

**Hunter Engineering Company Inc. Appellant**  
and

**Hunter Engineering Company Inc., carrying  
on business as Hunter Machinery Canada  
Ltd., Integrated Metal Systems Canada Ltd.  
and Allis-Chalmers Canada Ltd. Appellants**

v.

**Syncrude Canada Ltd., Canada-Cities Service  
Ltd., Esso Resources Canada Limited,  
Petro-Canada Exploration Inc., Gulf Canada  
Resources Inc., Pan-Canadian Petroleum  
Limited, Her Majesty The Queen in Right of  
the Province of Alberta, Alberta Energy  
Company Ltd., Hudson's Bay Oil and Gas  
Limited and Petrofina Canada Ltd.**

*Respondents*

INDEXED AS: HUNTER ENGINEERING CO. v. SYNCRUIDE  
CANADA LTD.

File Nos.: 19773, 19950.

1988: February 25, 26; 1989: March 23.

Present: Dickson C.J. and Estey\*, McIntyre, Wilson,  
Le Dain\*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

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

*Contracts — Breach — Design Faults — Responsibility for design faults — Design created from buyer's specifications as to proposed use — Whether company supplying specifications or company creating design liable.*

*Sale of goods — Implied warranty as to fitness — Machinery defective — Defects appearing after expiry of contractual warranty — Whether or not breach of implied statutory warranty — Sale of Goods Act, R.S.O. 1970, c. 421, ss. 15(1), (4), 53.*

*Contracts — Fundamental breach — Exclusionary clause — Contractual warranty time limited — Portion of machinery supplied defective — Defect discovered after expiry of warranty — Defective machinery repairable — Whether or not fundamental breach.*

**Hunter Engineering Company Inc. Appelante**  
et

**Hunter Engineering Company Inc., exploitant  
une entreprise sous le nom de Hunter  
Machinery Canada Ltd., Integrated Metal  
Systems Canada Ltd. et Allis-Chalmers  
Canada Ltd. Appelantes**

b. c.

**Syncrude Canada Ltée, Canada-Cities  
Service Ltd., Esso Resources Canada  
Limited, Petro-Canada Exploration Inc.,**

**c. Gulf Canada Resources Inc., Pan-Canadian  
Petroleum Limited, Sa Majesté la Reine du  
chef de la province de l'Alberta, Alberta  
Energy Company Ltd., Hudson's Bay Oil and  
Gas Limited et Petrofina Canada Ltd.**

d. *Intimées*

RÉPERTORIÉ: HUNTER ENGINEERING CO. c. SYNCRUIDE  
CANADA LTÉE

N° du greffe: 19773, 19950.

e. 1988: 25, 26 février; 1989: 23 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey\*,  
McIntyre, Wilson, Le Dain\*, La Forest et  
L'Heureux-Dubé.

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

*Contrats — Inexécution — Vices de conception — Responsabilité pour les vices de conception — Conception selon le cahier des charges fourni par l'acheteur relativement à l'utilisation projetée — Qui de la société qui fournit le cahier des charges ou de celle qui s'occupe de la conception est responsable?*

*h. Vente de marchandises — Garantie implicite d'adaptation à l'usage auquel un objet vendu est destiné — Matériel défectueux — Vices apparus après l'expiration de la garantie contractuelle — Y a-t-il eu non-respect de la garantie légale implicite? — Sale of Goods Act, R.S.O. 1970, chap. 421, art. 15(1), (4), 53.*

*i. Contrats — Inexécution fondamentale — Clause d'exclusion — Garantie contractuelle de durée limitée — Défectuosité d'une partie du matériel fourni — Découverte des vices après l'expiration de la garantie — Matériel défectueux réparable — Y a-t-il eu inexécution fondamentale?*

\* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

\* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

*Trusts and trustees — Constructive trust — Trust set up as interpleader pending outcome of passing-off action — Trust to pay for machinery with balance going to successful party in passing-off action — Possible beneficiaries of trust not parties to trust agreement — One possible beneficiary ineligible as a result of passing-off action — Other beneficiary not willing to assume warranties as required by trust — Whether company setting up trust or company intended as beneficiary of trust entitled to balance of trust moneys.*

The disputes between these parties arise out of three contracts for the supply of gearboxes for the Alberta tarsands project. In the first contract, made on January 29, 1975, Syncrude Canada Ltd. (Syncrude), through its agent Canadian Bechtel, ordered 32 "mining gearboxes" from the Hunter Engineering Company Inc. (Hunter U.S.) These gearboxes, which drove conveyor belts moving sand to Syncrude's extraction plant, were fabricated by a subcontractor, Aco.

The second contract, made between Syncrude and a division of Allis-Chalmers Canada Ltd. (Allis-Chalmers), was for the supply of a \$4.1M extraction conveyor system and included 4 "extraction gearboxes" to drive the machinery which separates the oil from the sand. These gearboxes were built according to the same design as the mining gearboxes supplied by Hunter U.S. and were fabricated by the subcontractor Aco. The extraction gearboxes entered service on November 24, 1977.

Both the Hunter U.S. and the Allis-Chalmers contracts included a warranty limiting their liability to 24 months from the date of shipment or to 12 months from the date of start-up, whichever occurred first. In addition, the Allis-Chalmers warranty included a clause stating that the "Provisions of this paragraph represent the only warranty . . . and no other warranty or conditions, statutory or otherwise shall be implied". Both the Hunter U.S. and Allis-Chalmers contracts provided that the laws of Ontario were to apply.

The third contract was made between Syncrude and Aco on March 1, 1978. It arose out of some unusual circumstances. Between August and December 1977, Syncrude issued purchase orders to Hunter Machinery

*Fiducies et fiduciaires — Fiducie par interprétation — Fiducie établie à la manière d'un interpleader en attendant l'issue d'une action en passing-off — Le paiement du matériel prélevé sur le fonds en fiducie dont le solde ira à la partie qui aura gain de cause dans l'action en passing-off — Bénéficiaires éventuels de la fiducie non parties au contrat de fiducie — Un bénéficiaire éventuel inadmissible par suite de l'action en passing-off — Autre bénéficiaire non disposé à assumer les garanties comme l'exige le contrat de fiducie — Qui de la société qui a établi la fiducie ou de la société destinée à en bénéficier a droit au solde des fonds en fiducie?*

Les différends entre les parties tirent leur origine de trois contrats de fourniture de boîtes d'engrenage destinées à être utilisées dans l'exploitation des sables bitumineux de l'Alberta. Dans le premier contrat, passé le 29 janvier 1975, Syncrude Canada Ltée (Syncrude), par l'intermédiaire de sa mandataire Canadian Bechtel, a commandé à Hunter Engineering Company Inc. (Hunter U.S.) trente-deux «boîtes d'engrenage minières». Ces boîtes d'engrenage, qui devaient servir à actionner des convoyeurs à courroie transportant le sable à l'usine d'extraction de Syncrude, ont été fabriquées par un sous-traitant, Aco.

Le deuxième contrat, intervenu entre Syncrude et une division d'Allis-Chalmers Canada Ltd. (Allis-Chalmers), portait sur la fourniture d'un système de convoyeurs d'extraction d'une valeur de 4,1 millions de dollars, qui comportait quatre «boîtes d'engrenage d'extraction» devant servir à actionner la machinerie qui sépare le pétrole d'avec le sable. Ces boîtes d'engrenage ont été fabriquées par le sous-traitant Aco, selon le même modèle que les boîtes d'engrenage minières fournies par Hunter U.S. Les boîtes d'engrenage d'extraction ont été mises en service le 24 novembre 1977.

Le contrat intervenu avec Hunter U.S. et celui intervenu avec Allis-Chalmers comportaient l'un et l'autre une clause de garantie qui limitait leur responsabilité à 24 mois à compter de la date de livraison ou à 12 mois à compter de la date de mise en service, selon la première échéance. De plus, la garantie consentie par Allis-Chalmers comportait une clause stipulant que «La présente clause constitue l'unique garantie offerte [ . . . ] et il n'y a aucune autre garantie ou condition implicite, légale ou autre.» Les contrats conclus par Hunter U.S. et Allis-Chalmers mentionnaient tous les deux que les lois applicables seraient celles de l'Ontario.

Le troisième contrat a été conclu par Syncrude et Aco le 1<sup>er</sup> mars 1978. Il résulte de circonstances inhabituelles. En effet, entre août et décembre 1977, Syncrude a commandé à Hunter Machinery Canada Ltd. (Hunter

Canada Ltd. (Hunter Canada) for an additional 11 mining gearboxes built to the same design as the 32 purchased from Hunter U.S. Hunter Canada was a Canadian-incorporated company established by employees of Hunter U.S. without the latter's knowledge. It held itself out to Syncrude as the Canadian arm of Hunter U.S. and not until January 1978 did Hunter U.S. discover the deception. It initiated a "passing-off" action against Hunter Canada, notified Syncrude, and offered to assume the Hunter Canada contract. Syncrude, however, opted not to prejudge the result of the litigation by agreeing to let Hunter U.S. step into the contractual shoes of Hunter Canada and, instead of accepting this offer, it contracted directly with the subcontractor Aco for supply of the 11 gearboxes at the price Aco would have received from Hunter Canada. These 11 gearboxes were delivered and progressively put into service between May and December 1978.

In March 1978, Syncrude unilaterally established a trust fund into which it paid the money due under the Hunter Canada contracts. Hunter Canada waived all rights under these contracts but Hunter U.S. refused to become a party to Syncrude's trust agreement. The agreement provided, *inter alia*, that the trustee would pay to Aco its price for the gearboxes when they were completed. The balance would be paid to Hunter Canada or Hunter U.S., depending on the outcome of the passing-off action, provided the warranty and service obligations granted by Hunter Canada were assumed. Hunter U.S. was successful in its action but refused to assume the more generous warranty provisions of the Hunter Canada contract as required by the terms of the trust agreement.

Hunter U.S. was found to be responsible at trial and on appeal, as designer of the gearboxes, for the failures and was liable because of a breach of the statutory warranty of reasonable fitness found in the Ontario *Sale of Goods Act*. Liability was not based on the contractual warranty because it had expired. Allis-Chalmers was not found liable at trial for breach of warranty or fundamental breach of contract; there was accordingly no need to rule on its third party claim against Hunter U.S. The Court of Appeal allowed Syncrude's appeal from that judgment. It also allowed the appeal of Hunter U.S. from the finding at trial that it was not entitled to the trust funds and that the trust income be held for Syncrude.

Canada) onze boîtes d'engrenage minières construites selon le même modèle que les trente-deux achetées à Hunter U.S. Hunter Canada était une société canadienne constituée par des employés de Hunter U.S. à l'insu de celle-ci. Elle s'est présentée à Syncrude comme l'aile canadienne de Hunter U.S. et ce n'est qu'en janvier 1978 que Hunter U.S. a découvert la supercherie. Elle a alors intenté une action en *passing-off* contre Hunter Canada, en a avisé Syncrude et a offert de prendre en charge le contrat de Hunter Canada. Syncrude a toutefois décidé de ne pas préjuger du litige en acceptant de laisser Hunter U.S. se substituer à Hunter Canada et, au lieu d'accepter cette offre, elle a conclu directement avec le sous-traitant Aco un contrat pour la fourniture des onze boîtes d'engrenage au prix que Aco aurait reçu de Hunter Canada. Ces onze boîtes d'engrenage ont été livrées et ont été progressivement mises en service entre mai et décembre 1978.

*d* En mars 1978, Syncrude a unilatéralement établi un fonds en fiducie dans lequel elle a versé l'argent dû aux termes des contrats de Hunter Canada. Cette dernière a renoncé à tous les droits que lui conféraient ces contrats, mais Hunter U.S. a refusé de devenir partie au contrat de fiducie de Syncrude. Ce contrat prévoyait notamment que le fiduciaire verserait à Aco le prix des boîtes d'engrenage dès qu'elles seraient complétées. Les fonds restants seraient versés à Hunter Canada ou à Hunter U.S. selon l'issue de l'action en *passing-off*, pourvu que les obligations de garantie et de service souscrites par *e* Hunter Canada soient assumées. Hunter U.S. a obtenu gain de cause dans son action mais elle a refusé d'assumer la garantie plus généreuse du contrat de Hunter Canada conformément aux conditions du contrat de fiducie.

*g* En première instance et en appel, Hunter U.S. a été reconnue responsable des bris en sa qualité de concepteur des boîtes d'engrenage, et responsable de non-respect de la garantie d'adaptation à l'usage auquel des *h* objets vendus sont destinés, que comporte la *Sale of Goods Act* de l'Ontario. Il n'y avait pas de responsabilité fondée sur la garantie contractuelle parce que cette dernière était expirée. Allis-Chalmers n'a pas été reconnue responsable, en première instance, de non-respect de *i* garantie ou d'inexécution fondamentale de contrat; il n'était donc pas nécessaire de statuer sur son action en garantie contre Hunter U.S. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par Syncrude contre ce jugement. Elle a aussi accueilli l'appel interjeté par Hunter U.S. contre la décision en première instance qu'elle n'avait pas droit aux fonds en fiducie et que les revenus découlant de ces fonds devaient être détenus pour Syncrude.

Hunter U.S. appealed against the finding that it was liable for design default and that s. 15(1) of the *Sale of Goods Act* applied. Allis-Chalmers appealed against the finding with respect to fundamental breach. Syncrude cross-appealed with respect to the ownership of the trust fund.

At issue here are: (i) the liability of Hunter U.S. for the design faults which caused the gearboxes to fail; (ii) the liability of Hunter U.S. under the statutory warranty in the *Sale of Goods Act*; (iii) the liability of Allis-Chalmers under the doctrine of fundamental breach; (iv) the ownership of the trust fund.

## I

*Held:* The appeal of Hunter U.S. should be dismissed.

*Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.:* Hunter U.S. was responsible for the design faults that caused the gearboxes to fail. Syncrude's specifications were a recitation of what the gearboxes were to be able to achieve and general guidelines as to how this was to be done. Hunter U.S. took on the task of deciding specific design details. It was the design decisions that proved to be wrong.

Hunter U.S. was liable for the repair of the gearboxes, even though their failure was discovered after the contractual warranty period had expired, because of a breach of the implied warranty of fitness contained in s. 15(1) of the Ontario *Sale of Goods Act*. The Hunter U.S. contract neither explicitly excluded the implied warranty nor was inconsistent with it so as to render it inapplicable. The circumstances surrounding this contract met the conditions necessary to bring the implied statutory warranty into play.

*Per McIntyre J.:* The appeal of "Hunter U.S." against the finding of liability for a design fault should be dismissed for the reasons of Wilson J.

*Per Dickson C.J. and La Forest J.:* The contract between Syncrude and Hunter U.S. placed responsibility for the design of the gearboxes solely upon Hunter U.S. and Hunter U.S. failed to discharge that responsibility. Hunter U.S. did more than merely design the gears according to specifications provided by Syncrude's agent. The specifications provided by Syncrude were about what the gearboxes were required to do, not how they were to be built. They were not faulty. Syncrude

Hunter U.S. a formé un pourvoi contre la conclusion portant qu'elle était responsable de vice de conception et que le par. 15(1) de la *Sale of Goods Act* s'appliquait. Allis-Chalmers s'est pourvue contre la conclusion relative à l'inexécution fondamentale. Syncrude a formé un pourvoi incident relativement à la propriété du fonds en fiducie.

Sont en cause en l'espèce: (i) la responsabilité de Hunter U.S. pour les vices de conception à l'origine du bris des boîtes d'engrenage; (ii) la responsabilité de Hunter U.S. en vertu de la garantie prescrite dans la *Sale of Goods Act*; (iii) la responsabilité d'Allis-Chalmers en vertu du principe de l'inexécution fondamentale; (iv) la propriété du fonds en fiducie.

## I

*Arrêt:* Le pourvoi de Hunter U.S. est rejeté.

*Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé:* Hunter U.S. est responsable des vices de conception à l'origine du bris des boîtes d'engrenage. Le cahier des charges de Syncrude énonçait ce que les boîtes d'engrenage devraient pouvoir faire et contenait des indications générales sur la manière dont cela devrait se faire. Hunter U.S. a pris sur elle de décider des détails précis de la conception. Ce sont ces décisions en matière de conception qui se sont révélées mauvaises.

Hunter U.S. avait la responsabilité de réparer les boîtes d'engrenage, même si leur défectuosité n'a été découverte qu'après l'expiration de la garantie contractuelle en raison du non-respect de la garantie implicite d'adaptation à l'usage auquel des objets vendus sont destinés, que comporte le par. 15(1) de la *Sale of Goods Act* de l'Ontario. Le contrat de Hunter U.S. n'écartait pas expressément la garantie implicite et il n'était pas non plus incompatible avec elle au point de la rendre inapplicable. Les circonstances entourant la passation de ce contrat satisfaisaient aux conditions nécessaires pour que joue la garantie légale implicite.

*Le juge McIntyre:* Le pourvoi formé par «Hunter U.S.» contre la conclusion de responsabilité pour vice de conception est rejeté pour les raisons données par le juge Wilson.

*Le juge en chef Dickson et le juge La Forest:* Le contrat intervenu entre Syncrude et Hunter U.S. attribue à Hunter U.S. seule la responsabilité de concevoir les boîtes d'engrenage et Hunter U.S. ne s'est pas acquittée de cette responsabilité. Hunter U.S. a fait plus que se contenter de concevoir les engrenages selon le cahier des charges fourni par la mandataire de Syncrude. Le cahier des charges fourni par Syncrude énonçait l'usage auquel étaient destinées les boîtes d'engrenage.

was out of time with respect to the contractual warranties in the Hunter U.S. and Allis-Chalmers contracts and could not rely on them.

The presence of an express warranty in the contract does not render the statutory warranties inconsistent. Clear and direct language must be used to contract out of statutory protections, particularly where the parties are two large, commercially sophisticated companies. Hunter U.S. could not avoid liability under s. 15(1) of the *Sale of Goods Act*. All three prerequisites for its application were met. The design and manufacture of the gearboxes was in the course of Hunter U.S.'s business activities. Hunter U.S. knew the purpose of the gearboxes and Syncrude, through its agent, relied upon the skill and judgment of Hunter U.S. The gearboxes were not reasonably fit for the purpose for which they were required.

## II

*Held:* The appeal of Allis-Chalmers from that part of the judgment of the Court of Appeal imposing liability should be allowed and its third party claim against Hunter U.S. should be dismissed.

*Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.:* The revision to the Allis-Chalmers agreement explicitly and unambiguously ousted the statutory warranty.

A fundamental breach occurs where the event resulting from the failure of one party to perform a primary obligation has the effect of depriving the other party of substantially the whole benefit that the parties intended should obtain from the contract. Fundamental breach represents an exception to the rule that the contract continues to subsist and that damages be paid for the unperformed obligation for it gives the innocent party an election to put an end to all unperformed primary obligations of both parties. This exceptional remedy is available only where the very thing bargained for has not been provided.

The breach of the Allis-Chalmers contract was not a fundamental breach because it did not undermine the contractual setting. Allis-Chalmers breached only one aspect of its contract. The inferior performance of the gears did not deprive Syncrude of substantially the whole benefit of the contract and the cost of repair was

nage et non la façon dont elles devaient être construites. Ce cahier des charges n'était pas incorrect. Il était trop tard pour que Syncrude puisse invoquer les garanties contractuelles contenues dans les contrats de Hunter U.S. et d'Allis-Chalmers.

a La présence d'une garantie expresse dans le contrat n'a pas pour effet de rendre incompatibles avec elle les garanties légales. Si on veut écarter les garanties légales, il faut le faire de façon claire et nette, surtout lorsque les b parties sont deux importantes sociétés commerciales ayant une grande expérience des affaires. Hunter U.S. ne pouvait échapper à la responsabilité que crée le par. 15(1) de la *Sale of Goods Act*. Toutes les trois conditions préalables à son application étaient remplies. La c conception et la fabrication des boîtes d'engrenage se situaien dans le cours du commerce de Hunter U.S. Cette dernière connaissait l'usage auquel les boîtes d'engrenage étaient destinées et Syncrude, par sa mandataire, s'en est remise à la compétence et au jugement de Hunter U.S. Les boîtes d'engrenage n'étaient pas raisonnablement adaptées à l'usage auquel elles étaient destinées.

## II

e *Arrêt:* Le pourvoi formé par Allis-Chalmers contre la partie de l'arrêt de la Cour d'appel qui lui impose une responsabilité est accueilli et son action en garantie contre Hunter U.S. est rejetée.

f *Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé:* La modification apportée au contrat d'Allis-Chalmers a explicitement et d'une manière non équivoque exclu la garantie légale.

g Il y a inexécution fondamentale lorsque l'événement qui résulte de l'omission d'une partie de s'acquitter d'une obligation première a pour effet de priver l'autre partie de la quasi-totalité du bénéfice que devait, selon l'intention des parties, lui procurer le contrat. Le principe de l'inexécution fondamentale représente une h exception à la règle portant que le contrat continue d'exister et que des dommages-intérêts doivent être versés pour l'obligation inexécutée, puisqu'il permet à la partie innocente de choisir de mettre fin à toutes les obligations premières encore inexécutées des deux parties. Ce redressement exceptionnel ne peut être obtenu i que lorsque l'objet même du contrat n'a pas été réalisé.

j L'inexécution du contrat d'Allis-Chalmers n'est pas fondamentale parce qu'elle n'a pas miné le contrat au complet. Allis-Chalmers n'a manqué qu'à un aspect de son contrat. Le mauvais fonctionnement des engrenages n'a pas eu pour effet de priver Syncrude de la quasi-totalité du bénéfice du contrat et le coût des réparations

only a small part of the total cost. The gears, while not reasonably fit, worked for a period of time and were repairable. Serious but repairable defects in machinery have often been found not to amount to fundamental breach.

Even if the breach by Allis-Chalmers were to be characterized as fundamental, however, the liability of Allis-Chalmers would be excluded by the terms of the contractual warranty.

The "rule of law" approach to fundamental breach should be discarded and the construction approach to exclusionary clauses already adopted by this Court should be reaffirmed. The relevant question for the courts is whether the parties, on a true and natural construction, succeeded in excluding liability at the time the contract was made. After considering the provision's true construction, the court must consider whether or not to give it effect in the context of subsequent events, such as fundamental breach. The courts are quite unable to assess in isolation whether or not a contractual provision is reasonable and any notion that the courts should refuse to enforce a provision for want of its being reasonable should not be imported into the law. Exclusion clauses can be rendered unforceable even if no fundamental breach is found. Legislative protection exists and other judicial avenues such as unconscionability might apply in appropriate circumstances.

Even if the breach of the Allis-Chalmers contract were a fundamental breach, there would be nothing unfair or unreasonable, or unconscionable if this is a stricter test, in giving effect to the exclusion clause. The contract was made between two companies in the commercial market place, both of roughly equal bargaining power and both familiar and experienced with this type of contract. Allis-Chalmers' reliance on the exclusion clause was not tainted by any sharp or unfair dealing.

*Per McIntyre J.:* The appeal of Allis-Chalmers should be allowed. Any breach of the contract by Allis-Chalmers was not fundamental and, even if the breach were properly characterized as fundamental, the liability of Allis-Chalmers would be excluded by the terms of the contractual warranty. It was therefore unnecessary to deal further with the concept of fundamental breach in this case.

ne représentait qu'une petite partie du coût total. Même s'ils n'étaient pas raisonnablement adaptés à l'usage auquel ils étaient destinés, les engrenages ont fonctionné pendant un certain temps et étaient réparables. On a souvent jugé que des vices graves mais réparables dans des machines ne constituaient pas une inexécution fondamentale.

Toutefois, même si l'inexécution d'Allis-Chalmers pouvait être qualifiée de fondamentale, sa responsabilité b serait exclue par les termes de la garantie contractuelle.

La façon d'aborder l'inexécution fondamentale sous l'angle d'une «règle de droit» doit être rejetée et la c méthode fondée sur l'interprétation des clauses d'exclusion déjà adoptée par cette Cour doit être confirmée de nouveau. La question pertinente à laquelle les tribunaux doivent répondre est celle de savoir si, selon une interprétation juste et naturelle du contrat, les parties ont réussi à exclure la responsabilité au moment de la passation de ce contrat. Après avoir examiné le sens véritable de la disposition, la cour doit décider si elle l'appliquera dans le contexte d'événements subséquents tels qu'une exécution fondamentale. Les tribunaux sont tout à fait incapables d'évaluer isolément si une stipulation contractuelle est raisonnable et il faut éviter d'introduire dans le droit toute notion portant que les tribunaux devraient refuser de faire respecter une disposition pour le motif qu'elle n'est pas raisonnable. Les clauses d'exclusion peuvent être rendues inexécutoires même si d on ne conclut pas à l'existence d'une inexécution fondamentale. Il existe une protection législative et d'autres moyens judiciaires comme la théorie de l'iniquité pourraient s'appliquer lorsque cela est indiqué.

Même si l'inexécution du contrat d'Allis-Chalmers g était fondamentale, il n'y aurait rien d'injuste ni de déraisonnable, non plus que rien d'inique à supposer que ce soit là un critère plus strict, à appliquer la clause d'exclusion. Le contrat est intervenu entre deux sociétés h commerciales dont le pouvoir de négociation était à peu près égal et qui étaient habitués à ce type de contrat et en avaient l'expérience. En cherchant à se prévaloir de la clause d'exclusion, Allis-Chalmers n'a pas eu recours à des manœuvres malhonnêtes ou déloyales.

*Le juge McIntyre:* Le pourvoi d'Allis-Chalmers est i accueilli. Toute inexécution du contrat par Allis-Chalmers n'était pas fondamentale et, même si on avait pu qualifier l'inexécution de fondamentale, les conditions de la garantie contractuelle auraient écarté la responsabilité d'Allis-Chalmers. Il est donc inutile de s'arrêter davantage à la notion d'inexécution fondamentale en l'espèce.

*Per* Dickson C.J. and La Forest J.: The provision in the Allis-Chalmers contract was sufficient to exclude the operation of the implied warranty in s. 15(1) of the *Sale of Goods Act*.

Allis-Chalmers, given the inapplicability of implied statutory warranties and the expiry of its express warranty, could only be found liable under the doctrine of fundamental breach. This doctrine has served to relieve parties from the effects of contractual terms, excluding liability for deficient performance, where the effects of these terms have seemed particularly harsh. It has, however, spawned a host of difficulties. The doctrine of fundamental breach should be replaced with a rule that holds the parties to the terms of their agreement, provided the agreement is not unconscionable. The courts do not blindly enforce harsh or unconscionable bargains.

The parties should be held to the terms of their bargain. The warranty clause freed Allis-Chalmers from any liability for the defective gearboxes. In the present case there was no inequality of bargaining power and unconscionability was therefore not in issue.

### III

*Held* (Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting): The cross-appeal of Syncrude should be allowed.

*Per* Dickson C.J. and La Forest J.: There was no basis in law or in equity for awarding the trust fund to Hunter U.S. Hunter U.S. was not entitled to those moneys under the terms of the trust agreement. It did nothing for Syncrude to assist in producing the gears contemplated by the Hunter Canada Contract. The drawings used by Aco in manufacturing those gears were given by Syncrude and were properly in Syncrude's possession. There was no breach of copyright or theft. Hunter U.S. did not satisfy the criteria necessary to establish a constructive trust. There was no unjust enrichment.

As between Hunter U.S. and Hunter Canada, Hunter U.S. would have been allowed to claim any profits made by Hunter Canada under the traditional doctrine of constructive trust. Hunter Canada stood in a fiduciary relationship to Hunter U.S. and equity will not permit the fiduciary to profit at the expense of the principal. The test for unjust enrichment enunciated in *Pettkus v. Becker*, too, would be satisfied.

The relations between Hunter Canada and Syncrude were regulated by contract. Where a party has entered a contract misled by fraudulent misrepresentations, the

*Le juge en chef* Dickson et le *juge La Forest*: La disposition du contrat d'Allis-Chalmers est suffisante pour écarter l'application de la garantie implicite du par. 15(1) de la *Sale of Goods Act*.

- a Compte tenu de l'inapplicabilité des garanties légales implicites et de l'expiration de sa garantie expresse, Allis-Chalmers ne peut être déclarée responsable qu'en vertu du principe de l'inexécution fondamentale. Ce principe a servi à soustraire des parties aux effets des conditions d'un contrat en écartant la responsabilité pour exécution fautive quand les effets de ces conditions paraissaient particulièrement draconiens. Il a cependant engendré un grand nombre de difficultés. Le principe de l'inexécution fondamentale devrait être remplacé par une règle liant les parties aux conditions de leur contrat pourvu que celui-ci ne soit pas inique. Les tribunaux n'appliquent pas aveuglément les conventions draconiennes ou iniques.

- d Les parties devraient être tenues de respecter les conditions de l'entente qu'elles ont conclue. La clause de garantie soustrait Allis-Chalmers à toute responsabilité pour les boîtes d'engrenage. En l'espèce, il n'y avait pas inégalité du pouvoir de négociation et il n'était donc pas question d'iniquité.

### III

*Arrêt* (les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes): Le pourvoi incident de Syncrude est accueilli.

- f *Le juge en chef* Dickson et le *juge La Forest*: Il n'y a aucun motif de droit ou d'*equity* qui justifie l'attribution des fonds en fiducie à Hunter U.S. Hunter U.S. n'a pas droit à ces sommes en vertu du contrat de fiducie. Elle n'a rien fait pour Syncrude qui ait pu aider à fabriquer les engrenages visés par le contrat de Hunter Canada. Les dessins utilisés par Aco pour fabriquer ces engrenages ont été fournis par Syncrude qui les avaient légitimement en sa possession. Il n'y a eu ni violation de droit d'auteur ni vol. Hunter U.S. n'a pas rempli aucune des conditions nécessaires pour établir une fiducie par interprétation. Il n'a pas eu d'enrichissement sans cause.

- i Entre Hunter U.S. et Hunter Canada, la première aurait pu revendiquer tous les profits réalisés par Hunter Canada en vertu du principe de la fiducie par interprétation. Hunter Canada avait manifestement des obligations de fiduciaire envers Hunter U.S. et l'*equity* ne permet pas à un fiduciaire de s'enrichir aux dépens de son mandant. La triple condition énoncée dans l'arrêt *Pettkus c. Becker* serait également remplie.

- j Les rapports entre Hunter Canada et Syncrude sont régis par un contrat. Lorsqu'une partie a été amenée à conclure un contrat par des déclarations mensongères,

contract is voidable at the instance of the innocent party. Syncrude was entitled accordingly to rescind its contract with Hunter Canada and retain the money it would have paid under that contract. The fact that Hunter Canada was not entitled to the money precluded any claim by Hunter U.S. because that claim only arose as a result of Hunter Canada's actions.

Hunter U.S. was not a party to the trust agreement and consistently refused to honour the warranty and service obligations stipulated in the trust agreement. Syncrude was under no obligation to accept the offer made by Hunter U.S. To found a restitutive remedy in favour of Hunter U.S. would be tantamount to compelling Syncrude to contract with Hunter U.S. Further, if the claim of Hunter U.S. were to prevail, Hunter U.S. would be enriched and Syncrude would suffer a corresponding deprivation for no juristic reason.

Syncrude created the trust fund, no doubt from an abundance of caution, and should not be put in a worse position than if it had merely rescinded its contract with Hunter Canada. The establishment of the fund was not an admission that the moneys belonged to either Hunter Canada or Hunter U.S. Its purpose was to ensure that someone would promptly assume the warranties.

*Per McIntyre J.:* Syncrude should have ownership of the trust fund for the reasons given by Dickson C.J.

*Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting):* The trust fund did not need to be disposed of according to the terms of the trust agreement. The trust terms were not agreed upon by either Hunter U.S. or Hunter Canada. Since Syncrude was no longer prepared to acknowledge, as it was in 1978, that the profit margin was payable to one of these two parties, entitlement to the trust fund should be decided on the equitable principles governing unjust enrichment.

Syncrude's entitlement was limited to working gearboxes at the price agreed upon and any additional money arising out of the circumstances, once repair costs were paid out of the fund, would constitute an enrichment.

Hunter U.S. would be correspondingly deprived of the interest income it would have earned on the contract for the supply of the additional 11 mining gearboxes under the Hunter Canada contract. No contractual link for the causal connection between contribution and enrichment needed to be proved. There was sufficient causal connec-

ce contrat est annulable à la demande de la partie innocente. Par conséquent, Syncrude avait le droit de résilier son contrat avec Hunter Canada et de conserver l'argent qu'elle aurait versé aux termes de ce contrat. Hunter Canada n'ayant pas droit à ces sommes, Hunter U.S. n'a plus de recours puisque sa réclamation découle uniquement des actes de Hunter Canada.

Hunter U.S. n'était pas partie au contrat de fiducie et elle a constamment refusé d'honorer les obligations de garantie et d'entretien stipulées dans le contrat de fiducie. Syncrude n'était pas tenue d'accepter l'offre de Hunter U.S. Conclure que Hunter U.S. est justifiée de bénéficier d'un redressement fondé sur la restitution revient à forcer Syncrude à contracter avec Hunter U.S. e De plus, si on faisait droit à la demande de Hunter U.S., celle-ci se trouverait enrichie et Syncrude se trouverait appauvrie d'autant sans que cela ne soit justifié par aucun motif juridique.

Syncrude a créé le fonds en fiducie, sans aucun doute d par surcroît de précautions, et elle ne devrait pas se retrouver dans une situation plus précaire que si elle s'était contentée de résilier son contrat avec Hunter Canada. La création de ce fonds ne constituait pas une reconnaissance que les sommes détenues en fiducie e appartenaient soit à Hunter Canada soit à Hunter U.S. Le fonds avait pour objet d'assurer que quelqu'un endosserait rapidement les garanties.

*Le juge McIntyre:* Syncrude est propriétaire du fonds en fiducie pour les raisons données par le juge en chef Dickson.

*Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé (dissidentes):* Il n'est pas nécessaire que le fonds en fiducie soit aliéné conformément aux conditions énoncées dans le contrat de fiducie. Les conditions de la fiducie n'ont été approuvées ni par Hunter U.S. ni par Hunter Canada. Puisque Syncrude n'est plus disposée, comme elle l'était en 1978, à reconnaître que la marge de profit doit être versée à l'une de ces deux parties, le droit au fonds en fiducie doit être déterminé selon les principes d'*equity* régissant l'enrichissement sans cause.

Syncrude n'a droit qu'à des boîtes d'engrenage qui fonctionnent, au prix convenu, et toute autre somme qui pourrait lui être versée en raison des circonstances, une fois le coût des réparations prélevé sur le fonds, constituerait un enrichissement.

Hunter U.S. subirait un appauvrissement correspondant en ne touchant pas les intérêts que lui aurait rapportés le contrat conclu avec Hunter Canada pour la fourniture des onze boîtes d'engrenage minières supplémentaires. Il n'est pas nécessaire d'avoir un lien contractuel pour prouver le lien de causalité entre la contribu-

tion in the fact that Hunter U.S. first offered to assume the whole Hunter Canada contract and later, after it won its case, was prepared to offer Syncrude the warranty terms under which the original 32 gearboxes were supplied. Syncrude had been willing to pay the profit margin to Hunter U.S. in 1978 and could not argue now that it had no need of Hunter U.S.

## Cases Cited

By Dickson C.J.

**Applied:** *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; **considered:** *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361; *Beaufort Realties* (1964) Inc. v. *Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 S.C.R. 718; *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827; **referred to:** *Chabot v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 417; *Sperry Rand Canada Ltd. v. Thomas Equipment Ltd.* (1982), 135 D.L.R. (3d) 197; *Gafco Enterprises Ltd. v. Schofield*, [1983] 4 W.W.R. 135; *Beldessi v. Island Equipment Ltd.* (1973), 41 D.L.R. (3d) 147; *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.*, [1983] 2 All E.R. 737; *Cain v. Bird Chevrolet-Oldsmobile Ltd.* (1976), 12 O.R. (2d) 532 (H.C.), aff'd (1977), 88 D.L.R. (3d) 607 (Ont. C.A.); *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936; *B. G. Linton Construction Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1975] 2 S.C.R. 678; *Harbutt's "Plasticine" Ltd. v. Wayne Tank & Pump Co.*, [1970] 1 Q.B. 447.

By Wilson J.

**Approved:** *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827; **distinguished:** *Beldessi v. Island Equipment Ltd.* (1973), 41 D.L.R. (3d) 147; **referred to:** *Hunter Engineering Co. v. Hunter Machinery Canada*, Meredith J., Vancouver Registry C780211, December 28, 1978, unreported; *Wallis, Son & Wells v. Pratt & Haynes*, [1911] A.C. 394; *R. W. Heron Paving Ltd. v. Dilworth Equipment Ltd.*, [1963] 1 O.R. 201; *Cork v. Greavette Boats Ltd.*, [1940] O.R. 352; *Chabot v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 417; *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361; *R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.* (1970), 15 D.L.R. (3d) 15; *Canso Chemicals Ltd. v. Canadian Westinghouse Co. (No. 2)* (1974), 54 D.L.R. (3d) 517; *Schofield v. Gafco Enterprises Ltd.* (1983), 43 A.R. 262; *Peters v. Parkway Mercury Sales Ltd.* (1975), 10 N.B.R. (2d) 703;

tion et l'enrichissement. Il existe un lien de causalité suffisant du fait que Hunter U.S. a d'abord offert d'endosser entièrement le contrat de Hunter Canada et que, par la suite, après avoir obtenu gain de cause, elle était prête à offrir à Syncrude la même garantie que celle qui s'appliquait aux trente-deux boîtes d'engrenage initialement livrées. Syncrude était prête en 1978 à verser la marge de profit à Hunter U.S. et elle ne saurait maintenant prétendre qu'elle n'avait que faire de Hunter U.S.

## Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

**Arrêt appliqué:** *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; **arrêts examinés:** *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361; *Beaufort Realties* (1964) Inc. v. *Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 R.C.S. 718; *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827; **arrêts mentionnés:** *Chabot v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 417; *Sperry Rand Canada Ltd. v. Thomas Equipment Ltd.* (1982), 135 D.L.R. (3d) 197; *Gafco Enterprises Ltd. v. Schofield*, [1983] 4 W.W.R. 135; *Beldessi v. Island Equipment Ltd.* (1973), 41 D.L.R. (3d) 147; *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.*, [1983] 2 All E.R. 737; *Cain v. Bird Chevrolet-Oldsmobile Ltd.* (1976), 12 O.R. (2d) 532 (H.C.), conf. par (1977), 88 D.L.R. (3d) 607 (C.A. Ont.); *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936; *B. G. Linton Construction Ltd. v. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1975] 2 R.C.S. 678; *Harbutt's "Plasticine" Ltd. v. Wayne Tank & Pump Co.*, [1970] 1 Q.B. 447.

Citée par le juge Wilson

**Arrêt approuvé:** *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827; **distinction d'avec l'arrêt:** *Beldessi v. Island Equipment Ltd.* (1973), 41 D.L.R. (3d) 147; **arrêts mentionnés:** *Hunter Engineering Co. v. Hunter Machinery Canada*, le juge Meredith, n° du greffe de Vancouver C780211, décision inédite en date du 28 décembre 1978; *Wallis, Son & Wells v. Pratt & Haynes*, [1911] A.C. 394; *R. W. Heron Paving Ltd. v. Dilworth Equipment Ltd.*, [1963] 1 O.R. 201; *Cork v. Greavette Boats Ltd.*, [1940] O.R. 352; *Chabot v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 417; *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361; *R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.* (1970), 15 D.L.R. (3d) 15; *Canso Chemicals Ltd. v. Canadian Westinghouse Co. (No. 2)* (1974), 54 D.L.R. (3d) 517; *Schofield v. Gafco Enterprises Ltd.* (1983), 43 A.R. 262; *Peters v. Parkway Mercury Sales Ltd.*

*Keefe v. Fort* (1978), 89 D.L.R. (3d) 275; *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936; *Harbutt's "Plasticine" Ltd. v. Wayne Tank and Pump Co.*, [1970] 1 Q.B. 447; *Traders Finance Corp. v. Halverson* (1968), 2 D.L.R. (3d) 666; *Beaufort Realties (1964) Inc. v. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 S.C.R. 718; *Hayward v. Mellick* (1984), 2 O.A.C. 161; *Waters v. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391; *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710; *Harry v. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231; *Taylor v. Armstrong* (1979), 99 D.L.R. (3d) 547; *Davidson v. Three Spruces Realty Ltd.* (1977), 79 D.L.R. (3d) 481; *Gillespie Brothers & Co. v. Roy Bowles Transport Ltd.*, [1973] Q.B. 400; *Ailsa Craig Fishing Co. v. Malvern Fishing Co.*, [1983] 1 All E.R. 101; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *Deglman v. Guaranty Trust Co.*, [1954] S.C.R. 725.

#### Statutes and Regulations Cited

*Business Practices Act*, R.S.O. 1980, c. 55, s. 2(b)(vi).  
*Business Practices Act*, S.P.E.I. 1977, c. 31, s. 3(b)(vi).  
*Consumer Product Warranty and Liability Act*, S.N.B. 1978, c. C-18.1, ss. 24, 25, 26.  
*Consumer Products Warranties Act*, R.S.S. 1978, c. C-30, ss. 8, 11.  
*Consumer Protection Act*, R.S.M. 1970, c. C200, s. 58(1).  
*Consumer Protection Act*, R.S.N.S. 1967, c. 53, s. 20C.  
*Consumer Protection Act*, R.S.O. 1980, c. 87, s. 34(1).  
*Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1979, c. 370, s. 20.  
*Sale of Goods Act*, R.S.O. 1970, c. 421, ss. 15(1), (4), f 53.  
*Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1979, c. 406, s. 4(e).  
*Trade Practices Act*, S.N. 1978, c. 10, s. 6(d).  
*Trade Practices Inquiry Act*, R.S.M. 1987, c. T110, s. 2.  
*Unfair Contract Terms Act 1977* (U.K.), c. 50.  
*Unfair Trade Practices Act*, R.S.A. 1980, c. U-3, s. 4(b), (d).

#### Authors Cited

Atiyah, P. S. *The Sale of Goods*, 6th ed. London: Pitman, 1980.  
Fridman, G. H. L. *Law of Contract in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1986.  
Fridman, G. H. L. *Sale of Goods in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1979.  
Fridman, G. H. L. *Sale of Goods in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1986.

(1975), 10 N.B.R. (2d) 703; *Keefe v. Fort* (1978), 89 D.L.R. (3d) 275; *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936; *Harbutt's "Plasticine" Ltd. v. Wayne Tank and Pump Co.*, [1970] 1 Q.B. 447; *Traders Finance Corp. v. Halverson* (1968), 2 D.L.R. (3d) 666; *Beaufort Realties (1964) Inc. c. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 R.C.S. 718; *Hayward v. Mellick* (1984), 2 O.A.C. 161; *Waters v. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391; *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710; *Harry v. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231; *Taylor v. Armstrong* (1979), 99 D.L.R. (3d) 547; *Davidson v. Three Spruces Realty Ltd.* (1977), 79 D.L.R. (3d) 481; *Gillespie Brothers & Co. v. Roy Bowles Transport Ltd.*, [1973] Q.B. 400; *Ailsa Craig Fishing Co. v. Malvern Fishing Co.*, [1983] 1 All E.R. 101; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *Deglman v. Guaranty Trust Co.*, [1954] R.C.S. 725.

#### Lois et règlements cités

d *Business Practices Act*, R.S.O. 1980, chap. 55, art. 2b)(vi).  
*Business Practices Act*, S.P.E.I. 1977, chap. 31, art. 3b)(vi).  
*Consumer Products Warranties Act*, R.S.S. 1978, chap. C-30, art. 8, 11.  
e *Consumer Protection Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 53, art. 20C.  
*Loi sur la protection du consommateur*, L.R.O. 1980, chap. 87, art. 34(1).  
*Loi sur la protection du consommateur*, L.R.M. 1970, chap. C200, art. 58(1).  
*Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consommation*, L.N.-B. 1978, chap. 18.1, art. 24, 25, 26.  
*Loi sur les enquêtes relatives aux pratiques de commerce*, L.R.M. 1987, chap. T110, art. 2.  
g *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 370, art. 20.  
*Sale of Goods Act*, R.S.O. 1970, chap. 421, art. 15(1), (4), 53.  
*Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 406, art. 4e).  
*Trade Practices Act*, S.N. 1978, chap. 10, art. 6d).  
h *Unfair Contract Terms Act 1977* (R.U.), chap. 50.  
*Unfair Trade Practices Act*, R.S.A. 1980, chap. U-3, art. 4b), d).

#### Doctrine citée

i Atiyah, P. S. *The Sale of Goods*, 6th ed. London: Pitman, 1980.  
Fridman, G. H. L. *Law of Contract in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1986.  
Fridman, G. H. L. *Sale of Goods in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1979.  
j Fridman, G. H. L. *Sale of Goods in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1986.

- Ogilvie, M. H. "The Reception of *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* in Canada: Nec Tamen Consumebatur" (1982), 27 McGill L.J. 424.
- Waddams, S. M. "Unconscionability in Contracts" (1976), 39 Modern Law Review 369.
- Waddams, S. M. "Note" (1981), 15 U.B.C. Law Rev. 189.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1984.
- Waters, D. W. M. *The Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1984.
- Ziegel, Jacob S. "Comment" (1979), 57 Can. Bar Rev. 105.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1985), 68 B.C.L.R. 367, in respect of a judgment of Gibbs J. (1984), 27 B.L.R. 59. Appeal of Hunter U.S. dismissed.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1985), 68 B.C.L.R. 367, in respect of a judgment of Gibbs J. (1984), 27 B.L.R. 59. Appeal from that part of the judgment of the Court of Appeal which imposed liability on Allis-Chalmers Canada Limited allowed and the third party claim against Hunter U.S. dismissed.

CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1985), 68 B.C.L.R. 367, in respect of a judgment of Gibbs J. (1984), 27 B.L.R. 59. Cross-appeal of Syncrude allowed, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

*Jack Giles, Q.C., and Robert McDonell*, for the appellants Hunter Engineering Inc. et al.

*D. M. M. Goldie, Q.C., and P. G. Plant*, for the appellant Allis-Chalmers Canada Ltd.

*D. B. Kirkham, Q.C., and Garth S. McAlister*, for the respondents Syncrude Canada Ltd. et al.

The judgment of Dickson C.J. and La Forest J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—Three main issues are raised in this appeal: (i) was Hunter Engineering Company Inc. ("Hunter U.S.") responsible for design faults which resulted in cracks in the bull gears of gearboxes used to drive conveyor belts at the oil sands operation of Syncrude Canada Ltd.

Ogilvie, M. H. «The Reception of *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* in Canada: Nec Tamen Consumebatur» (1982), 27 McGill L.J. 424.

Waddams, S. M. «Unconscionability in Contracts» (1976), 39 Modern Law Review 369.

<sup>a</sup> Waddams, S. M. «Note» (1981), 15 U.B.C. Law Rev. 189.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1984.

Waters, D. W. M. *The Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1984.

Ziegel, Jacob S. «Comment» (1979), 57 R. du B. can. 105.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1985), 68 B.C.L.R. 367, relativement à un jugement du juge Gibbs (1984), 27 B.L.R. 59. Pourvoi de Hunter U.S. rejeté.

<sup>b</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1985), 68 B.C.L.R. 367, relativement à un jugement du juge Gibbs (1984), 27 B.L.R. 59. Le pourvoi contre la partie de l'arrêt de la Cour d'appel qui impose une responsabilité à Allis-Chalmers Canada Limited est accueilli et l'appel en garantie contre Hunter U.S. est rejeté.

POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1985), 68 B.C.L.R. 367, relativement à un jugement du juge Gibbs (1984), 27 B.L.R. 59. Le pourvoi incident de Syncrude est accueilli, les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes.

