the expression of the general principles which apply to them, and this is apt to give rise to an appearance of ambiguity.

Subject to these observations I think that there are certain broad principles which are quite well settled. The first is that, as far as possible, he who has proved a breach of a bargain to supply what he contracted to get is to be placed, as far as money can do it, in as good a situation as if the contract had been performed.

sud jusqu'au terminus du chemin de fer, et d'après mon expérience dans la construction des chemins de fer, cette méthode est la seule que je connaisse, c'est-à-dire partir de la voie de raccordement avec le chemin de fer déjà existant qui constitue le point de départ de la nouvelle ligne, pour se diriger ensuite vers le terminus du nouvel embranchement.

Je n'ai jamais entendu parler d'un chemin de fer dont la construction a débuté au centre de la ligne pour ensuite s'éloigner des deux côtés du point central vers le terminus. Si l'on ne m'avait soufflé mot de ce projet avant la construction de ce chemin de fer, j'aurais sûrement pensé que l'on utiliserait cette méthode pour le construire, c'est-à-dire commencer au point «A» et se diriger graduellement vers le terminus de la ligne.

Je cite ce témoignage en réponse à l'allégation formulée par l'intimée en cette Cour à l'effet que le contrat ne prévoyait nullement que l'appelante devait commencer la pose des rails à Thompson pour se diriger ensuite vers le sud.

Il est évident qu'un homme qui possède la vaste expérience de M. MacIlroy considère cette façon de procéder comme étant la seule méthode efficace.

Dans l'affaire *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company Limited v. Underground Electric Railways Company of London, Limited*², Lord Haldane dit aux pp. 688 et 689:

[TRADUCTION] Le montant des dommages est une question de fait, et la seule indication que la loi peut donner consiste à formuler des principes généraux qui parfois ne sont pas très utiles quand il s'agit de traiter de cas particuliers. Les juges qui, dans ces cas, donnent des directives à des jurés doivent tenir compte de leur caractère particulier, et adapter aux différentes catégories de demandes leur énoncé des principes généraux applicables, et cela peut créer une ambiguïté apparente.

Ceci dit, je pense qu'il y a certains principes généraux qui sont bien établis. Le premier consiste, dans la mesure du possible, à remettre celui qui a prouvé la rupture de contrat, savoir l'inexécution d'un marché par lequel il devait obtenir quelque chose, dans une situation aussi avantageuse, pour autant que cela puisse se faire par l'allocation d'une somme d'argent, que si le contrat avait été exécuté.

²[1912] A.C. 673.

²[1912] A.C. 673.

The difficulty in fixing an amount of damages was dealt with in the well known English case of *Chaplin v. Hicks*³, which had been adopted in the Appellate Division of the Supreme Court of Ontario in *Wood v. Grand Valley Railway Company*⁴, where at pp. 49-50, Meredith C.J.O. said:

There are, no doubt, cases in which it is impossible to say that there is any loss assessable as damages resulting from the breach of a contract, but the Courts have gone a long way in holding that difficulty in ascertaining the amount of the loss is no reason for not giving substantial damages, and perhaps the furthest they have gone in that direction is in *Chaplin v. Hicks*, [1911] 2 K.B. 786. In that case the plaintiff, owing, as was found by the jury, to a breach by the defendant of his contract, had lost the chance of being selected by him out of fifty young ladies as one of twelve to whom, if selected, he had promised to give engagements as actresses for a stated period and at stated wages, and the action was brought to recover damages for the breach of the contract, and the damages were assessed by the jury at £100. The defendant contended that the damages were too remote and that they were unassessable. The first contention was rejected by the Court as not arguable, and with regard to the second it was held that "where it is clear that there has been actual loss resulting from the breach of contract, which it is difficult to estimate in money, it is for the jury to do their best to estimate; it is not necessary that there should be an absolute measure of damages in each case": per Fletcher Moulton, L. J. at p. 795.

When *Wood v. Grand Valley Railway Company*, *supra*, reached the Supreme Court of Canada, judgment was given by Davies J. and was reported in 51 S.C.R. 283, where the learned justice said at p. 289:

It was clearly impossible under the facts of that case to estimate with anything approaching to mathematical accuracy the damages sustained by the plaintiffs, but it seems to me to be clearly laid down there by the learned judges that such an impossibility cannot "relieve the wrongdoer of the necessity of paying damages for his breach of contract" and that on the other hand the tribunal to estimate them whether jury or judge must

La difficulté à déterminer le montant des dommages-intérêts a été envisagée dans la célèbre cause anglaise *Chaplin v. Hicks*³, qui a été suivie en Division d'appel de la Cour suprême de l'Ontario dans l'affaire *Wood v. Grand Valley Railway Company*⁴, où le juge en chef Meredith a dit aux pp. 49 et 50:

