

Tercon Contractors Ltd. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia, by her Ministry of Transportation and Highways *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: TERCON CONTRACTORS LTD. v. BRITISH COLUMBIA (TRANSPORTATION AND HIGHWAYS)

2010 SCC 4

File No.: 32460.

2009: March 23; 2010: February 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Contracts — Breach of terms — Tender — Ineligible bidder — Exclusion of liability clause — Doctrine of fundamental breach — Province issuing tender call for construction of highway — Request for proposals restricting qualified bidders to six proponents — Province accepting bid from ineligible bidder — Exclusion clause protecting Province from liability arising from participation in tendering process — Whether Province breached terms of tendering contract in entertaining bid from ineligible bidder — If so, whether Province’s conduct fell within terms of exclusion clause — If so, whether court should nevertheless refuse to enforce the exclusion clause because of unconscionability or some other contravention of public policy.

The Province of British Columbia issued a request for expressions of interest (“RFEI”) for the design and construction of a highway. Six teams responded with submissions including Tercon and Brentwood. A few months later, the Province informed the six proponents

Tercon Contractors Ltd. *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique, représentée par le ministère des Transports et de la Voirie *Intimée*

et

Procureur général de l’Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : TERCON CONTRACTORS LTD. c. COLOMBIE-BRITANNIQUE (TRANSPORTS ET VOIRIE)

2010 CSC 4

N° du greffe : 32460.

2009 : 23 mars; 2010 : 12 février.

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

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

Contrats — Inexécution — Appel d’offres — Soumissionnaire inadmissible — Clause de non-responsabilité — Principe d’inexécution fondamentale — Appel d’offres lancé par la province pour la construction d’une route — Demande de propositions tenant seulement six entreprises pour admissibles — Acceptation par la province de la proposition d’un soumissionnaire inadmissible — Clause de non-recours protégeant la province contre toute responsabilité découlant de la participation à l’appel d’offres — La province s’est-elle rendue coupable d’inexécution du contrat issu de l’appel d’offres en considérant la proposition d’un soumissionnaire inadmissible? — Dans l’affirmative, son comportement tombait-il sous le coup de la clause de non-recours? — Dans l’affirmative, un tribunal devrait-il néanmoins refuser de faire respecter la clause en raison de son iniquité ou pour quelque autre atteinte à l’ordre public?

La province de la Colombie-Britannique a lancé une demande d’expression d’intérêt (« DEI ») pour la conception et la construction d’une route. Elle a reçu six soumissions, dont celles de Tercon et de Brentwood. Quelques mois plus tard, la province a fait savoir aux

that it now intended to design the highway itself and issued a request for proposals (“RFP”) for its construction. The RFP set out a specifically defined project and contemplated that proposals would be evaluated according to specific criteria. Under its terms, only the six original proponents were eligible to submit a proposal; those received from any other party would not be considered. The RFP also included an exclusion of liability clause which provided: “Except as expressly and specifically permitted in these Instructions to Proponents, no Proponent shall have any claim for compensation of any kind whatsoever, as a result of participating in this RFP, and by submitting a Proposal each Proponent shall be deemed to have agreed that it has no claim.” As it lacked expertise in drilling and blasting, Brentwood entered into a pre-bidding agreement with another construction company (“EAC”), which was not a qualified bidder, to undertake the work as a joint venture. This arrangement allowed Brentwood to prepare a more competitive proposal. Ultimately, Brentwood submitted a bid in its own name with EAC listed as a “major member” of the team. Brentwood and Tercon were the two short-listed proponents and the Province selected Brentwood for the project. Tercon successfully brought an action in damages against the Province. The trial judge found that the Brentwood bid was, in fact, submitted by a joint venture of Brentwood and EAC and that the Province, which was aware of the situation, breached the express provisions of the tendering contract with Tercon by considering a bid from an ineligible bidder and by awarding it the work. She also held that, as a matter of construction, the exclusion clause did not bar recovery for the breaches she had found. The clause was ambiguous and she resolved this ambiguity in Tercon’s favour. She held that the Province’s breach was fundamental and that it was not fair or reasonable to enforce the exclusion clause in light of the Province’s breach. The Court of Appeal set aside the decision, holding that the exclusion clause was clear and unambiguous and barred compensation for all defaults.

Held (McLachlin C.J. and Binnie, Abella and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The Court agreed on the appropriate framework of analysis but divided on the applicability of the exclusion clause to the facts.

The Court: With respect to the appropriate framework of analysis the doctrine of fundamental breach