<sup>c</sup> *Jack Giles, c.r., et Robert McDonell*, pour les appelantes Hunter Engineering Inc. et autres.

<sup>d</sup> *D. M. M. Goldie, c.r., et P. G. Plant*, pour l'appelante Allis-Chalmers Canada Ltd.

<sup>e</sup> *D. B. Kirkham, c.r., et Garth S. McAlister*, pour les intimées Syncrude Canada Ltée et autres.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et du juge La Forest rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le présent pourvoi soulève trois questions: (i) Hunter Engineering Company Inc. ("Hunter U.S.") est-elle responsable des vices de conception à l'origine de la fissuration des couronnes principales de boîtes d'engrenage utilisées pour actionner des courroies de convoyeurs à

("Syncrude"); if so, is Hunter U.S. liable to Syncrude for breach of the implied warranty of fitness contained in s. 15(1) of the Ontario *Sale of Goods Act*, R.S.O. 1970, c. 421; (ii) is the "doctrine" of fundamental breach a part of Canadian contract law and what is its effect, if any, on the liability of Allis-Chalmers Canada Limited ("Allis-Chalmers") to Syncrude; (iii) can the law of constructive trust be extended to reach, for the benefit of Hunter U.S., monies held under a trust agreement, to which Hunter U.S. was not a party, entered into by Syncrude in the unusual circumstances which will be described.

## I

Facts

Syncrude operates a multi-billion dollar synthetic oil plant at Fort McMurray, Alberta, where oil extracted from tar sands is processed. Large bucket wheels scoop sand from its natural state and load it onto conveyor belts, which in turn carry the sand a substantial distance to an extraction plant. Motive force from 1250 horsepower motors is transmitted to the conveyor belts through a series of gearboxes. The trial judge, Gibbs J., described a "gearbox" as a unit which comprises a collection of gears, shafts and bearings contained within a steel box or casing. Power generated by a motor is transmitted through a drive shaft into the gearbox, then through a series of intermediate gears to a very large (the larger type being 6½ feet in diameter and the smaller 5½ feet in diameter) "bull gear" which revolves, turning a large shaft set in the centre of the bull gear and extending outside the gearbox casing, to which shaft is attached a pulley which moves the conveyor belt.

In January 1975, Canadian Bechtel Ltd. ("Bechtel"), as agent for Syncrude, contracted with Hunter U.S. for the supply of thirty-two

l'usine des sables bitumineux de Syncrude Canada Ltée («Syncrude»)? Dans l'affirmative, Hunter U.S. est-elle responsable envers Syncrude de non-respect de la garantie implicite d'adaptation des objets vendus à l'usage auquel ils sont destinés, prévue au par. 15(1) de la *Sale of Goods Act* de l'Ontario, R.S.O. 1970, chap. 421? (ii) Le «principe» de l'inexécution fondamentale fait-il partie du droit canadien des contrats et quel effet a-t-il, b s'il y a lieu, sur la responsabilité d'Allis-Chalmers Canada Limited («Allis-Chalmers») envers Syncrude? (iii) Peut-on étendre la règle de la fiducie par interprétation pour l'appliquer, au profit de Hunter U.S., à des sommes d'argent détenues en vertu d'un contrat de fiducie auquel Hunter U.S. n'était pas partie et que Syncrude a conclu dans des circonstances inusitées qui seront décrites plus loin.

## d

## I

Les faits

Syncrude exploite, à Fort McMurray en Alberta, une usine de pétrole de synthèse valant plusieurs milliards de dollars, où on procède au traitement du pétrole extrait des sables bitumineux. De grandes grues à godets puisent le sable de son site naturel et le placent sur des convoyeurs à courroie qui le transportent à l'usine d'extraction située à une bonne distance de là. Les convoyeurs à courroie sont actionnés par des moteurs de 1 250 HP dont la force motrice est transmise par une série de boîtes d'engrenage. Le juge Gibbs de première instance a décrit une «boîte d'engrenage» comme une unité comprenant une série de pignons, d'arbres et de paliers enfermés dans une boîte ou un carter en acier. La force générée par le moteur est transmise par un arbre à la boîte d'engrenage, puis par un ensemble d'engrenages intermédiaires, à une «couronne principale» très grande (les plus grandes ayant 6,5 pieds et les petites, 5,5 pieds de diamètre) qui, en tournant, entraîne un arbre de forte dimension placé au milieu de la couronne principale et sortant du carter; une poulie fixée à cet arbre actionne la courroie du convoyeur.

j En janvier 1975, Canadian Bechtel Ltd. («Bechtel»), à titre de mandataire de Syncrude, a conclu un contrat avec Hunter U.S. en vertu duquel cette

mining gearboxes for use at Syncrude's oil sands project. In July of the same year, Syncrude contracted with Allis-Chalmers for the purchase of fourteen conveyor systems, including four extraction gearboxes. Both the Hunter and the Allis-Chalmers gearboxes were designed by Hunter U.S. in accordance with Bechtel specifications and fabricated by a subcontractor for Hunter U.S.

The gearboxes acquired from Hunter U.S. were put into service in July 1978. In September 1979, more than a year later, a gearbox failure occurred. The Allis-Chalmers extraction boxes went into operation in November 1977. In September 1979, nearly two years later, one of the extraction boxes failed and cracks were discovered in two of the other three.

The trial judge [see (1984), 27 B.L.R. 59] described the cause of the failure in these terms at pp. 62-63:

The outer rim of the bull gear is attached to the central shaft by steel plates, one on each side of the rim, called "web plates". Inside the outer rim a thicker portion of the rim provides a shoulder on each side. The intention was that the web plates be fitted snugly to the shoulder and welded in place. Halfway between the rim and the shaft eight  $8\frac{1}{2}$  inch diameter holes were cut at regular intervals in line through each plate. Steel pipe was welded into each set of holes to provide rigid connections between the plates. At the outer edge of the web plates, where they met the inside of the rim, eight 3 inch radius "half moon" pieces were cut out at regular intervals. The result was that there was not a continuous weld attaching the web plates to the inside of the rim. The connection was broken in eight evenly spaced places by the 3 inch radius half moon cutouts.

The bull gears failed because the weld between the web plates and the outer rim failed. The diagnosis was that the weld failed because of flexing of the web plates and that the web plates flexed because there was insufficient strength to withstand the torque applied by the pinion gear to the bull gear. The evidence supporting the flexing diagnosis was uneven wear and pitting of the

dernière fournirait trente-deux «boîtes d'engrenage minières» devant être utilisées à l'usine des sables bitumineux de Syncrude. En juillet de la même année, Syncrude a signé avec Allis-Chalmers un contrat d'achat de quatorze systèmes de convoyeurs comportant quatre boîtes d'engrenage d'extraction. Les boîtes d'engrenage fournies par Hunter et Allis-Chalmers ont été conçues par Hunter U.S. conformément au cahier des charges fourni par Bechtel et fabriquées par un sous-traitant de Hunter U.S.

Les boîtes d'engrenage acquises de Hunter U.S. ont été mises en service en juillet 1978. En septembre 1979, c'est-à-dire plus d'un an plus tard, il s'est produit un bris d'une des boîtes d'engrenage. Les boîtes d'engrenage d'extraction acquises d'Allis-Chalmers ont été mises en service en novembre 1977. En septembre 1979, presque deux ans plus tard, une des boîtes d'engrenage a cédu et des fissures ont été décelées dans deux des trois autres boîtes.

e Le juge de première instance [voir (1984), 27 B.L.R. 59] décrit ainsi la cause de ce bris, aux pp. 62 et 63:

f [TRADUCTION] Le rebord extérieur de la couronne principale est retenu à l'arbre central par deux plaques d'acier, dites «flasques», situées de chaque côté. À l'intérieur du rebord extérieur, il y a une partie plus épaisse qui forme un épaulement de chaque côté. On voulait que les flasques soient bien ajustées et soudées à l'épaulement. À mi-chemin entre le rebord et l'arbre, huit trous de  $8\frac{1}{2}$  pouces ont été percés à intervalles réguliers et alignés avec les trous pratiqués dans les plaques. Des tuyaux d'acier soudés dans chaque série de trous devaient assurer le raccord rigide des plaques. Sur le bord extérieur des flasques, à l'endroit où elles touchent l'intérieur du rebord, étaient percées, à intervalles réguliers, huit «demi-lunes» de 3 pouces de diamètre. Il en résultait que les flasques n'étaient pas retenues à l'intérieur du rebord par une soudure continue. Le raccord était interrompu à huit endroits également espacés par des ajournements en demi-lune de 3 pouces de diamètre.

j Les couronnes principales ont cédu parce que la soudure entre les flasques et le rebord extérieur a cédu. On a diagnostiqué que la soudure avait cédu à cause d'une déformation des flasques et que ces dernières s'étaient déformées à cause du manque de rigidité nécessaire pour résister au couple de torsion exercé par le pignon sur la couronne principale. L'usure inégale des dents de la

teeth on the bull and pinion gears. The continuous flexing of the web plates weakened and cracked the weld between the web plate and the rim. In time, if remedial action had not been taken the web plates would have broken away entirely.

Syncrude was forced to undertake its own repairs to the gearboxes when Hunter U.S. and Allis-Chalmers refused warranty coverage. Syncrude and the other plaintiffs claimed damages from Hunter U.S. and from Allis-Chalmers for the cost of repairing and rebuilding the gearboxes, contending that the gearboxes were inherently defective, unsafe and unfit for the purposes for which they were intended and were not of merchantable quality. The defendants conceded that the gear boxes failed because they were too weak for the service, but they denied liability. By third party notice, Allis-Chalmers claimed contribution or indemnity from Hunter U.S. on the ground that if Allis-Chalmers were found liable, the liability would be due to faulty design or negligence by Hunter U.S.

Both the Hunter U.S. and the Allis-Chalmers contracts included a warranty limiting their liability to 24 months from the date of shipment or to 12 months from the date of start-up, whichever occurred first. In addition, the Allis-Chalmers warranty included a clause stating that the "Provisions of this paragraph represent the only warranty ... and no other warranty or conditions, statutory or otherwise shall be implied". Both the Hunter U.S. and Allis-Chalmers contracts provided that the laws of Ontario were to apply.

The trial judge noted that Hunter U.S. had designed the gearboxes and had drawn the plans and specifications for the internal working parts. He held that unless the Bechtel specifications provided to Hunter U.S. were inadequate, Hunter U.S. must take responsibility for the failures.

couronne principale et des pignons appuyait le diagnostic de déformation. La déformation continue des flasques a entraîné l'affaiblissement et la fissuration de la soudure entre les flasques et le rebord. Avec le temps, si des mesures de correction n'avaient pas été prises, les flasques auraient fini par se détacher complètement.

Syncrude a dû se charger elle-même de la réparation des boîtes d'engrenage après que Hunter U.S. et Allis-Chalmers eurent refusé d'honorer la garantie. Syncrude et les autres demanderesses réclament des dommages-intérêts à Hunter U.S. et à Allis-Chalmers pour les frais de réparation et de remise à neuf des boîtes d'engrenage, soutenant que celles-ci étaient fondamentalement défectueuses, dangereuses, inadaptées à l'usage auquel elles étaient destinées et qu'elles n'étaient pas de qualité marchande. Les défenderesses reconnaissent que les boîtes d'engrenage ont cédé parce qu'elles n'avaient pas la solidité nécessaire à l'usage qu'on en faisait, mais elles ont refusé d'accepter quelque responsabilité que ce soit. Par voie de mise en cause, Allis-Chalmers a appelé Hunter U.S. en garantie, car si Allis-Chalmers était tenue responsable, cette responsabilité découlerait du vice de conception ou de la négligence de Hunter U.S.

f Le contrat intervenu avec Hunter U.S. et celui intervenu avec Allis-Chalmers comportaient l'un et l'autre une clause de garantie qui limitait leur responsabilité à 24 mois à compter de la date de livraison ou à 12 mois à compter de la date de mise en service, selon la première échéance. De plus, la garantie consentie par Allis-Chalmers comportait une clause stipulant que [TRADUCTION] «La présente clause constitue l'unique garantie offerte [...] et il n'y a aucune autre garantie ou condition implicite, légale ou autre.» Les contrats conclus par Hunter U.S. et Allis-Chalmers mentionnaient tous les deux que les lois applicables seraient celles de l'Ontario.

i Le juge de première instance a souligné que Hunter U.S. avait conçu les boîtes d'engrenage et fourni les plans et devis de leurs composantes mécaniques internes. Il a conclu qu'à moins que le cahier de charges fourni par Bechtel à Hunter U.S. n'ait été inadéquat, Hunter U.S. devait assumer la responsabilité des bris.

Hunter U.S. contended that there was no evidence led by Syncrude to show that the specifications were not met, to which the judge responded at p. 64:

However, although the Canadian Bechtel specifications give detailed operating criteria for the gearboxes they do not extend to design details. Indeed, they expressly provide that: "Correct and adequate design is the seller's (sole) responsibility."

In my opinion Hunter U.S. did not discharge the responsibility cast upon it when it accepted the Canadian Bechtel specifications. The torque applied by the pinion gear to the bull gear is directly related to the conveyor belt load which is translated into bull gear inertia which must be overcome by pinion gear force. The strength required in the moving parts within the gearbox to move the loaded conveyor belt is a design function and that design function was entirely the responsibility of Hunter U.S. The evidence was that the design load on the conveyor belt was never exceeded. The irresistible conclusion is that it was a design fault that prevented the gearboxes from performing the service. I so find.

The judgment of the Court of Appeal for British Columbia (reported (1985), 68 B.C.L.R. 367), affirmed the trial judge's finding that the cracks in the bull gears in the gearboxes were due to a breach of the design obligations of Hunter U.S. under its contract. The court awarded the sum of \$1,000,000 against Hunter U.S., being the agreed cost, plus interest, of the repair of cracks in gears of the 32 mining gearboxes designed and supplied directly by Hunter U.S. to Syncrude.

The courts at trial and on appeal held that Hunter U.S. was not liable for the repair of the mining gearboxes under an express warranty because that warranty had expired. However, both courts also held that the cracks were in breach of the statutory warranty of reasonable fitness found in the *Sale of Goods Act* of Ontario.

Hunter U.S. a soutenu qu'aucun élément de la preuve fournie par Syncrude ne démontre que le cahier des charges n'a pas été suivi, ce à quoi le juge répond, à la p. 64:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Même si le cahier des charges fourni par Canadian Bechtel énonce des critères détaillés en ce qui concerne le fonctionnement des boîtes d'engrenage, il ne contient pas de détails relatifs à la conception. En fait, il précise qu'"Il incombe (uniquement) au vendeur de veiller à ce que la conception soit adéquate et qu'elle ne comporte aucune erreur."

Selon moi, Hunter U.S. ne s'est pas acquittée de la responsabilité qu'elle avait assumée en acceptant le cahier des charges de Canadian Bechtel. Le couple de

<sup>c</sup> torsion exercé par le pignon sur la couronne principale dépend directement de la charge de la courroie du convoyeur qui se traduit en inertie de la couronne principale que la force du pignon doit vaincre. La résistance que les pièces mobiles de la boîte d'engrenage <sup>d</sup> devaient avoir pour actionner la courroie du convoyeur chargé constitue un facteur de conception qui relevait entièrement de la responsabilité de Hunter U.S. Selon la preuve, la charge du convoyeur mentionnée dans le cahier des charges n'a jamais été excédée. La conclusion <sup>e</sup> qui s'impose est que le vice de conception a empêché les boîtes d'engrenage de servir à l'usage auquel elles étaient destinées. Telle est ma conclusion.

L'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (publié à (1985), 68 B.C.L.R. 367) a confirmé la conclusion du juge de première instance que la fissuration des couronnes principales des boîtes d'engrenage découlait de l'inexécution des obligations relatives à la conception que <sup>f</sup> Hunter U.S. avait assumées en vertu de son contrat. La cour a condamné Hunter U.S. à payer la somme d'un million de dollars, plus les intérêts, ce qui correspondait au coût convenu de la réparation des engrenages fissurés des trente-deux boîtes <sup>g</sup> d'engrenage minières que Hunter U.S. avait conçues et livrées directement à Syncrude.

Le tribunal de première instance et la Cour d'appel ont conclu que Hunter U.S. n'était pas responsable de la réparation des boîtes d'engrenage minières en vertu d'une garantie expresse parce que cette dernière était expirée. Les deux ont également statué que les fissures contrevenaient à la garantie d'adaptation à l'usage auquel des objets vendus sont destinés, que comporte la *Sale of Goods Act* de l'Ontario.

Gibbs J. accepted Syncrude's argument that the *Sale of Goods Act* applied to the contract, barring express provisions to the contrary, and therefore held the implied warranty of fitness for purposes stipulated in s. 15(1) of that Act governed. Applying the three tests proposed by Professor Fridman in *Sale of Goods in Canada* (2nd ed. 1979), at pp. 203-4, (i) that the contract be in the course of the seller's business; (ii) that the seller have knowledge of the purpose of the goods; (iii) and that the buyer rely on the seller's skill or judgment, the trial judge found Hunter U.S. liable to Syncrude for breach of s. 15(1).

In this Court, Hunter U.S. submitted that its design responsibility was limited to providing the strength required by Bechtel's specifications, and that it was Bechtel's responsibility, as author of the specifications, to design to the strength required to move the loaded conveyor belt for the length of time Syncrude wanted the boxes to work without repair.

Paragraphs 21 and 22 of the Hunter U.S. Factum read:

21. It must be emphasized that there is no evidence that Hunter's design did not provide a strength required by the specifications, and there is no evidence excluding an insufficiency in the strength required by the specifications as an alternative probable cause of the cracks when they eventually appeared.

22. In the result, the issue is one of proper interpretation of the contract: is Hunter's design obligation limited to designing in accordance with the strength required by the specifications? Or does it extend to and include the responsibility for designing to the strength required to move the loaded conveyor belt (without replacing a single gear) for more than twenty months of continuous service? If the former, the appeal succeeds entirely.

Counsel for Hunter U.S. quoted the design requirements set out in the specifications:

Le juge Gibbs a fait droit à la prétention de Syncrude que la *Sale of Goods Act* s'appliquait au contrat, à défaut de dispositions expresses contraires, et, en conséquence, il a conclu que la garantie implicite d'adaptation à un usage particulier mentionnée au par. 15(1) de la Loi s'appliquait. Appliquant le triple critère proposé par le professeur Fridman dans son ouvrage intitulé *Sale of Goods in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1979), aux pp. 203 et 204, savoir

- a* (i) que le contrat doit se situer dans le cours du commerce du vendeur, (ii) que le vendeur doit connaître l'usage auquel les objets sont destinés, et (iii) que l'acheteur doit s'en remettre à la compétence ou au jugement du vendeur, le juge de première instance a conclu que Hunter U.S. était responsable envers Syncrude de la violation du par. 15(1).

En cette Cour, Hunter U.S. a soutenu que la responsabilité relative à la conception se limitait à fournir des objets ayant la solidité requise par le cahier des charges de Bechtel et qu'il incombaît à Bechtel, à titre d'auteur du cahier des charges, de préciser la solidité nécessaire pour actionner la courroie du convoyeur chargé pour la durée de vie utile sans réparation que Syncrude voulait que les boîtes d'engrenage aient.

Les paragraphes 21 et 22 du mémoire de Hunter U.S. sont ainsi rédigés:

[TRADUCTION] 21. Il faut souligner qu'il n'y a aucune preuve que le modèle conçu par Hunter n'avait pas la solidité exigée par le cahier des charges et qu'aucun élément de preuve n'écarte l'insuffisance de la solidité exigée par le cahier des charges comme cause subsidiaire probable des fissures qui ont fini par apparaître.

22. En définitive, la question était de savoir quelle interprétation il fallait donner au contrat: l'obligation de Hunter relativement à la conception se limite-t-elle à concevoir conformément à la solidité prescrite par le cahier des charges? Ou encore s'étend-elle à la responsabilité de concevoir selon la solidité nécessaire pour actionner la courroie du convoyeur chargé (sans remplacer un seul engrenage) pendant plus de vingt mois d'utilisation continue? Si c'est la première hypothèse qui s'applique, le pourvoi doit être accueilli en totalité.

L'avocat de Hunter U.S. cite les conditions de conception précisées dans le cahier des charges:

### 1.11 Requirements

The specifications, requirement drawings and date sheets included herewith represent minimum requirements.

This Specification covers all engineering services required to complete the design in accordance with the specifications. Correct and adequate design is the Seller's sole responsibility. [Underlining by counsel.]

and referred to clause 10.2.4 of the Specifications, headed "Service Factors":

Gear reducers shall conform to AGM.<sup>A</sup> standards for 1.5 mechanical service factor and 1 : 1 thermal service factor based on rated motor horsepower with motor service factor of 1.0. The mechanical rating shall permit loads of 275% of motor rated horsepower for starting and for momentary peak loads up to six occurrences per hour, and shall permit single starts at loads of 300 percent of motor rated horsepower (200 percent of reducer rating).

Syncrude took a somewhat different view of the matter, contending that the specifications were in fact drafted by Hunter U.S. and incorporated into the contract on the recommendation of Hunter U.S. Counsel submitted that it was necessary to review the history under which the contract specifications came into being. I will summarize that submission in the paragraphs immediately following.

The first oil sands plant built in the area of Fort McMurray, Alberta, was built by Great Canadian Oil Sands ("GCOS") in the early 1970s. In about 1972, Hunter U.S. designed and supplied the gearboxes and the conveyor system of GCOS. The gearboxes supplied to GCOS were virtually identical in design to the gearboxes subsequently supplied to Syncrude. In 1974, Syncrude was in the planning stages for the construction of its plant. Hunter approached Syncrude and held itself out as being an expert in the design of gearboxes for the specific operation which Syncrude intended. Hunter U.S. supplied complete specifications for its gearboxes to Syncrude and represented that the specifications would be suitable for the particular purpose Syncrude intended.

### [TRADUCTION] 1.11 Conditions

Les devis, les dessins et les échéanciers ci-joints constituent des conditions minimales.

Le présent cahier de charges vise tous les services techniques requis pour terminer la conception conformément aux devis. La justesse et l'à-propos de la conception relèvent entièrement de la responsabilité du vendeur. [C'est l'avocat qui souligne.]

et il cite la clause 10.2.4 du cahier des charges intitulée [TRADUCTION] «Facteurs de charge»:

[TRADUCTION] Les réducteurs à engrenage seront conformes aux normes de l'AGMA applicables à un facteur de charge mécanique de 1,5 et à un facteur de charge thermique de 1 : 1 en fonction d'une puissance nominale de moteur et d'un facteur de charge motrice de 1.0. La puissance mécanique nominale pourra accommoder des charges de 275 pour 100 de la puissance nominale du moteur lors du départ et de charges maximales momentanées jusqu'à six à l'heure et pourra accommoder des départs en charge de 300 pour 100 de la puissance nominale du moteur (200 pour 100 de la capacité nominale du réducteur).

Syncrude a adopté un point de vue quelque peu différent, soutenant que Hunter U.S. a elle-même rédigé le cahier des charges et recommandé de l'intégrer au contrat. L'avocat a soutenu qu'il était nécessaire d'examiner l'historique de la rédaction du cahier des charges. Je résumerai cet argument dans les paragraphes qui suivent immédiatement.

La première usine de sables bitumineux dans la région de Fort McMurray, en Alberta, a été construite par Great Canadian Oil Sands ("GCOS") au début des années 1970. Vers 1972, Hunter U.S. a conçu et fourni les boîtes d'engrenage et le système de convoyeurs utilisé par GCOS. Les boîtes d'engrenage fournies à GCOS étaient de conception presque identique à celles que Syncrude a acquises plus tard. En 1974, Syncrude en était à planifier la construction de ses installations. Hunter a approché Syncrude et s'est présentée à elle comme experte dans la conception de boîtes d'engrenage adaptées aux opérations précises que Syncrude voulait entreprendre. Hunter U.S. a fourni un cahier des charges complet de ses boîtes d'engrenage à Syncrude et a fait valoir que qu'il conviendrait à l'usage particulier que Syncrude avait en vue.

The specifications gave various details regarding performance requirements of the gearboxes. However, they did not give any details of the dimensions of the components within the gearboxes. The service factors to which counsel for Hunter U.S. referred were taken directly from the original proposal of Hunter U.S. The mechanical service factor of 1.5 x horsepower, the thermal service factor of 1 : 1 and the mechanical rating of 275% of motor rated horsepower for up to six starts per hour are all found in proposed specifications. There was nothing in the specifications which related to the part of the low speed gear which eventually failed.

Syncrude accepted the representations of Hunter U.S. as to its ability to produce suitable gearboxes for Syncrude's purpose and issued a purchase order to Hunter U.S. into which the specifications suggested by Hunter U.S., including the precise service factors were incorporated.

Counsel for Syncrude also made the following additional points:

(i) the contract expressly provided, "Correct and adequate design is the Seller's sole responsibility";

(ii) Mr. Rao Duvvuri, the design engineer employed by Hunter U.S., who designed the gearboxes for both GCOS and Syncrude and prepared detailed design drawings of all the components of the gearboxes for the purposes of manufacture never discussed any of the matters relating to the design of the bull gear with Syncrude or Bechtel at any time;

(iii) the gearboxes should last 20 years; bull gears would normally be expected to last "10 years or beyond", yet Hunter U.S. conceded at paragraph 27 of its Statement of Facts that, "There is no dispute that the strength of the moving parts within the gear boxes was inadequate to carry the conveyor belt for longer than two years without at least one failure.";

Le cahier des charges donnait divers détails au sujet des conditions de fonctionnement des boîtes d'engrenage. Cependant, il ne donnait aucune précision sur les dimensions des composantes des boîtes d'engrenage. Les facteurs de charge que l'avocat de Hunter U.S. a cités sont tirés directement de l'offre initiale de Hunter U.S. Le facteur de charge mécanique de 1,5 fois la puissance, le facteur de charge thermique de 1 : 1 et la puissance mécanique de 275 pour 100 de la puissance nominale du moteur pouvant accommoder jusqu'à six départs par heure se trouvent tous dans le cahier des charges proposé. Il n'y a rien dans le cahier des charges au sujet de la partie de l'engrenage à faible vitesse qui a fini par céder.

Syncrude a ajouté foi aux déclarations de Hunter U.S. qui prétendait avoir la capacité de fabriquer des boîtes d'engrenage convenant à l'usage auquel Syncrude voulait les destiner et elle a passé la commande à Hunter U.S., à laquelle on a incorporé le cahier des charges proposé par Hunter U.S., y compris les facteurs de charge précis qui y figuraient.

L'avocat de Syncrude a aussi présenté les arguments suivants:

(i) le contrat dit explicitement qu'"Il incombe uniquement au vendeur de veiller à ce que la conception soit adéquate et qu'elle ne comporte aucune erreur."

(ii) M. Rao Duvvuri, l'ingénieur-conseil employé par Hunter U.S., qui a conçu les boîtes d'engrenage fournies à GCOS et à Syncrude et qui a préparé les dessins de conception détaillés de toutes les composantes des boîtes d'engrenage pour les fins de leur fabrication n'a jamais eu d'entretien au sujet de la conception de la couronne principale avec Syncrude ou Bechtel à quelque moment que ce soit;

(iii) les boîtes d'engrenage devaient durer vingt ans, les couronnes principales auraient dû normalement durer [TRADUCTION] «au moins dix ans». Au surplus, Hunter U.S. a reconnu au paragraphe 27 de son exposé des faits qu'[TRADUCTION] «On ne conteste pas que la résistance des pièces mobiles des boîtes d'engrenage était insuffisante pour actionner la courroie du convoyeur pendant plus de deux ans sans qu'il se produise au moins un seul bris»;

(iv) Hunter U.S. called no expert witness, nor any evidence at all, except for certain extracts from the examination for discovery.

The following passage from the reasons of the trial judge at pp. 70-71, is apposite:

... on February 20, 1974 Hunter U.S., in the course of soliciting orders, sent Canadian Bechtel a technical description of their gearboxes, described as "shaft mounted conveyor drives". In the covering letter they said:

"Furthering our telephone conversation c.f last week, I am attaching two (2) copies of Specifications for the 1250 HP, 60 RPM output gear reducers.

Three Specifications are drawn up for installations in locations such as the Fort McMurray, Alberta Oil Sands Operation, and have been found quite suitable in other installations in that area.

We have included the Ringfedar ring shaft mounting as you indicated, also.

Please keep us informed on this project, and when you are in a position to accept prices for these units, we will be happy to respond with a minimum of delay."

And in a summary sheet:

"This specification is for a geared drive assembly designed to power a belt conveyor.

This drive group has been designed for installation and operation in the remote areas and hostile environment normal to the mining industry. The units are designed for a high degree of reliability based on design arts developed in similar installations. Special design consideration has been made for field servicing in the event it is necessary."

And on the introduction page of the descriptive document, described as "technical specifications":

"This specification has been prepared to qualify HUNTER ENGINEERING COMPANY INC., as a competent and experienced manufacturer of specialized gear driving equipment.

Hunter drives are designed for specific applications, incorporating those features required to minimize operational and environmental hazards having an

(iv) Hunter U.S. n'a pas fait déposer de témoin expert et n'a produit aucune preuve, si ce n'est des extraits de l'interrogatoire préalable.

Le passage suivant tiré des pp. 70 et 71 des motifs du juge de première instance est à propos:

[TRADUCTION] ... le 20 février 1974, Hunter U.S., qui cherchait des commandes, a fait parvenir à Canadian Bechtel une description technique de ses boîtes d'engrenage qu'elle définissait comme «des entraînements de convoyeurs à arbre». Dans la lettre d'accompagnement, on disait:

«Pour donner suite à notre conversation téléphonique de la semaine dernière, je joins deux (2) copies du cahier des charges des réducteurs à engrenage de 1 250 HP à 60 tr/min.

Trois cahiers des charges ont été préparés pour des installations dans des endroits comme l'exploitation des sables bitumineux de Fort McMurray et ils ont été jugés tout à fait convenables dans d'autres installations de cette région.

De plus, nous avons inclus un support d'arbre Ringfedar comme vous l'aviez indiqué.

Veuillez nous tenir au courant de l'évolution de ce projet et, quand vous serez en mesure de recevoir des propositions de prix pour ces appareils, nous nous ferons un plaisir de vous les fournir dans les plus brefs délais.»

Sur une feuille récapitulative, on pouvait lire:

«Le présent cahier des charges porte sur un mécanisme d'entraînement par engrenages destiné à actionner un convoyeur à courroie.

Ce mécanisme d'entraînement a été conçu en vue d'être installé et utilisé dans les régions éloignées et dans l'environnement hostile où s'exercent normalement les activités de l'industrie minière. Les unités en question sont conçues selon des techniques mises au point dans des installations similaires, de manière à assurer une grande fiabilité. Dans la conception, une attention spéciale a été portée à l'entretien sur place au cas où cela serait nécessaire.»

À la page de présentation du document descriptif appelé «devis techniques», on trouve ceci:

«Le présent cahier des charges a été préparé afin que HUNTER ENGINEERING COMPANY INC. soit reconnue comme une fabricante compétente et expérimentée de trains d'engrenage destinés à des usages spéciaux.

Les mécanismes d'entraînement de Hunter sont conçus en vue d'usages précis et sont dotés des caractéristiques nécessaires pour réduire au minimum les

adverse effect on the performance of the unit. Our market effort is directed towards those unique applications which challenge our designer's [sic] ingenuity. Hunter has the engineering, manufacturing and financial resources to supply the complete drive package designed to reliably power any defined processing function."

I am strongly of the opinion that upon its true construction the contract dated January 29, 1975, between Syncrude and Hunter U.S., places responsibility for the design of the gearboxes solely upon Hunter U.S., and that Hunter U.S. failed to discharge that responsibility. I would affirm the conclusions of the British Columbia courts on this point. I would reject the argument that Hunter U.S. had merely designed the gears according to specifications provided by Syncrude's agent and, therefore, if the specifications were inadequate, Syncrude was to blame. The words used in the contract clearly indicate a creative role for Hunter U.S. The specifications provided by Syncrude in the contract were specifications about what gearboxes were required to do, not how they were to be built. Specific design details were Hunter U.S.'s responsibility. There is no evidence that the specifications themselves were faulty; the evidence shows that the design was inadequate and design was solely Hunter U.S.'s responsibility.

Hunter U.S. knew the gearboxes were required to move a conveyor belt. Its tender to Syncrude of February 20, 1974, read in part:

This specification is for a geared drive assembly designed to power a belt conveyor.

As Anderson J.A. observed in the Court of Appeal at p. 376:

Hunter was well aware from the outset that the specifications were not to be construed in a vacuum but with regard to the system as a whole.

risques pour le bon fonctionnement de chaque unité présentés par les conditions d'utilisation et par l'environnement.. Nous nous efforçons de mettre sur le marché des produits destinés à des usages uniques qui font appel à toute l'ingéniosité de nos concepteurs. Hunter dispose des moyens techniques, des moyens de production et des ressources financières nécessaires pour fournir un ensemble complet d'entraînement conçu pour répondre d'une manière fiable à un usage déterminé.»

b

Je suis tout à fait convaincu que, selon son sens véritable, le contrat intervenu entre Syncrude et Hunter U.S. le 29 janvier 1975 attribue à Hunter U.S. seule la responsabilité de concevoir les boîtes d'engrenage et que Hunter ne s'est pas acquittée de cette responsabilité. Je suis d'avis de confirmer les conclusions de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur ce point. Je rejette l'argument portant que Hunter U.S. s'est contentée de concevoir les engrenages selon le cahier des charges fourni par la mandataire de Syncrude et que, si ce cahier des charges était inadéquat, c'est Syncrude qu'il fallait blâmer. Les termes employés dans le contrat indiquent clairement que Hunter U.S. était appelée à jouer un rôle de création. Le cahier des charges fourni par Syncrude dans le contrat énonce l'usage auquel étaient destinées les boîtes d'engrenage et non la façon dont elles devaient être construites. Les détails précis de la conception relevaient de la responsabilité de Hunter U.S. Il n'y a aucune preuve que le cahier des charges lui-même ait été incorrect; la preuve révèle que la conception était inadéquate et qu'elle relevait de la seule responsabilité de Hunter U.S.

Hunter U.S. savait que les boîtes d'engrenage serviraient à actionner une courroie de convoyeur. L'offre qu'elle a présentée à Syncrude, le 20 février 1974, se lisait notamment ainsi:

[TRADUCTION] Le présent cahier des charges porte sur un mécanisme d'entraînement par engrenages destiné à actionner un convoyeur à courroie.

Comme l'a fait observer le juge Anderson de la Cour d'appel, à la p. 376:

[TRADUCTION] Hunter savait très bien depuis le début qu'il fallait interpréter le cahier des charges non pas dans l'abstrait, mais en fonction du système au complet.

i

j

## II

The Contractual Warranty

In light of the design obligations of Hunter U.S., Syncrude attempts to rely on the contractual warranty provisions in both the Hunter U.S. and Allis-Chalmers contracts. Although the general clause is the same in both contracts, the warranty was modified differently in each document. Because the difference between these modifications is important for the statutory warranty argument, I include the entire text of the main provisions and the modifications. The general provision common to both contracts provided:

**8. WARRANTIES—GUARANTEES:** Seller warrants that the goods shall be free from defects in design, material, workmanship, and title, and shall conform in all respects to the terms of this purchase order, and shall be of the best quality, if no quality is specified. If it appears within one year from the date of placing the equipment in service for the purpose for which it was purchased, that the equipment, or any part thereof, does not conform to these warranties and Buyer so notifies Seller within a reasonable time after its discovery, Seller shall thereupon promptly correct such nonconformity as its sole expense . . . Except as otherwise provided in this purchase order, Seller's liability hereunder shall extend to all damages proximately caused by the breach of any of the foregoing warranties or guarantees, but such liability shall in no event include loss of profit or loss of use.

## II

La garantie contractuelle

Compte tenu des obligations relatives à la conception qui incombaient à Hunter U.S., Syncrude cherche à invoquer les dispositions en matière de garantie contenues dans les contrats conclus avec Hunter U.S. et Allis-Chalmers. Bien que la clause générale soit la même dans les deux contrats, la garantie a été modifiée de façon différente dans chaque document. Parce que la différence entre ces modifications est importante aux fins de l'argument fondé sur la garantie légale, je citerai le texte complet des dispositions principales et des modifications. La disposition générale commune aux deux contrats est ainsi conçue:

[TRADUCTION] **8. GARANTIES:** Le vendeur garantit que les marchandises seront exemptes de vices de conception, de matériau, de fabrication et de titre et qu'elles seront à tous les égards conformes aux conditions stipulées au présent bon de commande et, si aucune mention n'est faite de la qualité, elles seront de la meilleure qualité. S'il appert, dans l'année qui suit la date de sa mise en service aux fins pour lesquelles il a été acquis, que l'équipement ou une partie de l'équipement n'est pas conforme aux présentes garanties et que l'acheteur en avise le vendeur dans un délai raisonnable après que la non-conformité a été constatée, le vendeur est alors tenu de corriger sans tarder et à ses propres frais cette situation [ . . . ] Sauf disposition contraire du présent bon de commande, le vendeur est responsable de tous les dommages causés directement par la violation des garanties susmentionnées, mais il n'est nullement responsable du manque à gagner, ni des pertes résultant de la mise hors service.

The clause was modified in the Hunter U.S. contract to read:

**WARRANTY:**

Twenty-four (24) months from date of shipment to twelve (12) months from date of start-up whichever occurs first.

The Allis-Chalmers contract was modified to read:

**WARRANTY:**

24 months from date of shipment or 12 months from date of start-up, whichever occurs first.

Cette clause a été modifiée dans le contrat intervenu avec Hunter U.S. de la façon suivante:

[TRADUCTION] **GARANTIE:**

Vingt-quatre (24) mois à compter de la date de livraison ou douze (12) mois à compter de la date de mise en service, selon la première échéance.

i Le contrat conclu avec Allis-Chalmers a été modifié de la façon suivante:

[TRADUCTION] **GARANTIE:**

24 mois à compter de la date de livraison ou 12 mois à compter de la date de mise en service, selon la première échéance.

## NOTES:

Buyer's General Conditions supersede the Seller's Terms and Conditions of Sale and shall apply to this Purchase Order except as amended herein:

## A. Paragraph 8—"Warranties—Guarantees"

The final sentence of paragraph 8 is hereby deleted. In its place shall be, "The Provisions of this paragraph represent the only warranty of the Seller and no other warranty or conditions, statutory or otherwise shall be implied." The warranty period shall be twelve (12) months from the date of operation or 24 months from the date of shipment, whichever occurs first . . . .

Two crucial factors emerge from these provisions. First, the relevant time period during which the warranties apply is 12 months from the date of putting the equipment into operation or 24 months from the date of shipment, whichever occurs first. Second, the Hunter U.S. provision does not exempt Hunter U.S. from warranties that arise from statutes.

The trial judge found the date of start-up to have been July 4, 1978. This was more than one year before the weakness in the gearboxes was first detected in September 1979. On this basis the trial judge rightly held that Syncrude was out of time and could not rely on the contractual warranty provisions.

Syncrude advances two arguments to suggest that it is entitled to rely on the contractual warranty. Both arguments are unconvincing and can be dismissed with little discussion. First, Syncrude alleges that the warranty clauses were not limited in time. It bases this claim on reading s. 8 as containing four distinct provisions. The first provision, contained in the first sentence, makes no mention of time and is therefore not limited in duration. This seems an incredible interpretation of a warranty provision. As a matter of contractual interpretation it makes sense to read the provision as a whole and not as four disjunctive parts.

The second argument is Syncrude's allegation that the defect "appeared" in the sense that the

## NOTES:

Les conditions générales de l'acheteur remplacent les modalités de la vente par le vendeur et elles s'appliquent à la présente commande sauf dans la mesure où elles sont modifiées aux présentes:

## a. A. Paragraphe 8—Garanties

La dernière phrase du paragraphe 8 est supprimée et remplacée par ce qui suit: «La présente clause constitue l'unique garantie offerte par le vendeur et il n'y a aucune autre garantie ou condition implicite, légale ou autre.» La durée de la garantie sera de douze (12) mois à compter de la date de mise en service ou de vingt-quatre (24) mois à compter de la date de livraison, selon la première échéance . . . .

c. Deux facteurs cruciaux se dégagent de ces dispositions. Premièrement, la période de garantie applicable est de 12 mois à compter de la date de mise en service du matériel ou de 24 mois à compter de la date de livraison, selon la première échéance. Deuxièmement, la disposition dans le contrat conclu avec Hunter U.S. ne la soustrait pas aux garanties légales.

e. Le juge de première instance a conclu que la date de mise en service était le 4 juillet 1978. Cela représentait plus d'une année avant que la fai-blesse des boîtes d'engrenage ne soit détectée pour la première fois en septembre 1979. Par conséquent, le juge de première instance a eu raison de f. conclure qu'il était trop tard pour que Syncrude puisse invoquer la garantie contractuelle.

g. Syncrude avance deux arguments la justifiant d'invoquer la garantie contractuelle. Ces deux arguments ne sont pas convaincants et peuvent être rejetés sans qu'il soit nécessaire d'en discuter longuement. D'abord, Syncrude prétend que les clauses de garantie n'avaient pas de durée d'application limitée. Elle fonde sa prétention sur la perception de quatre dispositions distinctes dans l'art. 8. La première disposition, contenue dans la première phrase, ne mentionne aucun délai et s'applique donc indéfiniment. Cette interprétation d'une disposition portant garantie paraît invraisemblable. Selon les règles d'interprétation des contrats, il est normal de considérer l'article comme un tout plutôt que comme quatre dispositions disjonctives.

j. Dans le second argument, Syncrude soutient que le vice est «apparu», au sens où ce mot est utilisé

word is used in the warranty clause within the relevant time period. This claim rests on the allegations that the design defect "appeared" in the original drawings submitted by Hunter U.S. and that Hunter U.S. had knowledge of the defect before the gearboxes were operational. In response to this argument the trial judge stated that Syncrude was proposing an extraordinary meaning of "appears", i.e., knowledge or deemed knowledge of Hunter U.S. The judge held that the word "appears" should be given its ordinary meaning, which is to become visible to Syncrude. This interpretation must be correct; any other interpretation would be stretching the meaning of the word beyond recognition.

### III

#### The Implied Statutory Warranty

Since neither Hunter U.S. nor Allis-Chalmers could be held liable for breach of contractual warranty, the remaining option is to found liability on the basis of statutory warranty. The parties, an Alberta based and an American based company had provided in the contract that the laws of Ontario were to apply. Syncrude contends that both Hunter U.S. and Allis-Chalmers breached s. 15(1) of the Ontario *Sale of Goods Act*, which reads:

**15.** Subject to this Act and any statute in that behalf, there is no implied warranty or condition as to the quality or fitness of any particular purpose of goods supplied under a contract of sale, except as follows:

1. Where the buyer, expressly or by implication, makes known to the seller the particular purpose for which the goods are required so as to show that the buyer relies on the seller's skill or judgment, and the goods are of a description that it is in the course of the seller's business to supply (whether he is the manufacturer or not), there is an implied condition that the goods will be reasonably fit for such purpose, but in the case of a contract for the sale of a specified article under its patent or other trade name there is no implied condition as to its fitness for any particular purpose.

[Emphasis added.]

Section 53 of the *Sale of Goods Act* expressly provides for contracting out of the provisions of the Act. This may be accomplished by express

dans la clause de garantie, pendant le délai utile. Cette prétention se fonde sur les allégations portant que le vice de conception «apparaissait» dans les dessins originaux soumis par Hunter U.S. et que celle-ci connaissait l'existence du vice avant que les boîtes d'engrenage ne soient mises en service. Pour répondre à cet argument, le juge de première instance affirme que Syncrude attribue au mot «appert» un sens inusité, c'est-à-dire la connaissance réelle ou présumée de la part de Hunter U.S. Le juge a statué que le mot «appert» doit s'interpréter selon son sens ordinaire qui est «devenir apparent» pour Syncrude. Cette interprétation est correcte; toute autre interprétation revient à donner à ce mot un sens qu'il n'a pas.

### III

#### La garantie légale implicite

Puisque ni Hunter U.S., ni Allis-Chalmers ne peuvent être tenues responsables de non-respect de la garantie contractuelle, il reste la possibilité de les tenir responsables en fonction de la garantie légale. Les parties, l'une ayant ses assises en Alberta et l'autre, aux États-Unis, ont mentionné dans le contrat que les lois applicables seraient celles de l'Ontario. Syncrude soutient que Hunter U.S. et Allis-Chalmers ont violé le par. 15(1) de la *Sale of Goods Act* de l'Ontario, qui se lit ainsi:

[TRADUCTION] **15.** Sous réserve des lois pertinentes, il n'existe pas de garantie ou de condition implicite relative à la qualité des objets fournis en vertu d'un contrat de vente ni à leur adaptation à un usage particulier, sauf dans les cas suivants:

1. Il y a une condition implicite que les objets sont raisonnablement adaptés à l'usage particulier que l'acheteur fait connaître expressément ou implicitement au vendeur, en montrant qu'il s'en remet à la compétence ou au jugement de celui-ci, lorsque les objets correspondent à la description de ceux que le vendeur fournit dans le cours de son commerce, qu'il en soit ou non le fabricant. Il n'y a pas de condition implicite relative à l'adaptation à un usage particulier d'un article déterminé vendu sous son appellation brevetée ou sous une autre autre appellation commerciale. [Je souligne.]

L'article 53 de la *Sale of Goods Act* prévoit expressément qu'il est possible d'écartier l'application de cette loi. Cela peut se faire par convention

agreement. Clearly the provision in the Allis-Chalmers contract reproduced above is sufficient to exclude the operation of the implied warranty.

The trial judge had no difficulty in concluding that, as against Hunter U.S., all three prerequisites for the application of s. 15(1) had been met. Hunter U.S. presents three arguments challenging this result. First, it submits that Syncrude did not rely on Hunter's expertise as it was Syncrude which supplied the specifications. In light of the earlier finding concerning the nature of Hunter's design obligation, this argument cannot prevail. As the trial judge pointed out, Hunter U.S. could only succeed if there were evidence that Syncrude or Bechtel possessed and exercised skill and judgment in the design and manufacture of gearboxes. No such evidence was introduced.

Second, Hunter U.S. argues that because the gearboxes worked for more than one year, they were reasonably fit for their purpose. This seems difficult to accept when, as Syncrude contends, a gearbox is expected to operate without problem for more than ten years. I fail to understand how anything as seriously flawed as the gearboxes in the case at bar could be said to be reasonably fit.

Finally, Hunter U.S. argues that Syncrude cannot rely on the statutory warranty because it is inconsistent with the warranty embodied in the contract. According to s. 15(4) of the *Sale of Goods Act*, an implied condition can be negated by an express warranty if the two are inconsistent. As mentioned earlier, s. 53 also allows parties to contract out of the provisions of the Act. Hunter U.S.'s argument is that the very presence of the express warranty renders the statutory warranty inapplicable. Again, this cannot be the correct position. The mere presence of an express warranty in the contract does not mean that the statutory warranties are inconsistent. If one wishes to contract out of statutory protections, this must be

expresse. Manifestement, la disposition du contrat d'Allis-Chalmers, reproduite plus haut, est suffisante pour exclure l'application de la garantie implicite.