[TRADUCTION] Il existe sans aucun doute des causes où il est impossible de convenir de l'existence d'un préjudice réparable par l'adjudication de dommages-intérêts à la suite d'une rupture de contrat, mais les cours ont maintes fois répété que la difficulté à déterminer l'étendue du préjudice ne constitue pas un motif pour refuser d'accorder des dommages-intérêts considérables, et la décision la plus extrême dans ce domaine est peut-être celle de *Chaplin v. Hicks*, (1911) 2 K.B. 786. Dans cette affaire, le jury avait conclu, à la suite de la rupture du contrat par le défendeur, que la demanderesse avait perdu la chance d'être choisie par ce dernier parmi cinquante jeunes filles comme une des douze à qui il avait promis, si elles étaient choisies, des emplois comme actrices pour une période et un salaire déterminés, et l'action a été intentée en vue de recouvrer des dommages-intérêts pour la rupture du contrat, et le jury a fixé à £100 le montant de ces dommages-intérêts. Le défendeur a allégué que les dommages étaient beaucoup trop indirects et qu'ils étaient indéterminables. La première prétention a été déclarée irrecevable par la Cour et a donc été rejetée. Quant à la seconde, on a déclaré que «lorsqu'une perte réelle résultant de la rupture d'un contrat n'est pas douteuse mais difficile à estimer en argent, le jury doit faire pour le mieux; il n'est pas nécessaire qu'il y ait dans chaque cas une mesure absolument précise des dommages»: le lord juge Fletcher Moulton à la page 795.

Lorsque l'affaire *Wood v. Grand Valley Railway Company*, *précitée*, a été plaidée devant la Cour suprême du Canada, la décision a été rendue par le juge Davies et elle fut publiée à 51 R.C.S. 283, où le savant juge a dit à la p. 289:

[TRADUCTION] A la lumière des faits de cette cause, c'était vraiment impossible d'évaluer avec grande précision le préjudice subi par la demanderesse, mais il me semble que les savants juges ont clairement établi qu'une telle impossibilité ne «décharge pas pour autant l'auteur du préjudice de l'obligation de payer des dommages pour la rupture du contrat» et que d'autre part, le tribunal doit évaluer le préjudice même si, en pareilles

³ [1911] 2 K.B. 786.

⁴ (1913), 30 O.L.R. 44.

³ [1911] 2 K.B. 786.

⁴ (1913), 30 O. L.R. 44.

under such circumstances do "the best it can" and its conclusion will not be set aside even if *the amount of the verdict is a matter of guess work.*

I can see no objection whatsoever to the learned trial judge using the method suggested by the plaintiff of assessing the damages in the form of additional compensation per ton rather than attempting to reach it by ascertaining items of expense from records which, by the very nature of the contract, had to be fragmentary and probably mere estimations. In doing so, he had the testimony of MacIlroy, an experienced railroad builder, whom the learned trial judge found to be an honest and a satisfactory witness, and he was assisted by an assessor, Mr. T. W. Creighton, of whom the learned trial judge said:

His broad experience during the many years he spent in the service of the Canadian Pacific Railway enabled me to understand the evidence relating to the construction problems before the Court.

Using that method, the learned trial judge assessed the damages due to additional ballasting at \$51,527.77. The Court of Appeal, in disallowing this item, were of the opinion that the plaintiff, here appellant, was prevented from recovering it by such authorities as *Peter Kiewit Sons' Company of Canada Limited et al. v. Eakins Construction Limited, supra*, on the ground that the plaintiff was seeking to assert a claim under another or additional contract and that the parties had made no such additional contract. As I have pointed out, the plaintiff's claim, apart from its alternative form of a *quantum meruit*, was not advanced on such basis of an additional contract but on the basis of damages for the breach of the original contract, which breaches I have outlined above.

In my view, the *Kiewit v. Eakins* case is a different situation. There, the sub-contractor tendered for the construction work and prior to entering into the construction work the conditions of construction were amended by adding the words "Bottom of timber piles to be below bottom of

circonstances, le jury ou le juge doit «agir au mieux», et sa conclusion ne sera pas infirmée même si *le montant accordé n'est en fait que le fruit de conjectures.*

Selon moi, on ne peut s'objecter au fait que le savant juge de première instance ait opté pour la méthode suggérée par la demanderesse d'évaluer le préjudice sous forme d'une indemnité supplémentaire pour chaque tonne plutôt que d'avoir tenté d'y parvenir en analysant au dossier les différents postes de dépenses qui, selon la nature même du contrat, devaient être fragmentaires et probablement de simples estimations. Pour ce faire, il pouvait se fonder sur le témoignage de McIlroy, un constructeur expérimenté de chemins de fer qu'il a qualifié de témoin honnête, et il était également conseillé par un assesseur, M. T.W. Creighton, de qui il a dit:

[TRADUCTION] Sa vaste expérience accumulée au cours des nombreuses années alors qu'il travaillait pour les chemins de fer du Canadien pacifique m'a permis de comprendre la preuve portant sur les problèmes de construction qui ont été soumis à la Cour.