six entreprises intéressées qu’elle entendait désormais concevoir elle-même la route et demander des propositions pour sa construction. La demande de propositions (« DP ») décrivait un projet précis et indiquait que les propositions seraient considérées au regard de certains critères. Elle stipulait que seules les six entreprises intéressées initialement étaient admises à soumissionner et que les propositions présentées par d’autres personnes ne seraient pas examinées. La DP renfermait également une clause de non-recours, dont le texte était le suivant : « Sauf ce que prévoient expressément les présentes instructions, un proposant ne peut exercer aucun recours en indemnisation pour sa participation à la DP, ce qu’il est réputé accepter lorsqu’il présente une soumission. » Comme elle n’avait pas d’expertise dans le forage et le dynamitage, Brentwood a conclu avec une autre entreprise de construction (« EAC ») — qui n’était pas admise à soumissionner — une entente préalable à la soumission prévoyant qu’elles réaliseraient les travaux en coentreprise. De la sorte, elle pouvait présenter une proposition plus concurrentielle. Elle a finalement soumissionné en son nom, présentant EAC comme un « membre important » de son équipe. La liste des adjudicataires possibles a été ramenée à deux entreprises — Brentwood et Tercon —, puis le ministère a finalement opté pour la première. Tercon a intenté une action en dommages-intérêts contre la province et elle a eu gain de cause. La juge de première instance a conclu que la soumission de Brentwood était en fait celle de la coentreprise formée avec EAC, et que la province, qui le savait, avait contrevenu aux stipulations expresses du contrat intervenu avec Tercon en acceptant la soumission d’une autre entreprise qui n’était pas admissible, puis en confiant les travaux à cette même entreprise. Elle a aussi statué que le libellé de la clause de non-recours ne faisait pas obstacle à l’indemnisation pour les inexécutions relevées. La clause était équivoque et elle l’a interprétée en faveur de Tercon. Elle a estimé que l’inexécution reprochée à la province était fondamentale et qu’il n’était ni juste ni raisonnable de faire respecter la clause de non-recours étant donné la nature de l’inexécution. La Cour d’appel a annulé sa décision, statuant que la clause de non-recours était claire et non équivoque et qu’elle faisait obstacle à l’indemnisation pour toute inexécution.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Abella et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. Les juges de la Cour conviennent du cadre de l’analyse qui s’impose, mais ils sont partagés sur l’applicabilité de la clause de non-recours aux faits de l’espèce.

La Cour : Pour ce qui concerne le cadre d’analyse approprié, il convient de donner le « coup de grâce » au

should be “laid to rest”. The following analysis should be applied when a plaintiff seeks to escape the effect of an exclusion clause or other contractual terms to which it had previously agreed. The first issue is whether, as a matter of interpretation, the exclusion clause even applies to the circumstances established in evidence. This will depend on the court’s interpretation of the intention of the parties as expressed in the contract. If the exclusion clause applies, the second issue is whether the exclusion clause was unconscionable and thus invalid at the time the contract was made. If the exclusion clause is held to be valid at the time of contract formation and applicable to the facts of the case, a third enquiry may be raised as to whether the court should nevertheless refuse to enforce the exclusion clause because of an overriding public policy. The burden of persuasion lies on the party seeking to avoid enforcement of the clause to demonstrate an abuse of the freedom of contract that outweighs the very strong public interest in their enforcement. Conduct approaching serious criminality or egregious fraud are but examples of well-accepted considerations of public policy that are substantially incontestable and may override the public policy of freedom to contract and disable the defendant from relying upon the exclusion clause. Despite agreement on the appropriate framework of analysis, the court divided on the applicability of the exclusion clause to the facts of this case as set out below.

Per LeBel, Deschamps, Fish, Charron and Cromwell JJ.: The Province breached the express provisions of the tendering contract with Tercon by accepting a bid from a party who should not even have been permitted to participate in the tender process and by ultimately awarding the work to that ineligible bidder. This egregious conduct by the Province also breached the implied duty of fairness to bidders. The exclusion clause, which barred claims for compensation “as a result of participating” in the tendering process, did not, when properly interpreted, exclude Tercon’s claim for damages. By considering a bid from an ineligible bidder, the Province not only acted in a way that breached the express and implied terms of the contract, it did so in a manner that was an affront to the integrity and business efficacy of the tendering process.

Submitting a compliant bid in response to a tender call may give rise to “Contract A” between the bidder and the owner. Whether a Contract A arises and what its terms are depends on the express and implied terms and conditions of the tender call and the legal consequences of the parties’ actual dealings in each case.

principe de l’inexécution fondamentale. L’analyse qui suit vaut lorsque le demandeur tente de se soustraire à l’application d’une clause d’exonération ou d’une autre stipulation contractuelle dont il a précédemment convenu. Il faut d’abord déterminer, par voie d’interprétation, si la clause de non-recours s’applique aux faits mis en preuve, ce qui dépend de l’intention des parties qui se dégage du contrat. Lorsque la clause s’applique, il faut en deuxième lieu se demander si elle était inique et de ce fait invalide au moment de la formation du contrat. Lorsqu’elle est jugée valide au moment de la formation du contrat et applicable aux faits de l’espèce, le tribunal peut se demander dans un troisième temps s’il devrait tout de même refuser de la faire respecter en raison d’une considération d’ordre public prépondérante. Il incombe à la partie qui tente de se soustraire à l’application de la clause de prouver un abus de la liberté contractuelle qui l’emporte sur le très grand intérêt public lié au respect des contrats. Le comportement qui se rapproche de l’acte criminel grave ou de la fraude monumentale n’est qu’un exemple de considération d’ordre public bien établie et « foncièrement incontestable » pouvant primer la liberté contractuelle, elle aussi d’ordre public, et empêcher le défendeur de se retrancher derrière la clause de non-recours. Même si les juges de la Cour conviennent du cadre de l’analyse qui s’impose, ils sont partagés sur l’applicabilité de la clause de non-recours aux faits de l’espèce, comme il appert ci-après.