- <sup>a</sup> Le juge de première instance a conclu sans difficulté, au détriment de Hunter U.S., que les trois conditions préalables à l'application du par. 15(1) étaient remplies. Hunter U.S. invoque trois moyens pour contester cette conclusion. D'abord, elle soutient que Syncrude ne s'en est pas remise à la compétence de Hunter puisque c'est Syncrude qui a fourni le cahier des charges. En raison de la conclusion déjà mentionnée quant à la nature de
- <sup>b</sup> l'obligation assumée par Hunter en matière de conception, cette prétention est rejetée. Comme l'a souligné le juge de première instance, Hunter U.S. ne pourrait avoir gain de cause que s'il était prouvé que Syncrude ou Bechtel avaient fait preuve de compétence et de jugement dans la conception et la fabrication de boîtes d'engrenage. Aucune preuve de cette nature n'a été soumise.

- <sup>c</sup> En deuxième lieu, Hunter affirme que puisque les boîtes d'engrenage ont fonctionné pendant plus d'une année, elles étaient raisonnablement adaptées à l'usage auquel elles étaient destinées. Cela semble difficile à accepter quand, au dire de Syncrude, une boîte d'engrenage devrait normalement fonctionner sans problème pendant plus de dix ans. Je ne comprends pas comment on peut dire que des boîtes d'engrenage aussi défectueuses que celles dont il est question en l'espèce sont raisonnablement adaptées à l'usage auquel elles sont destinées.

- <sup>d</sup> Enfin, Hunter U.S. soutient que Syncrude ne peut invoquer la garantie légale parce que celle-ci est incompatible avec la garantie inscrite au contrat. Conformément au par. 15(4) de la *Sale of Goods Act*, une garantie expresse peut invalider une condition implicite si les deux sont incompatibles. Comme je l'ai déjà dit, l'art. 53 permet également aux parties d'écartier l'application de la Loi. Hunter U.S. soutient que la présence même de la garantie expresse rend la garantie légale inapplicable. Cette affirmation n'est pas non plus acceptable. La seule présence d'une garantie expresse dans le contrat ne signifie pas que les garanties légales sont incompatibles avec elle. Si quelqu'un veut écartier les garanties légales, il doit

done by clear and direct language, particularly where the parties are two large, commercially sophisticated companies. This seems to be well-established in the case law, as Eberle J. makes clear in *Chabot v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 417 (Ont. H.C.)

I would adopt the following passage from the reasons of Gibbs J. at trial at p. 73:

Hunter U.S. cannot avoid liability under s. 15.1 of the Ontario Sale of Goods Act. The design and manufacture of the gearboxes was in the course of Hunter U.S. business activities. Hunter U.S. knew the purpose of the gearboxes. Syncrude, through its agent, relied upon the skill and judgment of Hunter U.S. The gearboxes were not reasonably fit for the purpose for which they were required. Hunter U.S. is in breach of the implied condition in s. 15.1.

#### IV

#### Fundamental Breach

It will now be convenient to consider the liability to Syncrude of Allis-Chalmers and in turn of Hunter U.S. on the third party claim of Allis-Chalmers. The facts can be briefly stated. The purchase agreement contained in para. 8 a warranty modified, as stated earlier, to exclude statutory warranties or conditions. Paragraph 14 of the agreement read:

#### C. Paragraph 14—Limitation of Liability

Notwithstanding any other provision in this contract or any applicable statutory provisions neither the Seller nor the Buyer shall be liable to the other for special or consequential damages or damages for loss of use arising directly or indirectly from any breach of this contract, fundamental or otherwise or from any tortious acts or omissions of their respective employees or agents and in no event shall the liability of the Seller exceed the unit price of the defective product or of the product subject to late delivery.

le faire de façon claire et nette, surtout quand les parties sont deux importantes sociétés commerciales ayant une grande expérience des affaires. Cela semble bien établi dans la jurisprudence, comme le

a dit clairement le juge Eberle dans l'affaire *Chabot v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 417 (H.C. Ont.).

b Je fais mien le passage suivant tiré de la p. 73 des motifs du juge Gibbs de première instance:

[TRADUCTION] Hunter U.S. ne peut se soustraire à la responsabilité que crée le par. 15(1) de la Sale of Goods Act de l'Ontario. La conception et la fabrication des boîtes d'engrenage se situaient dans le cours du commerce de Hunter U.S. Cette dernière connaissait l'usage auquel les boîtes d'engrenage étaient destinées. Syncrude, par sa mandataire, s'en est remise à la compétence et au jugement de Hunter U.S. Les boîtes d'engrenage n'étaient pas raisonnablement adaptées à l'usage auquel elles étaient destinées. Hunter U.S. a violé la condition implicite du par. 15(1).

#### IV

#### L'inexécution fondamentale

Il convient maintenant d'examiner la responsabilité d'Allis-Chalmers, puis ensuite celle de Hunter U.S. envers Syncrude en vertu de l'appel en garantie formulé par Allis-Chalmers. Les faits peuvent être énoncés brièvement. Le contrat d'achat comporte à son par. 8 une garantie modifiée qui, comme je l'ai déjà dit, écarte les garanties ou conditions légales. Le paragraphe 14 du contrat est ainsi conçu:

[TRADUCTION] C. Paragraphe 14—Limitation de responsabilité

i Nonobstant toute autre disposition du présent contrat ou toute disposition législative applicable, ni le vendeur ni l'acheteur n'est tenu de verser à l'autre des dommages-intérêts spéciaux ni des dommages-intérêts pour un préjudice indirect ou encore pour la perte d'usage résultant directement ou indirectement d'une inexécution, fondamentale ou autre, du présent contrat, ou résultant d'un acte ou d'une omission délictueux de la part de leurs employés ou de leurs mandataires respectifs et en aucun cas la responsabilité du vendeur ne dépassera le prix unitaire du produit défectueux ou du produit non livré dans les délais prévus.

The price of the fourteen conveyor systems and accessories purchased from Allis-Chalmers was \$4,166,464. The agreed cost of the repairs was \$400,000; including pre-judgment interest, \$535,000. In the face of the contractual provisions, Allis-Chalmers can only be found liable under the doctrine of fundamental breach.

The Court of Appeal differed with the trial judge on the question of fundamental breach. At trial Gibbs J., at pp. 74-76, quoted with approval from the judgment of Stratton J.A., as he then was, in *Sperry Rand Canada Ltd. v. Thomas Equipment Ltd.* (1982), 135 D.L.R. (3d) 197 (N.B.C.A.), at pp. 205-6, and the judgment of Harradence J.A. in *Gafco Enterprises Ltd. v. Schofield*, [1983] 4 W.W.R. 135 (Alta. C.A.), at pp. 139-41.

Applying the principle of these cases to the purchase order and the nature of the defect in the bull gears, Gibbs J. concluded that the case for fundamental breach had not been made out. He said at pp. 77-78:

As to the nature of the defect, in my opinion it was not so fundamental that it went to the root of the contract. The contract between the parties was still a contract for gearboxes. Gearboxes were supplied. They were capable of performing their function and did perform it for in excess of a year which, given the agreed time limitations, was the "cost free to Syncrude" period contemplated by the parties. It was conceded that the gearboxes were not fit for the service. However, the unfitness, or defect, was repairable and was repaired at a cost significantly less than the original purchase price. No doubt the bull gear is an important component of the gearbox but no more important than the engine in an automobile and in the *Gafco Ent.* case the failure of the engine was not a sufficiently fundamental breach to lead the Court to set aside the contract of sale. On my appreciation of the evidence Syncrude got what it bargained for . . . It has not convinced me that there was fundamental breach.

On appeal, Anderson J.A. reviewed a number of authorities including the judgment of Seaton J.A.

Le prix des quatorze systèmes de convoyeurs et de leurs accessoires acquis d'Allis-Chalmers était de 4 166 464 \$. Le coût convenu des réparations était de 400 000 \$, et de 535 000 \$ si l'on ajoutait <sup>a</sup> les intérêts courus jusqu'au moment du jugement. Compte tenu des dispositions du contrat, Allis-Chalmers ne peut être tenue responsable qu'aux termes du principe de l'inexécution fondamentale.

- <sup>b</sup> La Cour d'appel n'a pas partagé l'avis du juge de première instance sur la question de l'inexécution fondamentale. En première instance, aux pp. 74 à 76, le juge Gibbs a cité et approuvé les motifs du juge Stratton, alors juge de la Cour d'appel,
- <sup>c</sup> dans l'affaire *Sperry Rand Canada Ltd. v. Thomas Equipment Ltd.* (1982), 135 D.L.R. (3d) 197 (C.A.N.-B.), aux pp. 205 et 206, et ceux du juge Harradence dans l'affaire *Gafco Enterprises Ltd. v. Schofield*, [1983] 4 W.W.R. 135 (C.A. Alb.), aux pp. 139 à 141.

Appliquant le principe établi par ces arrêts au bon d'achat et à la nature du vice des couronnes principales, le juge Gibbs a conclu qu'on n'avait <sup>e</sup> pas prouvé l'existence d'une inexécution fondamentale. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 77 et 78:

[TRADUCTION] Quant à la nature du vice, j'estime que celui-ci n'était pas fondamental au point de toucher à la base même du contrat. Le contrat intervenu entre les parties n'en portait pas moins sur des boîtes d'engrenage. Des boîtes d'engrenage ont été fournies. Elles pouvaient remplir la fonction à laquelle elles étaient destinées et l'ont d'ailleurs fait pendant plus d'une année qui, selon les délais convenus, constituait la période de «gratuité pour Syncrude» envisagée par les parties. On a reconnu que les boîtes d'engrenage n'étaient pas adaptées à l'usage auquel elles étaient destinées. Toutefois, il était possible de remédier à ce problème ou vice, ce qui a été fait à un coût nettement inférieur au prix d'achat <sup>f</sup> initial. Sans aucun doute, la couronne principale constitue un élément important de la boîte d'engrenage, mais son importance ne dépasse pas celle du moteur d'une automobile et, dans l'affaire *Gafco Ent.*, le bris du moteur ne représentait pas une inexécution suffisamment fondamentale pour amener la cour à annuler le contrat de vente. Selon mon interprétation de la preuve, Syncrude a obtenu exactement ce qu'elle avait négocié [ . . . ] La preuve ne m'a donc pas convaincu qu'il y a eu inexécution fondamentale.

En Cour d'appel, le juge Anderson a examiné un certain nombre de précédents, notamment l'arrêt

in *Beldessi v. Island Equipment Ltd.* (1973), 41 D.L.R. (3d) 147 (B.C.C.A.), and held that Allis-Chalmers was in fundamental breach because Syncrude was deprived of substantially the whole benefit of the contract.

In reaching that conclusion he said at p. 393:

It follows that the cost of repair was not significantly less than the original purchase price but, on the contrary, the cost of repair constituted 86 per cent of the purchase price. Moreover, the expected life of a gearbox is 20 years. The expected life of a bull gear is at least 10 years. The bull gear failed within less than two years after Syncrude's operations commenced.

He rejected as without merit the argument of counsel for Allis-Chalmers that Syncrude's contract with Allis-Chalmers was not just a "contract for gearboxes" but was rather a contract for the purchase of a package of fourteen conveyor systems for a price of over \$4,000,000, and viewed in relation to the total purchase price actually paid by Syncrude, the cost of repair of one component, whether it is considered to be the bull gear or the gearbox, was indeed "significantly less than the original purchase price."

Hunter U.S., ultimately liable on account of the third-party claim against it, submits that the British Columbia Court of Appeal was wrong on this branch of the case because the effect of its decision is to re-establish the doctrine of fundamental breach as a rule of law invalidating a clause limiting liability.

Counsel submits that in England, since *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361, the doctrine of fundamental breach has been rejected as a rule of law invalidating exemption clauses. At page 405, Lord Reid said: "In my view no such rule of law ought to be adopted". In commenting upon that decision, Professor P. S. Atiyah in his text, *The Sale of Goods* (6th ed. 1980), at p. 157, says, "This was not in all respects an easy decision to understand . . ." With that

du juge Seaton dans l'affaire *Beldessi v. Island Equipment Ltd.* (1973), 41 D.L.R. (3d) 147 (C.A.C.-B.), et il a conclu qu'Allis-Chalmers était coupable d'une inexécution fondamentale parce que Syncrude a été privée de la quasi-totalité du bénéfice du contrat.

En arrivant à cette conclusion, il affirme à la p. 393:

b [TRADUCTION] Il s'ensuit que le coût des réparations était loin d'être inférieur au coût d'achat initial, puisqu'il équivaut à 86 pour 100 de celui-ci. De plus, la vie utile d'une boîte d'engrenage devait être de vingt ans. Celle d'une couronne principale devait être d'au moins dix ans. La couronne principale a fait défaut moins de deux ans après le début des opérations de Syncrude.

d Il a qualifié de non fondé l'argument de l'avocat d'Allis-Chalmers voulant que le contrat que cette dernière avait conclu avec Syncrude était non pas simplement un «contrat pour des boîtes d'engrenage», mais plutôt un contrat pour l'achat d'un ensemble de quatorze systèmes de convoyeurs au coût de plus de 4 millions de dollars et que, compte tenu du prix d'achat total payé par Syncrude, le coût des réparations d'une composante, peu importe qu'on dise que c'était la couronne principale ou la boîte d'engrenage, était effectivement

e [TRADUCTION] «de beaucoup inférieur au coût d'achat initial».

g Hunter U.S., qui est en définitive responsable en vertu de l'appel en garantie intenté contre elle, soutient que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a eu tort sur cet aspect de l'affaire parce que sa décision a pour effet de rétablir le principe de l'inexécution fondamentale comme une règle de droit qui invalide une clause de limitation de responsabilité.

i L'avocat soutient qu'en Angleterre, depuis l'arrêt *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361, le principe de l'inexécution fondamentale, comme règle de droit invalidant les clauses d'exemption, a été rejeté. À la page 405, lord Reid dit: [TRADUCTION] «À mon avis, il n'y a pas lieu d'adopter une telle règle de droit». Commentant cet arrêt, le professeur P. S. Atiyah, dans son ouvrage intitulé *The Sale of Goods* (6<sup>e</sup> éd. 1980), à la p. 157, affirme: [TRADUCTION] «Il ne

statement I am in full agreement. Professor Atiyah continues:

... but the principal point to emerge from the *Suisse Atlantique* case was the firm and unanimous holding that the "doctrine" of fundamental breach is not a rule of law but merely a rule of construction. Parties are free to make whatever provision they desire in their contracts, but it is a rule of construction that an exemption clause does not protect a party from liability for fundamental breach. It follows that if the contract by express provision does protect a party from such a result and the court thinks that the provision was intended to operate in the circumstances which have occurred, the provision must be given full effect.

s'agit pas d'un arrêt facile à comprendre sous tous ses rapports . . . », ce avec quoi je suis totalement d'accord. Le professeur Atiyah continue:

[TRADUCTION] ... mais ce qui ressort principalement de l'arrêt *Suisse Atlantique*, c'est la conclusion unanime et inébranlable que le «principe» de l'inexécution fondamentale n'est pas une règle de droit, mais seulement une règle d'interprétation. Les parties sont libres de stipuler ce qu'elles veulent dans les contrats qu'elles concluent, mais une règle d'interprétation veut qu'une clause d'exemption ne soustrait pas une partie à la responsabilité pour inexécution fondamentale. Il s'ensuit que si le contrat ne protège pas expressément une partie contre cette possibilité et si la cour estime que les parties ont voulu que la disposition s'applique dans les circonstances qui se sont présentées, la disposition doit s'appliquer intégralement.

Hunter U.S. a soutenu qu'en l'espèce la Cour d'appel a abordé la question en se demandant si la garantie contractuelle écartait la responsabilité pour inexécution fondamentale. Ayant jugé qu'elle ne le faisait pas, la Cour d'appel est arrivée à la conclusion de fait, contrairement à celle à laquelle le juge de première instance était arrivé, qu'il y avait eu inexécution fondamentale et elle a accordé à l'acheteur la totalité du montant réclamé.

On a fait valoir qu'en agissant de la sorte la Cour d'appel a, à tort, adopté le point de vue (comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Beldessi v. Island Equipment Ltd.*, précité, sur lequel elle s'est tant fondée en l'espèce) selon lequel, pour être efficace, une clause de limitation de responsabilité doit expressément exclure la responsabilité pour inexécution fondamentale. On a aussi soutenu que ce point de vue revient à considérer l'inexécution fondamentale comme une règle de droit qui écarte les conditions d'un contrat. Pour paraphraser la décision de lord Bridge dans l'affaire *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.*, [1983] 2 All E.R. 737 (H.L.), at p. 741: il reintroduit par le back door une doctrine qui le *Suisse Atlantique* case, and cases following, had evicted by the front.

It was contended by Hunter U.S. that, at bar, the Court of Appeal approached the matter by asking whether the warranty in the contract excluded liability for fundamental breach. Upon finding it did not, the Court of Appeal then found as a fact, contrary to the finding of fact made by the trial judge, that the breach was fundamental, and awarded the buyer the full amount of its claim.

It was submitted that by doing this, the Court of Appeal erroneously adopted the approach (as it did in *Beldessi v. Island Equipment Ltd.*, *supra*, upon which it relied so heavily in this case) that to be effective a limitation of liability clause must expressly exclude liability for fundamental breach. It was submitted this approach involves returning to the notion of treating fundamental breach as something which, as a rule of law, will displace the terms of the contract; to paraphrase Lord Bridge's decision in *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.*, [1983] 2 All E.R. 737 (H.L.), at p. 741: it reintroduces by the back door a doctrine which the *Suisse Atlantique* case, and cases following, had evicted by the front.

Allis-Chalmers adopted in its entirety the argument of Hunter U.S. with respect to the fundamental breach issue. The argument in the factum of Allis-Chalmers was directed to the further ques-

Allis-Chalmers a fait sienne la totalité de l'argumentation de Hunter U.S. relativement à la question de l'inexécution fondamentale. Le mémoire d'Allis-Chalmers aborde aussi la question de savoir

tion whether the Court of Appeal erred in failing to construe properly the warranty clause in ascertaining whether it applied to the instant breach.

Allis-Chalmers argued that the words of clause 8 are clear and fairly susceptible of only one meaning, and the Court of Appeal erred in failing to give effect to them; instead of giving effect to the language of the contract, the Court of Appeal imported its own implied warranty and erroneously embarked on a consideration of whether clause 8 was effective to eliminate the "essential undertaking of Allis-Chalmers to provide gearboxes capable of meeting the requirements of the extraction process". In proceeding in this fashion, the Court of Appeal in effect resurrected a term analogous to the implied statutory warranty of fitness for the purpose required, which the parties had expressly excluded. By importing this additional term into the contract the court re-wrote the bargain which the parties had made for themselves.

Syncrude argues in response that the seller's fundamental obligation does not derive from, and is not dependent upon, the existence of express or implied warranties or conditions. It is inherent in the contract of sale.

Syncrude relied upon the pronouncement of the doctrine of fundamental obligation of the seller enunciated by Weatherston J. in *Cain v. Bird Chevrolet-Oldsmobile Ltd.* (1976), 12 O.R. (2d) 532 (H.C.), (aff'd (1977), 88 D.L.R. (3d) 607 (Ont. C.A.)) The court stated at pp. 534-35:

The first and most important thing in any case is to determine what are the terms of the contract, so as to decide what performance was required by the defaulting party.

Where a machine has been delivered which has such a defect, or "such a congeries of defects" as to destroy the workable character of the machine, there is said to be a fundamental breach of contract by the seller. This is so because the purported performance of the contract is quite different than that which the contract contemplated . . . There has been no failure of consideration, no failure to deliver the thing contracted for, but it is implicit in the transaction, as a fundamental term, that the thing contracted for is what it seems to be.

si la Cour d'appel a commis une erreur en n'interprétant pas bien la clause de garantie pour déterminer si elle s'appliquait à l'inexécution en l'espèce.

- <sup>a</sup> Allis-Chalmers a soutenu que les termes de la clause 8 sont clairs, qu'ils ne peuvent vraiment avoir qu'un seul sens et que la Cour d'appel a eu tort de ne pas les appliquer. Plutôt que d'appliquer les termes du contrat, la Cour d'appel a forgé sa propre garantie implicite et a entrepris, à tort, l'examen de la question de savoir si la clause 8 avait pour effet de supprimer [TRADUCTION] «l'engagement essentiel d'Allis-Chalmers de fournir des boîtes d'engrenage susceptibles de répondre aux exigences du processus d'extraction». En agissant de la sorte, la Cour d'appel a effectivement fait revivre une condition semblable à la garantie légale implicite d'adaptation de l'objet à l'usage auquel il est destiné, que les parties avaient expressément exclue. En forgeant cette condition supplémentaire dans le contrat, la cour a reformulé le marché conclu entre les parties.
- <sup>b</sup> Syncrude répond que l'obligation fondamentale du vendeur ne découle pas et ne dépend pas de l'existence de conditions ou de garanties expresses ou implicites. Elle est inhérente au contrat de vente.
- <sup>c</sup> Syncrude a invoqué l'énoncé du principe de l'obligation fondamentale du vendeur fait par le juge Weatherston dans la décision *Cain v. Bird Chevrolet-Oldsmobile Ltd.* (1976), 12 O.R. (2d) 532 (H.C.), (conf. par (1977), 88 D.L.R. (3d) 607 (C.A. Ont.)) La cour affirme, aux pp. 534 et 535: [TRADUCTION] Dans toute instance, la première chose à faire, et la plus importante, consiste à déterminer les conditions du contrat de manière à identifier ce qu'était tenue d'exécuter la partie en défaut.

Quand il y a eu livraison d'une machine entachée d'un vice, ou d'une accumulation de vices» de nature à rendre impossible le bon fonctionnement de la machine, on dit qu'il y a inexécution fondamentale du contrat de la part du vendeur. Il en est ainsi parce que ce qui est donné comme l'exécution du contrat est très différent de ce qui était prévu au contrat [...] Il n'y a pas eu absence de contrepartie, ni absence de livraison de l'objet du contrat, mais il est implicite, comme condition fondamentale de l'opération, que l'objet du contrat est ce qu'il est censé être.

The House of Lords' cases decided that liability for breach of a fundamental term may be excluded by a suitably worded exclusion clause. However, counsel contended that there is a rule of construction that exemption clauses must be very clearly worded if they are to be sufficient to exclude liability for fundamental breach. It was said that this approach to the construction of a contract was confirmed in this Court in *Beaufort Realities (1964) Inc. v. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 S.C.R. 718.

On the application of the principles to the present case, Syncrude asked the question whether Allis-Chalmers and Syncrude intended that Allis-Chalmers could supply gearboxes which were so fundamentally defective as to require complete replacement, or in this case, complete reconstruction, after fifteen months' service, at Syncrude's sole cost. Syncrude would give a negative response to this question.

I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared by my colleague, Justice Wilson, in this appeal and I agree with her disposition of the liability of Allis-Chalmers. In my view, the warranty clauses in the Allis-Chalmers contract effectively excluded liability for defective gearboxes after the warranty period expired. With respect, I disagree, however, with Wilson J.'s approach to the doctrine of fundamental breach. I am inclined to adopt the course charted by the House of Lords in *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827, and to treat fundamental breach as a matter of contract construction. I do not favour, as suggested by Wilson J., requiring the court to assess the reasonableness of enforcing the contract terms after the court has already determined the meaning of the contract based on ordinary principles of contract interpretation. In my view, the courts should not disturb the bargain the parties have struck, and I am inclined to replace the doctrine of fundamental breach with a rule that holds the parties to the

La jurisprudence de la Chambre des lords établit qu'il est possible d'écartier la responsabilité pour inexécution d'une condition fondamentale au moyen d'une clause d'exclusion rédigée adéquatement. Cependant, les avocats ont soutenu qu'il existe une règle d'interprétation selon laquelle les clauses d'exemption doivent être très clairement formulées si on veut qu'elles soient suffisantes pour écartier la responsabilité pour inexécution fondamentale. On a affirmé que l'arrêt *Beaufort Realities (1964) Inc. c. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 R.C.S. 718, confirme cette façon d'interpréter un contrat.

Quant à l'application de ces principes à l'espèce, Syncrude s'est demandée si Allis-Chalmers et elle-même ont voulu qu'Allis-Chalmers puisse fournir des boîtes d'engrenage si défectueuses qu'il a fallu les remplacer complètement ou, comme en l'espèce, les remettre complètement à neuf, après quinze mois d'utilisation, aux frais de Syncrude. Syncrude a répondu à cela par la négative.

J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de jugement rédigés en l'espèce par ma collègue le juge Wilson et je suis d'accord avec sa façon de trancher la question de la responsabilité d'Allis-Chalmers. À mon avis, les clauses de garantie dans le contrat d'Allis-Chalmers ont vraiment eu pour effet d'écartier la responsabilité pour les boîtes d'engrenage défectueuses une fois expirée la période de garantie. Par contre, je ne partage pas la façon dont le juge Wilson aborde le principe de l'inexécution fondamentale. Je suis plutôt porté à suivre la voie tracée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827, et à considérer l'inexécution fondamentale comme une question d'interprétation de contrat. Je ne suis pas en faveur d'exiger, comme le propose le juge Wilson, que la cour évalue s'il serait raisonnable de mettre à exécution les conditions du contrat après en avoir déjà établi le sens en fonction des principes ordinaires d'interprétation des contrats. À mon avis, les tribunaux ne doivent pas modifier la convention des parties et je suis porté à remplacer le principe de l'inexécution fondamentale par une règle qui oblige les parties à respecter les

terms of their agreement, provided the agreement is not unconscionable.

The doctrine of fundamental breach in the context of clauses excluding a party from contractual liability has been confusing at the best of times. Simply put, the doctrine has served to relieve parties from the effects of contractual terms, excluding liability for deficient performance where the effects of these terms have seemed particularly harsh. Lord Wilberforce acknowledged this in *Photo Production, supra*, at p. 843:

1. The doctrine of "fundamental breach" in spite of its imperfections and doubtful parentage has served a useful purpose. There was a large number of problems, productive of injustice, in which it was worse than unsatisfactory to leave exception clauses to operate.

In cases where extreme unfairness would result from the operation of an exclusion clause, a fundamental breach of contract was said to have occurred. The consequence of fundamental breach was that the party in breach was not entitled to rely on the contractual exclusion of liability but was required to pay damages for contract breach. In the doctrine's most common formulation, by Lord Denning in *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936 (C.A.), fundamental breach was said to be a rule of law that operated regardless of the intentions of the contracting parties. Thus, even if the parties excluded liability by clear and express language, they could still be liable for fundamental breach of contract. This rule of law was rapidly embraced by both English and Canadian courts.

A decade later in the *Suisse Atlantique* case, the House of Lords rejected the rule of law concept in favour of an approach based on the true construction of the contract. The Law Lords expressed the view that a court considering the concept of fundamental breach must determine whether the contract, properly interpreted, excluded liability for the fundamental breach. If the parties clearly intended an exclusion clause to apply in the event of fundamental breach, the party in breach would be exempted from liability.

conditions de leur contrat pourvu qu'il ne soit pas inique.

Au mieux, le principe de l'inexécution fondamentale dans le contexte des clauses qui soustraient une des parties à la responsabilité contractuelle a toujours été déroutant. Ce principe a tout simplement servi à soustraire des parties aux effets des conditions d'un contrat en écartant la responsabilité pour exécution fautive quand les effets de ces conditions paraissaient particulièrement durs. Lord Wilberforce reconnaît cela dans l'arrêt *Photo Production*, précité, à la p. 843:

[TRADUCTION] 1. Le principe de «l'inexécution fondamentale» s'est révélé utile malgré ses imperfections et son origine douteuse. Il y a eu un grand nombre de problèmes, générateurs d'injustices, où il aurait été pire de laisser les clauses d'exception s'appliquer.

Dans des cas où il aurait résulté une injustice extrême de l'application d'une clause d'exclusion, on a conclu à l'existence d'une inexécution fondamentale du contrat. L'inexécution fondamentale faisait en sorte que la partie fautive ne pouvait se prévaloir de l'exclusion contractuelle de responsabilité et devait verser des dommages-intérêts pour inexécution de contrat. Selon la formulation la plus courante du principe, soit celle de lord Denning dans l'arrêt *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936 (C.A.), l'inexécution fondamentale est une règle de droit qui s'applique indépendamment de l'intention des parties contractantes. Donc, même si les parties ont clairement et expressément écarté la responsabilité, elles peuvent quand même être responsables d'inexécution fondamentale du contrat. Cette règle de droit a rapidement été acceptée par les tribunaux anglais et les tribunaux canadiens.

Dix ans plus tard, dans l'arrêt *Suisse Atlantique*, la Chambre des lords a rejeté le concept de la règle de droit en faveur d'une méthode fondée sur l'interprétation juste du contrat. Les lords juges se sont dits d'avis qu'une cour appelée à se prononcer sur la notion d'inexécution fondamentale doit déterminer si le contrat, bien interprété, écarte la responsabilité pour inexécution fondamentale. Si les parties ont clairement voulu que la clause d'exclusion s'applique en cas d'inexécution fondamentale, la partie fautive est alors soustraite

In *B. G. Linton Construction Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1975] 2 S.C.R. 678, this Court approved of the *Suisse Atlantique* formulation. The renunciation of the rule of law approach by the House of Lords and by this Court, however, had little effect on the practice of lower courts in England or in Canada. Lord Denning quickly resuscitated the rule of law doctrine in *Harbutt's "Plasticine" Ltd. v. Wayne Tank & Pump Co.*, [1970] 1 Q.B. 447 (C.A.)

Finally, in 1980, the House of Lords definitively rejected the rule of law approach to fundamental breach in *Photo Production, supra*. In that case, the plaintiff, Photo Production, had contracted with Securicor, a company in the business of supplying security services, to provide four nightly patrols of its factory. At issue was whether Securicor was liable for a fire deliberately set by one of its employees in the course of his duties at the Photo Production factory. The contract between the two parties contained the following limitation clause (at p. 840):

"1. Under no circumstances shall the company (Securicor) be responsible for any injurious act or default by any employee of the company unless such act or default could have been foreseen and avoided by the exercise of due diligence on the part of the company as his employer; nor, in any event, shall the company be held responsible for (a) any loss suffered by the customer through burglary, theft, fire or any other cause, except insofar as such loss is solely attributable to the negligence of the company's employees acting within the course of their employment . . ."

The limitation clause clearly excluded liability for fire with the exception of fires started by negligent acts. Securicor argued it could not be liable under the contract for the fire that occurred. Photo Production contended that Securicor was liable for the damage done to the factory under the doctrine of fundamental breach.

à toute responsabilité. Dans l'arrêt *B. G. Linton Construction Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1975] 2 R.C.S. 678, cette Cour a approuvé la formulation de l'arrêt *Suisse Atlantique*. La répudiation de la méthode de la règle de droit par la Chambre des lords et par cette Cour a toutefois eu peu d'effet sur la pratique des tribunaux d'instance inférieure en Angleterre et au Canada. Lord Denning a rapidement réinstauré le principe de la règle de droit dans l'arrêt *Harbutt's "Plasticine" Ltd. v. Wayne Tank & Pump Co.*, [1970] 1 Q.B. 447 (C.A.).

Enfin, en 1980 la Chambre des lords a rejeté définitivement la façon d'aborder l'inexécution fondamentale sous l'angle d'une règle de droit dans l'arrêt *Photo Production*, précité. Dans cette affaire, la demanderesse, Photo Production, avait conclu un contrat avec Securicor, une société qui fournissait des services de sécurité, pour qu'elle lui procure les services de quatre patrouilles de nuit à son usine. Ce qui était en cause était de savoir si Securicor était responsable d'un incendie allumé délibérément par l'un de ses employés dans l'exécution de ses fonctions à l'usine de Photo Production. Le contrat intervenu entre les deux parties comportait la clause limitative suivante (à la p. 840):

[TRADUCTION] «1. En aucun cas, la société (Securicor) ne sera responsable d'un acte ou d'une omission préjudiciable d'un de ses employés, à moins que la société en tant qu'employeur n'ait pu prévoir et éviter cet acte ou cette omission en faisant preuve de diligence raisonnable. De plus et en tout état de cause, la société ne sera pas tenue pour responsable a) de toute perte subie par le client par suite d'un cambriolage, d'un vol ou d'un incendie ou pour quelque autre raison, sauf dans la mesure où cette perte sera imputable uniquement à la négligence dont les employés de la société auront fait preuve dans l'exercice de leurs fonctions . . .»

La clause limitative excluait clairement la responsabilité dans le cas d'incendie, sauf dans le cas d'un incendie attribuable à des actes de négligence. Securicor a soutenu qu'elle ne pouvait être tenue responsable en vertu du contrat pour l'incendie qui s'était produit. Photo Production a pour sa part soutenu que Securicor était responsable des dommages causés à l'usine par application du principe de l'inexécution fondamentale.

Lord Wilberforce rejected Photo Production's argument. He began by reviewing the fractured history of the doctrine of fundamental breach and then forcefully repudiated the rule of law concept. Lord Wilberforce reiterated the thoughts articulated in *Suisse Atlantique*, stating at pp. 842-43, he had no doubt as to,

... the main proposition that the question whether, and to what extent, an exclusion clause is to be applied to a fundamental breach, or a breach of a fundamental term, or indeed to any breach of contract, is a matter of construction of the contract.

The policy behind this approach is stated by Lord Wilberforce, at p. 843, as follows:

At the stage of negotiation as to the consequences of a breach, there is everything to be said for allowing the parties to estimate their respective claims according to the contractual provisions they have themselves made, rather than for facing them with a legal complex so uncertain as the doctrine of fundamental breach must be....

At the judicial stage there is still more to be said for leaving cases to be decided straightforwardly on what the parties have bargained for rather than on analysis, which becomes progressively more refined, of decisions in other cases leading to inevitable appeals.

Lord Wilberforce proceeded to examine the contract between Securicor and Photo Production to determine exactly what the parties had provided, at p. 846:

As a preliminary, the nature of the contract has to be understood. Securicor undertook to provide a service of periodical visits for a very modest charge.... It would have no knowledge of the value of the plaintiffs' factory; that, and the efficacy of their fire precautions, would be known to the respondents. In these circumstances nobody could consider it unreasonable, that as between these two equal parties the risk assumed by Securicor should be a modest one, and that the respondents should carry the substantial risk of damage or destruction.

The duty of Securicor was, as stated, to provide a service. There must be implied an obligation to use due care in selecting their patrolmen, to take care of the keys and, I would think, to operate the service with due and

Lord Wilberforce a rejeté l'argument de Photo Production. Il a commencé par examiner l'histoire fragmentée du principe de l'inexécution fondamentale pour ensuite répudier avec vigueur le concept de la règle de droit. Lord Wilberforce a repris les opinions exprimées dans l'arrêt *Suisse Atlantique*, affirmant, aux pp. 842 et 843, qu'il n'avait aucun doute concernant:

*b* [TRADUCTION] ... la proposition principale selon laquelle la question de savoir si et dans quelle mesure une clause d'exclusion doit être appliquée à une inexécution fondamentale ou à l'inexécution d'une condition fondamentale ou même à n'importe quelle autre inexécution d'un contrat, est une question qui relève de l'interprétation du contrat.

Lord Wilberforce énonce, à la p. 843, le principe sur lequel repose ce point de vue:

*d* [TRADUCTION] Au stade des négociations portant sur les conséquences de l'inexécution, il y a toutes les raisons du monde de permettre aux parties d'évaluer leurs réclamations respectives en fonction de leurs propres stipulations contractuelles, plutôt que de les placer devant une notion juridique compliquée aussi incertaine que doit l'être le principe de l'inexécution fondamentale....

Au stade des poursuites judiciaires, il y a encore plus de raisons de trancher les affaires simplement en fonction de ce que les parties ont prévu dans leur contrat plutôt que de se fonder sur une analyse, de plus en plus subtile, de décisions rendues dans d'autres affaires, ce qui mène inévitablement à des appels.

Lord Wilberforce examine ensuite, à la p. 846, le contrat intervenu entre Securicor et Photo Production pour déterminer exactement ce que les parties ont prévu:

*h* [TRADUCTION] D'abord, il faut comprendre la nature du contrat. Securicor s'est engagée à fournir un service de visites périodiques à un prix très modique [...] Elle ne connaissait pas la valeur de l'usine de la demanderesse; cela, de même que l'efficacité de ses mesures de prévention des incendies étaient connus de l'intimée. Dans ces circonstances, nul ne pouvait considérer déraisonnable qu'entre ces deux parties égales le risque assumé par Securicor soit minime et que l'intimée assume la majeure partie du risque de détérioration ou de destruction.

*j* Securicor avait l'obligation, comme je l'ai dit, de fournir un service. Il s'y greffait une obligation implicite de faire preuve de diligence raisonnable dans le choix de ses patrouilleurs, de prendre soin des clefs et, je crois,

proper regard to the safety and security of the premises. The breach of duty committed by Securicor lay in a failure to discharge this latter obligation. Alternatively it could be put upon a vicarious responsibility for the wrongful act . . . This being the breach, does condition 1 apply? It is drafted in strong terms, "Under no circumstances" . . . "any injurious act or default by any employee." These words have to be approached with the aid of the cardinal rules of construction that they must be read contra proferentem and that in order to escape from the consequences of one's own wrongdoing, or that of one's servant, clear words are necessary. I think that these words are clear. The respondents in facts [sic] relied upon them for an argument that since they exempted from negligence they must be taken as not exempting from the consequence of deliberate acts. But this is a perversion of the rule that if a clause can cover something other than negligence, it will not be applied to negligence. Whether, in addition to negligence, it covers other, e.g., deliberate, acts, remains a matter of construction requiring, of course, clear words. I am of the opinion that it does, and being free to construe and apply the clause, I must hold that liability is excluded.

[Emphasis added.]

Lord Diplock alluded to the importance of negotiated risk allocation at p. 851:

My Lords, the reports are full of cases in which what would appear to be very strained constructions have been placed on exclusion clauses, mainly in what to-day would be called consumer contracts and contracts of adhesion . . . In commercial contracts negotiated between business-men capable of looking after their own interests and of deciding how risks inherent in the performance of various kinds of contract can be most economically borne (generally by insurance), it is, in my view, wrong to place a strained construction upon words in an exclusion clause which are clear and fairly susceptible of one meaning only even after due allowance has been made for the presumption in favour of the implied primary and secondary obligations.

In *Beaufort Realties, supra*, Ritchie J., delivering the judgment of this Court, stated, at p. 723:

Stated bluntly, the difference of opinion as to the true intent and meaning of their Lordships' judgment in the *Suisse Atlantique* case centered around the question of whether a rule of law exists to the effect that a funda-

- d'exécuter le service en tenant dûment compte de la sécurité des lieux. La faute de Securicor consiste dans l'omission de remplir cette dernière obligation. Subsidiairement, elle pourrait être tenue responsable de l'acte préjudiciable de son préposé [...] Puisque c'était là la nature de l'inexécution, la première condition s'applique-t-elle? Elle est rédigée en termes non équivoques: «En aucun cas» [...] «d'un acte ou d'une omission préjudiciable d'un de ses employés». On doit lire ces mots en fonction des règles cardinales d'interprétation qui veulent que des mots doivent s'interpréter contra proferentem et que pour échapper aux conséquences de son propre méfait ou de celui de son préposé, il faut des mots clairs. Je crois que ces mots sont clairs. L'intimée a en réalité invoqué ces mots pour soutenir que, puisqu'ils soustraient à la responsabilité pour les actes de négligence, ils ne doivent pas s'interpréter comme sous-trayant à la responsabilité pour des actes délibérés. Cependant, c'est déformer la règle que de soutenir que si la clause peut viser autre chose que la négligence, elle ne s'appliquera pas à la négligence. La question de savoir si, outre les actes de négligence, elle vise d'autres actes, notamment les actes délibérés, est une question d'interprétation qui requiert, cela va sans dire, des termes clairs. J'estime qu'elle le fait et, étant libre d'interpréter et d'appliquer la clause, je dois conclure que la responsabilité est écartée. [Je souligne.]

Lord Diplock fait allusion à l'importance du partage des risques négocié par les parties, à la p. 851:

- f [TRADUCTION] Vos Seigneuries, les recueils d'arrêts fourmillent de cas où on a donné ce qui semblerait être des interprétations très forcées à des clauses d'exclusion, surtout dans ce qu'on appellerait aujourd'hui des contrats destinés aux consommateurs et des contrats d'adhésion [...] En matière de contrats commerciaux passés entre hommes d'affaires aptes à protéger leurs intérêts et à déterminer la façon la plus avantageuse d'assumer les risques inhérents à l'exécution de divers types de contrats (généralement en souscrivant une assurance), il n'y a pas lieu, à mon avis, d'interpréter au-delà des mots une clause d'exclusion, lorsque ces mots sont clairs et suffisamment exempts d'ambiguité, même après avoir tenu compte dûment des présomptions d'existence d'obligations implicites premières et secondaires.

i Dans l'arrêt *Beaufort Realties*, précité, le juge Ritchie affirme, dans les motifs qu'il a rédigés pour la Cour, à la p. 723:

j En termes clairs, la divergence d'opinions quant à l'intention et au sens véritables de l'arrêt de leurs Seigneuries dans l'arrêt *Suisse Atlantique* tourne autour de la question de savoir s'il existe une règle de droit selon

mental breach going to the root of a contract eliminates once and for all the effect of all clauses exempting or excluding the party in breach from rights which it would otherwise have been entitled to exercise, or whether the true construction of the contract is the governing consideration in determining whether or not an exclusionary clause remains unaffected and enforceable notwithstanding the fundamental breach. The former view was espoused by Lord Denning and is illustrated by his judgment which he delivered on behalf of the Court of Appeal in the *Photo Production* case (*supra*) . . . .

and at p. 725:

It has been concurrently found by the learned trial judge and the Court of Appeal that article 6 of this contract constituted an exclusionary or exception clause and Madame Justice Wilson adopted the same considerations as those which governed the House of Lords in the *Photo* case in holding that the question of whether such a clause was applicable where there was a fundamental breach was to be determined according to the true construction of the contract. I concur in this approach to the case.

As Wilson J. notes in her reasons, Canadian courts have tended to pay lip service to contract construction but to apply the doctrine of fundamental breach as if it were a rule of law. While the motivation underlying the continuing use of fundamental breach as a rule of law may be laudatory, as a tool for relieving parties from the effects of unfair bargains, the doctrine of fundamental breach has spawned a host of difficulties; the most obvious is how to determine whether a particular breach is fundamental. From this very first step the doctrine of fundamental breach invites the parties to engage in games of characterization, each party emphasizing different aspects of the contract to show either that the breach that occurred went to the very root of the contract or that it did not. The difficulty of characterizing a breach as fundamental for the purposes of exclusion clauses is vividly illustrated by the differing views of the trial judge and the Court of Appeal in the present case.

The many shortcomings of the doctrine as a means of circumventing the effects of unfair con-

laquelle une violation fondamentale qui touche à la base d'un contrat annule une fois pour toute la portée de toutes les clauses qui retirent à la partie qui y contreviennent des droits qu'elle aurait par ailleurs été autorisée à exercer, ou s'il faut s'en remettre à l'interprétation véritable du contrat afin de déterminer si une clause d'exclusion demeure valide et en vigueur malgré la violation fondamentale. Lord Denning a adopté la première façon de voir, expliquée d'ailleurs dans l'arrêt qu'il a rendu au nom de la Cour d'appel dans *Photo Production* (précité) . . . .

et à la p. 725:

Le savant juge de première instance et la Cour d'appel ont rendu des motifs concordants selon lesquels la clause 6 du contrat est une clause d'exception ou d'exclusion. Madame le juge Wilson a retenu les mêmes considérations que celles suivies par la Chambre des lords dans l'arrêt *Photo* en concluant que la question de savoir si une telle clause est applicable lorsqu'il y a violation fondamentale doit être tranchée à partir de l'interprétation véritable du contrat. Je souscris à cette manière d'aborder le problème.

Comme le juge Wilson le souligne dans ses motifs de jugement, les tribunaux canadiens ont eu tendance à rendre hommage pour la forme à l'interprétation des contrats, mais à appliquer le principe de l'inexécution fondamentale comme s'il s'agissait d'une règle de droit. Quoique les motifs qui sous-tendent la perpétruation du recours à l'inexécution fondamentale comme règle de droit puissent être louables, comme moyen de soustraire les parties contractantes aux effets d'un marché inéquitable, le principe de l'inexécution fondamentale a engendré un grand nombre de difficultés, dont la plus évidente porte sur la manière de déterminer si une inexécution précise est fondamentale. Dès cette première étape, le principe de l'inexécution fondamentale incite les parties à s'adonner à des jeux de caractérisation, chaque partie soulignant divers aspects du contrat pour démontrer que l'inexécution touche à la base même du contrat ou qu'elle n'y touche pas. La difficulté de qualifier l'inexécution de fondamentale aux fins des clauses d'exclusion ressort clairement de la divergence d'opinions entre le juge de première instance et la Cour d'appel en l'espèce.

Le professeur Waddams explique brièvement (dans *The Law of Contracts* (2nd ed. 1984), aux

tracts are succinctly explained by Professor Waddams (*The Law of Contracts* (2nd ed. 1984), at pp. 352-53):

The doctrine of fundamental breach has, however, many serious deficiencies as a technique of controlling unfair agreements. The doctrine requires the court to identify the offending provision as an "exemption clause", then to consider the agreement apart from the exemption clause, to ask itself whether there would have been a breach of that part of the agreement and then to consider whether that breach was "fundamental". These inquiries are artificial and irrelevant to the real questions at issue. An exemption clause is not always unfair and there are many unfair provisions that are not exemption clauses. It is quite unsatisfactory to look at the agreement apart from the exemption clause, because the exemption clause is itself part of the agreement, and if fair and reasonable a perfectly legitimate part. Nor is there any reason to associate unfairness with breach or with fundamental breach . . . .

More serious is the danger that suppression of the true criterion leads, as elsewhere, to the striking down of agreements that are perfectly fair and reasonable.

Professor Waddams makes two crucially important points. One is that not all exclusion clauses are unreasonable. This fact is ignored by the rule of law approach to fundamental breach. In the commercial context, clauses limiting or excluding liability are negotiated as part of the general contract. As they do with all other contractual terms, the parties bargain for the consequences of deficient performance. In the usual situation, exclusion clauses will be reflected in the contract price. Professor Waddams' second point is that exclusion clauses are not the only contractual provisions which may lead to unfairness. There appears to be no sound reason for applying special rules in the case of clauses excluding liability than for other clauses producing harsh results.

pp. 352 et 353) les nombreux défauts de ce principe comme moyen d'écartier les effets de contrats inéquitables:

[TRADUCTION] Le principe de l'inexécution fondamentale a cependant de nombreux défauts graves comme technique de contrôle des conventions inéquitables. Il exige que le tribunal qualifie la disposition fautive de «clause d'exemption», qu'il analyse ensuite la convention indépendamment de la clause d'exemption, b qu'il se demande s'il y aurait eu inexécution de cette partie de la convention et finalement qu'il détermine si l'inexécution est «fondamentale». Ces questions sont artificielles et sans rapport avec les véritables questions à trancher. Une clause d'exemption n'est pas toujours c inéquitable et il y a de nombreuses dispositions inéquitables qui ne sont pas des clauses d'exemption. Il est très peu satisfaisant de considérer une convention indépendamment de la clause d'exemption parce que cette dernière fait elle-même partie intégrante de la convention d et, si elle est juste et raisonnable, elle en constitue une partie parfaitement légitime. Il n'y a pas non plus de motif de lier l'inéquité à l'inexécution ou à l'inexécution fondamentale . . . .

e Il existe aussi le danger plus grave que la suppression du véritable critère conduise, comme dans d'autres domaines, à l'annulation de conventions parfaitement justes et raisonnables.

f Le professeur Waddams fait observer deux choses extrêmement importantes. Il souligne d'abord que ce ne sont pas toutes les clauses d'exclusion de responsabilité qui sont déraisonnables. La façon g d'aborder le principe de l'inexécution fondamentale sous l'angle d'une règle de droit ne tient pas compte de cette réalité. En matière commerciale, les clauses de limitation ou d'exclusion de responsabilité sont négociées dans le cadre de l'ensemble h du contrat. Comme elles le font pour les autres conditions du contrat, les parties négocient les conséquences de l'inexécution insuffisante. Dans une situation normale, les clauses d'exclusion ont i des répercussions sur le prix du contrat. Le professeur Waddams souligne ensuite que les clauses d'exclusion ne sont pas les seules stipulations contractuelles qui peuvent être sources d'inéquité. Il ne paraît pas y avoir de raison valable d'appliquer j aux clauses d'exclusion de responsabilité des règles différentes de celles applicables aux autres clauses génératrices de résultats accablants.