En utilisant cette méthode, le savant juge de première instance a évalué à \$51,527.77 les dommages-intérêts résultant du ballastage supplémentaire. En rejetant cette adjudication, la Cour d'appel était d'avis que de la jurisprudence, telle que la cause *Peter Kiewit Sons' Company of Canada Limited et al. c. Eakins Construction Limited, précitée*, empêchait la demanderesse, l'appelante en cette Cour, de recouvrer ces dommages parce qu'elle cherchait à faire valoir une réclamation en vertu d'un autre contrat ou d'un contrat supplémentaire qui n'a jamais existé entre les parties. Comme je l'ai déjà souligné, la réclamation de la demanderesse, sauf sa formule de rechange basée sur le *quantum meruit*, ne se fonde pas sur l'existence d'un contrat supplémentaire mais plutôt sur le préjudice subi par la violation du contrat original, lesquelles violations ont été mentionnées ci-dessus.

A mon avis, l'affaire *Kiewit c. Eakins* présente une situation différente. Dans cette cause, le sous-traitant avait soumissionné les travaux de construction et avant le début des travaux, les conditions d'exécution ont été modifiées par l'addition au contrat des mots [TRADUCTION] «d'extrémité

sheet piling." The sub-contractor noted this addition at once but merely mentioned it to the head contractor and thereafter continued to complain of it, but none the less proceeded to attempt to carry out the work and in so doing certainly sustained larger costs than if the work had been performed in accordance with the contract as first drafted. The plaintiff under those circumstances could not obtain additional compensation unless it proved such new contract.

The plaintiff, in this case, does not depend on any change in the original contract which resulted in higher cost to him. He complains of a breach of both the express and implied conditions in the original contract and in the view of the trial court, confirmed on this point, in my opinion, by the judgment of the Court of Appeal, he has proved such breaches. Under such circumstances, he is, as I have said, entitled to damages, and I am of the opinion that those damages were properly assessed by the learned trial judge at the figure of \$51,527.77.

I turn now to the only other item of damages found by the learned trial judge and materially reduced by the judgment of the Court of Appeal, that is, the claim for compensation for use of the appellant's own locomotive and crews. The plaintiff, here appellant, had, in its summary of its claim as submitted to the learned trial judge and marked Ex. 115, claimed the sum of \$13,200. Under the subsequent agreement between the parties, to which I have referred above, the plaintiff had agreed to supply rental of locomotives including crew etc., for the period from the 15th of March to the 15th of July. It had been anticipated at that later date that the connection at Thompson would have been completed and the defendant's, here respondent's, own locomotives would have been available. That connection was not completed until August 5, 1968, but the respondent's locomotive was not available until August 12, 1968, and then only one not two locomotives was available. The appellant chose to leave its own light locomotive on the job and, in fact, it remained on the job

inférieure des pieux de bois doit être plus basse que celle des palplanches». Le sous-traitant a aussitôt remarqué cette adjonction qu'il a tout simplement mentionnée à l'entrepreneur en chef pour ensuite continuer à s'en plaindre, mais il n'en poursuivra pas moins l'exécution des travaux qui, finalement, lui ont coûté beaucoup plus cher que s'il les avait effectués en conformité du contrat tel que rédigé originalement. Dans les circonstances, la demanderesse ne pouvait obtenir d'indemnité supplémentaire qu'en prouvant l'existence de ce nouveau contrat.

En l'espèce, la demanderesse ne compte sur aucune modification du contrat original pour justifier l'augmentation de ses coûts. Elle se plaint d'une violation des dispositions expresses et implicites du contrat original, et elle a prouvé ces violations d'après la décision du tribunal de première instance confirmée sur ce point, selon moi, par l'arrêt de la Cour d'appel. Ainsi, comme je l'ai déjà signalé, la demanderesse a droit à des dommages-intérêts, et je suis d'avis que ces dommages-intérêts ont été correctement évalués par le savant juge de première instance lorsqu'il les a fixés à \$51,527.77.