Les juges LeBel, Deschamps, Fish, Charron et Cromwell : La province a contrevenu aux stipulations expresses du contrat issu de l’appel d’offres et intervenu avec Tercon en acceptant la proposition d’une entreprise qui n’était pas admise à prendre part au processus d’appel d’offres, puis en confiant les travaux à cette même entreprise inadmissible. Par ce comportement inacceptable, la province a également manqué à son obligation tacite d’équité envers les soumissionnaires. Correctement interprétée, la clause de non-recours, qui écartait toute demande d’indemnisation « pour [l]a participation » à l’appel d’offres, ne faisait pas obstacle au recours en dommages-intérêts de Tercon. En considérant l’offre d’un soumissionnaire inadmissible, la province a non seulement manqué à ses obligations contractuelles expresses et tacites, mais elle l’a fait d’une manière qui portait outrageusement atteinte à l’intégrité et à l’efficacité commerciale du processus d’appel d’offres.

Le dépôt d’une soumission conforme en réponse à un appel d’offres peut faire naître un « contrat A » entre le soumissionnaire et le propriétaire. L’existence d’un tel contrat et sa teneur dépendent des conditions expresses et tacites de l’appel d’offres ainsi que des conséquences juridiques des échanges intervenus entre les parties.

Here, there is no basis to interfere with the trial judge's findings that there was an intent to create contractual obligations upon submission of a compliant bid and that only the six original proponents that qualified through the RFEI process were eligible to submit a response to the RFP. The tender documents and the required ministerial approval of the process stated expressly that the Province was contractually bound to accept bids only from eligible bidders. Contract A therefore could not arise by the submission of a bid from any other party. The trial judge found that the joint venture of Brentwood and EAC was not eligible to bid as they had not simply changed the composition of their team but, in effect, had created a new bidder. The Province fully understood this and would not consider a bid from or award the work to that joint venture. The trial judge did not err in finding that in fact, if not in form, Brentwood's bid was on behalf of a joint venture between itself and EAC. The joint venture provided Brentwood with a competitive advantage in the bidding process and was a material consideration in favour of the Brentwood bid during the Province's evaluation process. Moreover, the Province took active steps to obfuscate the reality of the true nature of the Brentwood bid. The bid by the joint venture constituted "material non-compliance" with the tendering contract and breached both the express eligibility provisions of the tender documents, and the implied duty to act fairly towards all bidders.

When the exclusion clause is interpreted in harmony with the rest of the RFP and in light of the commercial context of the tendering process, it did not exclude a damages claim resulting from the Province unfairly permitting an ineligible bidder to participate in the tendering process. The closed list of bidders was the foundation of this RFP and the parties should, at the very least, be confident that their initial bids will not be skewed by some underlying advantage in the drafting of the call for tenders conferred only upon one potential bidder. The requirement that only compliant bids be considered and the implied obligation to treat bidders fairly are factors that contribute to the integrity and business efficacy of the tendering process. The parties did not intend, through the words found in this exclusion clause, to waive compensation for conduct, like that of the Province in this case, that strikes at the heart of the tendering process. Clear language would be necessary to exclude liability for breach of the implied obligation, particularly in the case of public procurement where

En l'espèce, il n'y a pas lieu de modifier la conclusion de la juge de première instance selon laquelle la présentation d'une soumission conforme était censée faire naître des obligations contractuelles et seules les six entreprises intéressées initialement, devenues admissibles à l'issue de la DEL, pouvaient donner suite à la DP. L'obligation de la province de considérer seulement les propositions de soumissionnaires admissibles figurait expressément dans le dossier d'appel d'offres et dans l'approbation ministérielle requise du processus. Un contrat A ne pouvait donc pas naître de la présentation d'une soumission par une autre personne. La juge de première instance a conclu que la coentreprise formée de Brentwood et d'EAC n'était pas un soumissionnaire admissible, car la composition de l'équipe n'était pas simplement modifiée, mais un nouveau soumissionnaire voyait en fait le jour. La province le savait bien et elle estimait qu'elle ne pouvait ni considérer la proposition de cette coentreprise ni adjuger le contrat à celle-ci. La juge de première instance n'a pas eu tort de conclure qu'en dépit des apparences, la soumission de Brentwood était en fait présentée par la coentreprise formée avec EAC. L'existence de la coentreprise a fait bénéficier Brentwood d'un avantage concurrentiel dans le processus d'appel d'offres, et la province l'a considérée comme un élément favorable à Brentwood lors de son processus d'évaluation. De plus, la province a pris des mesures pour masquer la véritable nature de la soumission de Brentwood. La présentation d'une proposition par une coentreprise constituait une « inexécution importante » du contrat issu de l'appel d'offres ainsi qu'une inobservation des conditions expresses d'admissibilité et de l'obligation tacite d'agir équitablement vis-à-vis de tous les soumissionnaires.

Interprétée en harmonie avec les autres conditions de la DP et eu égard au contexte commercial de l'appel d'offres, la clause de non-recours n'écartait pas le recours en dommages-intérêts intenté au motif que la province avait inéquitablement permis à une entreprise inadmissible de prendre part au processus. La limitation du nombre de soumissionnaires admissibles constituait l'assise de la DP, et un soumissionnaire devait à tout le moins être assuré que l'évaluation de sa soumission initiale ne serait pas biaisée par quelque avantage sous-entendu dans le dossier d'appel d'offres et dont ne bénéficiait qu'un seul soumissionnaire éventuel. L'exigence que seules soient examinées des soumissions conformes et l'obligation tacite de traiter tous les soumissionnaires équitablement sont généralement considérées comme des éléments contribuant à l'intégrité et à l'efficacité commerciale du processus d'appel d'offres. Les parties n'ont pas voulu, en employant le libellé de la clause de non-recours, écarter toute indemnisation pour un comportement comme celui reproché à la province