In light of the unnecessary complexities the doctrine of fundamental breach has created, the resulting uncertainty in the law, and the unrefined nature of the doctrine as a tool for averting unfairness, I am much inclined to lay the doctrine of fundamental breach to rest, and where necessary and appropriate, to deal explicitly with unconscionability. In my view, there is much to be gained by addressing directly the protection of the weak from over-reaching by the strong, rather than relying on the artificial legal doctrine of "fundamental breach". There is little value in cloaking the inquiry behind a construct that takes on its own idiosyncratic traits, sometimes at odds with concerns of fairness. This is precisely what has happened with the doctrine of fundamental breach. It is preferable to interpret the terms of the contract, in an attempt to determine exactly what the parties agreed. If on its true construction the contract excludes liability for the kind of breach that occurred, the party in breach will generally be saved from liability. Only where the contract is unconscionable, as might arise from situations of unequal bargaining power between the parties, should the courts interfere with agreements the parties have freely concluded. The courts do not blindly enforce harsh or unconscionable bargains and, as Professor Waddams has argued, the doctrine of "fundamental breach" may best be understood as but one manifestation of a general underlying principle which explains judicial intervention in a variety of contractual settings. Explicitly addressing concerns of unconscionability and inequality of bargaining power allows the courts to focus expressly on the real grounds for refusing to give force to a contractual term said to have been agreed to by the parties.

I wish to add that, in my view, directly considering the issues of contract construction and unconscionability will often lead to the same result as would have been reached using the doctrine of fundamental breach, but with the advantage of clearly addressing the real issues at stake.

À cause de la complexité inutile engendrée par le principe de l'inexécution fondamentale, de l'incertitude en droit qu'elle produit et de la nature rudimentaire de ce principe comme moyen de prévenir l'inéquité, je suis fortement enclin à lui donner le coup de grâce et, au besoin, à recourir explicitement à la théorie de l'iniquité. À mon avis, il y a beaucoup à gagner à aborder directement la question de la protection des plus faibles contre l'exploitation des plus forts, plutôt que de s'en remettre au principe juridique artificiel de l'*"inexécution fondamentale"*. Il est peu utile de masquer la question derrière une construction de l'esprit dotée de caractères propres qui parfois ne cadrent pas avec le souci d'équité. C'est précisément ce qui s'est produit avec le principe de l'inexécution fondamentale. Il est préférable d'interpréter les conditions du contrat dans le but de déterminer exactement ce que les parties ont convenu. Si d'après son interprétation juste, le contrat écarte la responsabilité pour le genre d'inexécution qui s'est produit, la partie fautive sera généralement soustraite à la responsabilité. Ce n'est que lorsque le contrat est inique, comme cela pourrait se produire dans le cas où il y a inégalité de pouvoir de négociation entre les parties, que les tribunaux devraient modifier les conventions que les parties ont formées librement. Les tribunaux n'appliquent pas aveuglément les conventions draconniennes ou iniques et, comme l'a fait valoir le professeur Waddams, la meilleure façon de saisir le principe de l'*"inexécution fondamentale"* consiste à le comparer à une manifestation d'un principe général sous-jacent qui justifie l'intervention des tribunaux dans divers contextes contractuels. Aborder explicitement la question de l'iniquité et de l'inégalité du pouvoir de négociation des parties permet aux tribunaux de se demander expressément pourquoi ils devraient refuser d'appliquer une condition contractuelle qui aurait reçu le consentement des parties.

i

J'ajouterais que je crois qu'en examinant directement les questions d'interprétation des contrats et d'iniquité, on arrivera souvent au même résultat que si on avait invoqué le principe de l'inexécution fondamentale, mais avec l'avantage d'aborder clairement les véritables questions en cause.

In rejecting the doctrine of fundamental breach and adopting an approach that binds the parties to the bargains they make, subject to unconscionability, I do not wish to be taken as expressing an opinion on the substantial failure of contract performance, sometimes described as fundamental breach, that will relieve a party from future obligations under the contract. The concept of fundamental breach in the context of refusal to enforce exclusion clauses and of substantial failure of performance have often been confused, even though the two are quite distinct. In *Suisse Atlantique*, Lord Wilberforce noted the importance of distinguishing the two uses of the term fundamental breach, at p. 431:

Next for consideration is the argument based on "fundamental breach" or, which is presumably the same thing, a breach going "to the root of the contract." These expressions are used in the cases to denote two quite different things, namely, (i) a performance totally different from that which the contract contemplates, (ii) a breach of contract more serious than one which would entitle the other party merely to damages and which (at least) would entitle him to refuse performance or further performance under the contract

Both of these situations have long been familiar in the English law of contract . . . What is certain is that to use the expression without distinguishing to which of these, or to what other, situations it refers is to invite confusion.

The importance of the difference between these meanings lies in this, that they relate to two separate questions which may arise in relation to any contract.

I wish to be clear that my comments are restricted to the use of fundamental breach in the context of enforcing contractual exclusion clauses.

Turning to the case at bar, I am of the view that Allis-Chalmers is not liable for the defective gearboxes. The warranty provision of the contract between Allis-Chalmers and Syncrude clearly limited the liability of Allis-Chalmers' to defects appearing within one year from the date of placing the equipment into service. The trial judge found

Même si je rejette le principe de l'inexécution fondamentale et j'adopte la position que les parties sont tenues de respecter les conventions qu'elles ont conclues, sauf s'il y a iniquité, je ne veux pas qu'on en conclue que je me prononce sur le défaut grave d'exécution d'un contrat, qu'on qualifie parfois d'inexécution fondamentale, qui a pour effet de soustraire une partie à toute obligation ultérieure découlant du contrat. On a souvent confondu les notions d'inexécution fondamentale dans le contexte du refus d'appliquer des clauses d'exclusion et d'inexécution fondamentale dans le contexte du défaut grave d'exécution, même si les deux notions sont complètement distinctes. Dans l'arrêt *Suisse Atlantique*, lord Wilberforce souligne l'importance de distinguer ces deux utilisations de l'expression «inexécution fondamentale», à la p. 431:

[TRADUCTION] Nous examinerons ensuite l'argument fondé sur l'*«inexécution fondamentale»* ou, ce qui est probablement la même chose, une inexécution qui touche à «la base du contrat». Ces expressions sont utilisées dans la jurisprudence pour désigner deux choses très différentes, soit (i) une exécution complètement différente de ce qui était envisagé au contrat, et (ii) une inexécution de contrat plus grave que celle qui ne permet à l'autre partie que de réclamer des dommages-intérêts et qui l'autorise (à tout le moins) à refuser cette exécution ou toute autre exécution du contrat.

Les deux cas sont connus depuis longtemps dans le droit anglais des contrats [...] Il est certain que se servir de l'expression sans préciser duquel de ces deux cas ou de quel autre cas on parle, peut porter à confusion.

L'importance de la distinction entre ces deux sens réside dans le fait qu'ils ont trait à deux questions différentes qui peuvent se poser au sujet de tout contrat.

Je tiens à indiquer clairement que mes remarques visent uniquement le recours à l'inexécution fondamentale dans le contexte de l'application de clauses d'exclusion contractuelles.

Pour revenir à la présente affaire, j'estime qu'Allis-Chalmers n'est pas responsable des boîtes d'engrenage défectueuses. La disposition portant garantie, contenue dans le contrat intervenu entre Allis-Chalmers et Syncrude limitait clairement la responsabilité d'Allis-Chalmers aux vices qui apparaîtraient au cours de l'année suivant la mise

that the defects in the gearboxes did not become apparent until after the warranty of Allis-Chalmers had expired. It is clear, therefore, that the warranty clause excluded liability for the defects that materialized, and subject to the existence of any unconscionability between the two parties there can be no liability on the part of Allis-Chalmers. I have no doubt that unconscionability is not an issue in this case. Both Allis-Chalmers and Syncrude are large and commercially sophisticated companies. Both parties knew or should have known what they were doing and what they had bargained for when they entered into the contract. There is no suggestion that Syncrude was pressured in any way to agree to terms to which it did not wish to assent. I am therefore of the view that the parties should be held to the terms of their bargain and that the warranty clause freed Allis-Chalmers from any liability for the defective gearboxes.

## V

The Trust Agreement

In 1977, almost three years after it originally contracted with Hunter U.S. for gearboxes, Syncrude determined it required an additional 11 gearboxes. It was approached by individuals with whom it had previously dealt at Hunter U.S. who said they now represented the Canadian subsidiary of Hunter U.S., Hunter Machinery (Canada) Limited ("Hunter Canada"). In fact, Hunter Canada was incorporated independently by employees of Hunter U.S. and the President of Aco Sales and Engineering ("Aco"), a subcontractor used by Hunter U.S. It had no connection with Hunter U.S. All representations that Hunter Canada was in any way affiliated with Hunter U.S. amounted to fraudulent misrepresentations.

Unaware of the fraud being perpetrated by Hunter Canada, Syncrude contracted with Hunter Canada for the purchase of the 11 gearboxes in the fall of 1977. The gearboxes were to be of the same

en service du matériel. Le juge de première instance a conclu que le vice des boîtes d'engrenage n'est apparu qu'après l'expiration de la période de validité de la garantie d'Allis-Chalmers. Il est donc évident que la clause de garantie écartait la responsabilité pour les vices qui sont apparus et, à moins que l'entente des parties ne soit inique, il ne peut y avoir de responsabilité de la part d'Allis-Chalmers. Je n'ai aucun doute que l'iniquité n'est pas en cause en l'espèce. Allis-Chalmers et Syncrude sont d'importantes sociétés commerciales ayant une grande expérience des affaires. Les deux parties savaient ou auraient dû savoir ce qu'elles faisaient et ce qu'elles avaient négocié au moment de conclure le contrat. On ne laisse pas entendre que Syncrude a été contrainte de quelque façon à consentir à des conditions qu'elle ne voulait pas accepter. J'estime donc que les parties devraient être tenues de respecter les conditions de l'entente qu'elles ont conclue et que la clause de garantie soustrait Allis-Chalmers à toute responsabilité pour les boîtes d'engrenage défectueuses.

## e

## V

Le contrat de fiducie

En 1977, près de trois ans après avoir conclu le premier contrat avec Hunter U.S. pour la fourniture de boîtes d'engrenage, Syncrude a décidé qu'elle aurait besoin de onze autres boîtes d'engrenage. Elle a été approchée par des personnes avec qui elle avait déjà fait des affaires chez Hunter U.S. et celles-ci ont affirmé qu'elles représentaient maintenant la filiale canadienne de Hunter U.S., savoir Hunter Machinery (Canada) Limited («Hunter Canada»). En réalité, Hunter Canada avait été constituée de façon indépendante par des employés de Hunter U.S. et par le président de Aco Sales and Engineering («Aco»), un sous-traitant de Hunter U.S. Cette société n'avait aucun lien avec Hunter U.S. Toutes les déclarations de Hunter Canada dans lesquelles elle se disait affiliée de quelque façon à Hunter U.S. étaient mensongères.

Ignorant la fraude commise par Hunter Canada, Syncrude lui a commandé par contrat onze boîtes d'engrenage à l'automne 1977. La conception de ces boîtes d'engrenage devait être la même que

design as the original 32 mining gearboxes. The only noteworthy feature of the contract was the warranty provision which was significantly broader than that normally negotiated by Hunter U.S. Unlike the Hunter U.S. warranty which was limited in time, the Hunter Canada warranty was unlimited in time.

Hunter Canada subcontracted with Aco for the manufacture of the gearboxes. After Aco had commenced work on the gearboxes but before Syncrude had made any payments to Hunter Canada under the contract, Hunter U.S. discovered Hunter Canada's deception. Hunter U.S. immediately alerted Syncrude and, on January 13, 1978, commenced a "passing-off" action against Hunter Canada and the individuals who owned Hunter Canada. Syncrude, in the meantime, had an urgent need for the additional gearboxes. The gearboxes were essential for its operation and Syncrude was very concerned that receipt of the gearboxes would be held up until judgment in the passing-off action. In January 1978, Syncrude secured a waiver from Hunter Canada of any right, title or interest arising from the contract, subject to the creation of a trust agreement acceptable to Hunter Canada.

On March 1, 1978, in an attempt to ensure prompt delivery of the gearboxes, Syncrude entered into two agreements. In the first agreement, Aco agreed to manufacture gearboxes for Syncrude at the price it would have received from Hunter Canada. Aco, it should be said, had already begun production of gearboxes under the Hunter Canada subcontract. The second agreement between Syncrude and one Donald E. Mann and Aco, appended as a schedule to the first, established a trust fund. All monies that would have been payable by Syncrude to Hunter Canada were to be paid into the trust fund and administered by Mann as trustee. Aco was to be paid the contract price out of the fund. The balance was to be dealt with as follows:

7. Following the payments made pursuant to clauses 5 and 9, the trustee shall hold the remainder of the trust

celle des trente-deux premières boîtes d'engrenage minières. La seule différence notable que comportait le contrat était la clause de garantie qui était beaucoup plus générale que celle normalement négociée par Hunter U.S. À la différence de la garantie de durée limitée promise par Hunter U.S., la garantie de Hunter Canada était de durée illimitée.

*b* Hunter Canada a confié la fabrication des boîtes d'engrenage en sous-traitance à Aco. Après qu'Aco eut commencé à fabriquer les boîtes d'engrenage, mais avant que Syncrude n'ait versé à Hunter Canada quelque somme que ce soit en exécution du contrat, Hunter U.S. a découvert la supercherie de Hunter Canada. Hunter U.S. en a immédiatement avisé Syncrude et a intenté, le 13 janvier 1978, une action en «*passing-off*» contre *d* Hunter Canada et ses propriétaires. Dans l'intervalle, Syncrude avait un besoin urgent de boîtes d'engrenage supplémentaires. Elles étaient absolument nécessaires à son exploitation et Syncrude craignait beaucoup que la livraison des boîtes d'engrenage soit retardée jusqu'au jugement sur l'action en *passing-off*. En janvier 1978, Syncrude a obtenu de Hunter Canada qu'elle renonce à tout droit, titre ou intérêt découlant du contrat, sous réserve de la conclusion d'un contrat de fiducie acceptable pour Hunter Canada.

Le 1<sup>er</sup> mars 1978, dans l'espoir d'obtenir une livraison rapide des boîtes d'engrenage, Syncrude a conclu deux contrats. Dans le premier contrat, Aco s'engageait à fabriquer les boîtes d'engrenage pour Syncrude au prix qu'elle aurait reçu de Hunter Canada. Il faut dire qu'Aco avait déjà commencé à fabriquer les boîtes d'engrenage conformément *g* au contrat de sous-traitance intervenu avec Hunter Canada. Le second contrat conclu entre Syncrude, un dénommé Donald E. Mann et Aco, à titre d'annexe au premier contrat, établissait un fonds en fiducie. Toutes les sommes qui auraient été payables par Syncrude à Hunter Canada seraient versées dans un fonds en fiducie administré par Mann à titre de fiduciaire. Aco recevrait le paiement du prix fixé au contrat à même ce fonds. Le solde était soumis aux dispositions suivantes:

[TRADUCTION] 7. Une fois effectués les paiements prévus aux clauses 5 et 9, en attendant que soit déter-

funds and trust income for payment pending determination by agreement between Hunter Canada and Hunter Engineering, or by a decision of a Court of competent jurisdiction in Canada as to the identity of the holder of a valid and lawful interest in the remainder of trust funds as between Hunter Engineering and Hunter Canada, or upon determination of certain issues in Canada, currently the subject of legal proceedings between Hunter Engineering and Hunter Canada by settlement agreement or by a decision of a Court of competent jurisdiction in Canada.

8. The trustee shall pay from the remainder of the trust fund at such time as the holder of a valid interest in the trust fund is determined pursuant to Clause 7, above, an amount or portion of the remainder of the trust fund which represents the value of such valid interest to the holder so identified, being an amount no more than the value of the interest Hunter Canada would have had under the purchase orders identified in Schedule "A" of the said Agreement less any payments made pursuant to Clauses 5 and 9 hereof; provided, however, the trustee shall refrain from making any such payment of the said remainder of the trust fund and trust income until the holder of the valid and lawful interest in the trust fund has undertaken, by agreement with Syncrude, to assume warranty and service obligations with respect to the Work under the said Agreement, as provided expressly or impliedly by the provisions of the purchase orders identified in Schedule "A" thereto, and until the trustee is notified by Syncrude of such agreement.

9. Reasonable legal expenses incurred by the trustee in the performance of his duties herein and remuneration to the trustee in accordance with the provisions of The Trustee Act shall be paid from the remainder of the trust funds following payments made pursuant to Clause 5.

10. In the event that Syncrude and the holder of the valid and lawful interest in the trust fund are unable to agree with respect to the warranty and service of Work in Schedule "A" of the said Agreement, the trustee shall pay the remainder of the trust fund, as determined by Clause 7 and Clause 8 of this Agreement, to Syncrude.

11. Upon satisfaction of the payments provided in Clauses 5, 7, 8 and 9 hereto, the trustee shall pay the balance of the remainder of the trust fund, if any, and trust income to Syncrude.

It will be noted that an amount representing the profit Hunter Canada would have made, less the administration costs of the trust fund, was to be

miné par un accord entre Hunter Canada et Hunter Engineering, ou par une décision d'un tribunal canadien compétent, qui de Hunter Engineering ou de Hunter Canada possède un droit valide et légitime sur le reliquat des fonds en fiducie ou en attendant que soient réglées à l'amiable ou par une décision d'un tribunal canadien compétent certaines questions qui font actuellement l'objet au Canada de procédures judiciaires entre Hunter Engineering et Hunter Canada, le fiduciaire détient à des fins de paiement le reliquat des fonds en fiducie ainsi que le revenu en découlant.

8. Le fiduciaire paiera, à même le reliquat du fonds en fiducie, quand on aura déterminé qui possède un droit valide sur le fonds en fiducie conformément à la clause 7 ci-dessus, la partie du reliquat du fonds en fiducie correspondant à la valeur de ce droit valide au détenteur ainsi identifié, jusqu'à concurrence de la valeur du droit qu'aurait eu Hunter Canada en vertu des bons de commande mentionnés à l'annexe «A» des présentes, moins tous les paiements faits en application des clauses 5 et 9 des présentes; à la condition toutefois que le fiduciaire ne fasse pas de paiement à même ledit reliquat du fonds en fiducie et des revenus dudit fonds avant que le détenteur du droit valide et légitime sur le fonds en fiducie se soit engagé, d'un commun accord avec Syncrude, à assumer les obligations de garantie et d'entretien relatives aux travaux exécutés en vertu dudit contrat, tel que prévu expressément ou implicitement par les dispositions des bons de commande mentionnés à l'annexe «A» des présentes, et jusqu'à ce que le fiduciaire ait été informé par Syncrude de la conclusion de cette entente.

9. Les frais juridiques raisonnables engagés par le fiduciaire dans l'exercice des fonctions prévues aux présentes et sa rémunération touchée conformément à The Trustee Act seront payés à même le reliquat du fonds en fiducie suite aux paiements effectués conformément à la clause 5.

10. Si Syncrude et le détenteur du droit valide et légitime sur le fonds en fiducie ne peuvent s'entendre sur la garantie et l'entretien relatifs aux travaux mentionnés à l'annexe «A» des présentes, le fiduciaire versera à Syncrude le reliquat du fonds en fiducie conformément aux clauses 7 et 8 des présentes.

11. Après avoir effectué les paiements prévus aux clauses 5, 7, 8 et 9 des présentes, le fiduciaire versera à Syncrude le reste des fonds en fiducie, s'il en est, ainsi que le revenu en découlant.

Il y a lieu de souligner qu'un somme équivalente au bénéfice qu'aurait retiré Hunter Canada, moins les frais d'administration du fonds en fiducie, deve-

payable from the trust fund to the successful party in the litigation between Hunter U.S. and Hunter Canada, provided that party agreed to assume the Hunter Canada warranty and service obligations. By the express terms of the trust agreement, Syncrude was entitled to the interest (the trust income) on the principal of the trust. Both Hunter U.S. and Hunter Canada had knowledge of the two agreements mentioned. Neither was a party to the Aco agreement or to the trust agreement.

The full scope of the discussions between Hunter U.S. and Syncrude during this period is unclear. The trial judge found that Hunter U.S. was prepared to assume warranty and service obligations if Syncrude repudiated its obligations under the Hunter Canada contract and contracted directly with it. Syncrude disputes this finding and claims that the discussions were limited to the creation of the trust fund. In my view, whether or not Hunter U.S. offered to assume the Hunter Canada contract is immaterial to the outcome of this appeal because it is clear that by the time the two agreements were entered into, Hunter U.S. was no longer willing to assume the Hunter Canada warranty provisions. Hunter U.S. continued to maintain the position, in the present proceedings, that it was not bound by the terms of the trust agreement and not obliged to honour any warranty or service obligations as a condition of payment to it of the trust monies. Paragraph 25C(i) of the Further Amended Statement of Defence and Counterclaim of Hunter U.S. reads:

Further and in any event this Defendant says the Plaintiff is a constructive trustee of the monies in the Trust Fund for this Defendant and this Defendant is not bound by the terms of the Trust Agreement and is not obliged to honour any warranty or service obligations as a condition of payment to it of the trust monies in view of all the circumstances of this case being those recited herein together with the fact the Plaintiff accepted certain warranty and service obligations from Aco and Hunter Canada in respect of the gearboxes and enforced or attempted to enforce the same against Aco and Hunter Canada.

nait payable à même le fonds en fiducie à la partie qui aurait gain de cause dans le litige opposant Hunter U.S. et Hunter Canada, pourvu que cette partie accepte d'assumer les obligations de Hunter

*a* Canada en matière de garantie et d'entretien. En vertu des conditions explicites du contrat de fiducie, Syncrude avait droit aux intérêts (le revenu découlant du fonds en fiducie) que le fonds produirait. Hunter U.S. et Hunter Canada connaissaient

*b* les deux ententes mentionnées. Ni l'une ni l'autre n'a pris part au contrat intervenu avec Aco ou au contrat de fiducie.

Toute l'étendue des pourparlers intervenus entre

*c* Hunter U.S. et Syncrude pendant cette période n'est pas claire. Le juge de première instance a conclu que Hunter U.S. était prête à assumer les obligations de garantie et d'entretien si Syncrude répudiait ses obligations aux termes du contrat

*d* signé avec Hunter Canada et contractait directement avec elle. Syncrude conteste cette conclusion et prétend que les pourparlers se sont limités à la création du fonds en fiducie. À mon avis, il est

*e* sans importance pour l'issue du présent pourvoi de déterminer si Hunter U.S. a offert d'endosser le contrat souscrit par Hunter Canada parce qu'il est manifeste qu'au moment où les deux accords ont été passés, Hunter U.S. n'était plus disposée à

*f* assumer les obligations de Hunter Canada en matière de garantie. Hunter U.S. a continué de soutenir, en l'espèce, qu'elle n'était pas liée par le contrat de fiducie et qu'elle n'était tenue d'honorer quelque obligation de garantie ou d'entretien que

*g* ce soit pour se faire payer les sommes détenues en fiducie. Le sous-alinéa 25C(i) de l'énoncé supplémentaire de nouvelle défense et demande reconventionnelle de Hunter U.S. se lit ainsi:

*h* [TRADUCTION] De plus et en tout état de cause, la défenderesse soutient que la demanderesse est fiduciaire par interprétation des sommes constituant le fonds en fiducie au profit de la défenderesse, que la défenderesse n'est pas liée par les conditions du contrat de fiducie et

*i* qu'elle n'est pas tenue d'honorer quelque obligation de garantie ou d'entretien que ce soit pour se faire payer les sommes détenues en fiducie, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire mentionnées ci-dessus et du fait que la demanderesse a accepté certaines obligations

*j* de garantie et d'entretien de la part d'Aco et de Hunter Canada au sujet des boîtes d'engrenage et a obtenu ou tenté d'obtenir l'exécution de ces obligations par Aco et Hunter Canada.

The trust fund now contains the profit Hunter Canada would have made, plus interest on the amount of this principal. Hunter U.S. claims it is entitled to all monies in the trust fund under the doctrine of constructive trust. This amount is significantly greater than the amount Hunter U.S. could have claimed under the express terms of the trust fund had Hunter U.S. complied with its terms.

Judgment was given in favour of Hunter U.S. in the passing-off action in December, 1978. Meredith J. held that as between Hunter U.S. and Hunter Canada, Hunter U.S. was entitled to the trust fund. Syncrude was not, however, a party to that action. Also, it is important to note that the judgment provided that Hunter U.S.'s entitlement was conditional upon Hunter U.S. assuming warranty and service obligations, which it declined to assume.

The balance in the trust fund, when the trial began, was approximately \$420,000. The gearboxes which were the subject of the Hunter Canada purchase orders underwent repair and rebuilding at a cost to Syncrude of \$200,000, inclusive of prejudgment interest. That cost would have been covered by the warranty in the Hunter Canada purchase orders.

At trial, Gibbs J. rejected the claim of Hunter U.S. under the head of constructive trust. He said at pp. 81-82:

In my opinion, the entitlement to the trust moneys is to be determined solely in accordance with the terms of the trust agreement. Hunter U.S. claimed entitlement under the doctrines of constructive trust and unjust enrichment, sometimes called restitutionary proprietary claims, but it cannot succeed on those grounds. The indicia are not present. Prior to the creation of the trust, there was not that nexus between the parties that is found in the reported cases on restitutionary proprietary claims. There was no fiduciary relationship between Syncrude and Hunter U.S.; there had not been a payment of money or delivery of property by Hunter U.S. to Syncrude under circumstances where it would be against conscience for Syncrude to retain it; Hunter U.S. was not a party with Syncrude to any agreement which gave Hunter U.S. a claim on Syncrude's funds. Hunter U.S.

Le fonds en fiducie comprend maintenant le bénéfice que Hunter Canada aurait réalisé, plus les intérêts produits par ce capital. Hunter U.S. soutient qu'elle a droit à la totalité de ce qui se trouve dans le fonds en fiducie en vertu du principe de la fiducie par interprétation. Cette somme est beaucoup plus importante que celle que Hunter U.S. aurait pu exiger en vertu des conditions expresses du contrat de fiducie si elle en avait respecté les conditions.

L'action en *passing-off* a été tranchée en faveur de Hunter U.S. en décembre 1978. Le juge Meredith a statué que c'était Hunter U.S. et non pas Hunter Canada qui avait droit au fonds en fiducie. Toutefois, Syncrude n'était pas partie à cette action. Il est aussi important de souligner que le jugement prévoyait que le droit de Hunter U.S. était assujetti à la condition qu'elle assume les obligations de garantie et d'entretien, ce qu'elle a refusé de faire.

Au moment où le procès a commencé, le solde du fonds en fiducie était de 420 000 \$ environ. Les boîtes d'engrenage visées par les bons de commande de Hunter Canada ont coûté 200 000 \$ de réparation et de remise à neuf à Syncrude, ce qui inclut les intérêts courus jusqu'au moment du jugement. Ces frais auraient été couverts par la garantie stipulée dans les bons de commande de Hunter Canada.

Au procès, le juge Gibbs a rejeté la demande de Hunter U.S. fondée sur la fiducie par interprétation. Voici ce qu'il dit, aux pp. 81 et 82:

[TRADUCTION] À mon avis, la question de savoir qui a droit aux sommes en fiducie doit être tranchée uniquement en fonction des stipulations du contrat de fiducie. Hunter U.S. prétend qu'elle a droit à ce fonds par application des principes de la fiducie par interprétation et de l'enrichissement sans cause, aussi parfois désignés sous le vocable de droits de restitution à titre de propriétaire, mais elle ne peut avoir gain de cause en vertu de ces moyens. Il n'y a aucun indice en ce sens. Avant la création de la fiducie, il n'existe pas de lien entre les parties comme celui qu'on trouve dans les décisions portant sur les droits de restitution à titre de propriétaire. Il n'y avait aucune relation fiduciaire entre Syncrude et Hunter U.S.; Hunter U.S. n'avait payé à Syncrude aucune somme d'argent ni ne lui avait livré aucun bien dans des circonstances où il serait injuste que

had, and established, a claim against Hunter Canada. If Syncrude had paid the purchase price to Hunter Canada, on the authorities, Hunter U.S. could have recovered the profit element from Hunter Canada because of the fiduciary duty owed to Hunter U.S. by those of its employees who were the owners of Hunter Canada. In my opinion however, in the absence of the trust agreement, Hunter U.S. would have no claim against Syncrude. It had not contracted with Syncrude, nor had it provided any of those things for which profit stands as compensation, such as risk capital, skilled and knowledgeable staff, supervision, overhead, and like matters. None of its plant or personnel had been used. I am satisfied that if Hunter U.S. has an entitlement, it must be found within the four corners of the trust agreement.

It will be observed from the foregoing passage that the trial judge was of the opinion that entitlement to the trust monies had to be determined solely in accordance with the terms of the trust agreement. In his view, none of the indicia of restitutive proprietary claims was present. He awarded Syncrude the trust income and awarded the principal of the trust to Hunter U.S. on the condition that it assume the warranty obligations of Hunter Canada before October 1, 1984. That date, by order of Gibbs J., dated September 17, 1984, was later extended to the date which is two months after final judgment in appeal has been handed down.

The Court of Appeal reversed the decision of the trial judge. The court held that the issue fell to be determined by reference to the judgment of this Court in *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834. Anderson J.A. was of the opinion that the criteria necessary to establish a successful claim for unjust enrichment, namely, (1) an enrichment of the defendant, (2) a corresponding deprivation of the plaintiff, and (3) the absence of a juristic reason for the enrichment, were satisfied.

The Court of Appeal held that if Syncrude were to keep the trust income, Syncrude would be enriched. This enrichment would come at the

Syncrude les garde; il n'existe pas entre Syncrude et Hunter U.S. aucun contrat en vertu duquel cette dernière pourrait faire valoir un droit sur les fonds de Syncrude. Hunter U.S. avait établi qu'elle avait un a recours contre Hunter Canada. D'après la jurisprudence, si Syncrude avait payé le prix d'achat à Hunter Canada, Hunter U.S. aurait pu recouvrer auprès de Hunter Canada l'élément des profits, et ce, en raison de l'obligation de fiduciaire qu'avaient envers Hunter U.S. b ceux de ses employés qui étaient les propriétaires de Hunter Canada. À mon avis, cependant, en l'absence du contrat de fiducie, Hunter U.S. ne pourrait faire valoir aucune réclamation contre Syncrude. Elle n'avait pas passé de contrat avec celle-ci ni n'avait fourni aucune c des choses, telles que le capital de risque, un personnel compétent et bien renseigné, la supervision, les frais généraux, et ainsi de suite, pour lesquelles le profit constituait la rétribution. On ne s'était servi ni de ses installations ni de son personnel. Je suis convaincu que si d Hunter U.S. a un droit quelconque, il faut le trouver d dans le texte même du contrat de fiducie.

Le passage qui précède nous permet de constater que le juge de première instance estimait que tout droit au fonds en fiducie devait être déterminé e uniquement en fonction des termes du contrat de fiducie. À son avis, rien ne laissait croire à l'existence d'un droit de restitution à titre de propriétaire. Il a accordé les revenus du fonds en fiducie à Syncrude et le capital à Hunter U.S. à la condition f qu'elle assume, avant le 1<sup>er</sup> octobre 1984, les obligations de garantie de Hunter Canada. Par une ordonnance en date du 17 septembre 1984, le juge Gibbs a reporté cette date à deux mois après le g prononcé du jugement final en appel.

La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance. La cour a statué que l'affaire devait être jugée conformément à larrêt de cette h Cour *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834. Le juge Anderson de la Cour d'appel s'est dit d'avis que les conditions nécessaires pour pouvoir établir l'enrichissement sans cause étaient remplies, savoir i (1) un enrichissement du défendeur, (2) un appauvrissement correspondant du demandeur et (3) l'absence de tout motif juridique justifiant l'enrichissement.

La Cour d'appel a statué que, si Syncrude devait garder les revenus découlant du fonds en fiducie, elle s'enrichirait. Cet enrichissement se ferait au

expense of Hunter U.S., which would have earned the profit on the construction of the 11 gearboxes but for the fraud of Hunter Canada. Syncrude's actions in establishing the trust fund were interpreted by the appeal court as evidence of an acknowledgement by Syncrude that Hunter U.S. was entitled to the fund. The court was of the view that there was a sufficient causal nexus between the enrichment and the deprivation in the fact that Hunter Canada had performed all its contractual obligations with the exception of its service and warranty obligations. By offering to assume the warranty obligations of the Hunter Canada contract, Hunter U.S. satisfied the necessary causal connection. Finally, the Court of Appeal could find no juristic reason to justify Syncrude's enrichment. In the result, the court allowed the appeal of Hunter U.S. and held that Hunter U.S. was entitled to the whole of the trust fund and the income therefrom, except that Syncrude was entitled to deduct the sum of \$200,000, being the agreed repair costs for which Hunter U.S. was responsible. It was held also that Syncrude be entitled to the income on the sum of \$200,000 from the date of trial.

With respect, I am unable to agree with the view of the Court of Appeal and the view of my colleague, Wilson J., that the monies in the trust fund established by Syncrude should be awarded to Hunter U.S. I can conceive of no basis in law or in equity for awarding the trust fund to Hunter U.S. Hunter U.S. is not entitled to those monies under the terms of the trust agreement. Hunter U.S. has not satisfied any of the three criteria mentioned in *Pettkus v. Becker, supra*. In my view, there was no unjust enrichment and therefore no possibility of a constructive trust arising in this case. I would therefore allow the cross-appeal and declare that Syncrude is entitled to the principal of the trust fund and the interest accrued thereon.

If a restitutive remedy is not available, Hunter U.S. is left trying to make a claim under a document the express terms of which deny recovery by Hunter U.S. Hunter U.S. provided nothing whatsoever to Syncrude in connection with the 11

détriment de Hunter U.S. qui aurait touché le bénéfice lié à la fabrication des onze boîtes d'engrenage, n'eût été la fraude de Hunter Canada. Les gestes posés par Syncrude en établissant le fonds en fiducie ont été perçus par la Cour d'appel comme la preuve que Syncrude reconnaissait que Hunter U.S. avait droit à l'argent. La cour a jugé qu'il existait un lien de causalité suffisant entre l'enrichissement et l'appauvrissement du fait que Hunter Canada avait exécuté toutes ses obligations contractuelles, sauf celles qui avaient trait à la garantie et à l'entretien. En offrant d'assumer les obligations de garantie contenues dans le contrat de Hunter Canada, Hunter U.S. a satisfait à l'exigence d'un lien de causalité. Enfin, la Cour d'appel n'a pu trouver aucun motif juridique justifiant l'enrichissement de Syncrude. En définitive, la cour a accueilli l'appel interjeté par Hunter U.S. et elle a statué que cette dernière avait droit à la totalité du fonds en fiducie et des revenus en découlant, sauf la somme de 200 000 \$ que Syncrude pouvait déduire et qui représentait le coût convenu des réparations dont Hunter U.S. était responsable. Elle a aussi conclu que Syncrude avait droit aux revenus de la somme de 200 000 \$ depuis la date du procès.

En toute déférence, je ne puis être d'accord avec la Cour d'appel et ma collègue le juge Wilson pour dire que les sommes détenues dans le fonds en fiducie créé par Syncrude doivent être accordées à Hunter U.S. Je ne puis voir aucun motif de droit ou d'*equity* qui justifie l'attribution des fonds en fiducie à Hunter U.S. Cette dernière n'a pas droit à ces sommes en vertu du contrat de fiducie. Hunter U.S. n'a rempli aucune des trois conditions établies dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, précité. À mon avis, il n'y a pas eu d'enrichissement sans cause et il n'y a donc aucune possibilité de fiducie par interprétation en l'espèce. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi incident et de statuer que Syncrude a droit au capital du fonds en fiducie et aux intérêts qu'il a produits.

S'il n'y a pas lieu à un redressement fondé sur la restitution, Hunter U.S. en est réduite à tenter d'adresser une demande en vertu d'un document dont les termes explicites la privent de tout recouvrement. Hunter U.S. n'a rien fourni à Syncrude

gearboxes. Nor did Hunter Canada. All the work was done by Aco. The drawings were supplied by Syncrude. Counsel for Hunter U.S. lays emphasis on the fact that Hunter U.S. provided the design drawings to Aco under a pledge of confidentiality. That may be true but it overlooks the provision in the original contract between Syncrude and Hunter U.S. which required Hunter U.S. to provide Syncrude with such drawings, free of any such pledge. No restriction was placed on the use of these drawings by Syncrude. The design drawings were already in Syncrude's possession in 1977 and were provided to Aco by Syncrude. Hunter U.S. does not allege any breach of copyright on the part of anyone. Anderson J.A. refers to drawings "stolen from Hunter". No drawings were stolen by Syncrude.

The constructive trust has existed for over two hundred years as an equitable remedy for certain forms of unjust enrichment. In its earliest form, the constructive trust was used to provide a remedy to claimants alleging that others had made profits at their expense. Where the claimant could show the existence of a fiduciary relationship between the claimant and the person taking advantage of the claimant, the courts were receptive (see Waters, *The Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at pp. 378-82). Equity would not countenance the abuse of the trust and confidence inherent in a fiduciary relationship and imposed trust obligations on those who profited from abusing their position of loyalty. The doctrine was gradually extended to apply to situations where other persons who were not in a fiduciary relationship with the claimant acted in concert with the fiduciary or knew of the fiduciary obligations. Until the decision of this Court in *Pettkus v. Becker*, the constructive trust was viewed largely in terms of the law of trusts, hence the need for the existence of a fiduciary relationship. In *Pettkus v. Becker*, the Court moved to an approach more in line with restitutionary principles by explicitly recognizing constructive trust as one of the remedies for unjust enrichment. In finding unjust enrichment the Court, as I have said, invoked three criteria: namely (1) an enrichment, (2) a corresponding

relativement aux onze boîtes d'engrenage, non plus que Hunter Canada. Tout le travail a été fait par Aco. Syncrude a fourni les dessins. L'avocat de Hunter U.S. insiste sur le fait que Hunter U.S. a fourni les dessins de conception à Aco sous promesse de les garder secrets. Cette affirmation est peut-être vraie, mais elle fait abstraction de la disposition du contrat initial intervenu entre Syncrude et Hunter U.S. qui exigeait que cette dernière fournisse ces dessins à Syncrude, sans aucune promesse de cette nature. Aucune restriction n'a été imposée à l'usage que Syncrude pourrait faire de ces dessins. Syncrude avait déjà les dessins de conception en sa possession en 1977 et c'est elle qui les a fournis à Aco. Hunter U.S. n'a allégué aucune violation de droit d'auteur par qui que ce soit. Le juge Anderson a parlé des dessins [TRADUCTION] «subtilisés à Hunter». Syncrude n'a subtilisé aucun dessin.

La fiducie par interprétation existe depuis plus de deux cents ans à titre de redressement en *equity* contre certaines formes d'enrichissement sans cause. À l'origine, la fiducie par interprétation servait de redressement à quiconque soutenait que quelqu'un d'autre s'était enrichi à ses dépens. Quand le requérant pouvait prouver l'existence d'une relation fiduciaire entre lui et la personne qui avait profité de lui, les tribunaux se montraient réceptifs (voir Waters, *The Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), aux pp. 378 à 382). L'*equity* n'admettait pas que l'on abuse de la confiance inhérente à une relation fiduciaire et imposait la création d'une fiducie à ceux qui profitaient du fait d'avoir abusé de leurs devoirs de loyauté. Ce principe a été progressivement élargi de manière à s'appliquer au cas de personnes qui, n'étant pas parties à une relation fiduciaire avec le requérant, avaient agi conjointement avec le fiduciaire ou connaissaient l'existence des obligations de fiduciaire. Jusqu'à l'arrêt de cette Cour *Pettkus c. Becker*, la fiducie par interprétation était perçue surtout sous l'angle du droit des fiducies, d'où la nécessité d'une relation fiduciaire. Dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, cette Cour a choisi d'adopter un point de vue plus conforme aux principes de restitution en reconnaissant explicitement que la fiducie par interprétation constitue l'un des redressements contre l'enrichissement sans cause. En

deprivation, and (3) absence of any juristic reason for the enrichment. The Court then found that in the circumstances of the case a constructive trust was the appropriate remedy to redress the unjust enrichment.

In determining whether a restitutionary remedy may be available in this case, an understanding of the legal positions of the three parties, Hunter U.S., Hunter Canada and Syncrude is of paramount importance. In my view, an analysis of the facts and of legal positions of all three parties reveals why a restitutionary remedy is not available to Hunter U.S.

I note that this appeal presents a unusually complex fact situation. Three parties are involved, rather than the two one usually finds when a constructive trust is advanced. Of the three parties, there is only one wrongdoer. Two of the parties, Syncrude and Hunter U.S., are completely innocent actors. As between the two innocent parties, only one will be entitled to the money in dispute. In my view, the complexities can best be minimized by examining separately the legal relationship between the wrongdoer and each of the innocent parties. Once the legal positions of Hunter U.S. and Syncrude are determined *vis-à-vis* Hunter Canada, the relationship between Hunter U.S. and Syncrude can be meaningfully examined.

There is no doubt that as between Hunter U.S., a company defrauded by disloyal employees, and Hunter Canada, Hunter U.S. would have been able to claim any profits made by Hunter Canada under the traditional doctrine of constructive trust. Hunter Canada was founded by trusted employees of Hunter U.S., persons who clearly stood in a fiduciary relationship to Hunter U.S. Equity will not permit a fiduciary to profit at the expense of its principal. The *Pettkus v. Becker* test for unjust enrichment would also be satisfied. Hunter Canada would be enriched to the amount of the profit it would have received under its contract with Syncrude. The enrichment would be at the

concluant qu'il y avait enrichissement sans cause, la Cour a, comme je l'ai dit, invoqué trois critères, savoir (1) un enrichissement, (2) un appauvrissement correspondant et (3) l'absence de tout motif juridique justifiant cet enrichissement. La Cour a ensuite conclu que, dans les circonstances, la fiducie par interprétation était le redressement approprié pour remédier à l'enrichissement sans cause.

Pour déterminer s'il y a lieu à redressement fondé sur la restitution en l'espèce, il est très important de saisir la position en droit des trois parties que sont Hunter U.S., Hunter Canada et Syncrude. À mon avis, l'analyse des faits et de la position en droit des trois parties révèle pourquoi Hunter U.S. n'a pas droit à un redressement fondé sur la restitution.

Je souligne que le présent pourvoi présente une situation de fait exceptionnellement complexe. Trois parties sont en cause au lieu des deux qu'on trouve ordinairement lorsqu'une fiducie par interprétation est invoquée. Des trois parties, il n'y en a qu'une qui soit fautive. Les deux autres parties, Hunter U.S. et Syncrude sont tout à fait innocentes. Des deux parties innocentes, une seule aura droit aux sommes en litige. À mon avis, la complexité de la situation peut mieux être réduite si l'on examine séparément les liens juridiques existant entre chacune des parties innocentes et la partie fautive. Une fois qu'on aura déterminé la position en droit de Hunter U.S. et de Syncrude vis-à-vis de Hunter Canada, il sera possible d'examiner utilement les rapports entre Hunter U.S. et Syncrude.

Il n'y a pas de doute qu'entre Hunter U.S., qui a été fraudée par des employés déloyaux, et Hunter Canada, la première aurait pu revendiquer tous les profits réalisés par Hunter Canada en vertu du principe de la fiducie par interprétation. Hunter Canada a été constituée par des employés auxquels Hunter U.S. avait fait confiance et qui avaient manifestement des obligations de fiduciaire envers Hunter U.S. L'*equity* ne permet pas à un fiduciaire de s'enrichir aux dépens de son mandant. La triple condition énoncée dans l'arrêt *Pettkus c. Becker* pour qu'il y ait enrichissement sans cause serait également remplie. Hunter Canada serait enrichie du montant des bénéfices qu'elle aurait

expense of Hunter U.S. There would be no juristic reason to justify the enrichment. As between Hunter U.S. and Hunter Canada, Hunter U.S. clearly has the better claim to money accruing to Hunter Canada.

An entirely different situation exists between Hunter Canada and Syncrude. The relations between Hunter Canada and Syncrude are regulated by contract. Syncrude can only be said to owe money to Hunter Canada on the basis of the agreement for gearboxes negotiated in 1977. Syncrude was induced to enter into that contract on the strength of Hunter Canada's fraudulent misrepresentations. It is a basic principle of contract law that where a party had entered into a contract, having been misled by a fraudulent misrepresentation, the contract is voidable at the instance of the innocent party (see Waddams, *The Law of Contracts* (2nd ed. 1984), at p. 308). Once Syncrude discovered Hunter Canada's deception, it was entitled to elect to continue with the contract or to treat the contract at an end. Syncrude could not be compelled to continue with a contract it had been led to assume on fraudulent premises. As between Syncrude and Hunter Canada, Syncrude has a stronger claim to the money payable under the contract by virtue of its ability to elect to end the contract and retain the money it would have expended.

What then, is the situation between Hunter U.S. and Syncrude? In my view, Syncrude is entitled to retain the money it would have paid under the Hunter Canada contract. The only connection between Hunter U.S. and Syncrude is Hunter Canada. Hunter U.S.'s claim to the entire trust fund arises only as a result of Hunter Canada's actions. As against Syncrude, Hunter U.S. has no higher claim than does Hunter Canada. While the actions of Hunter Canada are, on the one hand, essential to found Hunter U.S.'s claim of unjust enrichment, the need to rely on the conduct of Hunter Canada is fatal to this claim.

touchés en vertu de son contrat avec Syncrude. Cet enrichissement aurait lieu aux dépens de Hunter U.S. Il n'y aurait aucun motif juridique justifiant cet enrichissement. Si on compare Hunter U.S. et <sup>a</sup> Hunter Canada, Hunter U.S. est manifestement plus fondée à réclamer les sommes dues à Hunter Canada.

<sup>b</sup> La situation qui prévaut entre Hunter Canada et Syncrude est tout à fait différente. Les rapports entre Hunter Canada et Syncrude sont régis par un contrat. Syncrude ne peut devoir quelque chose à Hunter Canada qu'en vertu du contrat négocié en 1977 pour la fourniture de boîtes d'engrenage. Syncrude a été amenée à conclure ce contrat à cause des déclarations mensongères de Hunter Canada. Selon un des principes fondamentaux du droit des contrats, lorsqu'une partie a été amenée à conclure un contrat par des déclarations mensongères, ce contrat est annulable à la demande de la partie innocente (voir Waddams, *The Law of Contracts* (2nd ed. 1984), à la p. 308). Après avoir découvert la supercherie de Hunter Canada, Syncrude avait le choix de continuer de respecter le contrat ou d'y mettre fin. Syncrude ne pouvait être forcée de continuer de respecter un contrat qu'elle avait été amenée à conclure en se fondant sur des déclarations mensongères. Entre Syncrude et Hunter Canada, Syncrude a un droit plus clair aux sommes payables en vertu du contrat à cause de sa capacité de mettre fin au contrat et de conserver l'argent qu'elle aurait dépensé.