J'aborde maintenant le seul autre chef de dommages-intérêts accordé par le savant juge de première instance et qui a été réduit de beaucoup par la Cour d'appel, c'est-à-dire la réclamation d'une indemnité pour l'usage de la locomotive de l'appellante et la main-d'œuvre. Dans l'exposé de ses réclamations qu'elle a soumis au savant juge de première instance et qui a été inscrit sous la cote P. 115, la demanderesse, l'appellante en cette Cour, a réclamé la somme de \$13,200. En vertu de l'entente susmentionnée intervenue ultérieurement entre les parties, la demanderesse avait convenu d'assurer la location des locomotives, y compris la main-d'œuvre etc., pour la période comprise entre le 15 mars et le 15 juillet. On avait prévu qu'à cette dernière date la construction de la voie de raccordement à Thompson aurait été terminée et que les locomotives de la défenderesse, l'intimée en cette Cour, auraient été disponibles. La construction de cette voie de raccordement n'a été terminée que le 5 août 1968, et ce n'est qu'à compter du 12 août 1968 que la locomotive de l'intimée fut dispo-

until the completion. Wilson J. reduced the claim which I have said was made at the sum of \$13,200 materially, allowing for an additional rental at the agreed rate of \$1,200 per week only for the period from July 15 to August 17, 1968, at which time the appellant had added a Mannix sled which materially increased the productiveness of the crew.

Wilson J. noted that the appellant's own locomotive had been broken down for a month and he took that factor into account when making the reduction in the claim as presented by the plaintiff at trial. On the evidence, Wilson J. was of the opinion that in all of the circumstances and particularly in view of the fact that the railroad was then lagging far beyond the completion date set out in the contract, such additional claim was reasonable in the sum he fixed at \$4,800. The Court of Appeal was of the opinion that that sum should be reduced by allowing only four-sevenths of a week at the rate of \$1,200 per week and that it should be allowed for four days between the 5th of August and the 12th of August. It was said in the Court of Appeal:

The use of the Respondent's locomotive prior to August 5 was paid for under the agreement wherein Penvidic received \$35,000.00 and the locomotive provided for by Inco was available from August 12.

The error in this statement is that the use of the locomotive prior to August 5th had not been paid for by the sum of \$35,000. That sum was in terms to apply only to the rental of the locomotive and crew up to the 15th of July. I am of the opinion, therefore, that the learned trial judge was quite correct in assessing the claim for four weeks' additional rental and I am of the opinion that the item of \$4,800, as allowed by the learned trial judge, should be restored.

For the above reasons, I have come to the conclusion that the two sums of \$51,577.74 and \$4,114.29, as deducted by the Court of Appeal,

nible, et encore-là seulement une locomotive et non deux. L'appelante a donc continué à utiliser sa propre locomotive légère sur le chantier et, en fait, elle y est demeurée jusqu'à la fin des travaux. Le juge Wilson a réduit de beaucoup le montant de la réclamation qui, comme je l'ai dit, se situait à \$13,200, accordant des frais de location supplémentaires pour la somme convenue de \$1,200 par semaine pour la période du 15 juillet au 17 août 1968, moment où l'appelante avait ajouté une voiture Mannix qui augmenta sensiblement le rendement de l'équipe.

En réduisant la réclamation telle que présentée par la demanderesse au cours du procès, le juge Wilson a considéré le fait que la locomotive de l'appelante a été en panne pendant un mois. En se fondant sur la preuve, le juge Wilson était d'avis que, compte tenu des circonstances et du fait que la construction du chemin de fer accusait alors un retard considérable en regard de l'échéancier prévu au contrat, il était raisonnable de fixer à \$4,800 cette réclamation supplémentaire. La Cour d'appel était d'avis que cette somme devait être réduite en accordant seulement les quatre-septièmes d'une semaine au taux hebdomadaire de \$1,200 et ce, pour quatre jours compris dans la période du 5 au 12 août. On a dit en Cour d'appel:

[TRADUCTION] Le paiement pour l'usage de la locomotive de l'intimée était prévu à l'entente en vertu de laquelle Penvidic a reçu la somme de \$35,000 et la locomotive fournie par Inco était disponible à compter du 12 août.

Il y a erreur dans cet énoncé car le paiement de \$35,000 ne s'applique pas à l'usage de la locomotive pour la période précédant le 5 août. Cette somme devait défrayer en fait que les coûts de location de la locomotive et de main-d'œuvre jusqu'au 15 juillet. Par conséquent, je suis d'avis que le savant juge de première instance a correctement évalué la réclamation pour les quatre semaines de location supplémentaires et je suis aussi d'avis que le poste de \$4,800, tel qu'accordé par le savant juge de première instance, doit être rétabli.

Pour ces motifs, je conclus que les sommes de \$51,577.74 et de \$4,114.29 telles que soustraites par la Cour d'appel, doivent être rétablies et, par

should be restored and, therefore, the appellant should have judgment for the sum of \$111,577.74. The appellant is entitled to its costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Solicitors for the respondent: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

conséquent, l'appelante doit obtenir jugement pour la somme de \$111,577.74. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes cours.

Appel accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.