transparency is essential. Furthermore, the restriction on eligibility of bidders was a key element of the alternative process approved by the Minister. When the statutory provisions which governed the tendering process in this case are considered, it seems unlikely that the parties intended through this exclusion clause to effectively gut a key aspect of the approved process. The text of the exclusion clause in the RFP addresses claims that result from “participating in this RFP”. Central to “participating in this RFP” was participating in a contest among those eligible to participate. A process involving other bidders — the process followed by the Province — is not the process called for by “this RFP” and being part of that other process is not in any meaningful sense “participating in this RFP”.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Abella and Rothstein JJ. (dissenting): The Ministry’s conduct, while in breach of its contractual obligations, fell within the terms of the exclusion compensation clause. The clause is clear and unambiguous and no legal ground or rule of law permits a court to override the freedom of the parties to contract with respect to this particular term, or to relieve Tercon against its operation in this case. A court has no discretion to refuse to enforce a valid and applicable contractual term unless the plaintiff can point to some paramount consideration of public policy sufficient to override the public interest in freedom of contact and defeat what would otherwise be the contractual rights of the parties. The public interest in the transparency and integrity of the government tendering process, while important, did not render unenforceable the terms of the contract Tercon agreed to.

Brentwood was a legitimate competitor in the RFP process and all bidders knew that the road contract would not be performed by the proponent alone and required a large “team” of different trades and personnel to perform. The issue was whether EAC would be on the job as a major sub-contractor or identified with Brentwood as a joint venture “proponent” with EAC. Tercon has legitimate reason to complain about the Ministry’s conduct, but its misconduct did not rise to the level where public policy would justify the court in depriving the Ministry of the protection of the exclusion of compensation clause freely agreed to by Tercon in the contract.

en l’espèce, un comportement qui porte directement atteinte à l’intégrité de l’appel d’offres. Seul un libellé clair peut écarter la responsabilité consécutive au non-respect de l’obligation tacite, spécialement dans le cas de la passation de marchés publics, où la transparence est de rigueur. Qui plus est, l’admissibilité restreinte constituait un élément essentiel de l’autre processus approuvé par le ministre. Au regard du cadre législatif régissant l’appel d’offres en l’espèce, il est peu probable que les parties aient vraiment voulu, en stipulant la clause de non-recours, supprimer un aspect essentiel de ce processus. Le texte de la clause de non-recours de la DP vise les demandes d’indemnisation d’un préjudice découlant de la « participation à la DP ». La participation à un concours ouvert aux seules personnes admises à y prendre part était donc au cœur de la « participation à la DP ». Un processus ouvert à d’autres entreprises — ce qui était le cas du processus suivi par la province — ne saurait s’entendre de « la DP », et le fait d’y prendre part ne saurait véritablement être considéré comme une « participation à la DP ».

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Abella et Rothstein (dissidents): Même s’il n’a pas respecté ses obligations contractuelles, le ministère bénéficie de la clause de non-recours en indemnisation. La clause est claire et non équivoque, et aucune règle de droit ou autre fondement juridique ne permet aux tribunaux de passer outre à la liberté des parties de convenir de cette condition ni de soustraire Tercon à son application en l’espèce. Le tribunal n’a pas le pouvoir discrétionnaire de refuser de faire respecter une clause contractuelle valide et applicable, sauf lorsque le demandeur fait valoir une considération d’ordre public prépondérante qui l’emporte sur l’intérêt public lié à la liberté de contracter et qui fait obstacle à ce qui, autrement, constitueraient les droits contractuels des parties. L’intérêt public lié à la transparence et à l’intégrité du processus gouvernemental d’appel d’offres, même s’il est important, n’a pas rendu inapplicables les clauses du contrat auxquelles Tercon avait consenti.

Brentwood était un concurrent légitime dans le processus de DP. Tous les soumissionnaires savaient que le contrat de construction routière ne serait pas exécuté seulement par le proposant retenu, mais bien par une grande « équipe » pluridisciplinaire. La question était celle de savoir si EAC serait sous-traitant principal ou « proposant » dans le cadre de la coentreprise avec Brentwood. Tercon a raison de dénoncer le comportement du ministère, mais celui-ci n’était pas répréhensible au point que l’ordre public justifie le tribunal de refuser au ministère la protection de la clause de non-recours en indemnisation à laquelle Tercon avait librement consenti.

Contract A is based not on some abstract externally imposed rule of law but on the presumed (and occasionally implied) intent of the parties. At issue is the intention of the actual parties not what the court may project in hindsight would have been the intention of reasonable parties. Only in rare circumstances will a court relieve a party from the bargain it has made.

The exclusion clause did not run afoul of the statutory requirements. While the *Ministry of Transportation and Highways Act* favours “the integrity of the tendering process”, it nowhere prohibits the parties from negotiating a “no claims” clause as part of their commercial agreement and cannot plausibly be interpreted to have that effect. Tercon — a sophisticated and experienced contractor — chose to bid on the project, including the risk posed by an exclusion of compensation clause, on the terms proposed by the Ministry. That was its prerogative and nothing in the “policy of the Act” barred the parties’ agreement on that point.

The trial judge found that Contract A was breached when the RFP process was not conducted by the Ministry with the degree of fairness and transparency that the terms of Contract A entitled Tercon to expect. The Ministry was at fault in its performance of the RFP, but the process did not thereby cease to be the RFP process in which Tercon had elected to participate.