<sup>g</sup>

<sup>h</sup> Qu'en est-il alors de la situation entre Hunter U.S. et Syncrude? À mon avis, Syncrude a le droit de conserver les sommes qu'elle aurait versées en vertu du contrat conclu avec Hunter Canada. Le seul lien qui existe entre Hunter U.S. et Syncrude est Hunter Canada. La réclamation par Hunter U.S. de la totalité du fonds en fiducie découle uniquement des actes de Hunter Canada. Par rapport à Syncrude, Hunter U.S. n'a pas plus de droits que Hunter Canada. Bien que les actes de Hunter Canada soient, d'une part, essentiels pour justifier l'argument de Hunter U.S. portant qu'il y aurait enrichissement sans cause, la nécessité d'invoquer la conduite de Hunter Canada est fatale à cet argument.

<sup>j</sup>

Hunter Canada's entitlement *vis-à-vis* Syncrude arose purely as a result of contractual obligation. Under ordinary principles of contract law, Syncrude could not be compelled to remain a party to the Hunter Canada contract. Even before the fraud of Hunter Canada was brought to light, it was open to Syncrude to breach the contract with Hunter Canada and to face an action for damages. In light of Hunter Canada's fraudulent misrepresentation to Syncrude, Syncrude was entitled to rescind the contract on the basis of fraud. Syncrude's actions in January through March 1978 essentially amounted to exercising its option to rescind. Rather than involve itself in the competing claims of Hunter Canada and Hunter U.S., Syncrude chose to extricate itself from the Hunter Canada contract as it was properly entitled to do. Syncrude's primary concern was the timely production of gearboxes. Syncrude sought to terminate its contract with Hunter Canada and requested Hunter Canada's approval of this course of action. Hunter Canada agreed to renounce its rights under the contract subject to the creation of a trust fund. Long before the legal resolution of the dispute between Hunter U.S. and Hunter Canada, the contract between Hunter Canada and Syncrude had come to an end as had any entitlement of Hunter Canada under the contract.

The result of Syncrude's decision to terminate the Hunter Canada contract and Hunter Canada's acceptance of the termination is that Hunter Canada is no longer entitled to any payment under the contract. In my view, this precludes any claim by Hunter U.S. as I have indicated. The claim of Hunter U.S. is predicated upon Hunter Canada's contractual entitlement. If Hunter Canada has no entitlement, Hunter U.S. has no entitlement. Hunter U.S. can be in no better position *vis-à-vis* Syncrude than that Hunter Canada occupies *vis-à-vis* Syncrude. Finding unjust enrichment in favour of Hunter U.S. on monies held by Syncrude would be to found an entitlement deriving from a contractual entitlement of Hunter Canada that is no longer in existence.

Les droits qu'a Hunter Canada vis-à-vis de Syncrude découlent purement d'une obligation contractuelle. Selon les règles ordinaires du droit des contrats, Syncrude ne pouvait être forcée à demeurer partie au contrat de Hunter Canada. Même avant la découverte de la supercherie de Hunter Canada, il était loisible à Syncrude de rompre le contrat conclu avec Hunter Canada et de s'exposer à une poursuite en dommages-intérêts. Compte tenu des déclarations mensongères que Hunter Canada lui avait faites, Syncrude avait le droit de résilier le contrat pour cause de fraude. Les actes que Syncrude a accomplis de janvier à mars 1978 revenaient essentiellement à exercer le choix qu'elle avait de résilier le contrat. Plutôt que de s'immiscer dans le litige opposant Hunter Canada et Hunter U.S., Syncrude a choisi de se dégager du contrat conclu avec Hunter Canada, comme elle pouvait légitimement le faire. Syncrude était surtout intéressée à ce que les boîtes d'engrenage soient fabriquées sans tarder. Syncrude a voulu résilier le contrat conclu avec Hunter Canada et elle lui a demandé de consentir à cette résiliation. Hunter Canada a convenu de renoncer à ses droits en vertu du contrat à la condition qu'un fonds en fiducie soit établi. Bien avant la fin du litige opposant Hunter U.S. et Hunter Canada, le contrat conclu entre Hunter Canada et Syncrude avait pris fin comme tous les droits qu'il procurait à Hunter Canada.

La décision de Syncrude de résilier le contrat conclu avec Hunter Canada et l'acceptation par cette dernière de la résiliation font en sorte que Hunter Canada n'a plus droit à aucun paiement en vertu de ce contrat. À mon avis, comme je l'ai déjà indiqué, cela a pour effet d'enlever tout recours à Hunter U.S. L'action de Hunter U.S. est fondée sur les droits contractuels de Hunter Canada. Si Hunter Canada n'a aucun droit, Hunter U.S. n'en a pas non plus. Hunter U.S. ne peut être mieux placée que Hunter Canada vis-à-vis de Syncrude. Conclure à l'existence d'un enrichissement sans cause en faveur de Hunter U.S. relativement aux sommes détenues par Syncrude reviendrait à conclure à l'existence d'un droit découlant d'un droit contractuel de Hunter Canada qui n'existe plus.

Clause 8 of the trust agreement expressly provided that the trustee should refrain from making any payment out of the said trust fund and trust income "until the holder of the valid and lawful interest in the trust fund had undertaken, by agreement with Syncrude, to assume warranty and service obligations with respect to the work under the said Agreement, as provided expressly or impliedly by the provisions of the purchase orders identified in Schedule "A" thereto, and until the trustee is notified by Syncrude of such agreement."

Hunter U.S. at no time gave any such undertaking. Hunter U.S. refused to become a party to the trust agreement. In its pleading in the present proceedings it claimed all the monies in the trust fund but denied any obligation to honour any warranty or service obligations as a condition of payment. In the Court of Appeal judgment the following passage appears at p. 385:

I agree with counsel for Syncrude that Hunter would not be entitled to any profit if Hunter had refused to assume the obligations of Hunter Canada under the 1977 agreement. A court of equity would not assist Hunter in such a case. Moreover, there would not be a true "corresponding deprivation" or "causal connection".

In the circumstances, it is not, however, open to Syncrude to contend that Hunter did not assume the service and warranty obligations contained in the 1977 agreement. Hunter offered to ratify or adopt the 1977 agreement made between Hunter Canada and Syncrude. Hunter offered to contract directly with Syncrude and to assume the service and warranty obligations contained in the 1977 agreement. Syncrude, prior to the discovery of the fraud, believed that Hunter Canada was the subsidiary of Hunter and, therefore, the offer made by Hunter to deal with Syncrude directly was exactly the contract Syncrude wanted in the first place. Syncrude, however, for reasons of its own and solely for its own benefit, refused to enter into any agreement with Hunter. Instead, it contracted with Aco, using Hunter's designs, and unilaterally attempted to impose onerous and additional obligations on Hunter.

La clause 8 du contrat de fiducie prévoit expressément que le fiduciaire doit s'abstenir de faire quelque paiement que ce soit à même le fonds en fiducie et les revenus dudit fonds «avant que le <sup>a</sup> détenteur du droit valide et légitime sur le fonds en fiducie ne se soit engagé, d'un commun accord avec Syncrude, à assumer les obligations de garantie et d'entretien relatives aux travaux exécutés en vertu dudit contrat, tel que prévu expressément ou implicitement par les dispositions des bons de commande mentionnés à l'annexe «A» des présentes, et jusqu'à ce que le fiduciaire ait été informé par Syncrude de la conclusion de cette entente».

<sup>c</sup> Hunter U.S. n'a jamais souscrit un tel engagement. Elle a refusé de devenir partie au contrat de fiducie. Dans ses conclusions en l'espèce, elle a demandé la totalité des fonds détenus en fiducie tout en déclarant qu'elle n'était pas tenue d'honorer quelque obligation que ce soit en matière de garantie ou d'entretien comme condition de paiement. On trouve ce qui suit à la p. 385 des motifs <sup>d</sup> de jugement de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Je suis d'accord avec l'avocat de Syncrude pour dire que Hunter n'aurait droit à aucun profit si elle avait refusé d'assumer les obligations qui incombaient à Hunter Canada en vertu du contrat de 1977. <sup>f</sup> Une cour d'*equity* ne viendrait pas au secours de Hunter dans ce cas. De plus, il n'y aurait pas de véritable «appauvrissement correspondant» ni de véritable «lien de causalité».

<sup>g</sup> Dans les circonstances, il n'est cependant pas loisible à Syncrude de soutenir que Hunter n'a pas assumé les obligations de garantie et d'entretien contenues dans le contrat de 1977. Hunter a offert de ratifier ou d'adopter le contrat de 1977 intervenu entre Hunter Canada et <sup>h</sup> Syncrude. Hunter a offert de contracter directement avec Syncrude et d'assumer les obligations de garantie et d'entretien contenues dans le contrat de 1977. Syncrude, avant de découvrir la fraude, croyait que Hunter Canada était la filiale de Hunter et, en conséquence, <sup>i</sup> l'offre faite à Syncrude par Hunter de traiter directement avec elle était exactement l'entente que Syncrude avait voulue en premier lieu. Pour des raisons qui lui sont propres et pour son seul bénéfice, Syncrude a cependant refusé de conclure un contrat avec Hunter. <sup>j</sup> Elle a plutôt contracté avec Aco, en utilisant les dessins de Hunter, et a tenté d'imposer unilatéralement à Hunter des obligations supplémentaires onéreuses.

Counsel for Syncrude strongly contests the finding that Hunter U.S. offered to assume the obligations of Hunter Canada. The evidence on this point is far from satisfactory. Hunter U.S. advanced no evidence on the point at trial other than a brief passage from an examination for discovery, which reads:

Q. And there is this allegation:

"At the time the plaintiff entered into the 1978 agreement, this defendant offered to assume all warranty and service obligations provided the plaintiff"

that's Syncrude,

"entered into contracts directly with this defendant",

that's Hunter Engineering, and that is true as well, isn't it?

A. Yes.

This is the best evidence Hunter U.S. can produce. There is no letter or other document evidencing such offer. No one testified, on behalf of Hunter U.S., in affirmation of the offer. Be that as it may, Hunter U.S. declined to be a party to the trust agreement or to the 1978 agreement and has since consistently denied any warranty obligations. Equally, if such an offer were made, I cannot understand why, in light of the circumstances prevailing at the time, Syncrude was under any obligation to accept such an offer.

At the time Syncrude rescinded the Hunter Canada contract, Syncrude was free to procure the gearboxes any way it pleased. If a company unrelated to either Hunter Canada or Hunter U.S. offered to supply the gearboxes on more advantageous terms, Hunter U.S. could not have prevented Syncrude from contracting with that other company. Viewing Hunter U.S.'s offer as a sufficient connection between Syncrude and Hunter U.S. to found a restitutive remedy in Hunter U.S.'s favour is tantamount to compelling it to contract with Hunter U.S.

It is no answer to say that at some time in the negotiations Hunter U.S. agreed to assume the

L'avocat de Syncrude conteste vigoureusement la conclusion que Hunter U.S. a offert d'assumer les obligations souscrites par Hunter Canada. La preuve à cet égard est loin d'être satisfaisante. En première instance, Hunter U.S. n'a pas fourni d'élément de preuve à ce sujet, si ce n'est le court extrait suivant de l'interrogatoire préalable:

[TRADUCTION]

Q. Puis il y a l'allégation suivante:

«À l'époque où la demanderesse a conclu le contrat de 1978, la défenderesse a offert d'assumer toutes les obligations de garantie et d'entretien pourvu que la demanderesse»,

c.-à-d. Syncrude,

«contracté directement avec la présente défenderesse»,

c.-à-d. Hunter Engineering, et cela est également exact, n'est-ce pas?

d R. Oui.

C'est le meilleur élément de preuve que Hunter U.S. peut présenter. Il n'y a pas de lettre ni d'autre document attestant cette offre. Personne n'a confirmé cette offre en témoignant pour le compte de Hunter U.S. De toute façon, Hunter U.S. a refusé d'être partie au contrat de fiducie ou au contrat de 1978 et elle a depuis constamment nié l'existence de quelque obligation que ce soit en matière de garantie. De même, si une telle offre avait été faite et je ne puis voir pourquoi, compte tenu des circonstances de l'époque, Syncrude aurait été tenue de l'accepter.

g Après avoir résilié le contrat conclu avec Hunter Canada, Syncrude était libre de se procurer les boîtes d'engrenage auprès de qui elle voulait. Si une autre société, n'ayant aucun lien avec Hunter Canada ou Hunter U.S., avait offert de fournir les boîtes d'engrenage à des conditions plus avantageuses, Hunter U.S. n'aurait pas pu empêcher Syncrude de passer un contrat avec cette autre société. Considérer que l'offre de Hunter U.S. constitue un lien suffisant entre Syncrude et Hunter U.S. pour justifier cette dernière à bénéficier d'un redressement fondé sur la restitution revient à forcer Syncrude à contracter avec Hunter U.S.

j Il ne sert à rien d'affirmer qu'à un moment donné pendant les négociations, Hunter U.S. a

service and warranty obligations contained in the 1977 Agreement. Opinions and attitudes frequently change in negotiations and it is clear that Hunter U.S. changed. It refused to sign the 1977 agreement or the trust agreement when the time came. Even after the trial judge awarded Hunter U.S. the trust fund under the terms of the trust agreement on the condition that Hunter U.S. accept the warranty provision within a certain period of time, Hunter U.S. did not assume the Hunter Canada warranty. The monies paid into the trust fund can only be viewed as having been originally owed to Hunter Canada to pay for services that Syncrude had purchased from it. If Hunter U.S. is to receive those monies, then it should also be found that it would have been liable in so far as any of those services were not provided. Yet it is difficult to see what Hunter U.S. might be liable for. An important "service" which Syncrude purchased from Hunter Canada was the extended warranty which Hunter Canada offered. Hunter U.S. did not take up their warranty and, therefore, could not have been held liable under it. Thus, it would be unfair to award it monies intended to compensate the party which had agreed to assume the risks inherent in the warranty. In my view, it is no longer open to Hunter U.S. to claim under the express trust agreement.

In imposing a constructive trust in the circumstances of this case, the Court of Appeal carried the decision in the *Pettkus* case beyond the breaking point. Apart perhaps from an element of sympathy which one might have because of the attempt by its dishonest employees to cheat Hunter U.S., I can find nothing which would entitle Hunter U.S. to the funds set aside by Syncrude pursuant to an agreement with Hunter Canada in an attempt to extricate itself from an extremely difficult and potentially costly situation created by Hunter's employees or former employees. In my view, if Hunter U.S.'s claim prevailed, (i) Hunter U.S. would be enriched, (ii) with a corresponding deprivation of Syncrude, (iii) and for no juristic reason that I am able to detect.

convenu d'assumer les obligations de garantie et d'entretien contenues dans le contrat de 1977. Les opinions et les attitudes changent fréquemment au cours de négociations et il est clair qu'il y a eu <sup>a</sup> revirement de la part de Hunter U.S. Elle a refusé de signer le contrat de 1977 ou le contrat de fiducie, quand le moment fut venu de le faire. Même après que le juge de première instance lui eut accordé le fonds créé par le contrat de fiducie à <sup>b</sup> la condition qu'elle souscrive à la disposition portant garantie à l'intérieur d'un certain délai, Hunter U.S. n'a pas assumé la garantie de Hunter Canada. On ne peut assigner d'autre destination aux sommes versées au fonds en fiducie que celle de payer à Hunter Canada les services que Syncrude s'était procurés auprès d'elle. Si Hunter U.S. doit toucher ces sommes, il faut aussi conclure qu'elle doit être tenue responsable des services qui <sup>c</sup> non pas été fournis. Pourtant, il est difficile de voir ce dont Hunter U.S. pourrait être tenue responsable. La garantie prolongée que Hunter Canada avait offerte constituait l'un des «services» importants que Syncrude avait acquis de cette société. <sup>d</sup> Hunter U.S. n'a pas souscrit à cette garantie et, par conséquent, elle ne peut être tenue responsable en vertu de celle-ci. Il serait donc injuste de lui accorder des sommes destinées à indemniser la partie qui avait convenu d'assumer les risques liés à la garantie. À mon avis, il n'est plus possible à <sup>e</sup> Hunter U.S. d'invoquer la convention de fiducie expresse.

En imposant une fiducie par interprétation en <sup>g</sup> l'espèce, la Cour d'appel a poussé au-delà du point de rupture la décision rendue dans l'affaire *Pettkus*. À l'exception peut-être de la sympathie que l'on pourrait avoir pour Hunter U.S. en raison de la tentative d'escroquerie dont elle a été victime de la part d'employés malhonnêtes, je ne vois rien qui permette à Hunter U.S. de toucher les sommes que Syncrude a mises de côté, conformément à un accord avec Hunter Canada, dans le but de s'extirper d'une situation extrêmement difficile et potentiellement coûteuse créée par des employés ou d'anciens employés de Hunter. À mon avis, si l'on faisait droit à la demande de Hunter U.S., (i) celle-ci se trouverait enrichie, (ii) Syncrude se trouverait appauvrie d'autant (iii) sans que je puisse trouver aucun motif juridique justifiant cela.

The impact of a finding of constructive trust, as *per* the Court of Appeal, as compared with a finding of entitlement under the terms of the express trust is not minimal. Clause 9 of the trust agreement provides that reasonable legal expenses incurred by the trustee in the performance of his duties and remuneration to the trustee are to be paid from the trust funds. If all of the trust funds are payable to Hunter U.S. under a constructive trust, to whom does the trustee look for payment of his remuneration and the legal expenses he has incurred?

I disagree with the interpretation the Court of Appeal and Wilson J. have placed on Syncrude's decision to establish the trust fund. I do not see the creation of the trust as an admission on the part of Syncrude that either Hunter U.S., or Hunter Canada was entitled to the profit under the Hunter Canada contract. Upon suspecting fraud, Syncrude was entitled to rescind the Hunter Canada contract. Until Syncrude was completely convinced that Hunter Canada was fraudulent, rescission entailed a certain amount of risk. Had the litigation between Hunter U.S. and Hunter Canada been resolved in Hunter Canada's favour, Syncrude would have been vulnerable to an action for breach of contract by Hunter Canada. It could protect itself against a lawsuit by requesting Hunter Canada's approval of its decision to consider the contract at an end. In my view, it was not strictly necessary for Syncrude to secure Hunter Canada's acceptance of its termination of the contract. Nor was it necessary for Syncrude to establish a trust fund. Syncrude's decision to create a trust fund, motivated no doubt by an abundance of caution, should not make it worse off than it would have been had it simply rescinded the contract. There was no onus on Syncrude to secure the approval of Hunter U.S. who was not even a party to the contract, to the terms of the trust fund.

The Court of Appeal said at p. 384:

The trust balance represents the profit Hunter would have earned by designing the 11 gearboxes but for the

Les conséquences d'une conclusion de la Cour d'appel à l'existence d'une fiducie par interprétation, plutôt qu'à l'existence d'un droit fondé sur la fiducie expresse ne sont pas insignifiantes. La clause 9 du contrat de fiducie précise que les frais juridiques raisonnables engagés par le fiduciaire dans l'exercice de ses fonctions et sa rémunération seront payés à même le fonds en fiducie. Si la totalité du fonds en fiducie est payable à Hunter U.S. en vertu d'une fiducie par interprétation, à qui le fiduciaire devra-t-il s'adresser pour obtenir le paiement de sa rémunération et des frais juridiques qu'il a engagés?

Je ne suis pas d'accord avec l'interprétation que la Cour d'appel et le juge Wilson ont donnée à la décision de Syncrude de créer le fonds en fiducie. Je ne perçois pas la création de la fiducie comme une reconnaissance par Syncrude que l'un ou l'autre de Hunter U.S. ou de Hunter Canada avait droit aux bénéfices réalisés en vertu du contrat conclu avec Hunter Canada. Si elle soupçonnait l'existence d'une fraude, Syncrude pouvait résilier le contrat de Hunter Canada. À moins que Syncrude ne fut parfaitement convaincue que Hunter Canada était coupable de fraude, la résiliation comportait certains risques. Si le litige qui opposait Hunter U.S. et Hunter Canada avait été tranché en faveur de Hunter Canada, cette dernière aurait pu intenter contre Syncrude une action en inexécution de contrat. Syncrude pouvait se prémunir contre une action en justice en demandant à Hunter Canada de consentir à la résiliation du contrat. À mon avis, elle n'était pas absolument tenue d'obtenir l'acceptation par Hunter Canada de la résiliation du contrat. Elle n'était pas non plus tenue de créer un fonds en fiducie. La décision de Syncrude de créer un fonds en fiducie, qui procède certainement d'un surcroît de précautions, ne devrait pas rendre sa situation plus précaire que si elle s'était contenté de résilier le contrat. Il n'y avait aucune obligation pour Syncrude d'obtenir l'acquiescement de Hunter U.S., qui n'était même pas partie au contrat, aux conditions du contrat de fiducie.

La Cour d'appel dit ceci à la p. 384:

[TRADUCTION] Le reliquat du fonds en fiducie équivaut au bénéfice que Hunter aurait réalisé grâce à la concep-

fraud of Hunter Canada. The judgment of Meredith J. establishes that these funds are rightfully the property of Hunter. So much is acknowledged by Syncrude in the trust agreement. It follows that the trust income is also the property of Hunter.

I do not understand how it can be said that the trust balance represented the profit Hunter U.S. would have earned by designing the 11 gearboxes. Hunter U.S. earned its profit on the gearbox design when Syncrude paid Hunter U.S. for 32 mining gearboxes and for the design under the 1975 contract. The judgment of Meredith J. said nothing with respect to Syncrude's entitlement to the funds held in trust as Syncrude was not a party to that action.

Wilson J. makes the point that Syncrude was ready to pay the principal contractor's portion to Hunter U.S. and that Syncrude cannot now argue that it had no need of Hunter U.S. Reliance is placed on clause 7 of the trust agreement. At the time of the agreement Syncrude appears to have been prepared to pay the principal contractor's portion to Hunter U.S., but upon terms to which Hunter U.S. did not agree. Syncrude had no need of Hunter U.S. The facts bear that out. Syncrude's act of establishing a trust fund was not an admission that the trust monies belonged to either Hunter U.S. or Hunter Canada, but, at most, an indication that it was willing to pay the contract price if it received its negotiated warranties. Even if Hunter U.S. did make an offer to assume the warranties prior to the litigation between Hunter U.S. and Hunter Canada, Syncrude was not then, as I have indicated, in a position to have accepted.

I am therefore of the view that Hunter U.S.'s claim to the monies in the trust fund under constructive trust fails. I am also of the view that Hunter U.S. is not entitled to claim under the express terms of the trust agreement. To qualify under the trust agreement, Hunter U.S. would have had to agree to the terms of the trust agreement. It did not do so. The most important of these

*a* tion des 11 boîtes d'engrenage, n'eût été la fraude de Hunter Canada. Dans sa décision, le juge Meredith attribue à bon droit la propriété de ces sommes à Hunter. Syncrude a reconnu cela dans le contrat de fiducie. Il s'ensuit que les revenus du fonds en fiducie appartiennent aussi à Hunter.

*b* Je ne vois pas comment on peut affirmer que le reliquat du fonds en fiducie représente le bénéfice que Hunter U.S. aurait réalisé grâce à la conception des onze boîtes d'engrenage. Hunter U.S. a réalisé son bénéfice sur la conception des boîtes d'engrenage quand Syncrude lui a payé les trente-deux boîtes d'engrenage minières qu'elle avait conçues en vertu du contrat de 1975. La décision du juge Meredith ne dit rien sur les droits que Syncrude peut avoir sur le fonds en fiducie puisque Syncrude n'était pas partie à ce litige.

*c* *d* Le juge Wilson souligne que Syncrude était prête à payer la part de l'entrepreneur principal à Hunter U.S. et qu'elle ne peut maintenant soutenir qu'elle n'avait pas besoin de Hunter U.S. La clause 7 du contrat de fiducie est invoquée. À l'époque où le contrat de fiducie a été conclu, Syncrude semblait prête à payer la part de l'entrepreneur principal à Hunter U.S., mais à des conditions auxquelles cette dernière n'a pas souscrit. Syncrude n'avait pas besoin des services de Hunter U.S., les faits l'indiquent. La création du fonds en fiducie par Syncrude ne constituait pas une reconnaissance que les sommes détenues en fiducie appartenaient soit à Hunter U.S. soit à Hunter Canada, mais traduisait, tout au plus, la volonté de Syncrude de payer le prix convenu au contrat si elle obtenait les garanties qu'elles avaient négociées. Même si Hunter U.S. avait offert d'assumer les garanties avant la naissance du litige l'opposant à Hunter Canada, Syncrude n'aurait pas alors été en mesure d'accepter cette offre, comme je l'ai déjà indiqué.

*e* *f* Je suis donc d'avis que le moyen fondé sur la fiducie par interprétation que Hunter U.S. a invoqué pour revendiquer les sommes détenues en fiducie, doit échouer. J'estime également que Hunter U.S. n'a aucun recours en vertu des conditions explicites du contrat de fiducie. Pour avoir des droits en vertu du contrat de fiducie, Hunter U.S. aurait dû souscrire aux conditions de ce contrat.

terms was the agreement to assume the Hunter Canada warranty provisions.

Clause 10 of the trust agreement made provision for the precise situation which developed. It provides:

10. In the event that Syncrude and the holder of the valid and lawful interest in the trust fund are unable to agree with respect to the warranty and service of Work in Schedule "A" of the said Agreement, the trustee shall pay the remainder of the trust fund, as determined by Clause 7 and Clause 8 of this Agreement, to Syncrude. [Emphasis added.]

The trial judge, at p. 82, gave Hunter U.S. until October 1984, later extended, to assume the warranty and service obligations:

That valid and lawful interest [the interest of Hunter U.S. in the trust fund] does not crystallize into an entitlement or right to be paid until the condition precedent of assumption of the Hunter Canada warranty and service obligations by agreement with Syncrude has been met. The trust income accruing prior to the date upon which the condition precedent is met belongs to Syncrude under cl. 11 of the trust agreement.

In my view, with respect, the judge erred in allowing Hunter U.S. to become entitled to the trust monies by assuming the warranty obligation after judgment without incurring liability for warranty claims prior to its assumption of the warranties. The purpose of the trust fund was to ensure someone would promptly assume the warranties. Once Hunter U.S. elected not to do this, giving it another chance potentially requires the trustee to hold the fund in perpetuity. The trial judge erred by arbitrarily imposing a later date than that which would have entitled Hunter U.S. to the trust fund.

I am of the view that the judgment of the Court of Appeal of British Columbia be set aside. The

Elle ne l'a pas fait. La plus importante des conditions de cette convention était l'acceptation d'assumer les dispositions de la garantie souscrite par Hunter Canada.

<sup>a</sup> La clause 10 du contrat de fiducie envisageait exactement la situation qui s'est produite. Il est ainsi conçu:

<sup>b</sup> 10. Si Syncrude et le détenteur du droit valide et légitime sur le fonds en fiducie ne peuvent s'entendre sur la garantie et l'entretien relatifs aux travaux mentionnés à l'annexe «A» des présentes, le fiduciaire versera à Syncrude le reliquat du fonds en fiducie conformément aux clauses 7 et 8 des présentes. [Je souligne.]

<sup>c</sup> À la page 82, le juge de première instance a accordé à Hunter U.S. jusqu'en octobre 1984 pour assumer les obligations de garantie et d'entretien, puis il a par la suite prorogé ce délai:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Ce droit valide et légitime [le droit de Hunter U.S. sur le fonds en fiducie] ne se cristallise pas en un droit de n'être payé qu'après la réalisation de la condition préalable que constitue la prise en charge par <sup>e</sup> Hunter Canada des obligations de garantie et d'entretien prévues dans le contrat intervenu avec Syncrude. Les revenus produits par le fonds en fiducie avant la date de réalisation de la condition préalable appartiennent à Syncrude en vertu de la clause 11 du contrat de fiducie.

<sup>f</sup> J'estime, en toute déférence, que le juge de première instance a commis une erreur en permettant à Hunter U.S. d'acquérir des droits sur le fonds en fiducie en assumant l'obligation de garantie après le prononcé du jugement, sans encourir de responsabilité à l'égard des réclamations fondées sur cette garantie qui avaient été faites avant sa prise en charge des garanties. Le fonds en fiducie avait pour objet d'assurer que quelqu'un endosserait rapidement les garanties. Devant le choix de Hunter U.S. de ne pas le faire, lui donner une autre chance peut avoir pour effet d'obliger le fiduciaire à détenir le fonds indéfiniment. Le juge de première instance a commis une erreur en imposant de façon arbitraire une date postérieure à celle qui aurait permis à Hunter U.S. d'acquérir des droits sur le fonds en fiducie.

<sup>j</sup> Je suis d'avis d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, d'accueillir le

cross-appeal of Syncrude should be allowed with costs here and below. The appeal of Hunter U.S. should fail and must be dismissed with costs. The appeal from that part of the judgment of the Court of Appeal which imposed liability on Allis-Chalmers Canada Limited should be allowed with costs here and below, payable by Syncrude.

The following are the reasons delivered by

**MCINTYRE J.**—I agree with Wilson J. that the appeal of "Hunter U.S." against the finding of liability for a design fault should be dismissed and I agree, as well, that the appeal of "Allis-Chalmers" should succeed. I agree with Wilson J. that any breach of the contract by Allis-Chalmers was not fundamental and in any event, even if the breach was properly characterized as fundamental, the liability of Allis-Chalmers would be excluded by the terms of the contractual warranty. In my view, it is therefore unnecessary to deal further with the concept of fundamental breach in this case.

As to the issue concerning the trust fund, I agree with the Chief Justice that the cross-appeal, claiming ownership of the trust fund, by "Syncrude", should be allowed with costs here and below, and I agree with his reasons for reaching this conclusion. In the result, then, I would dispose of the appeal as would the Chief Justice.

The reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

**WILSON J.** (dissenting in cross-appeal)—This appeal and cross-appeal raise a variety of issues relating to the interpretation of engineering contracts. They also require the Court to consider the effect of exclusionary clauses in the context of implied statutory warranties and in the context of fundamental breach. The viability of the doctrine of fundamental breach is itself in issue as is also the applicability of the law of constructive trust to the facts of this case.

pourvoi incident de Syncrude avec dépens en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure, de rejeter le pourvoi de Hunter U.S. avec dépens. Le pourvoi contre la partie de l'arrêt de la Cour d'appel qui impose une responsabilité à Allis-Chalmers Canada Limited est accueilli avec dépens en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure payables par Syncrude.

**b** Version française des motifs rendus par

**LE JUGE MCINTYRE**—Je suis d'accord avec le juge Wilson pour dire qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi formé par «Hunter U.S.» contre la conclusion de responsabilité pour vice de conception et je suis aussi d'avis d'accueillir le pourvoi d'«Allis-Chalmers». Je suis également d'accord avec le juge Wilson pour dire que toute inexécution du contrat par Allis-Chalmers n'était pas fondamentale et que, de toute façon, même si l'on avait pu qualifier l'inexécution de fondamentale, les conditions de la garantie contractuelle auraient écarté la responsabilité d'Allis-Chalmers. J'estime donc qu'il est inutile de s'arrêter davantage à la notion d'inexécution fondamentale en l'espèce.

Pour ce qui est du fonds en fiducie, je partage l'avis du Juge en chef qu'il y a lieu d'accueillir, avec dépens en cette Cour et en Cour d'appel, le pourvoi incident de «Syncrude» dans lequel elle revendique la propriété du fonds en fiducie, et je souscris au raisonnement qu'il a adopté pour arriver à cette conclusion. Je suis donc d'avis de trancher le pourvoi comme l'a fait le Juge en chef.

Version française des motifs des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

**LE JUGE WILSON** (dissidente dans le pourvoi incident)—Le pourvoi et le pourvoi incident soulèvent diverses questions se rapportant à l'interprétation de contrats techniques. De plus, ils exigent de la Cour qu'elle étudie l'effet de clauses d'exclusion dans le contexte de garanties légales implicites et dans celui de l'inexécution fondamentale. Sont en cause la viabilité même du principe de l'inexécution fondamentale ainsi que l'applicabilité de la règle de la fiducie par interprétation aux faits de la présente affaire.

## 1. The Facts

The disputes between these parties arise out of three contracts for the supply of gearboxes for the Alberta tarsands industry. In the first contract, made on January 29, 1975, Syncrude Canada Ltd. (Syncrude), through its agent Canadian Bechtel, ordered 32 "mining gearboxes" from the Hunter Engineering Company Inc. (Hunter U.S.) These gearboxes were intended to drive conveyor belts which move sand to Syncrude's extraction plant at Fort McMurray where the oil is separated out. The responsibility of each of the contracting parties for the various design features of the gearboxes is one of the matters in dispute before the Court and I will deal below with these aspects of the contract. The 32 mining gearboxes were manufactured by a subcontractor (Aco Sales and Engineering), delivered to Syncrude between January 1977 and February 1978, and entered service on July 4, 1978.

The second contract was made on July 29, 1975, between Syncrude and Stephens-Adamson Ltd., a division of Allis-Chalmers Canada Ltd. (Allis-Chalmers). It was for the supply of a \$4.1M extraction conveyor system which included 4 "extraction gearboxes" to drive the machinery which separates the oil from the sand. Although supplied under the contract with Allis-Chalmers they were built according to the same design as the mining gearboxes supplied by Hunter U.S. and like them were fabricated by the subcontractor Aco. The extraction gearboxes entered service on November 24, 1977.

The third contract was made between Syncrude and Aco on March 1, 1978. It arose out of some unusual circumstances. Between August and December 1977, Syncrude issued purchase orders to Hunter Machinery Canada Ltd. (Hunter Canada) for an additional 11 mining gearboxes built to the same design as the 32 purchased from

## 1. Les faits

Les différends entre les parties tirent leur origine de trois contrats de fourniture de boîtes d'engrenage destinées à être utilisées dans l'exploitation des sables bitumineux de l'Alberta. Dans le premier contrat, passé le 29 janvier 1975, Syncrude Canada Ltée (Syncrude), par l'intermédiaire de sa mandataire Canadian Bechtel, a commandé à Hunter Engineering Company Inc. (Hunter U.S.) trente-deux [TRADUCTION] «boîtes d'engrenage minières». Ces boîtes d'engrenage devaient servir à actionner des convoyeurs à courroie qui transportent le sable à l'usine d'extraction de Syncrude à Fort McMurray où le pétrole est séparé du sable. La responsabilité de chacune des parties contractantes à l'égard des différentes caractéristiques techniques des boîtes d'engrenage est l'une des questions en litige devant cette Cour et je traiterai plus loin de ces aspects du contrat. Les trente-deux boîtes d'engrenage minières ont été fabriquées par un sous-traitant (Aco Sales and Engineering). Livrées à Syncrude entre janvier 1977 et février 1978, elles ont été mises en service le 4 juillet 1978.

Le deuxième contrat est intervenu le 29 juillet 1975 entre Syncrude et Stephens-Adamson Ltd., une division d'Allis-Chalmers Canada Ltd. (Allis-Chalmers). Il portait sur la fourniture d'un système de convoyeurs d'extraction d'une valeur de 4,1 millions de dollars. Ce système comportait quatre [TRADUCTION] «boîtes d'engrenage d'extraction» devant servir à actionner la machinerie qui sépare le pétrole d'avec le sable. Quoique fournies en exécution du contrat avec Allis-Chalmers, elles ont été construites selon le même modèle que les boîtes d'engrenage minières fournies par Hunter U.S. et, comme celles-ci, elles ont été fabriquées par le sous-traitant Aco. Les boîtes d'engrenage d'extraction ont été mises en service le 24 novembre 1977.

Le troisième contrat a été conclu par Syncrude et Aco le 1<sup>er</sup> mars 1978. Il résulte de circonstances inhabituelles. En effet, entre août et décembre 1977, Syncrude a commandé à Hunter Machinery Canada Ltd. (Hunter Canada) onze autres boîtes d'engrenage minières construites selon le même modèle que les trente-deux achetées à Hunter U.S.

Hunter U.S. Hunter Canada was a Canadian-incorporated company established by employees of Hunter U.S. without the latter's knowledge. It held itself out to Syncrude as the Canadian arm of Hunter U.S. and not until January 1978 did Hunter U.S. discover the deception. It initiated a "passing-off" action against Hunter Canada in the British Columbia courts, notified Syncrude, and offered to assume the Hunter Canada contract. Syncrude, however, opted not to prejudge the result of the litigation by agreeing to let Hunter U.S. step into the contractual shoes of Hunter Canada and, instead of accepting this offer, it contracted directly with the subcontractor Aco for supply of the 11 gearboxes which were the subject of the Hunter Canada contract at an identical price to that which Aco would have received from Hunter Canada. These 11 gearboxes were delivered and progressively put into service between May and December 1978.

Then, in March 1978, Syncrude unilaterally established a trust fund into which it paid the money due under the Hunter Canada contracts. Hunter Canada waived all rights under these contracts but Hunter U.S. refused to become a party to Syncrude's trust agreement. That agreement provided, *inter alia*, that the trustee would pay to Aco its price for the gearboxes when they were completed. The rest of the money in the fund was to be dealt with as follows:

7. The trustee shall hold the remainder of the trust funds and trust income for payment pending determination by agreement between Hunter Canada and Hunter Engineering, or by a decision of a Court of competent jurisdiction in Canada as to the identity of the holder of a valid and lawful interest in the remainder of trust funds as between Hunter Engineering and Hunter Canada, or upon determination of certain issues in Canada, currently the subject of legal proceedings between Hunter Engineering and Hunter Canada by settlement agreement or by a decision of a Court of competent jurisdiction in Canada.

Clause 8 of the fund made any such payment contingent upon an assumption by Hunter U.S. or Hunter Canada of the warranty and service obligations contained in Syncrude's 1977 agreements with the latter. Clause 9 provided for the payment of the trustee's expenses out of the fund. Clause 10

Hunter Canada était une société canadienne constituée par des employés de Hunter U.S. à l'insu de celle-ci. Elle s'est présentée à Syncrude comme l'aile canadienne de Hunter U.S. et ce n'est qu'en a janvier 1978 que Hunter U.S. a découvert la supercherie. Elle a alors intenté contre Hunter Canada une action en «*passing-off*» devant les tribunaux de la Colombie-Britannique, en a avisé Syncrude et a offert de prendre en charge le contrat de Hunter Canada. Syncrude a toutefois décidé de ne pas préjuger du litige en acceptant de laisser Hunter U.S. se substituer à Hunter Canada et, au lieu d'accepter cette offre, elle a conclu b directement avec le sous-traitant Aco un contrat pour la fourniture des onze boîtes d'engrenage visées par le contrat de Hunter Canada, à un prix identique à celui que Aco aurait reçu de Hunter Canada. Ces onze boîtes d'engrenage ont été c livrées et ont été progressivement mises en service entre mai et décembre 1978.

Puis, en mars 1978, Syncrude a unilatéralement établi un fonds en fiducie dans lequel elle a versé e l'argent dû aux termes des contrats de Hunter Canada. Cette dernière a renoncé à tous les droits que lui conféraient ces contrats, mais Hunter U.S. a refusé de devenir partie au contrat de fiducie de Syncrude. Ce contrat prévoyait notamment que le fiduciaire verserait à Aco le prix des boîtes d'engrenage dès qu'elles seraient complétées. Pour ce f qui est des fonds restants, le contrat prévoyait:

[TRADUCTION] 7. En attendant que soit déterminé g par un accord entre Hunter Canada et Hunter Engineering, ou par une décision d'un tribunal canadien compétent, qui de Hunter Engineering ou de Hunter Canada possède un droit valide et légitime sur le reliquat des fonds en fiducie ou en attendant que soient réglées à h l'amiable ou par une décision d'un tribunal canadien compétent certaines questions qui font actuellement l'objet au Canada de procédures judiciaires entre Hunter Engineering et Hunter Canada, le fiduciaire détient à des fins de paiement le reliquat des fonds en fiducie ainsi que le revenu en découlant.

Aux termes de la clause 8 du contrat de fiducie, le j paiement prévu ci-dessus était soumis à la condition que Hunter U.S. ou Hunter Canada prenne en charge les obligations de garantie et d'entretien énoncées dans les contrats intervenus en 1977 entre Syncrude et Hunter Canada. La clause 9

stated that if the winner of the Hunter U.S./Hunter Canada litigation did not assume the service and warranty obligations mentioned in clause 8, the money would go to Syncrude. Clause 11 specified that any money remaining after payment to Aco and satisfaction of the requirements of clauses 7-9, including any trust income, would be paid to Syncrude.

In December 1978, Meredith J. of the British Columbia Supreme Court gave judgment to Hunter U.S. (*Hunter Engineering Co. v. Hunter Machinery Canada*, Vancouver Registry C780211, December 28, 1978, unreported). The judgment included a declaration that as between Hunter U.S. and Hunter Canada the former was entitled to the money referred to in clause 7 of the trust agreement. The trust fund remained in place, however, because the parties could not agree on warranty and service terms. Hunter U.S. wanted the same terms as in its other contract with Syncrude. The latter insisted on the more extensive guarantees contained in its contract with Hunter Canada and specifically mentioned in the trust agreement. I pause here to note that this dispute arose before the defects in the gearboxes discussed below were discovered.

In September 1979 defects were discovered in the extraction gearboxes. These gearboxes were made up of gears, shafts and bearings housed within a steel casing. Each box contained a number of smaller gears and one large one, the bull gear, some 6 1/2 feet in diameter. The bull gear attaches to the drive shaft by two steel plates, one on each side of the rim. It was found that the welds joining these side plates and the rim had cracked under the strain because the welding was not continuous all the way around the rim. The extraction gearboxes were progressively taken out

prévoyait le paiement des dépenses du fiduciaire à même le fonds. La clause 10 portait que dans l'hypothèse où la partie qui obtiendrait gain de cause dans le litige opposant Hunter U.S. et Hunter Canada ne prendrait pas en charge les obligations d'entretien et de garantie mentionnées à la clause 8, les fonds iraient à Syncrude. La clause 11 prévoyait que toute somme restante après avoir payé Aco et après avoir satisfait aux exigences des clauses 7 à 9, y compris tout revenu découlant de la fiducie, seraient versés à Syncrude.

En décembre 1978, le juge Meredith de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué en faveur de Hunter U.S. (*Hunter Engineering Co. v. Hunter Machinery Canada*, n° de greffe de Vancouver C780211, décision inédite en date du 28 décembre 1978). Le jugement comprenait une déclaration portant que c'était Hunter U.S. et non pas Hunter Canada qui avait droit aux fonds mentionnés à la clause 7 du contrat de fiducie. Le fonds en fiducie a toutefois subsisté parce que les parties n'ont pu s'entendre sur les conditions de garantie et d'entretien. Hunter U.S. voulait que les conditions soient les mêmes que celles énoncées dans son autre contrat avec Syncrude. Cette dernière insistait cependant pour obtenir les garanties plus larges contenues dans son contrat avec Hunter Canada et mentionnées expressément dans le contrat de fiducie. Je souligne ici entre parenthèses que ce différend a pris naissance avant que ne soient décelées les défectuosités des boîtes d'engrenage dont il est question ci-dessous.

En septembre 1979, on a découvert des défectuosités dans les boîtes d'engrenage d'extraction. Ces boîtes d'engrenage se composent de pignons, d'arbres et de paliers enfermés dans un carter en acier. Chaque boîte contient un certain nombre de pignons plus petits et un gros, la couronne principale qui a six pieds et demi de diamètre. La couronne principale est retenue à l'arbre d'entraînement par deux plaques en acier situées de chaque côté. On a constaté que les soudures réunissant ces flasques au rebord de la couronne s'étaient fissurées sous l'effet des contraintes, en raison de l'absence de soudure continue tout autour de la couronne. Les boîtes d'engrenage d'extraction ont été progressivement mises hors

of service and repaired, primarily by putting in a continuous weld. This apparently solved the problem.

On examination in October 1979 the same problem was discovered with the smaller ( $5\frac{1}{2}$  feet in diameter) bull gears in the mining gearboxes. All 47 gearboxes were progressively taken out of service and repaired. Total repair expenses, not including interest, amounted to \$750,000 for the mining gearboxes and \$400,000 for the extraction gearboxes. Neither Hunter U.S. nor Allis-Chalmers considered themselves responsible for these repair expenses on the grounds that their contractual warranties had expired. Syncrude commenced proceedings in the British Columbia courts.

## 2. The Judgments Below

### (a) *British Columbia Supreme Court*

In a judgment delivered in July 1984 and reported at (1984), 27 B.L.R. 59, the trial judge, Gibbs J., dealt first with the question of design responsibility. This was a threshold issue since Hunter U.S. had argued before him that Canadian Bechtel, Syncrude's agent, provided the design on the basis of which Hunter U.S. built the gearboxes. The trial judge found, however, that while Bechtel had provided specifications which gave "detailed operating criteria", these specifications did "not extend to design details". Design was Hunter U.S.'s responsibility and the trial judge's review of the evidence convinced him that the failure of the gearboxes was due to design default.

Having established the *prima facie* responsibility of both Hunter U.S. and Allis-Chalmers, Gibbs J. considered the effect of the warranty clauses in the sales agreements. Both contained the following clause:

service et réparées, principalement au moyen d'une soudure continue. Cela a apparemment réglé le problème.

*a* Il s'est dégagé d'une vérification effectuée en octobre 1979 que les couronnes principales plus petites ( $5\frac{1}{2}$  pieds de diamètre) des boîtes d'engrenage minières étaient atteintes du même problème. Les quarante-sept boîtes d'engrenage ont toutes été progressivement mises hors service et réparées. Les coûts de réparation, sans compter les intérêts, ont totalisé 750 000 \$ pour les boîtes d'engrenage minières et 400 000 \$ pour les boîtes d'engrenage d'extraction. Ni Hunter U.S. ni Allis-Chalmers ne se considéraient comme responsables de ces coûts de réparation étant donné que les garanties contenues dans leurs contrats avaient expiré. Syncrude a intenté des poursuites devant les tribunaux de la Colombie-Britannique.

### 2. *Les jugements des tribunaux d'instance inférieure*

#### a) *La Cour suprême de la Colombie-Britannique*

*e* Dans une décision rendue en juillet 1984 et publiée à (1984), 27 B.L.R. 59, le juge Gibbs de première instance, s'est penché d'abord sur la question de savoir qui était responsable de la conception. C'était là une question préliminaire puisque Hunter U.S. avait fait valoir devant lui que Canadian Bechtel, la mandataire de Syncrude, avait fourni le modèle dont Hunter U.S. s'était servi pour fabriquer les boîtes d'engrenage. Le juge de première instance a toutefois conclu que Bechtel avait fourni le cahier des charges qui énonçait [TRADUCTION] «des critères détaillés en ce qui concerne le fonctionnement», mais que ce cahier des charges [TRADUCTION] «ne contenait pas de détails relatifs à la conception». Or, la conception était de la responsabilité de Hunter U.S. et l'examen qu'il a fait de la preuve a convaincu le juge de première instance que le bris des boîtes d'engrenage était dû à un vice de conception.

*j* Ayant conclu que Hunter U.S. et Allis-Chalmers étaient responsables à première vue, le juge Gibbs a examiné l'effet des clauses de garantie figurant dans les contrats de vente. L'un et l'autre contrat contenait la clause suivante:

**8. WARRANTIES—GUARANTEES:** Seller warrants that the goods shall be free from defects in design, material, workmanship, and title, and shall conform in all respects to the terms of this purchase order, and shall be of the best quality, if no quality is specified. If it appears within one year from the date of placing the equipment into service for the purpose for which it was purchased, that the equipment, or any part thereof, does not conform to these warranties and Buyer so notifies Seller within a reasonable time after its discovery, Seller shall thereupon promptly correct such nonconformity at its sole expense. The conditions of any subsequent tests shall be mutually agreed upon and Seller shall be notified of and may be represented at all tests that may be made. Except as otherwise provided in this purchase order, Seller's liability hereunder shall extend to all damages proximately caused by the breach of any of the foregoing warranties or guarantees, but such liability shall in no event include loss of profit or loss of use.