The interpretation of the majority on this point is disagreed with. “[P]articipating in this RFP” began with “submitting a Proposal” for consideration. The RFP process consisted of more than the final selection of the winning bid and Tercon participated in it. Tercon’s bid was considered. To deny that such participation occurred on the ground that in the end the Ministry chose a Brentwood joint venture (an ineligible bidder) instead of Brentwood itself (an eligible bidder) would be to give the clause a strained and artificial interpretation in order, indirectly and obliquely, to avoid the impact of what may seem to the majority *ex post facto* to have been an unfair and unreasonable clause.

Moreover, the exclusion clause was not unconscionable. While the Ministry and Tercon do not exercise the same level of power and authority, Tercon is a major contractor and is well able to look after itself in a commercial context so there is no relevant imbalance of bargaining power. Further, the clause is not as draconian as Tercon portrays it. Other remedies for breach of Contract A were available. The parties expected, even if they did not like it, that the “no claims” clause would

L’assise du contrat A demeure l’intention présumée (et parfois inférée) des parties, et non quelque règle de droit abstraite imposée par un tiers. C’est l’intention des parties elles-mêmes qui importe, et non ce qui, à l’issue d’une analyse rétrospective du tribunal, aurait été l’intention de parties raisonnables. Ce n’est qu’en de rares circonstances que le tribunal relève une partie de ses engagements.

La clause de non-recours ne dérogeait pas aux exigences légales. La *Ministry of Transportation and Highways Act* favorise « l’intégrité du processus d’appel d’offres », mais aucune de ses dispositions n’empêche les parties de faire figurer dans leur accord commercial une clause « écartant toute indemnisation » ni ne peut vraisemblablement être interprétée comme ayant cet effet. Tercon — une entreprise avertie et expérimentée — a décidé de participer au processus aux conditions proposées par le ministère malgré le risque posé par la clause de non-recours en indemnisation. C’était sa décision, et la « raison d’être de la Loi » ne faisait aucunement obstacle à la convention des parties sur ce point.

La juge du procès a conclu à l’inexécution du contrat A du fait que, dans sa DP, le ministère n’a pas agi avec l’équité et la transparence auxquelles Tercon était en droit de s’attendre vu le libellé du contrat A. Le ministère a été fautif dans sa mise en œuvre de la DP, mais le processus n’a pas cessé pour autant d’être la DP à laquelle Tercon avait décidé de prendre part.

Les juges dissidents ne souscrivent pas à l’interprétation des juges majoritaires à cet égard. La « participation à la DP » a commencé par la « présent[ation d’]une soumission ». Le processus de DP ne se résumait pas au choix final de l’adjudicataire, et Tercon y a participé. La soumission de Tercon a été considérée. Nier cette participation au motif que le ministère a finalement choisi la coentreprise inadmissible dont faisait partie Brentwood, et non Brentwood elle-même (qui était admissible), équivaut à une interprétation forcée et artificielle visant à éviter, par des moyens indirects et détournés, les conséquences de ce qui peut sembler aux juges majoritaires, *ex post facto*, avoir été une clause injuste et déraisonnable.

En outre, la clause de non-recours n’était pas inique. Tercon n’a ni le pouvoir ni l’autorité du ministère, mais c’est une entreprise importante parfaitement en mesure de défendre ses intérêts commerciaux. Il n’y avait donc pas d’inégalité déterminante du pouvoir de négociation. Aussi, la clause de non-recours n’est pas aussi draconienne que le laisse entendre Tercon. L’inexécution du contrat A donnait ouverture à d’autres recours. Les parties s’attendaient, même si cette éventualité ne les

operate even where the eligibility criteria in respect of the bid (including the bidder) were not complied with.

Finally, the Ministry's misconduct did not rise to the level where public policy would justify the court in depriving the Ministry of the protection of the exclusion of compensation clause freely agreed to by Tercon in the contract.

Cases Cited

By Cromwell J.

Applied: *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860; **considered:** *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; *Cahill (G.J.) & Co. (1979) Ltd. v. Newfoundland and Labrador (Minister of Municipal and Provincial Affairs)*, 2005 NLTD 129, 250 Nfld. & P.E.I.R. 145; *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423; *Fraser Jewellers (1982) Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.* (1997), 34 O.R. (3d) 1; **referred to:** *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *Double N Earthmovers Ltd. v. Edmonton (City)*, 2007 SCC 3, [2007] 1 S.C.R. 116; *Hillis Oil and Sales Ltd. v. Wynn's Canada, Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 57.

By Binnie J. (dissenting)

Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd., [1989] 1 S.C.R. 426; *The Queen in right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd.*, 2001 SCC 58, [2001] 2 S.C.R. 943; *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860; *Double N Earthmovers Ltd. v. Edmonton (City)*, 2007 SCC 3, [2007] 1 S.C.R. 116; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia* (1993), 9 C.L.R. (2d) 197, aff'd [1994] B.C.J. No. 2658 (QL); *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936; *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423; *ABB Inc. v. Domtar Inc.*, 2007 SCC 50, [2007] 3 S.C.R. 461; *Re Millar Estate*, [1938] S.C.R. 1; *Plas-Tex Canada Ltd. v. Dow Chemical of Canada Ltd.*, 2004 ABCA 309, 245 D.L.R. (4th) 650.

Statutes and Regulations Cited

Ministry of Transportation and Highways Act, R.S.B.C. 1996, c. 311, ss. 4, 23.

enchantaît guère, à ce que la clause « écartant toute indemnisation » s'applique advenant même le non-respect des critères d'admissibilité de la soumission (et de son auteur).

Enfin, l'inconduite n'était pas répréhensible au point que l'ordre public justifie le tribunal de refuser au ministère la protection de la clause de non-recours en indemnisation à laquelle Tercon a librement consenti.

Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

Arrêts appliqués : *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860; **arrêts examinés :** *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426; *Cahill (G.J.) & Co. (1979) Ltd. c. Newfoundland and Labrador (Minister of Municipal and Provincial Affairs)*, 2005 NLTD 129, 250 Nfld. & P.E.I.R. 145; *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423; *Fraser Jewellers (1982) Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.* (1997), 34 O.R. (3d) 1; **arrêts mentionnés :** *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, 2007 CSC 3, [2007] 1 R.C.S. 116; *Hillis Oil and Sales Ltd. c. Wynn's Canada, Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 57.

Citée par le juge Binnie (dissident)

Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée, [1989] 1 R.C.S. 426; *La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, 2001 CSC 58, [2001] 2 R.C.S. 943; *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860; *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, 2007 CSC 3, [2007] 1 R.C.S. 116; *Tercon Contractors Ltd. c. British Columbia* (1993), 9 C.L.R. (2d) 197, conf. par [1994] B.C.J. No. 2658 (QL); *Karsales (Harrow) Ltd. c. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936; *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423; *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, 2007 CSC 50, [2007] 3 R.C.S. 461; *Re Millar Estate*, [1938] R.C.S. 1; *Plas-Tex Canada Ltd. c. Dow Chemical of Canada Ltd.*, 2004 ABCA 309, 245 D.L.R. (4th) 650.

Lois et règlements cités

Ministry of Transportation and Highways Act, R.S.B.C. 1996, ch. 311, art. 4, 23.

Authors Cited

- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.
- Kain, Brandon, and Douglas T. Yoshida. “The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law”, in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2007*. Toronto: Thomson Carswell, 2007, 1.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*. Toronto: Irwin Law, 2005.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2005.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Mackenzie and Lowry J.J.A.), 2007 BCCA 592, 73 B.C.L.R. (4th) 201, 40 B.L.R. (4th) 26, 289 D.L.R. (4th) 647, [2008] 2 W.W.R. 410, 249 B.C.A.C. 103, 414 W.A.C. 103, 66 C.L.R. (3d) 1, [2007] B.C.J. No. 2558 (QL), 2007 CarswellBC 2880, setting aside a decision of Dillon J., 2006 BCSC 499, 53 B.C.L.R. (4th) 138, [2006] 6 W.W.R. 275, 18 B.L.R. (4th) 88, 51 C.L.R. (3d) 227, [2006] B.C.J. No. 657 (QL), 2006 CarswellBC 730. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Binnie, Abella and Rothstein J.J. dissenting.

Chris R. Armstrong, Brian G. McLean, William S. McLean and Marie-France Major, for the appellant.

J. Edward Gouge, Q.C., Jonathan Eades and Kate Hamm, for the respondent.

Malliha Wilson and Lucy McSweeney, for the intervener.

The judgment of LeBel, Deschamps, Fish, Charron and Cromwell J.J. was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] The Province accepted a bid from a bidder who was not eligible to participate in the tender and then took steps to ensure that this fact was not disclosed. The main question on appeal, as I see it, is whether the Province succeeded in excluding

Doctrine citée

- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2007.
- Kain, Brandon, and Douglas T. Yoshida. « The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law », in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2007*. Toronto : Thomson Carswell, 2007, 1.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*. Toronto : Irwin Law, 2005.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 5th ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2005.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Donald, Mackenzie et Lowry), 2007 BCCA 592, 73 B.C.L.R. (4th) 201, 40 B.L.R. (4th) 26, 289 D.L.R. (4th) 647, [2008] 2 W.W.R. 410, 249 B.C.A.C. 103, 414 W.A.C. 103, 66 C.L.R. (3d) 1, [2007] B.C.J. No. 2558 (QL), 2007 CarswellBC 2880, qui a infirmé une décision de la juge Dillon, 2006 BCSC 499, 53 B.C.L.R. (4th) 138, [2006] 6 W.W.R. 275, 18 B.L.R. (4th) 88, 51 C.L.R. (3d) 227, [2006] B.C.J. No. 657 (QL), 2006 CarswellBC 730. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Abella et Rothstein sont dissidents.

Chris R. Armstrong, Brian G. McLean, William S. McLean et Marie-France Major, pour l’appelante.

J. Edward Gouge, c.r., Jonathan Eades et Kate Hamm, pour l’intimée.

Malliha Wilson et Lucy McSweeney, pour l’intervenant.

Version française du jugement des juges LeBel, Deschamps, Fish, Charron et Cromwell rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] La province a accepté la soumission d’une entreprise non admise à participer à l’appel d’offres, puis elle a pris des mesures pour dissimuler ce fait. De mon point de vue, la principale question que soulève le pourvoi est celle de savoir si, grâce à

its liability for damages flowing from this conduct through an exclusion clause it inserted into the contract. I share the view of the trial judge that it did not.

[2] The appeal arises out of a tendering contract between the appellant, Tercon Contractors Ltd., who was the bidder, and the respondent, Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia, who issued the tender call. The case turns on the interpretation of provisions in the contract relating to eligibility to bid and exclusion of compensation resulting from participation in the tendering process.