Both warranties were modified by the purchase orders so that they expired either 24 months after delivery or 12 months after the gearboxes entered service, whichever occurred first. Gibbs J. found that the time limit in the warranties excused both companies from liability under them.

This did not, however, dispose of the issue of liability because the general conditions of each agreement also provided that:

**13. APPLICABLE LAW—DEFINITIONS:** The definition of terms used, interpretation of this agreement and the rights of all parties hereunder shall be construed under and governed by the Laws of the Province of Ontario.

The Ontario *Sale of Goods Act*, R.S.O. 1970, c. 421, s. 15, provides a statutory warranty of fitness:

**15. Subject to this Act and any statute in that behalf,** there is no implied warranty or condition as to the quality of fitness for any particular purpose of goods supplied under a contract of sale, except as follows:

[TRADUCTION] 8. GARANTIES: Le vendeur garantit que les marchandises seront exemptes de vices de conception, de matériau, de fabrication et de titre et qu'elles seront à tous les égards conformes aux conditions stipulées au présent bon de commande et, si aucune mention n'est faite de la qualité, elles seront de la meilleure qualité. S'il appert, dans l'année qui suit la date de sa mise en service aux fins pour lesquelles il a été acquis, que l'équipement ou une partie de l'équipement n'est pas conforme aux présentes garanties et que l'acheteur en avise le vendeur dans un délai raisonnable après que la non-conformité a été constatée, le vendeur est alors tenu de corriger sans tarder et à ses propres frais cette situation. Les modalités de toute vérification subséquente feront l'objet d'une entente mutuelle et le vendeur sera avisé de toute vérification qui pourra s'effectuer et il pourra être représenté lors de cette vérification. Sauf disposition contraire du présent bon de commande, le vendeur est responsable de tous les dommages causés directement par la violation des garanties susmentionnées, mais il n'est nullement responsable du manque à gagner, ni des pertes résultant de la mise hors service.

Les deux garanties ont été modifiées par les bons de commande, de sorte qu'elles expireraient 24 mois après la livraison ou 12 mois après la mise en service des boîtes d'engrenage, selon la première échéance. D'après le juge Gibbs, l'expiration du délai imparti dans les garanties avait pour effet d'exempter l'une et l'autre société de toute responsabilité en vertu de celles-ci.

Cela ne tranchait cependant pas la question de la responsabilité parce que les conditions générales de chaque contrat prévoient en outre:

[TRADUCTION] 13. RÈGLES DE DROIT APPLICABLES—DÉFINITIONS: Pour la définition des termes employés dans le présent contrat, pour l'interprétation de celui-ci et pour la détermination des droits de toutes les parties au présent contrat, il faut se reporter aux lois de la province de l'Ontario.

La *Sale of Goods Act* de l'Ontario, R.S.O. 1970, chap. 421, art. 15, énonce une garantie d'adaptation des objets vendus à l'usage auquel ils sont destinés:

[TRADUCTION] 15. Sous réserve des lois pertinentes, il n'existe pas de garantie ou de condition implicite relative à la qualité des objets fournis en vertu d'un contrat de vente ni à leur adaptation à un usage particulier, sauf dans les cas suivants:

1. Where the buyer, expressly or by implication, makes known to the seller the particular purpose for which the goods are required so as to show that the buyer relies on the seller's skill or judgment, and the goods are of a description that it is in the course of the seller's business to supply (whether he is the manufacturer or not), there is an implied condition that the goods will be reasonably fit for such purpose, but in the case of a contract for the sale of a specified article under its patent or other trade name there is no implied condition as to its fitness for any particular purpose.

4. An express warranty or condition does not negative a warranty or condition implied by this Act unless inconsistent therewith.

Gibbs J. found that this statutory warranty was not excluded by the contractual warranty. It was therefore applicable to the Hunter U.S. contracts. In deciding whether Hunter U.S. had breached the statutory warranty he applied the following test from Fridman, *Sale of Goods in Canada* (2nd ed. 1979), at pp. 203-4:

The implied condition set out in section 15(1) applies, except where the proviso to that subsection operates, "where the goods are of a description which it is in the course of the seller's business to supply (whether he be the manufacturer or not)" and "where the buyer, expressly or by implication, makes known to the seller the particular purpose for which the goods are required, so as to show that the buyer relies on the seller's skill or judgment." Three factors are therefore relevant: (i) the course of the seller's business; (ii) knowledge on the part of the seller of the purpose of the goods; (iii) reliance on the seller's skill or judgment. Only if a contract of sale satisfies these requirements will it be possible to imply into it the condition of fitness of the goods that is contained in this subsection.

Gibbs J. found that all three aspects of the test were met. The gearboxes "were goods which it was in the course of the business of Hunter U.S. to supply" and Hunter U.S. "knew the purpose for which the gearboxes were required". The third aspect of the test:

1. Il y a une condition implicite que les objets sont raisonnablement adaptés à l'usage particulier que l'acheteur fait connaître expressément ou implicitement au vendeur, en montrant qu'il s'en remet à la compétence ou au jugement de celui-ci, lorsque les objets correspondent à la description de ceux que le vendeur fournit dans le cours de son commerce, qu'il en soit ou non le fabricant. Il n'y a pas de condition implicite relative à l'adaptation à un usage particulier d'un article déterminé vendu sous son appellation brevetée ou sous une autre appellation commerciale.

4. Une garantie ou condition expresse n'invalide une garantie ou une condition découlant implicitement de la présente loi que si elles sont incompatibles.

Le juge Gibbs est arrivé à la conclusion que la garantie contractuelle ne venait pas exclure cette garantie légale. Cette dernière était donc applicable aux contrats signés par Hunter U.S. En décidant si Hunter U.S. avait violé la garantie légale, le juge Gibbs a appliqué le critère suivant formulé par Fridman dans *Sale of Goods in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1979), aux pp. 203 et 204:

[TRADUCTION] Sous réserve de l'exception y prévue, la condition implicite énoncée au par. 15(1) s'applique «lorsque les objets correspondent à la description de ceux que le vendeur fournit dans le cours de son commerce, qu'il en soit ou non le fabricant», et lorsque «l'acheteur fait connaître expressément ou implicitement au vendeur [l'usage particulier], en montrant qu'il s'en remet à la compétence ou au jugement de celui-ci». Il y a donc trois facteurs pertinents: (i) le cours du commerce du vendeur; (ii) la connaissance que doit avoir le vendeur de l'usage auquel les objets sont destinés; (iii) le fait que l'acheteur s'en remet à la compétence ou au jugement du vendeur. Ce n'est que dans la mesure où un contrat de vente satisfait à ces exigences qu'il sera possible de le considérer comme contenant la condition implicite, figurant dans le paragraphe susmentionné, quant à l'adaptation des objets à un usage particulier.

Le juge Gibbs a estimé qu'on avait satisfait au critère sous chacun de ses trois aspects. En effet, les boîtes d'engrenage [TRADUCTION] «étaient des objets que Hunter U.S. fournissait dans le cours de son commerce» et Hunter U.S. [TRADUCTION] «connaissait l'usage particulier des boîtes d'engrenage». Pour ce qui est du troisième aspect du critère, il:

... is satisfied by the express provision in the Canadian Bechtel specifications, incorporated by reference into the Hunter U.S. purchase order that: "Correct and adequate design is the Seller's sole responsibility". I understand those words to convey, in plain and simple language, that Syncrude, through Canadian Bechtel, was relying upon the skill and judgment of Hunter U.S. in matters of gearbox design. It is evident from the ... [evidence] that they held themselves out as being possessed of the requisite skill and judgment. [p. 72.]

[TRADUCTION] ... est respecté par la disposition expresse du cahier des charges de Canadian Bechtel, qui a été intégrée par renvoi dans le bon de commande de Hunter U.S. et qui porte: «Il incombe uniquement au vendeur de veiller à ce que la conception soit adéquate et qu'elle ne comporte aucune erreur.» Selon moi, il ressort de ces mots clairs et simples que Syncrude, par l'intermédiaire de Canadian Bechtel, s'en remettait à la compétence et au jugement de Hunter U.S. sur le plan de la conception de boîtes d'engrenage. Il ressort manifestement [...] [de la preuve] que celle-ci s'est présentée comme possédant la compétence et le jugement voulus. [p. 72.]

This finding applied only to the contracts between Syncrude and Hunter U.S. The Allis-Chalmers purchase order, in addition to modifying the sales agreement in the same way as that of Hunter U.S., also contained this more extensive change:

The final sentence of Paragraph 8 is hereby deleted. In its place shall be, "The Provisions of this paragraph represent the only warranty of the Seller and no other warranty or conditions, statutory or otherwise shall be implied."

Gibbs J. considered this sufficient to exclude the statutory warranty in the Allis-Chalmers contract.

The trial judge then turned his attention to Syncrude's claim that Allis-Chalmers had nevertheless committed a fundamental breach of contract so as to negate the exclusion clause. He rejected the argument for two reasons. First, he held at p. 77 that Syncrude had fully and freely accepted the exclusion clause:

With respect to the clause excluding statutory or other warranties or conditions, it is significant to me that liability was not completely excluded. Liability still existed under warranty cl. 8 of the general conditions, limited only in time to the twelve or twenty-four month period. Warranty cl. 8 was put forward by Syncrude. Presumably it provided the protection Syncrude wanted .... Syncrude freely accepted the time limitations; there is no evidence that they were under any disadvantage or disability in the negotiating of them. There is no reason why they should not be held to their bargain, including

Cette conclusion ne s'appliquait qu'aux contrats intervenus entre Syncrude et Hunter U.S. Le bon de commande d'Allis-Chalmers, qui est venu modifier le contrat de vente de la même manière que celui de Hunter U.S., contenait en outre cette modification plus importante:

[TRADUCTION] La dernière phrase de la clause 8 est supprimée et remplacée par ce qui suit: «La présente clause constitue l'unique garantie offerte par le vendeur et il n'y a aucune autre garantie ou condition implicite, légale ou autre.»

Le juge Gibbs a considéré que cela était suffisant pour soustraire le contrat d'Allis-Chalmers à l'application de la garantie légale.

Le juge de première instance s'est arrêté ensuite à l'assertion de Syncrude qu'Allis-Chalmers s'était néanmoins rendue coupable d'inexécution fondamentale du contrat, de sorte que la clause d'exclusion ne pouvait s'appliquer. Il a rejeté cet argument pour deux motifs. En premier lieu, il a conclu, à la p. 77, que Syncrude avait adhéré pleinement et librement à la clause d'exclusion:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la clause écartant les garanties ou conditions légales ou autres, il est significatif, selon moi, que la responsabilité n'a pas été entièrement exclue. En effet, il y avait encore responsabilité en vertu de la clause 8 des conditions générales, et cette responsabilité n'était soumise qu'à une limite de temps de douze ou de vingt-quatre mois. C'est Syncrude qui a proposé la clause 8 portant garantie. On peut donc présumer qu'elle offrait la protection que recherchait Syncrude [...] Syncrude a librement accepté les limites de temps et on n'a produit aucun élément de preuve établissant qu'elle était de quelque manière désavantagee en négociant ces limites. Il n'y a aucune raison pour laquelle elle ne devrait pas être tenue de respecter son

that part which effectively excludes the implied condition of s. 15(1) of the Ontario Sale of Goods Act.

Second, he did not consider that the problems with the gearboxes amounted to a fundamental breach (pp. 77-78):

As to the nature of the defect, in my opinion it was not so fundamental that it went to the root of the contract. The contract between the parties was still a contract for gearboxes. Gearboxes were supplied. They were capable of performing their function and did perform it for in excess of a year which, given the agreed time limitations, was the "cost free to Syncrude" period contemplated by the parties. It was conceded that the gearboxes were not fit for the service. However, the unfitness, or defect, was repairable and was repaired at a cost significantly less than the original purchase price . . . On my appreciation of the evidence Syncrude got what it bargained for from Stephens-Adamson. It has not convinced me that there was fundamental breach.

The final issue dealt with at trial concerned the trust fund unilaterally set up by Syncrude pending the outcome of the Hunter U.S./Hunter Canada litigation. When Hunter U.S. initiated its passing-off action it offered to assume the entire Hunter Canada contract with Syncrude, including this warranty:

SELLER expressly warrants that the goods covered by this order are of merchantable quality, and satisfactory and safe for the use of the PURCHASER. Acceptance of the order shall constitute an agreement upon SELLER'S part to indemnify and hold the PURCHASER harmless from liability, loss, damage and expense, incurred or sustained by PURCHASER by reason of the failure of the goods to conform to such warranties.

As noted above, Syncrude opted instead to set up the trust fund, including the provision that acceptance of the Hunter Canada warranty was a precondition to receiving payment from it. After Hunter U.S. was successful in its action against

contrat, y compris la partie ayant pour effet d'exclure la condition implicite du par. 15(1) de la Sale of Goods Act de l'Ontario.

En deuxième lieu, le juge de première instance a estimé que les problèmes éprouvés avec les boîtes d'engrenage ne représentaient pas une inexécution fondamentale (aux pp. 77 et 78):

[TRADUCTION] Quant à la nature du vice, j'estime que celui-ci n'était pas fondamental au point de toucher à la base même du contrat. Le contrat intervenu entre les parties n'en portait pas moins sur des boîtes d'engrenage. Des boîtes d'engrenage ont été fournies. Elles pouvaient remplir la fonction à laquelle elles étaient destinées et l'ont d'ailleurs fait pendant plus d'une année qui, selon les délais convenus, constituait la période de «gratuité pour Syncrude» envisagée par les parties. On a reconnu que les boîtes d'engrenage n'étaient pas adaptées à l'usage auquel elles étaient destinées. Toutefois, il était possible de remédier à ce problème ou vice, ce qui a été fait à un coût nettement inférieur au prix d'achat initial [ . . . ] Selon mon interprétation de la preuve, Syncrude a obtenu exactement ce qu'elle avait négocié avec Stephens-Adamson. La preuve ne m'a donc pas convaincu qu'il y a eu inexécution fondamentale.

La dernière question abordée en première instance concernait le fonds en fiducie constitué unilatéralement par Syncrude en attendant l'issue du litige entre Hunter U.S. et Hunter Canada. Quand Hunter U.S. a engagé son action en *passing-off*, elle a offert d'endosser complètement le contrat passé entre Hunter Canada et Syncrude, y compris la garantie suivante:

[TRADUCTION] Le VENDEUR garantit expressément que les marchandises visées par la présente commande sont de qualité marchande, qu'elles sont propres à l'usage auquel l'ACHETEUR les destine et qu'elles peuvent en toute sécurité être utilisées à cette fin. L'acceptation de la commande constitue un engagement de la part du VENDEUR d'indemniser l'ACHETEUR de toute perte ou tout dommage subis et de toute dépense engagée par l'ACHETEUR du fait que les marchandises se révèlent non conformes à ces garanties et de dégager l'ACHETEUR de toute responsabilité dans une telle éventualité.

Comme je l'ai déjà fait remarquer, Syncrude a choisi plutôt d'établir le fonds en fiducie en prévoyant notamment que l'obtention d'un paiement à même le fonds était conditionnée à l'acceptation de la garantie de Hunter Canada. Après que Hunter

Hunter Canada it was no longer prepared to assume the full warranty, preferring to substitute the same guarantees as were contained in its other contract with Syncrude, and claimed ownership of the fund on that basis.

By the time this matter came to trial the trust fund held \$420,000. The cost of repairs to the 11 mining gearboxes, for which Hunter U.S. had been found liable, was \$200,000 inclusive of pre-judgment interest. Gibbs J. held that Syncrude should receive the income from the original fund and that Hunter U.S. was entitled to the principal of \$242,229 but only if it met the conditions, particularly the warranty obligation, of the Hunter Canada contract. Hunter U.S. was given approximately two months to do so, failing which Syncrude would be entitled to keep all the money. Gibbs J. rejected an argument by Hunter U.S. that it was entitled to the entire fund "under the doctrines of constructive trust or unjust enrichment". He said at p. 81:

In my opinion, the entitlement to the trust moneys is to be determined solely in accordance with the terms of the trust agreement . . . There was no fiduciary relationship between Syncrude and Hunter U.S.; there had not been a payment of money or delivery of property by Hunter U.S. to Syncrude under circumstances where it would be against conscience for Syncrude to retain it; Hunter U.S. was not a party with Syncrude to any agreement which gave Hunter U.S. a claim on Syncrude's funds. Hunter U.S. had, and established, a claim against Hunter Canada. If Syncrude had paid the purchase price to Hunter Canada, on the authorities, Hunter U.S. could have recovered the profit element from Hunter Canada because of the fiduciary duty owed to Hunter U.S. by those of its employees who were the owners of Hunter Canada. In my opinion however, in the absence of the trust agreement, Hunter U.S. would have no claim against Syncrude. It had not contracted with Syncrude, nor had it provided any of those things for which profit stands as compensation, such as risk

U.S. eut obtenu gain de cause dans son action contre Hunter Canada, elle n'était plus disposée à assumer la garantie au complet, préférant y substituer les mêmes garanties que celles figurant dans *a* son autre contrat avec Syncrude, et c'est dans ces conditions qu'elle a revendiqué la propriété du fonds.

Au moment où le procès a commencé, le fonds *b* en fiducie contenait 420 000 \$. Le coût des réparations effectuées sur les onze boîtes d'engrenage minières, que Hunter U.S. avait été condamnée à faire, était de 200 000 \$ y compris les intérêts courus jusqu'au moment du jugement. Le juge *c* Gibbs a statué que Syncrude devait toucher le revenu provenant du fonds initial et que Hunter U.S. avait droit au capital de 242 229 \$, mais seulement si elle remplissait les conditions, notamment l'obligation découlant de la garantie, énoncées dans le contrat de Hunter Canada. On a alloué à Hunter U.S. un délai d'environ deux mois pour ce faire, à défaut de quoi Syncrude pourrait garder tout l'argent. Le juge Gibbs a rejeté un *d* argument soulevé par Hunter U.S. selon lequel le fonds lui revenait en totalité [TRADUCTION] «suivant les principes de la fiducie par interprétation ou de l'enrichissement sans cause». Voici ce qu'il dit, à la p. 81:

*f* [TRADUCTION] À mon avis, la question de savoir qui a droit aux sommes en fiducie doit être tranchée uniquement en fonction des stipulations du contrat de fiducie [...] Il n'y avait aucune relation fiduciaire entre Syncrude et Hunter U.S.; Hunter U.S. n'avait payé à Syncrude aucune somme d'argent ni ne lui avait livré aucun bien dans des circonstances où il serait injuste que Syncrude les garde; il n'existe entre Syncrude et Hunter U.S. aucun contrat en vertu duquel cette dernière pourrait faire valoir un droit sur les fonds de *g* Syncrude. Hunter U.S. avait établi qu'elle avait un recours contre Hunter Canada. D'après la jurisprudence, si Syncrude avait payé le prix d'achat à Hunter Canada, Hunter U.S. aurait pu recouvrer auprès de Hunter Canada l'élément des profits, et ce, en raison de *i* l'obligation de fiduciaire qu'avaient envers Hunter U.S. ceux de ses employés qui étaient les propriétaires de Hunter Canada. À mon avis, cependant, en l'absence du contrat de fiducie, Hunter U.S. ne pourrait faire valoir aucune réclamation contre Syncrude. Elle n'avait pas passé de contrat avec celle-ci ni n'avait fourni aucune des choses, telles que le capital de risque, un personnel compétent et bien renseigné, la supervision, les frais

capital, skilled and knowledgeable staff, supervision, overhead, and like matters. None of its plant or personnel had been used.

The final judgment in favour of Syncrude was for \$750,000 plus pre-judgment interest plus whatever sum it eventually kept from the trust fund.

*(b) British Columbia Court of Appeal*

Syncrude appealed the finding of no fundamental breach by Allis-Chalmers and Hunter U.S. cross-appealed the other findings by Gibbs J. The Court of Appeal (Carrothers, Aikins and Anderson JJ.A.), in a judgment reported at (1985), 68 B.C.L.R. 367, rejected Hunter U.S.'s appeal on its liability under the statutory warranty primarily by adopting the reasoning of the trial judge. Anderson J.A., for the court, in dealing with Hunter U.S.'s argument that it was not responsible for the design faults, added this comment at p. 377:

... the reasons for judgment of the learned trial judge were based on a comprehensive consideration of the evidence. He heard all the witnesses and examined all of the documentary evidence and it is difficult, if not impossible, for this court to substitute its judgment for that of the trial judge by fragmentary reference to the evidence and the contract documents, as counsel for Hunter would have us do. Palpable and overriding error cannot be demonstrated in that way.

The Court of Appeal did, however, allow Hunter U.S.'s appeal on the ownership of the income from the trust fund. Anderson J.A. said at p. 382:

In my opinion, this issue falls to be determined by reference to the judgment of the Supreme Court of Canada in *Pettkus v. Becker*.... In that case, Dickson J. (as he then was), speaking for the majority, set forth the criteria necessary to establish a successful claim for unjust enrichment as being:

- (1) An enrichment of the defendant;
- (2) A corresponding deprivation of the plaintiff;

généraux, et ainsi de suite, pour lesquelles le profit constitue la rétribution. On ne s'était servi ni de ses installations ni de son personnel.

Dans le jugement définitif rendu en sa faveur,  
a Syncrude s'est vu accorder 750 000 \$ plus les intérêts courus jusqu'au moment du jugement ainsi que la partie du fonds en fiducie qu'elle finirait par garder.

*b) La Cour d'appel de la Colombie-Britannique*

Syncrude a interjeté appel contre la conclusion qu'Allis-Chalmers n'était pas coupable d'inexécution fondamentale et Hunter U.S. a interjeté un  
c appel incident contre les autres conclusions du juge Gibbs. Dans un arrêt publié à (1985), 68 B.C.L.R. 367, la Cour d'appel (les juges Carrothers, Aikins et Anderson) a rejeté l'appel interjeté par Hunter U.S. sur la question de sa responsabilité en vertu  
d de la garantie légale, principalement en adoptant le raisonnement du juge de première instance. En se penchant sur l'argument de Hunter U.S. portant qu'elle n'était pas responsable des vices de conception, le juge Anderson, s'exprimant au nom  
e de la cour, ajoute l'observation suivante, à la p. 377:

[TRADUCTION] ... le juge de première instance a fondé ses motifs de jugement sur une étude approfondie de la preuve. Il a entendu tous les témoins et a examiné l'ensemble de la preuve documentaire. Il est donc difficile, voire impossible, pour cette cour de substituer son propre jugement à celui du juge de première instance en se reportant d'une manière fragmentaire à la preuve et aux documents constatant le contrat, comme l'avocat de Hunter voudrait que nous le fassions. Ce n'est pas ainsi qu'on peut démontrer l'existence d'une erreur manifeste et dominante.

La Cour d'appel a toutefois accueilli l'appel de  
h Hunter U.S. relativement à la question de la propriété du revenu produit par le fonds en fiducie. Le juge Anderson affirme ceci, à la p. 382:

[TRADUCTION] À mon avis, cette question doit être tranchée en fonction de l'arrêt *Pettkus c. Becker* de la Cour suprême du Canada [...] Dans cette affaire, le juge Dickson (maintenant Juge en chef), s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a énoncé les conditions à remplir pour pouvoir établir l'enrichissement sans cause:

- i (1) un enrichissement du défendeur;
- (2) un appauvrissement correspondant du demandeur;

(3) The absence of a juristic reason for the enrichment.

He then held that, were Syncrude to retain the trust income, it would be unjustly enriched and Hunter U.S. correspondingly deprived of income from profit rightfully theirs but for the fraud of Hunter Canada. No juristic reasons justified the enrichment of Syncrude. Provided Hunter U.S. adopted the warranty obligations in the Hunter Canada contract it was entitled to the fund after trustee's expenses minus the sum required to repair the 11 gearboxes, i.e., \$200,000.

The Court of Appeal also allowed Syncrude's appeal against Allis-Chalmers on the question of fundamental breach. Anderson J.A. found that the warranty exclusion clause, although broad, was not broad enough "to destroy the foundation of the contract and its business efficacy by eliminating the . . . essential undertaking" of Allis-Chalmers to provide gearboxes capable of meeting the requirements of the extraction process" (p. 392). He then went on to note:

There is, however, another compelling reason for holding that the warranty clause was not intended to exclude claims for "fundamental breach". The contract between Syncrude and Allis-Chalmers included a "Limitation of Liability" clause, reading as follows:

#### Paragraph 14—Limitation of Liability

Notwithstanding any other provision in this contract or any applicable statutory provisions neither the Seller nor the Buyer shall be liable to the other for special or consequential damages or damages for loss of use arising directly or indirectly from any breach of this contract, *fundamental* or otherwise or from any tortious act or omissions of their respective employees (sic) or agents and in no event shall the liability of the Seller exceed the unit price of the defective product or of the product subject to late delivery. (The italics are mine.)

(3) l'absence de tout motif juridique justifiant l'enrichissement.

Le juge Anderson a ensuite conclu que, si Syncrude devait garder le revenu provenant du fonds en fiducie, elle serait injustement enrichie et Hunter U.S. subirait un appauvrissement correspondant du fait d'avoir été privée du revenu produit par des profits qui auraient légitimement été les siens n'eût été la fraude de Hunter Canada. Il n'y avait aucun motif juridique qui justifiait l'enrichissement de Syncrude. À la condition d'accepter les obligations en matière de garantie contenues dans le contrat de Hunter Canada, Hunter U.S. avait droit aux fonds restant après paiement des frais du fiduciaire, moins la somme requise pour réparer les onze boîtes d'engrenage, c.-à-d. 200 000 \$.

d La Cour d'appel a également accueilli l'appel interjeté par Syncrude contre Allis-Chalmers sur la question de l'inexécution fondamentale. Le juge Anderson a conclu que la clause d'exclusion figurant dans la garantie avait une portée qui, quoique générale, n'était pas assez générale [TRADUCTION] «pour détruire le fondement du contrat et pour le rendre inopérant par la suppression de [...] l'engagement essentiel» d'Allis-Chalmers de fournir des boîtes d'engrenage susceptibles de répondre aux exigences du processus d'extraction» (p. 392). Il a ensuite fait remarquer:

[TRADUCTION] Il existe toutefois une autre raison impérieuse de conclure que la clause de garantie n'était pas destinée à exclure les réclamations pour «inexécution fondamentale». Le contrat entre Syncrude et Allis-Chalmers comprenait une clause de «Limitation de responsabilité», dont voici le texte :

#### Paragraphe 14—Limitation de responsabilité

Nonobstant toute autre disposition du présent contrat ou toute disposition législative applicable, ni le vendeur ni l'acheteur n'est tenu de verser à l'autre des dommages-intérêts spéciaux ni des dommages-intérêts pour un préjudice indirect ou encore pour la perte d'usage résultant directement ou indirectement d'une inexécution, *fondamentale* ou autre, du présent contrat, ou résultant d'un acte ou d'une omission délictuels de la part de leurs employés ou de leurs mandataires respectifs et en aucun cas la responsabilité du vendeur ne dépassera le prix unitaire du produit défectueux ou du produit non livré dans les délais prévus. (Les italiques sont de moi.)

It will be seen that this clause clearly stipulates that Allis-Chalmers shall not be liable "for special or consequential damages or damages for loss of use arising directly or indirectly from any breach of this contract, fundamental or otherwise". It follows that if claims for "fundamental breach" were excluded by the terms of the warranty clause, it would not have been necessary to make specific provision for the exclusion of liability in cases where the "fundamental" breach resulted in a "loss of use" claim. In other words, when the parties intended to exclude liability for "fundamental breach", they said so in clear and express terms.

Having found that liability for fundamental breach was not excluded, Anderson J.A. held Allis-Chalmers liable on that ground. The cost of repairs was 86% of the purchase price and the bull gear failed after less than two years' service when it should have lasted for ten. Accordingly, "Allis-Chalmers was in 'fundamental breach' because Syncrude was deprived of substantially the whole benefit of the contract".

The Court of Appeal's judgment thus gave Syncrude the \$750,000 it had won at trial plus \$400,000 for repairs to the extraction gearboxes. Interest on both these sums brought the total to \$1.535M.

#### 4. The Issues Before This Court

Both Hunter U.S. and Allis-Chalmers appealed to this Court and there is also a cross-appeal by Syncrude concerning the Court of Appeal's award of the trust fund to Hunter U.S. Four separate grounds of appeal were argued. I will deal with them in the following order:

- (i) the liability of Hunter U.S. for the design faults which caused the gearboxes to fail;
- (ii) the liability of Hunter U.S. under the statutory warranty in the *Sale of Goods Act*;

On se rend compte que cette clause prévoit clairement qu'Allis-Chalmers n'est pas tenue de payer des «dommages-intérêts spéciaux ni des dommages-intérêts pour un préjudice indirect ou encore pour la perte d'usage résultant directement ou indirectement d'une inexécution, fondamentale ou autre du présent contrat». Il s'ensuit que, si la clause de garantie avait exclu les réclamations pour «inexécution fondamentale», il n'aurait pas été nécessaire de prévoir expressément la non-responsabilité dans le cas où l'inexécution «fondamentale» a donné lieu à une action pour «perte d'usage». En d'autres termes, quand les parties ont voulu exclure la responsabilité pour «inexécution fondamentale», elles l'ont fait d'une manière claire et explicite.

Ayant conclu que la responsabilité pour inexécution fondamentale n'était pas exclue, le juge Anderson a déclaré Allis-Chalmers responsable pour cause d'inexécution fondamentale. Le coût des réparations s'est élevé à 86 pour 100 du prix d'achat et la couronne principale s'est révélée défectueuse après moins de deux ans d'usage, alors qu'elle aurait dû durer dix ans. Par conséquent, [TRADUCTION] «Allis-Chalmers était coupable d'«inexécution fondamentale» parce que Syncrude a été privée de la quasi-totalité du bénéfice du contrat».

La Cour d'appel a donc accordé à Syncrude les 750 000 \$ qu'elle avait obtenus en première instance, plus 400 000 \$ pour les réparations effectuées sur les boîtes d'engrenage d'extraction. Avec les intérêts sur ces sommes, le montant total attribué était de 1,535 million de dollars.

#### 4. Les questions en litige devant cette Cour

Hunter U.S. et Allis-Chalmers se sont toutes les deux pourvues devant cette Cour. De plus, un pourvoi incident a été formé par Syncrude relativement à la décision de la Cour d'appel d'accorder le fonds en fiducie à Hunter U.S. Quatre moyens distincts ont été soulevés. Je les aborderai dans l'ordre suivant:

- (i) la responsabilité de Hunter U.S. pour les vices de conception à l'origine du bris des boîtes d'engrenage;
- (ii) la responsabilité de Hunter U.S. en vertu de la garantie prescrite dans la *Sale of Goods Act*;

- (iii) the liability of Allis-Chalmers under the doctrine of fundamental breach;
- (iv) the ownership of the trust fund.

(i) *Responsibility for Design Faults*

In argument before this Court, Mr. Giles, counsel for Hunter U.S., devoted much of his time to this aspect of the appeal. He sought to persuade us that Hunter U.S. had merely designed the gears according to the specifications laid down by Canadian Bechtel, Syncrude's agent. Accordingly, if the specifications were inadequate for the task to be performed, the fault was that of Syncrude and not Hunter U.S. Hunter U.S. could only be to blame if its design failed to meet those specifications. Since Syncrude led no evidence to show that Hunter U.S.'s design failed to comply with Bechtel's specifications, the verdict of the trial judge was unreasonable.

As noted in my review of the judgments below, this argument was considered and rejected both by the trial judge and the British Columbia Court of Appeal. I do not believe that Mr. Giles' position finds any support in the terms of the contract between the parties. I would accordingly adopt the findings of the courts below on this issue. I will, however, add some observations of my own. In the purchase order of January 29, 1975, Hunter U.S.'s task is stated to be to "furnish all labour and material for the design, fabrication and delivery of the following equipment in accordance with specification 9776-3T-14 in your possession". The use of the word "design" in addition to "fabrication" indicates a creative role for Hunter U.S. going well beyond the mere construction of a gearbox from specifications prepared for Syncrude by Canadian Bechtel. The willingness of Hunter U.S. to take on such a role is further evidenced by its tender to Syncrude of February 20, 1974, which contains *inter alia* the following statements:

- (iii) la responsabilité d'Allis-Chalmers en vertu du principe de l'inexécution fondamentale;
- (iv) la propriété du fonds en fiducie.

a (i) *La responsabilité pour les vices de conception*

Au cours de son argumentation devant cette Cour, M<sup>e</sup> Giles, l'avocat de Hunter U.S., a consacré beaucoup de son temps à cet aspect du pourvoi. b Il a tenté de nous convaincre que Hunter U.S. avait simplement conçu les engrenages selon le cahier des charges établi par Canadian Bechtel, la mandataire de Syncrude. Par conséquent, si le cahier des charges n'était pas adapté aux travaux à accomplir, c'était la faute à Syncrude et non pas à Hunter U.S. Cette dernière ne pouvait être blâmée que si le modèle qu'elle avait conçu ne respectait pas ce cahier des charges. Vu que Syncrude n'a d'produit aucun élément de preuve démontrant que le modèle conçu par Hunter U.S. n'était pas conforme au cahier des charges de Bechtel, la décision du juge de première instance était déraisonnable.

Comme je l'ai fait remarquer dans mon examen e des jugements des tribunaux d'instance inférieure, cet argument a été étudié et rejeté tant par le juge de première instance que par la Cour d'appel de la f Colombie-Britannique. Je ne crois pas que la position de M<sup>e</sup> Giles puisse le moindrement s'appuyer g sur les conditions du contrat intervenu entre les parties. J'adopte en conséquence les conclusions des tribunaux d'instance inférieure sur cette question. Je me permets toutefois d'ajouter certaines observations personnelles. Selon le bon de commande du 29 janvier 1975, la tâche de Hunter U.S. consiste à [TRADUCTION] «fournir toute la main-d'œuvre et tous les matériaux nécessaires pour la conception, la fabrication et la livraison de h l'équipement suivant en conformité avec le cahier des charges 9776-3T-14 que vous avez en votre possession». Or, l'emploi du mot «conception» en plus du mot «fabrication» indique que Hunter U.S. devait jouer un rôle de création qui dépassait largement la simple fabrication d'une boîte d'engrenage à partir d'un cahier des charges établi pour Syncrude par Canadian Bechtel. La volonté i de Hunter U.S. d'assumer un tel rôle se dégage en j outre de la soumission en date du 20 février 1974 qu'elle a présentée à Syncrude, laquelle soumission contient notamment les déclarations suivantes:

This specification is for a geared drive assembly designed to power a belt conveyor.

This drive group has been designed for installation and operation in the remote areas and hostile environment normal to the mining industry. The units are designed for a high degree of reliability based on design arts developed in similar installations . . .

This specification has been prepared to qualify HUNTER ENGINEERING COMPANY, INC., as a competent and experienced manufacturer of specialized gear drive equipment.

Hunter drives are designed for specific applications, incorporating those features required to minimize operational and environmental hazards having an adverse effect on the performance of the unit. Our market effort is directed towards those unique applications which challenge our designers' ingenuity. Hunter has the engineering, manufacturing and financial resources to supply the complete drive package designed to reliably power any defined processing function. [Emphasis added.]

Perhaps more significantly, the specifications referred to in the purchase order are, in layman's language, specifications about what the gearboxes were required to do, not specifications of how they were to be built. Section 1.11 of those specifications states that "correct and adequate design is the seller's sole responsibility". Sections 4 and 5 provide information about site elevation, climatic conditions, and expected hours of operation of the gears. Section 7 warns the seller of the need for materials able to withstand the extreme climate of the tar sands region. Other sections, particularly s. 10, lay out further details of what the gearboxes were required to do and make reference to how to achieve this. Some of these references are very general, for example, s. 10.1.1:

[TRADUCTION] Le présent cahier des charges porte sur un mécanisme d'entraînement par engrenages destiné à actionner un convoyeur à courroie.

Ce mécanisme d'entraînement a été conçu en vue d'être installé et utilisé dans les régions éloignées et dans l'environnement hostile où s'exercent normalement les activités de l'industrie minière. Les unités en question sont conçues selon des techniques mises au point dans des installations similaires, de manière à assurer une grande fiabilité . . .

Le présent cahier des charges a été préparé afin que HUNTER ENGINEERING COMPANY INC. soit reconnue comme une fabricante compétente et expérimentée de trains d'engrenage destinés à des usages spéciaux.

Les mécanismes d'entraînement de Hunter sont conçus en vue d'usages précis et sont dotés des caractéristiques nécessaires pour réduire au minimum les risques pour le bon fonctionnement de chaque unité présentés par les conditions d'utilisation et par l'environnement. Nous nous efforçons de mettre sur le marché des produits destinés à des usages uniques qui font appel à toute l'ingéniosité de nos concepteurs. Hunter dispose des moyens techniques, des moyens de production et des ressources financières nécessaires pour fournir un ensemble complet d'entraînement conçu pour répondre d'une manière fiable à un usage déterminé. [Je souligne.]

Fait peut-être encore plus révélateur, le cahier des charges mentionné dans le bon de commande porte, pour le dire en termes simples, sur ce à quoi devaient servir les boîtes d'engrenage et non pas sur la façon de les fabriquer. La clause 1.11 du cahier des charges précise qu'[TRADUCTION] «il est de la responsabilité exclusive du vendeur de veiller à ce que la conception soit adéquate et exempte d'erreur». Les clauses 4 et 5 fournissent des renseignements sur l'altitude de l'emplacement, sur les conditions climatiques et sur les heures d'utilisation prévues des engrenages. À la clause 7, on prévient le vendeur de la nécessité de matériaux pouvant résister aux rigueurs du climat de la région des sables bitumineux. D'autres clauses, notamment la clause 10, donnent des précisions sur l'usage auquel sont destinées les boîtes d'engrenage et traitent de la manière dont elles pourront être ainsi utilisées. Certaines de ces mentions sont très générales comme, par exemple, la clause 10.1.1:

10.1.1 All components shall be of heavy duty design as required for the specified operating conditions.

[TRADUCTION]

10.1.1 Toutes les composantes doivent être de construction robuste de manière à satisfaire aux exigences posées par les conditions d'utilisation spécifiées.

Some of the references are more specific. For example, in 10.2.6, dealing with "Housings", it states:

Housings shall be made from steel, stress relieved after welding in accordance with 8.2.2 . . .

Generous inspection openings with bolted and gasketed doors complete with lifting handles shall be provided in the housing cover, to allow for inspection of high speed, intermediate and low speed gearing without removal of major housing sections. In addition, the upper half of the housing shall be removable to allow for removal and replacement of gearing . . .

Housings shall be provided with oil level indicators at each point in the housing where oil level is critical to successful reducer performance.

<sup>a</sup> D'autres mentions sont plus précises. Par exemple, la clause 10.2.6., portant sur les [TRADUCTION] «carter», se lit ainsi:

[TRADUCTION] Les carters doivent être en acier, ayant <sup>b</sup> été soumis à un recuit de détente après le soudage, conformément à la clause 8.2.2 . . .

Pour permettre l'inspection des engrenages à grande vitesse, des engrenages à vitesse intermédiaire et des engrenages à faible vitesse sans qu'il soit nécessaire <sup>c</sup> d'enlever des parties importantes du carter, celui-ci doit être pourvu de larges regards d'inspection couverts par des plaques boulonnées et munies de joints d'étanchéité et aussi de poignées. De plus, la moitié supérieure du carter doit pouvoir s'enlever afin de permettre de sortir <sup>d</sup> et de remplacer les engrenages . . .

Les carters doivent être munis d'indicateurs de niveau d'huile à chaque endroit où le niveau de l'huile est crucial pour le bon fonctionnement des réducteurs.

<sup>e</sup> Si je reproduis ces extraits, c'est simplement pour illustrer les genres d'exigences générales—les conditions d'utilisation, la charge et les heures d'utilisation, les caractéristiques souhaitées—énoncées dans le cahier des charges. Aucune directive <sup>f</sup> n'est donnée à Hunter U.S. concernant l'épaisseur d'acier à utiliser pour les carters d'engrenage ni concernant l'assemblage des composantes. Il se peut que sous certains aspects la ligne de démarcation entre les responsabilités des parties à ce contrat soit incertaine, mais je ne crois pas que ce soit le cas de l'aspect dont il est présentement question. À mon avis, il n'est pas nécessaire d'entrer davantage dans le détail du contrat et du cahier des <sup>g</sup> charges de Syncrude. Les extraits que j'ai résumés et que j'ai cités révèlent les différents rôles joués par les parties. Le cahier des charges de Syncrude énonce ce que les boîtes d'engrenage devraient pouvoir faire et contient des indications générales quant à la manière dont cela devrait se faire. Hunter U.S. a pris sur elle de décider des détails précis de la conception. L'épaisseur des plaques d'acier ainsi que la façon dont les composantes du carter d'engrenage devaient être soudées ensemble étaient des questions qui relevaient toutes les deux de la compétence de Hunter U.S. Ce sont ces <sup>j</sup> décisions en matière de conception qui se sont

to be wrong. Hunter U.S.'s appeal on this issue must accordingly fail.

#### (ii) *The Statutory Warranty*

Although Hunter U.S. was liable for the design fault that caused the gearboxes to fail, the failure was discovered after the contractual warranty period had expired. For Syncrude to succeed, therefore, it must find an alternative route to establishing Hunter U.S.'s liability. Two issues are of concern here. The first is whether either or both of the exclusionary clauses in the Hunter U.S. and Allis-Chalmers contracts are sufficient to preclude the application of the statutory warranty. If not, then a second issue arises as to whether the gearboxes were "reasonably fit" for their purpose.

I would answer these questions in the same way as Gibbs J. and the British Columbia Court of Appeal. Section 15(4) of the *Sale of Goods Act* provides that an express warranty "does not negative a warranty or condition implied by this Act unless inconsistent therewith". Hunter U.S. argues that it may invoke s. 15(4) because the specific limitation period in its express warranty serves to exclude any other warranty which would extend beyond that period. This argument runs counter to two long-established and related principles in the law of contract: 1) that an exclusion clause should be strictly construed against the party seeking to invoke it and 2) that clear and unambiguous language is required to oust an implied statutory warranty: see *Wallis, Son & Wells v. Pratt & Haynes*, [1911] A.C. 394 (H.L.); *R. W. Heron Paving Ltd. v. Dilworth Equipment Ltd.*, [1963] 1 O.R. 201 (H.C.); *Cork v. Greavette Boats Ltd.*, [1940] O.R. 352 (C.A.); Fridman, *Sale of Goods in Canada* (3rd ed. 1986), at p. 282. I would adopt the following statement of the law by Eberle J. of the Ontario Supreme Court in *Chabot v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 417, at p. 430:

révélées erronées. À cet égard, le pourvoi de Hunter U.S. doit donc échouer.

#### (ii) *La garantie légale*

Quoique Hunter U.S. ait été responsable du vice de conception à l'origine de la défectuosité des boîtes d'engrenage, cette défectuosité n'a été découverte qu'après l'expiration de la garantie contractuelle. Donc, si elle ne veut pas se voir débouter, Syncrude doit trouver une autre façon d'établir la responsabilité de Hunter U.S. A ce propos, deux questions se posent. La première est de savoir si l'une ou l'autre ou les deux clauses d'exclusion figurant dans les contrats de Hunter U.S. et d'Allis-Chalmers suffisent pour rendre inapplicable la garantie légale. Dans l'hypothèse d'une réponse négative, la seconde question est de savoir si les boîtes d'engrenage étaient «raisonnablement adaptées» à l'usage auquel elles étaient destinées.

Je répondrais à ces questions de la même manière que l'ont fait le juge Gibbs et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Le paragraphe 15(4) de la *Sale of Goods Act* dispose qu'une garantie expresse [TRADUCTION] «n'invalide une garantie ou une condition découlant implicitement de la présente loi que si elles sont incompatibles». Hunter U.S. fait valoir qu'elle peut invoquer le par. 15(4) parce que le délai précis fixé dans sa garantie expresse vient exclure toute autre garantie de plus longue durée. Or, il s'agit là d'un argument qui va à l'encontre de deux principes bien établis et connexes du droit des contrats, savoir: 1) une clause d'exclusion doit recevoir une interprétation stricte à l'encontre de la partie qui cherche à l'invoquer et 2) une garantie légale implicite ne peut être écartée que par des termes clairs et nets: voir *Wallis, Son & Wells v. Pratt & Haynes*, [1911] A.C. 394 (H.L.); *R. W. Heron Paving Ltd. v. Dilworth Equipment Ltd.*, [1963] 1 O.R. 201 (H.C.); *Cork v. Greavette Boats Ltd.*, [1940] O.R. 352 (C.A.); Fridman, *Sale of Goods in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1986), à la p. 282. J'adopte la formulation suivante du principe de droit applicable qu'a faite le juge Eberle de la Cour suprême de l'Ontario dans la décision *Chabot v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 417, à la p. 430:

... although a vendor may exclude conditions implied by the *Sale of Goods Act*, he must use explicit language, in the absence of which the court will not be prepared to find that the conditions have been excluded.

In the present case there is clearly no explicit exclusion of the implied warranty contained in the Hunter U.S. contract. I find it equally clear that the revision to the Allis-Chalmers agreement did explicitly and unambiguously oust the statutory warranty by stating: "The Provisions of this paragraph represent the only warranty of the seller and no other warranty or conditions, statutory or otherwise shall be implied" (my emphasis). The explicit reference to the statutory warranty is crucial here and in my view serves to prevent the application of s. 15(1) of the *Sale of Goods Act* to the Allis-Chalmers contract.

This finding on the Hunter U.S. warranty requires a consideration of whether the gearboxes were, in the words of s. 15(1) of the Act, "reasonably fit" for the purpose for which they were supplied. I think this issue can be disposed of very shortly. It is abundantly clear that Syncrude informed Hunter U.S. of the purpose for which the gearboxes were required, that Syncrude relied on Hunter U.S.'s expertise, and that the gears were "goods ... which it is in the course of the seller's business to supply". It is equally clear that the gears were not reasonably fit for their purpose. The trial judge found as facts that:

- (a) the gears would normally be expected to work for ten years before needing extensive overhauling;
- (b) the gears needed to be replaced after only 15 months or so, despite never being put to more than 60 per cent of their intended workload;
- (c) the cost of repairing the extraction gearboxes was \$400,000 compared to the original price of \$464,300.

[TRADUCTION] ... bien qu'un vendeur puisse exclure les conditions implicites de la *Sale of Goods Act*, il doit le faire de manière explicite, sans quoi la cour ne sera pas disposée à conclure que ces conditions ont été écartées.

<sup>a</sup> En l'espèce, il n'y a manifestement pas d'exclusion explicite de la garantie implicite que comporte le contrat de Hunter U.S. Je considère qu'il est tout aussi évident que la modification apportée au <sup>b</sup> contrat d'Allis-Chalmers a explicitement et d'une manière non équivoque exclu la garantie légale, lorsqu'on a précisé: [TRADUCTION] «La présente clause constitue l'unique garantie offerte par le vendeur et il n'y a aucune autre garantie ou condition implicite, légale ou autre» (je souligne). La mention explicite de la garantie légale est cruciale ici et, à mon avis, vient empêcher que le par. 15(1) de la *Sale of Goods Act* ne s'applique au contrat <sup>c</sup> d'Allis-Chalmers.