[3] The trial judge found that the respondent (which I will refer to as the Province) breached the express provisions of the tendering contract with Tercon by accepting a bid from another party who was not eligible to bid and by ultimately awarding the work to that ineligible bidder. In short, a bid was accepted and the work awarded to a party who should not even have been permitted to participate in the tender process. The judge also found that this and related conduct by the Province breached the implied duty of fairness to bidders, holding that the Province had acted “egregiously” (2006 BCSC 499, 53 B.C.L.R. (4th) 138, at para. 150). The judge then turned to the Province’s defence based on an exclusion clause that barred claims for compensation “as a result of participating” in the tendering process. She held that this clause, properly interpreted, did not exclude Tercon’s claim for damages. In effect, she held that it was not within the contemplation of the parties that this clause would bar a remedy in damages arising from the Province’s unfair dealings with a party who was not entitled to participate in the tender in the first place.

[4] The Province appealed and the Court of Appeal reversed (2007 BCCA 592, 73 B.C.L.R. (4th) 201). Dealing only with the exclusion clause issue, it held that the clause was clear and unambiguous and barred compensation for all defaults.

la clause de non-recours en indemnisation (« clause de non-recours ») qu’elle a insérée dans le contrat, la province parvient à échapper à la responsabilité civile découlant de ces actes. À l’instar de la juge de première instance, je conclus par la négative.

[2] Le pourvoi fait suite au contrat issu de l’appel d’offres et intervenu entre l’appelante Tercon Contractors Ltd., le soumissionnaire, et l’intimée Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique (la « province »), l’auteur de l’appel d’offres. Le dénouement de l’affaire tient à l’interprétation des clauses du contrat relatives à l’admissibilité à soumissionner et à l’exclusion de toute indemnité pour la participation à la demande de propositions.

[3] La juge de première instance conclut que la province a contrevenu aux stipulations expresses du contrat intervenu avec Tercon en acceptant la proposition d’un autre soumissionnaire qui n’était pas admissible, puis en confiant les travaux à ce même soumissionnaire. Pour faire court, une proposition a été acceptée et le marché a été accordé à une entreprise qui n’aurait même pas dû être admise à participer au processus. La juge de première instance conclut également que par ces actes et d’autres mesures connexes, la province a manqué à son obligation tacite d’équité envers les soumissionnaires et qu’elle a agi [TRADUCTION] « de manière inacceptable » (2006 BCSC 499, 53 B.C.L.R. (4th) 138, par. 150). Elle se penche ensuite sur la clause de non-recours qui, selon la province, ferait obstacle à toute demande d’indemnisation [TRADUCTION] « pour [l]a participation » à l’appel d’offres. Elle estime que, correctement interprétée, la clause ne faisait pas obstacle au recours en dommages-intérêts de Tercon. Elle statue en effet que les parties n’ont pas envisagé que la clause empêche un tel recours intenté pour l’iniquité dont a fait preuve la province en se mettant en rapport avec une entreprise qui n’était même pas admise à soumissionner.

[4] La province s’est adressée à la Cour d’appel, qui lui a donné raison, se prononçant uniquement sur la clause de non-recours et statuant qu’elle était claire et non équivoque et qu’elle faisait obstacle à l’indemnisation pour toute inexécution (2007 BCCA 592, 73 B.C.L.R. (4th) 201).

[5] On Tercon’s appeal to this Court, the questions for us are whether the successful bidder was eligible to participate in the request for proposals (“RFP”) and, if not, whether Tercon’s claim for damages is barred by the exclusion clause.

[6] In my respectful view, the trial judge reached the right result on both issues. The Province’s attempts to persuade us that it did not breach the tendering contract are, in my view, wholly unsuccessful. The foundation of the tendering contract was that only six, pre-selected bidders would be permitted to participate in the bidding. As the trial judge held, the Province not only acted in a way that breached the express and implied terms of the contract by considering a bid from an ineligible bidder, it did so in a manner that was an affront to the integrity and business efficacy of the tendering process. One must not lose sight of the fact that the trial judge found that the Province acted egregiously by “ensuring that [the true bidder] was not disclosed” (para. 150) and that its breach “attacked the underlying premise of the [tendering] process” (para. 146), a process which was set out in detail in the contract and, in addition, had been given ministerial approval as required by statute.

[7] As for its reliance on the exclusion clause, the Province submits that the parties were free to agree to limitations of liability and did so. Consideration of this submission requires an interpretation of the words of the clause to which the parties agreed in the context of the contract as a whole. My view is that, properly interpreted, the exclusion clause does not protect the Province from Tercon’s damage claim which arises from the Province’s dealings with a party not even eligible to bid, let alone from its breach of the implied duty of fairness to bidders. In other words, the Province’s liability did not arise from Tercon’s participation in the process that the Province established, but from the Province’s unfair dealings with a party who was not entitled to participate in that process.

[8] I would allow the appeal and restore the judgment of the trial judge.

[5] Dans le pourvoi formé par Tercon, la Cour est appelée à déterminer si l’adjudicataire était admis à participer à la demande de propositions (« DP ») et, dans la négative, si la clause de non-recours fait obstacle au recours en dommages-intérêts de Tercon.