Cette conclusion concernant la garantie de Hunter U.S. nous oblige à examiner si les boîtes d'engrenage étaient, pour reprendre l'expression <sup>e</sup> du par. 15(1) de la Loi, «raisonnablement adaptées» à l'usage pour lequel elles ont été fournies. Je crois que cette question peut être résolue très brièvement. Il est tout à fait clair que Syncrude a informé Hunter U.S. de l'usage pour lequel les boîtes d'engrenage étaient requises, que Syncrude s'est fiée à la compétence de Hunter U.S. et que les engrenages étaient des «objets [...] que le vendeur fournit dans le cours de son commerce». <sup>f</sup> De même, il ne fait pas de doute que les engrenages n'étaient pas raisonnablement adaptés à l'usage auquel ils étaient destinés. En effet, le juge de première instance a constaté:

- <sup>h</sup> a) qu'on pouvait normalement s'attendre à ce que les engrenages fonctionnent pendant dix ans avant de nécessiter une révision majeure;
- b) les engrenages ont dû être remplacés après seulement une quinzaine de mois d'utilisation, quoiqu'on ne les ait jamais fait fonctionner à plus de 60 pour 100 du rendement qu'ils étaient destinés à fournir;
- c) le coût de la réparation des boîtes d'engrenage d'extraction s'élevait à 400 000 \$ alors que leur prix initial était de 464 300 \$.

Gibbs J.'s conclusion was that in such circumstances the gears could not be considered reasonably fit for their purpose. The Court of Appeal endorsed that finding and I would unequivocally affirm it also. The defects in design were crucial. The cracking was not something that would be expected to happen in the normal lifetime of the gearboxes. I would conclude therefore that Hunter U.S. is liable for the cost of repairs to the mining gearboxes.

### (iii) Fundamental Breach

Fundamental breach has been the subject of many judicial definitions. It has been described as "a breach going to the root of the contract" (*Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361 (H.L.), per Lord Reid at p. 399) and as one which results "in performance totally different from what the parties had in contemplation" (*R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.* (1970), 15 D.L.R. (3d) 15 (Ont. C.A.), per Arnup J.A. at p. 20). In *Canso Chemicals Ltd. v. Canadian Westinghouse Co.* (No. 2) (1974), 54 D.L.R. (3d) 517 (N.S.C.A.), MacKeigan C.J.N.S. gave nine different definitions from leading Canadian and United Kingdom cases. The definitional uncertainty that has pervaded this area of the law is further illustrated by Friedman, *Law of Contract in Canada* (2nd ed. 1986), at p. 531, and the cases cited therein.

The formulation that I prefer is that given by Lord Diplock in *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.), at p. 849. A fundamental breach occurs "Where the event resulting from the failure by one party to perform a primary obligation has the effect of depriving the other party of substantially the whole benefit which it was the intention of the parties that he should obtain from the contract" (emphasis added). This is a restrictive definition and rightly so, I believe. As Lord Diplock points out, the usual remedy for breach of a "primary" contractual obligation (the thing bargained for) is

Le juge Gibbs est arrivé à la conclusion que, dans ces circonstances, les engrenages ne pouvaient être considérés comme raisonnablement adaptés à l'usage auquel ils étaient destinés. La <sup>a</sup> Cour d'appel a fait sienne cette conclusion et j'affirme sans équivoque qu'elle doit être maintenue. Les vices de conception étaient cruciaux. On ne se serait pas attendu que les fissures se produisent au cours de la vie utile normale des boîtes d'engrenage. Je conclus en conséquence que Hunter U.S. doit assumer le coût des réparations effectuées sur les boîtes d'engrenage minières.

### (iii) L'inexécution fondamentale

L'inexécution fondamentale a fait l'objet de maintes définitions dans la jurisprudence. Elle a été décrite comme [TRADUCTION] «une violation qui touche à la base du contrat» (*Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361 (H.L.), lord Reid, à la p. 399) et comme une violation qui entraîne [TRADUCTION] «une exécution complètement différente de ce qu'avaient envisagé les parties» (*R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.* (1970), 15 D.L.R. (3d) 15 (C.A. Ont.), le juge Arnup, à la p. 20). Dans l'arrêt *Canso Chemicals Ltd. v. Canadian Westinghouse Co.* (No. 2) (1974), 54 D.L.R. (3d) 517 (C.A.N.-É.), le juge en chef MacKeigan donne neuf définitions différentes tirées d'arrêts de principe canadiens et britanniques. On trouve d'autres illustrations de l'incertitude définitionnelle qui <sup>e</sup> caractérise ce domaine du droit dans Friedman, *Law of Contract in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1986), à la p. 531, et dans la jurisprudence y citée.

La formulation que je préfère est celle donnée <sup>f</sup> par lord Diplock dans l'arrêt *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.), à la p. 849. Il y a inexécution fondamentale [TRADUCTION] «Lorsque l'événement qui résulte de l'omission d'une partie de s'acquitter d'une obligation première a pour effet de priver l'autre partie de la quasi-totalité du bénéfice que devait, selon l'intention des parties, lui procurer le contrat» (je souligne). Cette définition est restrictive, et ce, à juste titre selon moi. Comme le fait observer lord Diplock, le redressement normal dans le cas d'un manquement à une obligation

a concomitant "secondary" obligation to pay damages. The other primary obligations of both parties yet unperformed remain in place. Fundamental breach represents an exception to this rule for it gives to the innocent party an additional remedy, an election to "put an end to all primary obligations of both parties remaining unperformed" (p. 849). It seems to me that this exceptional remedy should be available only in circumstances where the foundation of the contract has been undermined, where the very thing bargained for has not been provided.

I do not think the present case involves a fundamental breach. The trial judge had this to say on the question at pp. 77-78:

As to the nature of the defect, in my opinion it was not so fundamental that it went to the root of the contract. The contract between the parties was still a contract for gearboxes. Gearboxes were supplied. They were capable of performing their function and did perform it for in excess of a year which, given the agreed time limitations, was the "cost free to Syncrude" period contemplated by the parties. It was conceded that the gearboxes were not fit for the service. However, the unfitness, or defect, was repairable and was repaired at a cost significantly less than the original purchase price. No doubt the bull gear is an important component of the gearbox but no more important than the engine in an automobile and in the *Gafco Ent.* case the failure of the engine was not a sufficiently fundamental breach to lead the Court to set aside the contract of sale. On my appreciation of the evidence Syncrude got what it bargained for from Stephens-Adamson. It has not convinced me that there was fundamental breach.

The Court of Appeal, in overturning this finding, seems to have been influenced by two factors: that the repair cost was 85 per cent of the original contract price and that the gear which should have lasted ten years failed after less than two. I will deal with each of these factors in turn.

contractuelle «première» (l'objet du contrat) consiste en une obligation «secondaire» concomitante de verser des dommages-intérêts. Les autres obligations premières, dont les deux parties contractantes ne se sont pas encore acquittées, subsistent. Le principe de l'inexécution fondamentale représente une exception à cette règle puisqu'il accorde à la partie innocente un redressement supplémentaire, en ce sens qu'elle peut choisir de [TRADUCTION] «mettre fin à toutes les obligations premières encore inexécutées des deux parties» (p. 849). Il me semble qu'on ne devrait pouvoir obtenir ce redressement exceptionnel que dans des circonstances où le fondement même du contrat a été miné, c'est-à-dire lorsque l'objet même du contrat n'a pas été réalisé.

Je ne crois pas qu'il y ait en l'espèce une inexécution fondamentale. Voici ce qu'a dit le juge de première instance à ce propos, aux pp. 77 et 78:

[TRADUCTION] Quant à la nature du vice, j'estime que celui-ci n'était pas fondamental au point de toucher à la base même du contrat. Le contrat intervenu entre les parties n'en portait pas moins sur des boîtes d'engrenage. Des boîtes d'engrenage ont été fournies. Elles pouvaient remplir la fonction à laquelle elles étaient destinées et l'ont d'ailleurs fait pendant plus d'une année qui, selon les délais convenus, constituait la période de «gratuité pour Syncrude» envisagée par les parties. On a reconnu que les boîtes d'engrenage n'étaient pas adaptées à l'usage auquel elles étaient destinées. Toutefois, il était possible de remédier à ce problème ou vice, ce qui a été fait à un coût nettement inférieur au prix d'achat initial. Sans aucun doute, la couronne principale constitue un élément important de la boîte d'engrenage, mais son importance ne dépasse pas celle du moteur d'une automobile et, dans l'affaire *Gafco Ent.*, le bris du moteur ne représentait pas une inexécution suffisamment fondamentale pour amener la cour à annuler le contrat de vente. Selon mon interprétation de la preuve, Syncrude a obtenu exactement ce qu'elle avait négocié avec Stephens-Adamson. La preuve ne m'a donc pas convaincu qu'il y a eu inexécution fondamentale.

i La décision de la Cour d'appel d'écartier cette conclusion semble avoir été motivée par deux facteurs: le coût des réparations s'élevait à 85 pour 100 du prix d'achat initial stipulé par le contrat et l'engrenage qui aurait dû durer dix ans a cédé après moins de deux ans d'utilisation. J'aborderai tour à tour chacun de ces facteurs.

There is an obvious conflict between the judgments below over the relationship between the size of the contract and the cost of repairs. The Court of Appeal treated the contract for the gearboxes as a discrete transaction in coming to its conclusion. The trial judge, however, was influenced by the fact that the overall contract with Allis-Chalmers was for 14 conveyor systems, only 4 of which contained extraction gearboxes. The total cost of these systems was in excess of \$4M. It seems to me that the trial judge was right to take this into account. If he was, then Allis-Chalmers breached only one aspect of its contract with Syncrude, one "primary obligation". Although the gears were obviously an important component of the conveyor system, their inferior performance did not have the effect of depriving Syncrude of "substantially the whole benefit of the contract" to use Lord Diplock's phrase. The cost of repair was only a small part of the total cost.

Syncrude bargained for and received bull gears. Clearly, they were not very good gears. They were not reasonably fit for the purposes they were intended to serve. But they did work for a period of time and were repairable. There are numerous cases in which serious but repairable defects in machinery of various kinds have been found not to amount to fundamental breach. In *Schofield v. Gafco Enterprises Ltd.* (1983), 43 A.R. 262 (C.A.), a case relied on by Gibbs J. in this case, the purchaser bought a second-hand car for \$12,000 which immediately required some \$4,000 worth of engine repairs. Harradence J.A. held that the defects "do not amount to a breach going to the root of the contract. They are repairable, albeit at some expense" (p. 267). Similarly, in *Peters v. Parkway Mercury Sales Ltd.* (1975), 10 N.B.R. (2d) 703 (C.A.), a transmission failure shortly

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure sont manifestement contradictoires sur la question du rapport entre l'importance du contrat et le coût des réparations. Pour arriver à sa conclusion, la Cour d'appel a considéré le contrat portant sur les boîtes d'engrenage comme une opération distincte. Le juge de première instance a toutefois été influencé par le fait que le contrat global avec Allis-Chalmers prévoyait la fourniture de quatorze systèmes de convoyeurs, dont quatre seulement comportaient des boîtes d'engrenage d'extraction. Le coût total de ces systèmes s'élevait à plus de 4 millions de dollars. Il me semble que c'est à bon droit que le juge de première instance a tenu compte de cela. Or, si c'est le cas, Allis-Chalmers n'a violé que sous un seul aspect son contrat avec Syncrude; elle n'a manqué qu'à une «obligation première». De toute évidence, les engrenages constituaient un élément important du système de convoyeurs, mais leur mauvais fonctionnement n'a pas eu pour effet de priver Syncrude de la «quasi-totalité du bénéfice» du contrat, pour reprendre l'expression de lord Diplock. Le coût des réparations ne représentait qu'une petite partie du coût total.

Syncrude a conclu un contrat pour la fourniture de couronnes principales et c'est ce qu'elle a reçu. Il est clair que ce n'étaient pas de très bons engrenages. Ils n'étaient pas raisonnablement adaptés à l'usage auquel ils étaient destinés. Ils ont néanmoins fonctionné pendant un certain temps et étaient réparables. Il existe de nombreuses décisions où on a jugé que des vices graves mais réparables dans différentes machines ne constituaient pas une inexécution fondamentale. Dans l'affaire *Schofield v. Gafco Enterprises Ltd.* (1983), 43 A.R. 262 (C.A.), sur laquelle s'est fondé le juge Gibbs en l'espèce, l'acheteur avait acquis, pour la somme de 12 000 \$, une voiture d'occasion dont le moteur a immédiatement nécessité des réparations coûtant environ 4 000 \$. Le juge Harradence de la Cour d'appel a décidé que les vices [TRADUCTION] «ne constituent pas une violation touchant à la base du contrat. Ils sont réparables, quoique moyennant un certain coût» (p. 267). De même, dans l'arrêt *Peters v. Parkway Mercury Sales Ltd.* (1975), 10 N.B.R. (2d) 703 (C.A.), le bris d'une transmission survenu peu après l'expiration d'une garantie de trente jours

after the expiration of a 30-day warranty on a used car was found not to be a fundamental breach. Hughes C.J.N.B. said at p. 711:

In my view the car which the defendant sold the plaintiff was not essentially different in character from what the parties should have had in contemplation. Although the car was in poorer condition than either party probably knew, I do not think the defects amounted to "such a congeries of defects as to destroy the workable character of the machine" and consequently the plaintiff's claim for a declaration that there has been a fundamental breach entitling him to rescission if [sic] the contract fails.

In *Keefe v. Fort* (1978), 89 D.L.R. (3d) 275 (N.S.S.C.A.D.), another case involving a faulty but repairable car, Pace J.A. said, at p. 279, that "the doctrine of fundamental breach was never intended to be applied to situations where the parties have received substantially what they had bargained for".

In the present case the Court of Appeal relied on its own prior judgment in *Beldessi v. Island Equipment Ltd.* (1973), 41 D.L.R. (3d) 147 (B.C.C.A.), which it said was "very similar" to this one (p. 390). *Beldessi*, however, involved a log skidding machine which, despite numerous repairs, never worked properly. It was therefore similar to *R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.*, *supra*, in which a printing press could not be made to function adequately. It seems to me that the present case is more akin to those cited above where the purchaser got a poor, but nonetheless repairable, version of what it contracted for. I do not think that in these circumstances it can be said that the breach undermined the entire contractual setting or that it went to the very root of the contract. It was not, in other words, fundamental. I would therefore allow the appeal by Allis-Chalmers on this issue.

relative à une voiture d'occasion a été jugé ne pas constituer une inexécution fondamentale. Le juge en chef Hughes du Nouveau-Brunswick a dit, à la p. 711:

- <sup>a</sup> [TRADUCTION] À mon avis, la voiture que la défenderesse a vendue au demandeur ne présentait aucune différence essentielle d'avec ce que les parties auraient dû avoir dans l'idée. Bien que l'état de la voiture ait été moins bon que l'une et l'autre partie ne le pensait probablement, je ne crois pas que les vices constituaient «une accumulation de vices de nature à rendre impossible le bon fonctionnement de la machine». Par conséquent, l'action du demandeur visant à faire déclarer qu'il y a eu inexécution fondamentale lui donnant droit à la résiliation du contrat est rejetée.

Dans *Keefe v. Fort* (1978), 89 D.L.R. (3d) 275 (C.S.N.-É.D.A.), une autre affaire concernant une voiture défectueuse mais réparable, le juge Pace a dit, à la p. 279, que [TRADUCTION] «de principe de l'inexécution fondamentale n'a jamais été conçu pour s'appliquer à des situations où les parties ont reçu essentiellement ce qu'elles avaient négocié dans le contrat».

En l'espèce, la Cour d'appel s'est fondée sur l'un de ses propres arrêts antérieurs, *Beldessi v. Island Equipment Ltd.* (1973), 41 D.L.R. (3d) 147 (C.A.C.-B.), qu'elle a décrit comme [TRADUCTION] «très semblable» à la présente affaire (p. 390). Dans l'affaire *Beldessi*, cependant, il s'agissait d'une débusqueuse qui, malgré de nombreuses réparations, n'avait jamais bien fonctionné. C'était donc un cas qui se rapprochait de l'affaire *R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.*, précitée, où on n'avait pas réussi à faire fonctionner adéquatement une presse à imprimer. Il me semble que la présente instance s'apparente davantage aux affaires susmentionnées où l'acheteur avait obtenu une version de mauvaise qualité, mais néanmoins réparable, de l'objet stipulé dans le contrat. Je ne crois pas que, dans ces circonstances, on puisse affirmer que l'inexécution a miné le contrat au complet ou qu'elle touchait à la base même du contrat. En d'autres termes, il ne s'agissait pas d'une inexécution fondamentale. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi formé par Allis-Chalmers sur cette question.

However, if I am wrong in this and the breach by Allis-Chalmers is properly characterized as fundamental, the liability of Allis-Chalmers would, in my view, be excluded by the terms of the contractual warranty.

Prior to 1980, in both the United Kingdom and in Canada, there were two competing views of the consequences of fundamental breach. One held that there was a rule of law that a fundamental breach brought a contract to an end, thereby preventing the contract breaker from relying on any clause exempting liability. This view was most closely identified with Lord Denning in the English Court of Appeal: see *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936 (C.A.); *Harbutt's "Plasticine" Ltd. v. Wayne Tank and Pump Co.*, [1970] 1 Q.B. 447 (C.A.). The other view was that exemption clauses should be construed by the same rules of contract interpretation whether a fundamental breach had occurred or not. Whether or not liability was excluded was to be decided simply on the construction of the contract: see *Suisse Atlantique*, *supra*; *Traders Finance Corp. v. Halverson* (1968), 2 D.L.R. (3d) 666 (B.C.C.A.); *R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.*, *supra*.

In England the issue was unequivocally resolved by the House of Lords in favour of the construction approach in the *Photo Production* case. The defendants, Securicor, had contracted to provide security services for the plaintiff's factory. One of the security guards deliberately set a fire which destroyed the building. When sued, Securicor pleaded the following exemption clause:

"1. Under no circumstances shall the company [Securicor] be responsible for any injurious act or default by any employee of the company unless such act or default could have been foreseen and avoided by the exercise of due diligence on the part of the company as his employer; nor, in any event, shall the company be held responsible for: (a) Any loss suffered by the customer through burglary, theft, fire or any other cause, except insofar as such loss is solely attributable to the negligence of the

Si toutefois j'avais tort sur ce point et que l'inexécution d'Allis-Chalmers pouvait légitimement être qualifiée de fondamentale, sa responsabilité serait, à mon avis, exclue par les termes de la <sup>a</sup> garantie contractuelle.

Avant 1980, aussi bien au Royaume-Uni qu'au Canada, il y avait deux perceptions opposées des conséquences de l'inexécution fondamentale. Selon <sup>b</sup> un point de vue, il existait une règle de droit selon laquelle l'inexécution fondamentale mettait fin à un contrat, ce qui venait empêcher la partie coupable de l'inexécution d'invoquer une clause de non-responsabilité. Celui qui a été le plus associé à ce point de vue a été lord Denning de la Cour d'appel d'Angleterre: voir *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936 (C.A.); *Harbutt's "Plasticine" Ltd. v. Wayne Tank and Pump Co.*, <sup>d</sup> [1970] 1 Q.B. 447 (C.A.). Suivant l'autre point de vue, les clauses d'exemption devaient s'interpréter en fonction des mêmes règles d'interprétation des contrats, peu importe qu'il y ait eu ou non inexécution fondamentale. Quant à savoir si la responsabilité était exclue, c'était là une question à trancher simplement par l'interprétation du contrat: voir les arrêts *Suisse Atlantique*, précité; *Traders Finance Corp. v. Halverson* (1968), 2 D.L.R. (3d) 666 (C.A.C.-B.), et *R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.*, précité.

En Angleterre, la question a été résolue d'une manière non équivoque par la Chambre des lords <sup>g</sup> qui, dans l'arrêt *Photo Production*, s'est prononcée en faveur de la méthode de l'interprétation. La défenderesse, Securicor, s'était engagée par contrat à fournir des services de sécurité pour l'usine de la demanderesse. L'un des gardiens y a délibérément mis le feu et l'édifice a été détruit. Poursuivie en justice, Securicor a soulevé la clause d'exemption suivante:

[TRADUCTION] «1. En aucun cas, la société [Securicor] ne sera responsable d'un acte ou d'une omission préjudiciable d'un de ses employés, à moins que la société en tant qu'employeur n'ait pu prévoir et éviter cet acte ou cette omission en faisant preuve de diligence raisonnable. De plus et en tout état de cause, la société ne sera pas tenue responsable a) de toute perte subie par le client par suite d'un cambriolage, d'un vol ou d'un incendie ou pour quelque autre raison, sauf dans la

company's employees acting within the course of their employment . . .”

Lord Wilberforce, on behalf of all the other Law Lords, stated succinctly at pp. 842-43:

... the question whether, and to what extent, an exclusion clause is to be applied to a fundamental breach, or a breach of a fundamental term, or indeed to any breach of contract, is a matter of construction of the contract.

Lord Wilberforce gave three reasons in support of this conclusion. Firstly, the rule of law approach was based on faulty reasoning. He said at p. 844:

I have, indeed, been unable to understand how the doctrine can be reconciled with the well accepted principle of law, stated by the highest modern authority, that when in the context of a breach of contract one speaks of “termination,” what is meant is no more than that the innocent party or, in some cases, both parties, are excused from further performance. Damages, in such cases, are then claimed under the contract, so what reason in principle can there be for disregarding what the contract itself says about damages—whether it “liquidates” them, or limits them, or excludes them?

Secondly, the courts should allow the parties to make their own bargain. The courts’ role should be limited to upholding that bargain (p. 843):

At the stage of negotiation as to the consequences of a breach, there is everything to be said for allowing the parties to estimate their respective claims according to the contractual provisions they have themselves made, rather than for facing them with a legal complex so uncertain as the doctrine of fundamental breach must be. What, for example, would have been the position of the respondents’ factory if instead of being destroyed it had been damaged, slightly or moderately or severely? At what point does the doctrine (with what logical justification I have not understood) decide, *ex post facto*, that the breach was (factually) fundamental before going on to ask whether legally it is to be regarded as fundamental? How is the date of “termination” to be fixed? Is it the date of the incident causing the damage, or the date of the innocent party’s election,

mesure où cette perte sera imputable uniquement à la négligence dont les employés de la société auront fait preuve dans l’exercice de leurs fonctions . . .”

a Lord Wilberforce, s’exprimant au nom des autres lords juges, dit succinctement, aux pp. 842 et 843:

[TRADUCTION] ... la question de savoir si et dans quelle mesure une clause d’exclusion doit être appliquée à une inexécution fondamentale ou à l’inexécution d’une condition fondamentale ou même à n’importe quelle autre inexécution d’un contrat, est une question qui relève de l’interprétation du contrat.

b Lord Wilberforce a donné trois raisons à l’appui de cette conclusion. Premièrement, la méthode de la règle de droit reposait sur un mauvais raisonnement. Voici ce qu’il affirme, à la p. 844:

[TRADUCTION] En fait, je n’ai pu comprendre comment ce principe peut être concilié avec le principe de droit communément admis, posé dans une jurisprudence moderne qui jouit du plus grand crédit, suivant lequel quand on parle de «résiliation» dans le contexte de l’inexécution d’un contrat, cela signifie simplement que la partie innocente ou, dans certains cas, les deux parties, sont dispensées de toute autre exécution. En pareil cas, les dommages-intérêts sont réclamés en vertu du contrat. Cela étant, pour quelle raison de principe peut-on faire abstraction de ce que dit le contrat lui-même concernant les dommages-intérêts, qu'il en fixe le montant, les limite ou les exclue?

c Deuxièmement, les tribunaux doivent permettre aux parties de conclure leur propre contrat. Le rôle des tribunaux doit se limiter à faire respecter ce contrat (p. 843):

[TRADUCTION] Au stade des négociations portant sur les conséquences de l’inexécution, il y a toutes les raisons du monde de permettre aux parties d’évaluer leurs réclamations respectives en fonction de leurs propres stipulations contractuelles, plutôt que de les placer devant une notion juridique compliquée aussi incertaine que doit l’être le principe de l’inexécution fondamentale. Quelle aurait été par exemple la situation de l’usine de l’intimée si, au lieu d’avoir été détruite, elle avait été endommagée légèrement, moyennement ou gravement? À quel moment précis ce principe permet-il (je n’ai pu comprendre par quelle justification logique) de décider, *ex post facto*, que l’inexécution a été (dans les faits) fondamentale, avant de passer à la question de savoir si du point de vue juridique cette inexécution doit être considérée comme fondamentale? Comment la date de la

or some other date? All these difficulties arise from the doctrine and are left unsolved by it.

At the judicial stage there is still more to be said for leaving cases to be decided straightforwardly on what the parties have bargained for rather than upon analysis, which becomes progressively more refined, of decisions in other cases leading to inevitable appeals.

Lord Diplock in his concurring reasons stressed that parties of equal bargaining power should be allowed to make their own bargains. He said at p. 851:

In commercial contracts negotiated between businessmen capable of looking after their own interests and of deciding how risks inherent in the performance of various kinds of contract can be most economically borne (generally by insurance), it is, in my view, wrong to place a strained construction upon words in an exclusion clause which are clear and fairly susceptible of one meaning only . . .

Thirdly, Lord Wilberforce, while recognizing that fundamental breach "has served a useful purpose" in the area of consumer and standard form contracts, found that legislation in the form of the *Unfair Contract Terms Act 1977* (U.K.), 1977, c. 50, had taken the place of judicial intervention in that area. He noted at p. 843 that the Act "applies to consumer contracts and those based on standard terms and enables exception clauses to be applied with regard to what is just and reasonable". For the future, the courts did not need to lay down rules to cover such situations and should refrain from doing so in other circumstances (p. 843):

It is significant that Parliament refrained from legislating over the whole field of contract. After this Act, in commercial matters generally, when the parties are not of unequal bargaining power, and when risks are normally borne by insurance, not only is the case for judicial intervention undemonstrated, but there is everything to be said, and this seems to have been Parliament's intention, for leaving the parties free to apportion

«résiliation» doit-elle être fixée? S'agit-il de la date de l'événement qui a causé le dommage, de la date à laquelle la partie innocente fait son choix ou d'une autre date? Toutes ces difficultés découlent du principe de l'inexécution fondamentale qui ne leur apporte aucune solution.

Au stade des poursuites judiciaires, il y a encore plus de raisons de trancher les affaires simplement en fonction de ce que les parties ont prévu dans leur contrat b plutôt que de se fonder sur une analyse, de plus en plus subtile, de décisions rendues dans d'autres affaires, ce qui mène inévitablement à des appels.

Lord Diplock, dans ses motifs concordants, souligne qu'il devrait être permis à des parties qui ont négocié à armes égales de conclure leur propre contrat. Il dit, à la p. 851:

[TRADUCTION] En matière de contrats commerciaux passés entre hommes d'affaires aptes à protéger leurs intérêts et à déterminer la façon la plus avantageuse d'assumer les risques inhérents à l'exécution de divers types de contrats (généralement en souscrivant une assurance), il n'y a pas lieu, à mon avis, d'interpréter au-delà des mots une clause d'exclusion, lorsque ces mots sont clairs et suffisamment exempts d'ambiguïté . . .

Troisièmement, tout en reconnaissant que l'inexécution fondamentale [TRADUCTION] «s'est révélée utile» dans le domaine des contrats destinés aux consommateurs et des contrats d'adhésion, lord Wilberforce a conclu qu'une loi sous la forme de l'*Unfair Contract Terms Act 1977* (R.-U.), 1977, chap. 50, était venue supplanter les tribunaux dans ce domaine. Il a fait observer, à la p. 843, que cette loi [TRADUCTION] «s'applique aux contrats destinés aux consommateurs et à ceux fondés sur des conditions types et permet d'appliquer des clauses d'exception dans la détermination de ce qui est juste et raisonnable». Désormais, les tribunaux n'auraient donc pas à établir des règles applicables à de telles situations et ils devraient se garder de le faire dans d'autres circonstances (p. 843):

i [TRADUCTION] Il est significatif que le Parlement s'est abstenu de légiférer relativement à tous les aspects du domaine des contrats. Suite à l'adoption de cette loi, en matière commerciale généralement, lorsque les parties traitent d'égal à égal et que les risques sont normalement assumés par un assureur, non seulement la nécessité d'une intervention judiciaire n'est pas démontrée, mais encore il y a toutes les raisons du monde, et telle

the risks as they think fit and for respecting their decisions.

Lord Wilberforce concluded that the exemption clause in the case, even interpreted *contra proferentem*, was sufficiently clear to exclude liability.

The construction approach to exclusionary clauses in the face of a fundamental breach affirmed in *Photo Production* was adopted by this Court as the law in Canada in *Beaufort Realties (1964) Inc. v. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 S.C.R. 718. The Court did not, however, reject the concept of fundamental breach. The respondent entered into a construction contract with Beaufort in which it agreed to waive all liens for work and materials provided in the event of a failure to make payments. Such a failure took place and Justice Ritchie had no difficulty in concluding that the failure constituted a fundamental breach. He adopted Lord Wilberforce's construction approach to the exclusion clause and stated at p. 725 "that the question of whether such a clause was applicable where there was a fundamental breach was to be determined according to the true construction of the contract".

As Professor Waddams noted (see (1981), 15 *U.B.C. Law Rev.* 189) shortly after this Court's decision in *Beaufort Realties*:

... the Supreme Court of Canada followed the House of Lords in holding that there is no rule of law preventing the operation of exclusionary clauses in cases of fundamental breach of contract. The effect of such clauses is now said to depend in each case on the true construction of the contract.

Thus, the law in Canada on this point appears to be settled. Some uncertainty, however, does remain primarily with regard to the application of the construction approach. Some decisions of our courts clearly follow the construction approach in both theory and practice. In *Hayward v. Mellick* (1984), 2 O.A.C. 161 (C.A.), for example, Weatherston J.A. noted that as "the courts of this prov-

semble avoir été l'intention du législateur, d'accorder aux parties toute latitude de répartir les risques comme bon leur semble, et de respecter leur décision à cet égard.

<sup>a</sup> Lord Wilberforce a conclu que la clause d'exemption dans cette affaire, même interprétée *contra proferentem*, était suffisamment claire pour écarter la responsabilité.

<sup>b</sup> La méthode énoncée dans l'arrêt *Photo Production*, consistant à interpréter les clauses d'exclusion chaque fois qu'il y a inexécution fondamentale, a été adoptée par cette Cour comme la règle applicable au Canada dans l'arrêt *Beaufort Realties (1964) Inc. c. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 R.C.S. 718. La Cour n'a cependant pas rejeté le concept de l'inexécution fondamentale. L'intimée avait passé avec Beaufort un contrat de construc-

<sup>c</sup> <sup>d</sup> <sup>e</sup> <sup>f</sup> <sup>g</sup> <sup>h</sup> <sup>i</sup> <sup>j</sup> La Cour n'a cependant pas rejeté le concept de l'inexécution fondamentale. L'intimée avait passé avec Beaufort un contrat de construction dans lequel elle avait convenu, en cas de non-paiement, de renoncer à tous les priviléges pour les travaux exécutés et les matériaux fournis. Or, il y a eu défaut de paiement et le juge Ritchie a conclu sans difficulté que ce défaut constituait une inexécution fondamentale. Il a adopté à l'égard de la clause d'exclusion la méthode de l'interprétation proposée par lord Wilberforce et a dit, à la p. 725, «que la question de savoir si une telle clause est applicable lorsqu'il y a violation fondamentale doit être tranchée à partir de l'interprétation véritable du contrat».

Comme l'a fait observer le professeur Waddams (voir (1981), 15 *U.B.C. Law Rev.* 189) peu après que cette Cour eut rendu l'arrêt *Beaufort Realties*:

[TRADUCTION] ... la Cour suprême du Canada a suivi la Chambre des lords en statuant qu'aucune règle de droit ne vient empêcher l'application de clauses d'exclusion dans des cas d'inexécution fondamentale d'un contrat. On dit maintenant que l'effet d'une telle clause dépend dans chaque cas de l'interprétation juste du contrat.

Sur ce point, le droit canadien paraît donc arrêté. Il subsiste toutefois de l'incertitude principalement en ce qui concerne l'application de la méthode de l'interprétation. De toute évidence, certaines décisions de nos tribunaux suivent aussi bien en théorie qu'en pratique la méthode de l'interprétation. Dans l'arrêt *Hayward v. Mellick* (1984), 2 O.A.C. 161 (C.A.), par exemple, le juge

ince adopted the doctrine from the English courts, I think we should now follow their lead in rejecting it as a rule of law" (p. 168). Even when the exclusion clause in issue was "strictly construed" Weatherston J.A. recognized at p. 168 that "it would be too strained a construction of the disclaimer clause to say that it applies only to representations that are not negligent. I think that effect must be given to it . . ." He went on to hold that the exclusion clause in that case was sufficient to cover any breach of contract.

Commentators seem to be in agreement, however, that the courts, while paying lip service to the construction approach, have continued to apply a modified "rule of law" doctrine in some cases. Professor Fridman in *Law of Contract in Canada* has suggested at p. 558 that:

Under the guise of "construction", some courts appear to be utilizing something very much akin to the "rule of law" doctrine. What Canadian courts may be doing is to apply a concept of "fair and reasonable" construction in relation to the survival of the exclusion clause after a fundamental breach, and the application of such a clause where the breach in question involves not just a negligent performance of the contract, but the complete failure of the party obliged to fulfil the contract in any way whatsoever.

Professor Ogilvie, in a review of Canadian cases decided shortly after *Photo Production*, including *Beaufort Realties* itself, argues that the rule of law approach "has been replaced by a substantive test of reasonableness which bestows on the courts at least as much judicial discretion to intervene in contractual relationships as fundamental breach ever did": see Ogilvie, "The Reception of *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* in Canada: *Nec Tamen Consumebatur*" (1982), 27 *McGill L.J.* 424, at p. 441.

Weatherston a souligné que, puisque [TRADUCTION] «les tribunaux de cette province ont emprunté le principe de l'inexécution fondamentale aux tribunaux anglais, je crois que nous devons maintenant suivre leur exemple et le rejeter en tant que règle de droit» (p. 168). Le juge Weatherston a reconnu, à la p. 168, que, même quand la clause d'exclusion en question était [TRADUCTION] «interprétée strictement», «ce serait vraiment aller trop loin que d'interpréter la clause d'exclusion de manière qu'elle ne vise que les déclarations qui ne sont pas faites par négligence. Je crois qu'il faut appliquer cette clause . . .». Il a ajouté que la clause d'exclusion dans cette affaire était suffisante pour s'appliquer à n'importe quelle inexécution de contrat.

Les commentateurs semblent toutefois s'entendre pour dire que les tribunaux, tout en rendant hommage pour la forme à la méthode de l'interprétation, ont continué à appliquer dans certains cas une version modifiée du principe de la «règle de droit». Le professeur Fridman, dans *Law of Contract in Canada*, laisse entendre à la p. 558:

[TRADUCTION] Sous le couvert de «l'interprétation», certains tribunaux paraissent se servir de quelque chose qui s'apparente beaucoup au principe de la «règle de droit». Il se peut que les tribunaux canadiens aient en fait recours à un concept d'interprétation «juste et raisonnable» en ce qui concerne le maintien de la clause d'exclusion à la suite d'une inexécution fondamentale et en ce qui concerne l'application d'une telle clause lorsque l'inexécution en question comporte non pas simplement une exécution fautive du contrat mais aussi un manquement total de la part de la partie obligée d'exécuter le contrat de quelque manière que ce soit.

Le professeur Ogilvie, passant en revue les décisions canadiennes, y compris larrêt *Beaufort Realties* lui-même, rendues peu après l'arrêt *Photo Production*, soutient que la méthode de la règle de droit [TRADUCTION] «a été remplacée par un critère fondamental de caractère raisonnable, lequel investit les tribunaux d'un pouvoir discrétionnaire d'intervenir dans les relations contractuelles qui est au moins tout aussi grand que le pouvoir discrétionnaire dont ils ont pu jouir en vertu du principe de l'inexécution fondamentale»: voir Ogilvie, «The Reception of *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* in Canada: *Nec Tamen Consumebatur*» (1982), 27 *McGill L.J.* 424, à la p. 441.

Little is to be gained from a review of the recent cases which have inspired these comments. Suffice it to say that the law in this area seems to be in need of clarification. The uncertainty might be resolved in either of two ways. The first way would be to adopt *Photo Production* in its entirety. This would include discarding the concept of fundamental breach. The courts would give effect to exclusion clauses on their true construction regardless of the nature of the breach. Even the party who had committed a breach such that the foundation of the contract was undermined and the very thing bargained for not provided could rely on provisions in the contract limiting or excluding his or her liability. The only relevant question for the court would be: on a true and natural construction of the provisions of the contract, did the parties, at the time the contract was made, succeed in excluding liability? This approach would have the merit of importing greater simplicity into the law and consequently greater certainty into commercial dealings, although the results of enforcing such exclusion clauses could be harsh if the parties had not adequately anticipated or considered the possibility of the contract's disintegration through fundamental breach.

The other way would be to import some "reasonableness" requirement into the law so that courts could refuse to enforce exclusion clauses in strict accordance with their terms if to do so would be unfair and unreasonable. One far-reaching "reasonableness" requirement which I would reject (and which I believe was rejected in *Beaufort Realties* both by this Court and the Ontario Court of Appeal) would be to require that the exclusion clause be *per se* a fair and reasonable contractual term in the contractual setting or bargain made by the parties. I would reject this approach because the courts, in my view, are quite unsuited to assess the fairness or reasonableness of contractual provisions as the parties negotiated them. Too many elements are involved in such an assessment, some of them quite subjective. It was partly for this reason that this Court in *Beaufort*

Il n'y a pas grand avantage à passer en revue la jurisprudence récente dont s'inspirent ces observations. Qu'il suffise de faire remarquer que des éclaircissements semblent s'imposer dans ce <sup>a</sup> domaine du droit. Il y a deux façons possibles de dissiper l'incertitude. La première serait d'adopter intégralement l'arrêt *Photo Production*, ce qui entraînerait la mise au rancart du concept de l'inexécution fondamentale. Les tribunaux se trouvent alors à appliquer les clauses d'exclusion selon leur vrai sens, peu importe la nature de l'inexécution. Même la partie qui s'est rendue coupable d'une inexécution telle que le fondement du contrat a été sapé et que l'objet même du contrat n'a pas été réalisé, pourrait se prévaloir des dispositions du contrat limitant ou écartant sa responsabilité. La seule question pertinente à laquelle devrait répondre la cour serait celle de <sup>b</sup> savoir si, selon une interprétation juste et naturelle des dispositions du contrat, les parties, au moment de la passation de ce contrat, ont réussi à exclure la responsabilité. Cette façon de procéder aurait le mérite de simplifier le droit et, par conséquent, de <sup>c</sup> conférer aux affaires commerciales une plus grande certitude, même si les résultats de l'application de telles clauses d'exclusion risqueraient d'être accablants dans les cas où les parties n'ont pas réellement prévu ou envisagé la possibilité de la désintégration du contrat par suite d'une inexécution fondamentale.

L'autre façon de dissiper l'incertitude consiste <sup>d</sup> à introduire dans le droit une exigence de «caractère raisonnable», afin que les tribunaux puissent refuser d'appliquer les clauses d'exclusion en stricte conformité avec leurs termes si cela devait être injuste et déraisonnable. Une exigence <sup>e</sup> de «caractère raisonnable» d'une portée considérable, que je rejette (et qui, selon moi, a été rejetée dans l'affaire *Beaufort Realties* aussi bien par cette Cour que par la Cour d'appel de l'Ontario), consiste à exiger que la clause d'exclusion constitue en soi une condition juste et raisonnable du contrat ou du marché conclu par les parties. Je rejette cette méthode parce que les tribunaux, à mon avis, sont fort mal placés pour déterminer le caractère juste ou raisonnable de dispositions contractuelles négociées par les parties. Une telle <sup>f</sup> appréciation comporte trop d'éléments dont cer-

*Realties* and the House of Lords in *Photo Productions* clearly stated that exclusion clauses, like all contractual provisions, should be given their natural and true construction. Great uncertainty and needless complications in the drafting of contracts will obviously result if courts give exclusion clauses strained and artificial interpretations in order, indirectly and obliquely, to avoid the impact of what seems to them *ex post facto* to have been an unfair and unreasonable clause.

tains sont très subjectifs. C'est en partie pour cette raison que cette Cour, dans l'arrêt *Beaufort Realties*, et la Chambre des lords, dans l'arrêt *Photo Production*, ont affirmé clairement que les clauses d'exclusion, comme toutes les stipulations d'un contrat, doivent recevoir une interprétation juste et naturelle. Il est évident que, si les tribunaux donnent aux clauses d'exclusion des interprétations forcées et artificielles afin d'éviter, par des moyens indirects et détournés, les conséquences de ce qui leur semble *ex post facto* avoir été une clause injuste et déraisonnable, il en résultera une grande incertitude et des complications inutiles dans la rédaction de contrats.

I would accordingly reject the concept that an exclusion clause in order to be enforceable must be *per se* a fair and reasonable provision at the time it was negotiated. The exclusion clause cannot be considered in isolation from the other provisions of the contract and the circumstances in which it was entered into. The purchaser may have been prepared to assume some risk if he could get the article at a modest price or if he was very anxious to get it. Conversely, if he was having to pay a high price for the article and had to be talked into the purchase, he may have been concerned to impose the broadest possible liability on his vendor. A contractual provision that seems unfair to a third party may have been the product of hard bargaining between the parties and, in my view, deserves to be enforced by the courts in accordance with its terms.

Je rejette en conséquence la notion selon laquelle une clause d'exclusion ne sera exécutoire que si elle constitue en soi une stipulation juste et raisonnable au moment où elle a été négociée. La clause d'exclusion ne saurait être considérée indépendamment des autres stipulations du contrat et des circonstances dans lesquelles celui-ci a été conclu. Il se peut que l'acheteur ait été disposé à prendre certains risques s'il pouvait obtenir l'article en question à prix modique ou s'il tenait beaucoup à l'avoir. Inversement, s'il a dû payer cher cet article et s'il a fallu le persuader à l'acheter, il a pu vouloir faire assumer au vendeur la plus grande responsabilité possible. Une stipulation contractuelle qui semble injuste à une tierce personne peut être le résultat de négociations serrées entre les parties de sorte qu'elle mérite, selon moi, d'être appliquée textuellement par les tribunaux.

It is, however, in my view an entirely different matter for the courts to determine after a particular breach has occurred whether an exclusion clause should be enforced or not. This, I believe, was the issue addressed by this Court in *Beaufort Realties*. In *Beaufort Realties* this Court accepted the proposition enunciated in *Photo Production* that no rule of law invalidated or extinguished exclusion clauses in the event of fundamental breach but rather that they should be given their natural and true construction so that the parties' agreement would be given effect. Nevertheless the Court, in approving the approach taken by the Ontario Court of Appeal in *Beaufort Realties*, recognized at the same time the need for courts to

À mon avis, cependant, il en va tout autrement lorsqu'il s'agit pour les tribunaux de décider, suite à une inexécution donnée, si une clause d'exclusion doit être appliquée. Voilà, je crois, la question qu'a abordée cette Cour dans l'arrêt *Beaufort Realties*. Dans l'arrêt *Beaufort Realties*, la Cour a retenu la proposition énoncée dans l'arrêt *Photo Production*, portant qu'aucune règle de droit ne vient invalider ou éteindre des clauses d'exclusion en cas d'inexécution fondamentale, et que ces clauses doivent plutôt recevoir une interprétation naturelle et juste de manière à mettre à exécution l'accord des parties. Néanmoins, la Cour, en approuvant le point de vue adopté par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Beaufort Realties*, a reconnu en

determine whether in the context of the particular breach which had occurred it was fair and reasonable to enforce the clause in favour of the party who had committed that breach even if the exclusion clause was clear and unambiguous. The relevant question for the Court in *Beaufort Realties* was: is it fair and reasonable in the context of this fundamental breach that the exclusion clause continue to operate for the benefit of the party responsible for the fundamental breach? In other words, should a party be able to commit a fundamental breach secure in the knowledge that no liability can attend it? Or should there be room for the courts to say: this party is now trying to have his cake and eat it too. He is seeking to escape almost entirely the burdens of the transaction but enlist the support of the courts to enforce its benefits.

même temps qu'il fallait que les tribunaux déterminent si, dans le contexte de l'inexécution en question, il était juste et raisonnable d'appliquer la clause en faveur de la partie coupable de l'inexécution, même si la clause d'exclusion était claire et nette. La question pertinente à laquelle la Cour devait répondre dans l'affaire *Beaufort Realties* était de savoir s'il était juste et raisonnable dans le contexte de l'inexécution fondamentale dont il s'agissait que la clause d'exclusion continue à jouer en faveur de la partie responsable de cette inexécution fondamentale. En d'autres termes, une partie devrait-elle pouvoir se rendre coupable d'une inexécution fondamentale en étant certaine que cela n'entraînera aucune responsabilité, ou bien devrait-il être permis aux tribunaux de dire que cette partie veut gagner sur les deux tableaux, qu'elle cherche à se dégager presque entièrement des obligations du contrat et en même temps à obtenir le soutien des tribunaux pour faire respecter le contrat dans la mesure où il lui est avantageux?

À ce qu'il me semble, la Chambre des lords a pu dans l'arrêt *Photo Production* arriver à une décision qui n'était nullement limitée par la nécessité de concilier les valeurs opposées qu'on essaie d'invoquer dans un système de droit des contrats comme le nôtre. Au Canada, il n'existe pas de loi comparable à l'*Unfair Contract Terms Act 1977* du Royaume-Uni. Je crois qu'en l'absence d'une telle loi, les tribunaux canadiens doivent continuer à créer par le biais de la *common law* un équilibre entre ce qui est manifestement souhaitable, c'est-à-dire permettre aux parties de conclure leurs propres contrats et de les faire respecter par les tribunaux, et ce qui est manifestement peu souhaitable, c'est-à-dire recourir aux tribunaux pour faire respecter des contrats en faveur de parties qui elles-mêmes refusent catégoriquement de les exécuter. Je suis entièrement d'accord avec les commentateurs que l'équilibre établi par les tribunaux sera beaucoup plus clair s'ils ne revêtent pas leur raisonnement «d'un aspect d'interprétation». Il n'y a aucune règle de droit absolue qui dit que les clauses d'exclusion sont automatiquement frappées d'invalidité en cas d'inexécution fondamentale. Il faut leur donner une interprétation naturelle et juste afin de pouvoir saisir et apprécier parfaite-

It seems to me that the House of Lords was able to come to a decision in *Photo Production* untrammelled by the need to reconcile the competing values sought to be advanced in a system of contract law such as ours. We do not have in this country legislation comparable to the United Kingdom's *Unfair Contract Terms Act 1977*. I believe that in the absence of such legislation Canadian courts must continue to develop through the common law a balance between the obvious desirability of allowing the parties to make their own bargains and have them enforced through the courts and the obvious undesirability of having the courts used to enforce bargains in favour of parties who are totally repudiating such bargains themselves. I fully agree with the commentators that the balance which the courts reach will be made much clearer if we do not clothe our reasoning "in the guise of interpretation". Exclusion clauses do not automatically lose their validity in the event of a fundamental breach by virtue of some hard and fast rule of law. They should be given their natural and true construction so that the meaning and effect of the exclusion clause the parties agreed to at the time the contract was entered into is fully understood and appreciated. But, in my view, the

court must still decide, having ascertained the parties' intention at the time the contract was made, whether or not to give effect to it in the context of subsequent events such as a fundamental breach committed by the party seeking its enforcement through the courts. Whether the courts address this narrowly in terms of fairness as between the parties (and I believe this has been a source of confusion, the parties being, in the absence of inequality of bargaining power, the best judges of what is fair as between themselves) or on the broader policy basis of the need for the courts (apart from the interests of the parties) to balance conflicting values inherent in our contract law (the approach which I prefer), I believe the result will be the same since the question essentially is: in the circumstances that have happened should the court lend its aid to A to hold B to this clause?

ment le sens et l'effet de la clause d'exclusion sur laquelle les parties se sont accordées au moment de la passation du contrat. J'estime toutefois qu'après avoir déterminé l'intention qu'avaient les parties <sup>a</sup> au moment où elles ont conclu le contrat, la cour doit encore décider si elle appliquera ce contrat dans le contexte d'événements subséquents tels qu'une inexécution fondamentale de la part de la partie qui s'adresse aux tribunaux pour le faire respecter. Que les tribunaux abordent cette question d'un point de vue étroit, c'est-à-dire en fonction de l'équité entre les parties (et je crois que cela a porté à confusion étant donné que les parties, à supposer qu'elles négocient sur un pied d'égalité, sont les mieux placées pour savoir ce qui est équitable dans leur cas), ou qu'ils le fassent en fonction du principe plus général de la nécessité pour les tribunaux (indépendamment des intérêts <sup>b</sup> des parties) de soupeser des valeurs opposées inhérentes à notre droit des contrats (et c'est là le point de vue que je préfère), je crois que le résultat sera le même puisque la question qui se pose est essentiellement celle de savoir si, suite aux faits surve-<sup>c</sup> nus, la cour devrait prêter son concours à A pour obliger B à respecter cette clause.

Lorsque je confirme que nos tribunaux peuvent en *common law* légitimement décider s'il y a lieu de faire respecter une clause d'exclusion en cas d'inexécution fondamentale, je n'oublie pas qu'il existe des moyens auxquels on peut avoir recours pour rendre des clauses d'exclusion inexécutoires même en l'absence d'une conclusion à l'existence d'une inexécution fondamentale. Bien que nous n'ayons pas de loi analogue à l'*Unfair Contract Terms Act 1977* du Royaume-Uni, nous ne sommes toutefois pas totalement dépourvus de protection législative dans ce domaine. En effet, dans le cas des ventes aux consommateurs, six provinces interdisent aux vendeurs d'exclure les obligations que leur imposent les lois relatives à la vente d'objets: voir *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.O. 1980, chap. 87, par. 34(1); *Consumer Protection Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 53, art. 20C, modifiée par S.N.S. 1975, chap. 19; *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.M. 1970, chap. C200, par. 58(1); *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 370, art. 20; *Consumer Product Warranty and Liability Act*, S.N.B. 1978, c. C-18.1, ss. 24-26 (except in so far as an exclusion is fair and reasonable); *The Consumer Products Warranties Act*, R.S.S. 1978, c. C-30, ss. 8 and 11. In addition, some provinces have legislation deal-

ing with unfair business practices which affects the application of some exclusion clauses: see *Business Practices Act*, R.S.O. 1980, c. 55, s. 2(b)(vi); *Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1979, c. 406, s. 4(e); *Unfair Trade Practices Act*, R.S.A. 1980, c. U-3, s. 4(b), (d); *The Trade Practices Inquiry Act*, R.S.M. 1987, c. T110, s. 2; *The Trade Practices Act*, S.N. 1978, c. 10, s. 6(d); *Business Practices Act*, S.P.E.I. 1977, c. 31, s. 3(b)(vi). Such legislation, in effect, imposes limits on freedom of contract for policy reasons.

There are, moreover, other avenues in our law through which the courts (as opposed to the legislatures) can control the impact of exclusion clauses in appropriate circumstances. Fundamental breach has its origins in that aspect of the doctrine of unconscionability which deals with inequality of bargaining power: see Waddams, "Unconscionability in Contracts" (1976), 39 *Modern Law Review* 369. As Professor Ziegel notes in "Comment" (1979), 57 *Can. Bar Rev.* 105, at p. 113:

The initial impulse that prompted the development of the doctrine of fundamental breach was very sound insofar as it was designed to prevent overreaching of a weaker party by a stronger party. The impulse became distorted when subsequent courts confused cause and effect and treated the doctrine, albeit covertly, as expressing a conclusive rule of public policy regardless of the circumstances of the particular case. What is needed therefore is a return to a regime of natural construction coupled with an explicit test of unfairness tailored to meet the facts of particular cases. [Emphasis added.]

The availability of a plea of unconscionability in circumstances where the contractual term is *per se* unreasonable and the unreasonableness stems from inequality of bargaining power was confirmed in Canada over a century ago in *Waters v. Donnelly*

*mation*, L.N.-B. 1978, chap. C-18.1, art. 24 à 26 (sauf dans la mesure où une exclusion est juste et raisonnable); *The Consumer Products Warranties Act*, R.S.S. 1978, chap. C-30, art. 8 et 11. De plus, a certaines provinces ont des lois sur les pratiques commerciales déloyales, qui ont une incidence sur l'application de certaines clauses d'exclusion: voir *Business Practices Act*, R.S.O. 1980, chap. 55, sous-al. 2b)(vi); *Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 406, al. 4e); *Unfair Trade Practices Act*, R.S.A. 1980, chap. U-3, al. 4b), d); *Loi sur les enquêtes relatives aux pratiques de commerce*, L.R.M. 1987, chap. T110, art. 2; *The Trade Practices Act*, S.N. 1978, chap. 10, al. 6d); *Business Practices Act*, S.P.E.I. 1977, chap. 31, sous-al. 3b)(vi). Ces lois ont pour effet de fixer des limites à la liberté contractuelle pour des raisons de politique générale.

d Il existe par ailleurs en droit canadien d'autres moyens que les tribunaux (par opposition aux législateurs) peuvent prendre pour contrôler l'effet de clauses d'exclusion lorsque cela est indiqué. Le

e principe de l'inexécution fondamentale tire son origine de cet aspect de la théorie de l'iniquité qui concerne l'inégalité des parties contractantes: voir Waddams, «Unconscionability in Contracts» (1976), 39 *Modern Law Review* 369. Comme le fait observer le professeur Ziegel dans «Comment» (1979), 57 *R. du B. can.* 105, à la p. 113:

[TRADUCTION] Le mobile à l'origine de la conception du principe de l'inexécution fondamentale était très valable dans la mesure où ce principe était destiné à empêcher qu'une partie faible ne se laisse exploiter par une partie plus forte. Ce mobile a été faussé par la suite lorsque les tribunaux, confondant cause et effet, ont traité le principe, quoique de manière voilée, comme l'expression d'une règle décisive d'intérêt public peu importe les circonstances de l'espèce. Ce qui s'impose en conséquence est un retour à un régime d'interprétation naturelle assortie d'un critère explicite permettant d'établir s'il y a injustice, lequel régime sera conçu pour répondre aux faits de chaque cas particulier. [Je souligne.]

j La possibilité d'invoquer l'iniquité dans des circonstances où une stipulation du contrat est déraisonnable en soi et où ce caractère déraisonnable résulte de l'inégalité des parties contractantes a été confirmée au Canada il y a plus d'un siècle dans la

(1884), 9 O.R. 391 (Ch.) It has been used on many subsequent occasions: see *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710 (B.C.C.A.); *Harry v. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231 (B.C.C.A.); *Taylor v. Armstrong* (1979), 99 D.L.R. (3d) 547 (Ont. H.C.)

While this is perhaps not the place for a detailed examination of the doctrine of unconscionability as it relates to exclusion clauses, I believe that the equitable principles on which the doctrine is based are broad enough to cover many of the factual situations which have perhaps deservedly attracted the application of the "fair and reasonable" approach in cases of fundamental breach. In particular, the circumstances surrounding the making of a consumer standard-form contract could permit the purchaser to argue that it would be unconscionable to enforce an exclusion clause. *Davidson v. Three Spruces Realty Ltd.* (1977), 79 D.L.R. (3d) 481 (B.C.S.C.), is a case in point. The plaintiff and others deposited valuables with the defendants. When they were stolen as a result of the latter's negligence a broad exclusion clause was pleaded. Anderson J. found the defendant liable for fundamental breach and for misrepresentation but he also expressed the view that the exclusion clause should not be applied because of unconscionability. He said at pp. 492-93:

Counsel for the bailee submits that the Courts should not interfere with freedom of contract. He submits that if the parties to contracts are not held to the terms of their bargain, however harsh or one-sided, the element of certainty so important in the commercial world will be eliminated. He submits that the plaintiffs agreed in writing, in clear terms, that the bailee would not be responsible for any negligence on its part . . . .

I agree that as a general rule, apart from fraud, it would be a dangerous thing to hold that contracts freely entered into should not be fully enforced. It is not correct, however, to suppose that there are no limitations on freedom of contract. The point has been reached in the development of the common law where, in my

décision *Waters v. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391 (Ch.) Ce moyen a souvent été invoqué par la suite: voir *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710 (C.A.C.-B.); *Harry v. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231 (C.A.C.-B.); *Taylor v. Armstrong* (1979), 99 D.L.R. (3d) 547 (H.C. Ont.)

Quoiqu'il ne convienne peut-être pas ici d'entreprendre un examen approfondi de la théorie de l'iniquité par rapport aux clauses d'exclusion, j'estime que les principes d'*equity* sur lesquels cette théorie repose sont assez généraux pour viser un bon nombre des situations de fait qui ont, peut-être à juste titre, donné lieu à l'application du critère «juste et raisonnable» dans des cas d'inexécution fondamentale. En particulier, les circonstances qui entourent la passation d'un contrat type destiné aux consommateurs pourraient permettre à l'acheteur de soutenir qu'il serait injuste d'appliquer une clause d'exclusion. L'affaire *Davidson v. Three Spruces Realty Ltd.* (1977), 79 D.L.R. (3d) 481 (C.S.C.-B.), en est un bon exemple. Le demandeur et d'autres personnes avaient déposé certains objets de valeur chez la défenderesse. Quand ces articles furent volés par suite de la négligence de cette dernière, une clause d'exclusion de portée générale a été invoquée. Le juge Anderson a déclaré la défenderesse responsable pour cause d'inexécution fondamentale et de fausses déclarations, mais il s'est dit en outre d'avis qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la clause d'exclusion parce qu'elle était inique. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 492 et 493:

[TRADUCTION] L'avocat de la dépositaire fait valoir que les tribunaux ne devraient pas toucher à la liberté contractuelle. Il soutient que si les parties à des contrats ne sont pas tenues de respecter les conditions de leur accord, si sévères ou inéquitables soient-elles, l'élément de certitude si important en matière commerciale disparaîtra. L'avocat allègue que les demandeurs ont convenu par écrit en des termes clairs que la dépositaire ne serait pas tenue responsable de toute négligence dont elle pourrait se rendre coupable . . . .

Je suis d'accord qu'en règle générale, mis à part la fraude, il serait dangereux de conclure que des contrats librement conclus ne devraient pas être respectés intégralement. On a cependant tort de supposer que la liberté contractuelle ne connaît aucune restriction. La *common law* en est à un point dans son évolution où,

opinion, the Courts may say, in certain circumstances, that the terms of a contract, although perfectly clear, will not be enforced because they are entirely unreasonable . . .

I take the view that the Courts are not bound to accept all contracts at face value and enforce those contracts without some regard to the surrounding circumstances. I do not think that standard form contracts should be construed in a vacuum. I do not think that mere formal consensus is enough. I am of the opinion that the terms of a contract may be declared to be void as being unreasonable where it can be said that in all the circumstances it is unreasonable and unconscionable to bind the parties to their formal bargain. [Emphasis added.]

He concluded at p. 494:

(c) Even if the limitation clause was such as to protect the bailee against conduct amounting to a fundamental breach, the clause is, in all the circumstances, so offensive to all right-thinking persons that the Courts will hold that to allow the bailee to rely on the limitation clause would be unconscionable and an abuse of freedom of contract.

Anderson J. suggested the following criteria, at p. 493, to ascertain whether "freedom of contract has been abused so as to make it unconscionable for the bailee to exempt itself from liability":

- (1) Was the contract a standard form contract drawn up by the bailee?
- (2) Were there any negotiations as to the terms of the contract or was it a commercial form which may be described as a "sign here" contract?
- (3) Was the attention of the plaintiffs drawn to the limitation clause?
- (4) Was the exemption clause unusual in character?
- (5) Were representations made which would lead an ordinary person to believe that the limitation clause did not apply?
- (6) Was the language of the contract when read in conjunction with the limitation clause such as to render the implied covenant made by the bailee to use reasonable care to protect the plaintiffs' property meaningless?

selon moi, les tribunaux peuvent dire dans certaines circonstances que les conditions d'un contrat, quoique parfaitement claires, ne seront pas appliquées parce qu'elles sont tout à fait déraisonnables . . .

- a Je suis d'avis que les tribunaux ne sont pas d'obligés d'accepter tous les contrats tels quels et de les faire exécuter sans tenir compte dans une certaine mesure des circonstances dans lesquelles ils ont été passés. Je ne crois pas que les contrats d'adhésion doivent s'interpréter dans l'abstrait. Je ne crois pas qu'un consensus formel soit suffisant. J'estime que les conditions d'un contrat peuvent être déclarées nulles en raison de leur caractère déraisonnable chaque fois qu'on peut dire que, dans les circonstances, il est déraisonnable et injuste d'astreindre les parties à l'exécution de leur accord formel. [Je souligne.]

Le juge Anderson conclut, à la p. 494:

[TRADUCTION]

- d c) Même si elle était de nature à protéger la dépositaire en cas de conduite constituant une inexécution fondamentale, la clause de limitation dans les circonstances répugne tellement à toutes les personnes bien pensantes que les tribunaux diront que ce serait inique et un abus de la liberté contractuelle que de permettre à la dépositaire de s'en prévaloir.

Le juge Anderson a proposé, à la p. 493, qu'on se serve des critères suivants pour déterminer [TRADUCTION] «s'il y a eu «abus de la liberté contractuelle» de sorte qu'il serait injuste que la dépositaire s'exempte de toute responsabilité»:

[TRADUCTION]

- g (1) Le contrat était-il un contrat d'adhésion établi par la dépositaire?
- (2) Y a-t-il eu des négociations portant sur les conditions du contrat ou s'agissait-il d'une formule commerciale pouvant être décrite comme un contrat que la personne à laquelle il était proposé ne pouvait que signer?
- (3) L'attention des demandeurs a-t-elle été attirée sur la clause de limitation?
- (4) La clause d'exemption sort-elle de l'ordinaire?
- i (5) A-t-on fait des déclarations qui auraient amené une personne ordinaire à croire que la clause de limitation ne s'appliquait pas?
- (6) Les termes du contrat, si l'on donne effet à la clause de limitation, sont-ils de nature à dénier de tout sens l'engagement implicite de la dépositaire de faire preuve de diligence raisonnable afin de protéger les biens des demandeurs?

(7) Having regard to all the facts including the representations made by the bailee and the circumstances leading up to the execution of the contract, would not the enforcement of the limitation clause be a tacit approval by the Courts of unacceptable commercial practices?

Anderson J.'s judgment in *Davidson* drew on *Gillespie Brothers & Co. v. Roy Bowles Transport Ltd.*, [1973] Q.B. 400 (C.A.), in which Lord Denning said at pp. 415-16:

The time may come when this process of "construing" the contract can be pursued no further. The words are too clear to permit of it. Are the courts then powerless? Are they to permit the party to enforce his unreasonable clause, even when it is so unreasonable, or applied so unreasonably, as to be unconscionable? When it gets to this point, I would say, as I said many years ago: "there is the vigilance of the common law which, while allowing freedom of contract, watches to see that it is not abused": *John Lee & Son (Grantham) Ltd. v. Railway Executive* [1949] 2 All E.R. 581, 584. It will not allow a party to exempt himself from his liability at common law when it would be quite unconscionable for him to do so. [Emphasis added.]

As I have noted, this is not the place for an exposition of the doctrine of unconscionability as it relates to inequality of bargaining power and I do not necessarily endorse the approaches taken in the cases to which I have just referred. I use them merely to illustrate the broader point that in situations involving contractual terms which result from inequality of bargaining power the judicial armory has weapons apart from strained and artificial constructions of exclusion clauses. Where, however, there is no such inequality of bargaining power (as in the present case) the courts should, as a general rule, give effect to the bargain freely negotiated by the parties. The question is whether this is an absolute rule or whether as a policy matter the courts should have the power to refuse to enforce a clear and unambiguous exclusion clause freely negotiated by parties of equal bargaining power and, if so, in what circumstances? In the present state of the law in Canada the

(7) Eu égard à tous les faits, y compris les déclarations de la dépositaire et les circonstances qui ont mené à la signature du contrat, si les tribunaux appliquaient la clause de limitation, ne se trouveraient-ils pas à approuver tacitement des pratiques commerciales inacceptables?

Les motifs du juge Anderson dans l'affaire *Davidson* s'inspiraient de l'arrêt *Gillespie Brothers & Co. v. Roy Bowles Transport Ltd.*, [1973] Q.B. 400 (C.A.), où lord Denning dit, aux pp. 415 et 416:

[TRADUCTION] Le moment viendra peut-être où il sera impossible de pousser plus avant ce processus d'interprétation du contrat, car ses termes seront trop clairs pour le permettre. Les tribunaux se verront-ils alors réduits à l'impuissance? Devront-ils permettre à la partie en question de mettre à exécution une clause déraisonnable même si elle est déraisonnable ou appliquée d'une manière déraisonnable au point d'être inique? Quand les choses en seront rendues là, je dirai, comme je l'ai dit il y a bien des années: «il y a la vigilance de la common law qui, tout en permettant la liberté contractuelle, veille à ce qu'on n'en abuse pas»:

*e John Lee & Son (Grantham) Ltd. v. Railway Executive*, [1949] 2 All E.R. 581, à la p. 584. Elle ne permet pas qu'une partie s'exempte de sa responsabilité en *common law* lorsqu'il serait tout à fait injuste qu'elle le fasse. [Je souligne.]

Comme je l'ai fait remarquer, il ne convient guère ici de présenter un exposé de la théorie de l'iniquité par rapport à l'inégalité des parties à un contrat et je n'approuve pas nécessairement les méthodes adoptées dans les causes dont je viens de parler. Je m'y réfère simplement pour illustrer le point de vue plus général selon lequel, dans des situations où il existe des conditions contractuelles qui résultent de l'inégalité des parties contractantes, les tribunaux ont dans leur arsenal d'autres armes qu'une interprétation forcée et artificielle de clauses d'exclusion. Toutefois, lorsque les parties ont traité à armes égales (comme c'est le cas en l'espèce), les tribunaux doivent en règle générale faire respecter l'accord qu'elles ont librement négocié. La question qui se pose est de savoir s'il s'agit là d'une règle absolue ou bien si, en principe, les tribunaux devraient être investis du pouvoir de refuser d'appliquer une clause d'exclusion claire et nette librement négociée par des parties sur un

doctrine of fundamental breach provides one answer.

To dispense with the doctrine of fundamental breach and rely solely on the principle of unconscionability, as has been suggested by some commentators, would, in my view, require an extension of the principle of unconscionability beyond its traditional bounds of inequality of bargaining power. The court, in effect, would be in the position of saying that terms freely negotiated by parties of equal bargaining power were unconscionable. Yet it was the inequality of bargaining power which traditionally was the source of the unconscionability. What was unconscionable was to permit the strong to take advantage of the weak in the making of the contract. Remove the inequality and we must ask, wherein lies the unconscionability? It seems to me that it must have its roots in subsequent events, given that the parties themselves are the best judges of what is fair at the time they make their bargain. The policy of the common law is, I believe, that having regard to the conduct (pursuant to the contract) of the party seeking the indulgence of the court to enforce the clause, the court refuses. This conduct is described for convenience as "fundamental breach". It marks off the boundaries of tolerable conduct. But the boundaries are admittedly uncertain. Will replacing it with a general concept of unconscionability reduce the uncertainty?

When and in what circumstances will an exclusion clause in a contract freely negotiated by parties of equal bargaining power be unconscionable? If both fundamental breach and unconscionability are properly viewed as legal tools designed to relieve parties in light of subsequent events from the harsh consequences of an automatic enforcement of an exclusion clause in accordance with its terms, is there anything to choose between them as far as certainty in the law is concerned? Arguably, unconscionability is even less certain than funda-

pied d'égalité et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances ils devraient l'exercer. Compte tenu de l'état actuel du droit au Canada, le principe de l'inexécution fondamentale fournit une réponse à cette question.

Écarter le principe de l'inexécution fondamentale pour se servir uniquement de la théorie de l'iniquité, ainsi que le proposent certains commentateurs, nécessiterait, selon moi, un élargissement de cette théorie au-delà des limites de l'inégalité des parties contractantes qui lui ont traditionnellement été fixées. Les tribunaux se trouveraient en fait à qualifier d'iniques des conditions librement négociées par des parties ayant traité à armes égales. Et pourtant c'est l'inégalité de pouvoir de négociation qui a traditionnellement été à l'origine de l'iniquité. Ce qui était inique, c'était de permettre à la partie forte d'exploiter la partie faible lors de la négociation du contrat. Dès qu'il n'y a pas d'inégalité, on doit se demander d'où vient l'iniquité. Elle doit, à ce qu'il me semble, découler d'événements subséquents, étant donné que ce sont les parties elles-mêmes qui sont les mieux placées pour juger de ce qui est juste au moment où elles concluent leur marché. Je crois qu'en *common law* la règle est la suivante: eu égard à la conduite (dans l'exécution du contrat) de la partie qui lui demande de bien vouloir faire respecter la clause, la cour refuse d'accéder à cette demande. Par souci de commodité, on qualifie d'"inexécution fondamentale" la conduite en question. Celle-ci dépasse les limites de la conduite tolérable. Il est cependant vrai que ces limites sont incertaines. Mais diminuera-t-on l'incertitude en substituant à l'inexécution fondamentale une notion générale d'iniquité?

Quand et dans quelles circonstances une clause d'exclusion figurant dans un contrat librement négocié par des parties sur un pied d'égalité sera-t-elle inique? Si l'inexécution fondamentale et l'iniquité sont toutes deux considérées à bon droit comme des outils juridiques destinés à éviter aux parties, en fonction d'événements subséquents, les conséquences accablantes de l'application automatique d'une clause d'exclusion en conformité avec ses termes, diffèrent-elles alors en ce qui concerne leur certitude sur le plan du droit? L'iniquité est

mental breach. Indeed, it may be described as "the length of the Chancellor's foot". Lord Wilberforce may be right that parties of equal bargaining power should be left to live with their bargains regardless of subsequent events. I believe, however, that there is some virtue in a residual power residing in the court to withhold its assistance on policy grounds in appropriate circumstances.

Turning to the case at bar, it seems to me that, even if the breach of contract was a fundamental one, there would be nothing unfair or unreasonable (and even less so unconscionable, if this is a stricter test) in giving effect to the exclusion clause. The contract was made between two companies in the commercial market place who are of roughly equal bargaining power. Both are familiar and experienced with this type of contract. As the trial judge noted:

Warranty cl. 8 was put forward by Syncrude. Presumably it provided the protection Syncrude wanted. Indeed, the first sentence thereof is sufficiently all-embracing that it is difficult to conceive of a defect which would not be caught by it. Syncrude freely accepted the time limitations; there is no evidence that they were under any disadvantage or disability in the negotiating of them. There is no reason why they should not be held to their bargain, including that part which effectively excludes the implied condition of s. 15(1) of the Ontario Sale of Goods Act. [(1985), 27 B.L.R. 59, at p. 77.]

There is no evidence to suggest that Allis-Chalmers who seeks to rely on the exclusion clause was guilty of any sharp or unfair dealing. It supplied what was bargained for (even although it had defects) and its contractual relationship with Syncrude, which included not only the gears but the entire conveyer system, continued on after the supply of the gears. It cannot be said, in Lord Diplock's words, that Syncrude was "deprived of substantially the whole benefit" of the contract. This is not a case in which the vendor or supplier was seeking to repudiate almost entirely the bur-

une notion peut-être encore moins certaine que celle de l'inexécution fondamentale. En fait, on peut la décrire comme donnant ouverture à l'application des principes d'*equity*. Il se peut que lord

*a* Wilberforce ait raison d'affirmer qu'on devrait laisser des parties ayant négocié à armes égales vivre avec leurs contrats, quels que soient les événements subséquents. Je crois cependant qu'il y a un certain intérêt à ce que les tribunaux soient *b* revêtus d'un pouvoir résiduel de refuser pour des motifs de principe de prêter leur concours à une partie, lorsque cela est indiqué.

Passant maintenant à la présente affaire, il me semble que, même si l'inexécution du contrat était fondamentale, il n'y aurait rien d'injuste ni de déraisonnable (et, à plus forte raison, rien d'inique, à supposer que ce soit là un critère plus strict) à appliquer la clause d'exclusion. Le contrat est intervenu entre deux sociétés commerciales dont le pouvoir de négociation était à peu près égal. L'une et l'autre sont familières avec ce type de contrat et elles en ont l'expérience. Comme l'a souligné le *e* juge de première instance:

[TRADUCTION] C'est Syncrude qui a proposé la clause 8 portant garantie. On peut donc présumer qu'elle offrait la protection que recherchait Syncrude. Sa première phrase est d'ailleurs d'une portée suffisamment générale pour qu'on ait du mal à concevoir un vice qui y échappe. Syncrude a librement accepté les limites de temps et on n'a produit aucun élément de preuve établissant qu'elle était de quelque manière désavantageée en négociant ces limites. Il n'y a aucune raison pour laquelle elle ne *f* devrait pas être tenue de respecter son contrat, y compris la partie ayant pour effet d'exclure la condition implicite du par. 15(1) de la Sale of Goods Act de l'Ontario. [(1985), 27 B.L.R. 59, à la p. 77.]

*h* Aucun élément de preuve ne permet de conclure qu'Allis-Chalmers, qui cherche à se prévaloir de la clause d'exclusion, a eu recours à des manœuvres malhonnêtes ou déloyales. Elle a fourni ce qui était prévu par le contrat (même si les articles livrés comportaient des vices) et ses relations contractuelles avec Syncrude, qui visaient non seulement les engrenages mais aussi le système de convoyeurs au complet, ont continué après la fourniture des engrenages. On ne saurait prétendre, pour reprendre les termes de lord Diplock, que Syncrude a été privée de la «quasi-totalité du bénéfice» du contrat.

dens of the transaction and invoking the assistance of the courts to enforce its benefits. There is no abuse of freedom of contract here.

In deciding to enforce the exclusion clause the trial judge relied in part on the fact that the exclusion clause limited but did not completely exclude the liability of Allis-Chalmers (p. 77). In relying on this fact the trial judge was supported by some dicta of Lord Wilberforce in the House of Lords in *Ailsa Craig Fishing Co. v. Malvern Fishing Co.*, [1983] 1 All E.R. 101 (H.L.), at pp. 102-3. It seems to me, however, that any categorical distinction between clauses limiting and clauses excluding liability is inherently unreliable in that, depending on the circumstances, "exclusions can be perfectly fair and limitations very unfair": Waddams, *The Law of Contracts* (2nd ed. 1984), at p. 349. It is preferable, I believe, to determine whether or not the impugned clause should be enforced in all the circumstances of the case and avoid reliance on awkward and artificial labels. When this is done, it becomes clear that there is no reason in this case not to enforce the clause excluding the statutory warranty.

#### (iv) *The Trust Fund*

This issue arises from a cross-appeal by Syncrude against the Court of Appeal's decision to award the fund to Hunter U.S., minus administration expenses and the cost—\$200,000 plus interest—of repairing the gearboxes built under the Aco contract. Hunter U.S. does not contest this latter aspect of the Court of Appeal's decision. Aco has been paid and the balance of \$0.5M left in the fund after the payment of Aco represents Hunter Canada's profit margin on its contract with Syncrude plus the income earned on that profit margin. In my view it was not correct to hold, as the trial judge did, that the fund should only be disposed of according to the terms of the trust agreement. The trust terms were not agreed

Il ne s'agit pas d'un cas où le vendeur ou le fournisseur cherchait à se dégager presque entièrement des obligations que lui imposait le contrat et où il invoquait l'aide des tribunaux pour assurer

a son exécution dans la mesure où cela lui était avantageux. Il n'y a en l'espèce aucun abus de la liberté contractuelle.

En décidant d'appliquer la clause d'exclusion, le b juge de première instance s'est fondé en partie sur le fait que cette clause limitait, sans toutefois l'exclure entièrement, la responsabilité d'Allis-Chalmers (p. 77). Cette décision du juge de première instance était appuyée par certaines opinions c incidentes exprimées par lord Wilberforce de la Chambre des lords dans l'arrêt *Ailsa Craig Fishing Co. v. Malvern Fishing Co.*, [1983] 1 All E.R. 101 (H.L.), aux pp. 102 et 103. Il me semble toutefois que toute distinction catégorique entre les d clauses limitant la responsabilité et celles qui l'excluent est de par sa nature même douteuse puisque, suivant les circonstances, [TRADUCTION] «les exclusions peuvent être parfaitement équitables et e les limitations fort injustes»: Waddams, *The Law of Contracts* (2<sup>e</sup> éd. 1984), à la p. 349. Il vaut mieux, je crois, déterminer s'il y a lieu d'appliquer la clause attaquée en fonction de toutes les circonstances de l'affaire et éviter de recourir à des f étiquettes peu pratiques et artificielles. Si on procède de cette façon, il devient évident qu'il n'existe en l'espèce aucune raison de ne pas appliquer la clause écartant la garantie légale.

#### g (iv) *Le fonds en fiducie*

Cette question résulte d'un pourvoi incident formé par Syncrude contre la décision de la Cour d'appel d'adjuger le fonds à Hunter U.S. après h déduction des frais d'administration et du coût (200 000 \$ plus les intérêts) de la réparation des boîtes d'engrenage construites en exécution du contrat conclu avec Aco. Hunter U.S. ne conteste pas ce dernier aspect de l'arrêt de la Cour d'appel. i Aco a été payée et la somme de 500 000 \$ qui reste dans le fonds après ce paiement représente la marge de profit qu'a tirée Hunter Canada de son contrat avec Syncrude, plus le revenu produit par cette marge de profit. À mon avis, c'est à tort que j le juge de première instance a conclu que le fonds ne devait être aliéné qu'en conformité avec les

upon by these parties. The trust was unilaterally established by Syncrude on a kind of interpleader basis, the object of creating the trust being to avoid pre-judging the outcome of the litigation between Hunter Canada and Hunter U.S. Syncrude was perfectly prepared to acknowledge in 1978 that the profit margin was payable to one of these two parties. The only question was which one. It is no longer prepared to acknowledge this. In such circumstances I agree with the Court of Appeal that the entitlement to the trust fund should be decided on the equitable principles governing unjust enrichment.

In *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, Dickson J., as he then was, said at pp. 847-48:

"Unjust enrichment" has played a role in Anglo-American legal writing for centuries. Lord Mansfield, in the case of *Moses v. Macferlan* put the matter in these words: "...the gist of this kind of action is, that the defendant, upon the circumstances of the case, is *obliged by the ties of natural justice and equity to refund the money*". It would be undesirable and indeed impossible, to attempt to define all the circumstances in which an unjust enrichment might arise .... The great advantage of ancient principles of equity is their flexibility: the judiciary is thus able to shape these malleable principles so as to accommodate the changing needs and mores of society, in order to achieve justice ....

... there are three requirements to be satisfied before an unjust enrichment can be said to exist: an enrichment, a corresponding deprivation and absence of any juristic reason for the enrichment. This approach, it seems to me, is supported by general principles of equity that have been fashioned by the courts for centuries ....

These principles were unanimously affirmed by this Court in *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38. Although both *Pettkus v. Becker* and *Sorochan v. Sorochan* were "family" cases, unjust enrichment giving rise to a constructive trust is by no means confined to such cases: see *Deglman v. Guaranty Trust Co.*, [1954] S.C.R. 725. Indeed, to do so would be to impede the growth and impair the flexibility crucial to the development of equitable principles.

conditions énoncées dans le contrat de fiducie. Les conditions de la fiducie n'ont pas fait l'objet d'un accord entre ces parties. La fiducie a été créée unilatéralement par Syncrude, un peu à la manière d'un *interpleader*, dans le but d'éviter de préjuger de l'issue du litige entre Hunter Canada et Hunter U.S. En 1978, Syncrude était parfaitement disposée à reconnaître que la marge de profit devait être versée à l'une de ces deux parties. La seule question qui se posait était de savoir laquelle. Mais Syncrude n'est plus prête à reconnaître cela. Dans ces circonstances, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le droit au fonds en fiducie doit être déterminé selon les principes d'*equity* régissant l'enrichissement sans cause.

Dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, le juge Dickson, maintenant Juge en chef, affirme aux pp. 847 et 848:

"L'enrichissement sans cause" a joué un rôle dans la doctrine juridique anglo-américaine pendant des siècles. Dans l'arrêt *Moses v. Macferlan* lord Mansfield s'est exprimé comme suit: [TRADUCTION] «... le motif principal de cette action est que le défendeur est *obligé en vertu des règles de justice naturelle et d'equity de rembourser l'argent*». Il ne conviendrait pas, et en fait il serait impossible, d'essayer de définir toutes les circonstances qui peuvent donner lieu à un enrichissement sans cause [...] Le grand avantage des principes anciens d'*equity* est leur souplesse: les tribunaux peuvent donc modeler ces principes malléables pour répondre aux nécessités et aux mœurs changeantes de la société, afin que justice soit rendue ...

... il y a trois conditions à respecter pour que l'on puisse dire qu'il y a enrichissement sans cause: un enrichissement, un appauvrissement correspondant et l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement. Il me semble que cette façon de voir est appuyée par les principes généraux d'*equity* que les cours ont modelés pendant des siècles ...

Cette Cour a confirmé unanimement ces principes dans l'arrêt *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38. Quoique les arrêts *Pettkus c. Becker* et *Sorochan c. Sorochan* soient des affaires de «famille», l'enrichissement sans cause qui engendre une fiducie par interprétation est bien loin de se limiter à ce genre d'affaires: voir *Deglman v. Guaranty Trust Co.*, [1954] R.C.S. 725. De fait, une telle restriction ferait obstacle à l'évolution et nuirait à la souplesse qui sont essentielles au développement des principes d'*equity*.

It is necessary to ask first whether Syncrude will be enriched if allowed to retain the trust fund. Clearly it will, because it will receive interest income on money that it intended initially to pay to Hunter Canada. One need only look to the terms of the fund itself to appreciate this. I reproduce clause 7 which states:

7. Following the payments made pursuant to clauses 5 and 9, the trustee shall hold the remainder of the trust funds and trust income for payment pending determination by agreement between Hunter Canada and Hunter Engineering, or by a decision of a Court of competent jurisdiction in Canada as to the identity of the holder of a valid and lawful interest in the remainder of trust funds as between Hunter Engineering and Hunter Canada, or upon determination of certain issues in Canada, currently the subject of legal proceedings between Hunter Engineering and Hunter Canada by settlement agreement or by a decision of a Court of competent jurisdiction in Canada. [Emphasis added.]

As already mentioned, Syncrude in 1978 considered itself bound to pay the Hunter Canada profit to either Hunter Canada or Hunter U.S. Syncrude's entitlement is limited to working gearboxes at the price agreed upon and, provided repair costs are paid out of the fund, it will get precisely that. Any additional money arising out of the circumstances surrounding the contract with Aco will constitute an enrichment.

I am likewise of the opinion that, if Syncrude is permitted to keep the entire fund, Hunter U.S. will be correspondingly deprived of the interest income it would have earned on the contract for the supply of the additional 11 mining gearboxes. I agree with the Court of Appeal that there need not be a contractual link for the causal connection between contribution and enrichment to be proved. This is a question to be decided on the facts of each case since the remedy of constructive trust is a discretionary one imposed as and when equity requires it. In this case there is sufficient causal connection in the fact that Hunter U.S. first offered to assume the whole Hunter Canada contract and later, after it won its case, was prepared to offer Syncrude the warranty terms under which the original 32 gearboxes were supplied. Its latter offer was not unrea-

Il faut d'abord se demander s'il y aura enrichissement de Syncrude si on lui permet de garder le fonds en fiducie. Ce sera nettement le cas puisqu'elle touchera des intérêts produits par l'argent qu'elle destinait initialement à Hunter Canada. Pour s'en rendre compte, on n'a qu'à examiner les conditions du fonds lui-même. Je reproduis la clause 7 qui porte:

b) [TRADUCTION] 7. Une fois effectués les paiements prévus aux clauses 5 et 9, en attendant que soit déterminé par un accord entre Hunter Canada et Hunter Engineering, ou par une décision d'un tribunal canadien compétent, qui de Hunter Engineering ou de Hunter Canada possède un droit valide et légitime sur le reliquat des fonds en fiducie ou en attendant que soient réglées à l'amiable ou par une décision d'un tribunal canadien compétent certaines questions qui font actuellement l'objet au Canada de procédures judiciaires entre Hunter Engineering et Hunter Canada, le fiduciaire détient à des fins de paiement le reliquat des fonds en fiducie ainsi que le revenu en découlant. [Je souligne.]

Comme je l'ai déjà mentionné, en 1978, Syncrude s'estimait obligée de verser soit à Hunter Canada soit à Hunter U.S. les profits de Hunter Canada. Syncrude n'a droit qu'à des boîtes d'engrenage qui fonctionnent, au prix convenu et, pourvu que le coût des réparations soit payé à même le fonds, c'est précisément ce qu'elle obtiendra. Toute autre somme qui pourra lui être versée en raison des circonstances entourant le contrat avec Aco constituera un enrichissement.

g) Je suis également d'avis que, si on permet à Syncrude de garder la totalité du fonds, Hunter U.S. subira un appauvrissement correspondant en ne touchant pas les intérêts que lui aurait rapportés le contrat pour la fourniture des onze boîtes d'engrenage minières supplémentaires. Je conviens avec la Cour d'appel, qu'il n'est pas nécessaire d'avoir un lien contractuel pour prouver le lien de causalité entre la contribution et l'enrichissement. C'est là une question qui doit être tranchée en fonction des faits de chaque affaire puisque le redressement que constitue la fiducie par interprétation relève de l'exercice d'un pouvoir discrétaire et n'est imposé que lorsque l'*equity* le commande. Dans la présente affaire, il existe un lien de causalité suffisant du fait que Hunter U.S. a d'abord offert d'endosser entièrement le contrat de

sonable in the circumstances even though I believe that it should be held in equity to the warranty clause in the Hunter Canada contract. In any event, the arguments over warranties are now irrelevant, given that Hunter U.S. would be liable under both the Hunter Canada warranty and the implied statutory warranty.

In his presentation before this Court, Mr. Kirkham, counsel for Syncrude, contended that Hunter U.S. had not suffered a deprivation because it did nothing to facilitate the supply of the gearboxes. Aco fabricated them from the designs in Syncrude's possession, the designs having been obtained from Hunter U.S. at the time of the first contract. Syncrude, because it supplied the designs, had to accept a very limited warranty from Aco, one that did not extend to any aspect of the design or specifications. Unfortunately, there is no finding of fact below as to the ownership of these designs and the evidence on the matter is contradictory. I believe, however, that Mr. Kirkham's arguments can be refuted without deciding that issue. The main difficulty with his argument is that they are based on an *ex post facto* view of the various circumstances. Whether or not Syncrude "owned" the designs when it contracted with Hunter Canada, the fact is that Syncrude willingly entered into that contract at the time. It was also prepared to pay a profit margin to Hunter U.S. after the passing-off litigation had been resolved. It may be the case, as counsel for Syncrude submitted, that Hunter U.S. made no contribution to the Aco contract. But Syncrude was ready in 1978 to pay the principal contractor's portion to Hunter U.S. and cannot now argue that it had no need of Hunter U.S.

Hunter Canada et que, par la suite, après avoir obtenu gain de cause, elle était prête à offrir à Syncrude la même garantie que celle qui s'appliquait aux trente-deux boîtes d'engrenage initialement livrées. Cette dernière offre n'était pas déraisonnable dans les circonstances, même si je crois que Hunter U.S. devrait en *equity* être tenue de respecter la clause de garantie figurant dans le contrat conclu avec Hunter Canada. Quoi qu'il en soit, l'augmentation relative aux garanties est maintenant sans objet étant donné que Hunter U.S. serait responsable à la fois en vertu de la garantie de Hunter Canada et en vertu de la garantie légale implicite.

En présentant ses arguments devant cette Cour, M<sup>e</sup> Kirkham, l'avocat de Syncrude, a fait valoir que Hunter U.S. n'avait pas subi d'appauvrissement parce qu'elle n'avait rien fait pour faciliter la fourniture des boîtes d'engrenage. Aco les a fabriquées à partir des modèles que Syncrude avait en sa possession et qu'elle avait obtenus de Hunter U.S. à l'époque du premier contrat. Syncrude, du fait d'avoir fourni les modèles, se voyait dans l'obligation d'accepter d'Aco une garantie très limitée qui ne s'appliquait à aucun aspect de la conception ou du cahier des charges. Malheureusement, les tribunaux d'instance inférieure n'ont tiré aucune conclusion de fait concernant la propriété de ces modèles et la preuve est contradictoire à cet égard. Je crois cependant que les arguments de M<sup>e</sup> Kirkham peuvent être réfutés sans qu'il soit nécessaire de trancher cette question. La principale difficulté que pose son argumentation vient de ce qu'elle est fondée sur une perception *ex post facto* des différentes circonstances. Peu importe qu'elle ait été ou non «propriétaire» des modèles au moment de conclure son contrat avec Hunter Canada, il reste que c'est de son plein gré que Syncrude a passé ce contrat à ce moment-là. De plus, elle était disposée à verser une marge de profit à Hunter U.S. après qu'une décision eut été rendue dans l'action en *passing-off*. Il se peut, comme l'a soutenu l'avocat de Syncrude, que Hunter U.S. n'ait aucunement contribué au contrat avec Aco. Toujours est-il qu'en 1978 Syncrude était prête à payer à Hunter U.S. la part de l'entrepreneur principal et elle ne saurait maintenant prétendre qu'elle n'avait que faire de Hunter U.S.

Except for the point about ownership of the drawings counsel for Syncrude suggested no juristic reason for the enrichment and I can think of none. I would therefore agree with the Court of Appeal that, provided Hunter U.S. accepts the warranty terms of the Hunter Canada contract and pays for the cost of repairing the 11 gearboxes, the trust fund minus administration expenses belongs in equity to Hunter U.S.

## 5. Disposition

I would dispose of the appeal and cross-appeal as follows:

(i) The appeal of Hunter U.S. against the finding of liability for design default is dismissed. Hunter U.S. breached its statutory warranty under s. 15(1) of the *Sale of Goods Act* in respect of the design default in the 32 mining gearboxes and must pay to Syncrude the sum of \$750,000 in respect thereof plus pre-judgment interest in the amount of \$250,000.

(ii) The appeal of Allis-Chalmers against the finding of fundamental breach is allowed. The breach was not fundamental but, even if it were, Allis-Chalmers was insulated from liability for it by the exclusion clause. Since Allis-Chalmers incurs no liability to Syncrude in respect of the design default in the four extraction gearboxes, it has no claim over against Hunter U.S. in respect thereof and its third party claim is accordingly dismissed.

(iii) The cross-appeal by Syncrude claiming ownership of the trust fund is dismissed. Hunter U.S. is entitled to the balance in the trust fund after administration costs and the cost of repairs to the 32 mining gearboxes have been satisfied out of it.

## 6. Costs

Allis-Chalmers should have its costs against Syncrude both here and in the Court of Appeal. As between Hunter U.S. and Syncrude success in

Exception faite du moyen relatif à la propriété des dessins, l'avocat de Syncrude n'a avancé aucun motif juridique justifiant l'enrichissement et je ne puis penser à aucun. Par conséquent, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que pourvu que Hunter U.S. accepte les conditions de la garantie prévue dans le contrat de Hunter Canada et qu'elle paie le coût des réparations effectuées sur les onze boîtes d'engrenage, le fonds en fiducie après déduction des frais d'administration appartient en *equity* à Hunter U.S.

## 5. Dispositif

Je suis d'avis de trancher le pourvoi et le pourvoi incident de la manière suivante:

(i) Le pourvoi formé par Hunter U.S. contre la conclusion qu'elle était responsable du vice de conception est rejeté. Dans le cas du vice de conception des trente-deux boîtes d'engrenage minières, Hunter U.S. a violé la garantie légale énoncée au par. 15(1) de la *Sale of Goods Act* et elle doit, en conséquence, verser à Syncrude la somme de 750 000 \$ à cet égard, plus les intérêts courus jusqu'au moment du jugement, lesquels s'élèvent à 250 000 \$.

(ii) Le pourvoi d'Allis-Chalmers contre la conclusion à l'existence d'une inexécution fondamentale est accueilli. Il ne s'agit pas d'une inexécution fondamentale mais, même à supposer que c'en soit une, la clause d'exclusion met Allis-Chalmers à l'abri de toute responsabilité. Comme Allis-Chalmers n'a aucune responsabilité envers Syncrude en ce qui concerne le vice de conception des quatre boîtes d'engrenage d'extraction, elle n'a aucun recours contre Hunter U.S. relativement à ce vice et son appel en garantie est en conséquence rejeté.

(iii) Le pourvoi incident par lequel Syncrude revendique la propriété du fonds en fiducie est rejeté. Hunter U.S. a droit au reliquat de ce fonds après paiement des frais d'administration et du coût des réparations effectuées sur les trente-deux boîtes d'engrenage minières.

## 6. Les dépens

Syncrude doit être condamnée au paiement des dépens d'Allis-Chalmers en cette Cour et en Cour d'appel. En ce qui concerne Hunter U.S. et Syn-

this Court was divided. Hunter U.S. lost on the main issue of its liability for design default in respect of the 32 mining gearboxes but shared success with Allis-Chalmers on the issue of fundamental breach and the effect of the exclusion clause in the Allis-Chalmers contract. It was also successful in its claim to the balance in the trust fund. I would make no order as to costs as between Hunter U.S. and Syncrude.

crude, le résultat en cette Cour est partagé. Hunter U.S. a été déboutée sur la question principale de sa responsabilité pour le vice de conception des trente-deux boîtes d'engrenage minières, mais <sup>a</sup> elle a obtenu gain de cause avec Allis-Chalmers sur la question de l'inexécution fondamentale et de l'effet de la clause d'exclusion figurant dans le contrat d'Allis-Chalmers. Elle a réussi également dans sa réclamation du reliquat du fonds en fiducie. Je suis donc d'avis de ne pas accorder de dépens entre Hunter U.S. et Syncrude.

*Appeal of Hunter U.S. dismissed with costs.*

*Appeal from that part of the judgment of the Court of Appeal which imposed liability on Allis-Chalmers Canada Limited allowed and the third party claim against Hunter U.S. dismissed with costs.*

*Cross-appeal of Syncrude allowed with costs, WILSON and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Solicitors for the appellant Allis-Chalmers Canada Limited: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents: Owen, Bird, Vancouver.*

*Pourvoi de Hunter U.S. rejeté avec dépens.*

*c Pourvoi contre la partie de larrêt de la Cour d'appel qui impose une responsabilité à Allis-Chalmers Canada Limited accueilli et appel en garantie contre Hunter U.S. rejeté avec dépens.*

*d Pourvoi incident de Syncrude accueilli avec dépens, les juges WILSON et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidentes.*

*e Procureurs des appelantes: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*f Procureurs de l'appelante Allis-Chalmers Canada Limited: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs des intimées: Owen, Bird, Vancouver.*