[6] En toute déférence, j’estime que la juge de première instance tranche correctement les deux questions. La province n’est pas du tout parvenue, selon moi, à convaincre la Cour qu’elle n’avait pas manqué à ses obligations contractuelles. Suivant le contrat issu de l’appel d’offres, seules six entreprises présélectionnées pouvaient prendre part à l’appel d’offres. La juge statue qu’en considérant l’offre d’un soumissionnaire inadmissible, la province a manqué à ses obligations contractuelles expresses et tacites, et ce, d’une manière qui portait outrageusement atteinte à l’intégrité et à l’efficacité commerciale du processus d’appel d’offres. Sans oublier qu’à son avis, la province a agi de manière inacceptable en [TRADUCTION] « veillant à ce que [l’identité du véritable soumissionnaire] ne soit pas révélée » (par. 150). La juge ajoute que cette inexécution [TRADUCTION] « a sapé l’assise du processus [d’appel d’offres] » (par. 146), lequel était décrit en détail dans le contrat et, qui plus est, avait obtenu l’approbation ministérielle exigée par la loi.

[7] Pour ce qui concerne l’application de la clause de non-recours, la province soutient que les parties étaient libres de limiter leur responsabilité comme elles l’ont fait. Statuer sur cette prétention exige que l’on interprète le libellé de la clause dont les parties ont convenu, au vu du contrat dans son entier. J’estime que, correctement interprétée, la clause de non-recours ne protège pas la province contre l’action en dommages-intérêts intentée par Tercon pour la mise en rapport de la province avec une entreprise qui n’était même pas admise à soumissionner, sans compter le manquement à son obligation tacite d’équité envers les soumissionnaires. Autrement dit, la responsabilité de la province ne résulte pas de la participation de Tercon au processus, mais bien de l’iniquité dont la province s’est rendue coupable en se mettant en rapport avec une entreprise non admise à prendre part à ce processus.

[8] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de première instance.

II. Brief Overview of the Facts

[9] I will have to set out more factual detail as part of my analysis. For now, a very brief summary will suffice. In 2000, the Ministry of Transportation and Highways (also referred to as the “Province”) issued a request for expressions of interest (“RFEI”) for designing and building a highway in northwestern British Columbia. Six teams made submissions, including Tercon and Brentwood Enterprises Ltd. Later that year, the Province informed the six proponents that it now intended to design the highway itself and would issue a RFP for its construction.

[10] The RFP was formally issued on January 15, 2001. Under its terms, only the six original proponents were eligible to submit a proposal. The RFP also included a clause excluding all claims for damages “as a result of participating in this RFP” (s. 2.10).

[11] Unable to submit a competitive bid on its own, Brentwood teamed up with Emil Anderson Construction Co. (“EAC”), which was not a qualified bidder, and together they submitted a bid in Brentwood’s name. Brentwood and Tercon were the two short-listed proponents and the Ministry ultimately selected Brentwood as the preferred proponent.

[12] Tercon brought an action seeking damages, alleging that the Ministry had considered and accepted an ineligible bid and that, but for that breach, it would have been awarded the contract. The trial judge agreed and awarded roughly \$3.5 million in damages and prejudgment interest. As noted, the Court of Appeal reversed and Tercon appeals by leave of the Court.

III. Issues

[13] The issues for decision are whether the trial judge erred in finding that:

1. the Province breached the tendering contract by entertaining a bid from an ineligible bidder.

II. Bref aperçu des faits

[9] Je reviendrai plus en détail sur les faits, mais pour l’heure, en voici un bref résumé. En 2000, le ministère des Transports et de la Voirie (également appelé la « province ») a lancé une demande d’expression d’intérêt (« DEI ») pour la conception et la construction d’une route dans le nord-ouest de la Colombie-Britannique. Elle a reçu six soumissions, dont celles de Tercon et de Brentwood Enterprises Ltd. Plus tard la même année, la province a fait savoir aux six entreprises intéressées qu’elle entendait désormais concevoir elle-même la route et demander des propositions pour sa construction.

[10] Lancée officiellement le 15 janvier 2001, la DP précisait que seules les six entreprises intéressées initialement étaient admises à soumissionner. Elle comportait aussi une clause écartant tout recours en indemnisation [TRADUCTION] « pour [I]a participation à la DP » (clause 2.10).

[11] Incapable de présenter seule une soumission concurrentielle, Brentwood s’est jointe à Emil Anderson Construction Co. (« EAC »), qui n’était pas un soumissionnaire admissible, et une proposition commune a été présentée au nom de Brentwood. La liste des adjudicataires possibles a été ramenée à deux entreprises — Brentwood et Tercon —, puis le ministère a finalement opté pour la première.

[12] Tercon a intenté une action en dommages-intérêts, alléguant que le ministère avait examiné puis accepté une soumission inadmissible et que, n’eût été ce manquement, elle aurait obtenu le contrat. Elle a eu gain de cause en première instance et obtenu une indemnité d’environ 3,5 millions de dollars plus l’intérêt avant jugement, mais elle a été déboutée en Cour d’appel. Tercon se pourvoit devant notre Cour sur autorisation.

III. Les questions en litige

[13] Notre Cour doit déterminer si la juge de première instance a eu tort ou non de tirer les conclusions suivantes :

1. la province a manqué à une obligation contractuelle en considérant la proposition d’un soumissionnaire inadmissible;

2. the exclusion clause does not bar the appellant's claim for damages for the breaches of the tendering contract found by the trial judge.

IV. Analysis

A. *Was the Brentwood Bid Ineligible?*

[14] The first issue is whether the Brentwood bid was from an eligible bidder. The judge found that the bid was in substance, although not in form, from a joint venture of Brentwood and EAC and that it was, therefore, an ineligible bid. The Province attacks this finding on three grounds:

- (i) a joint venture is not a legal person and therefore the Province could not and did not contract with a joint venture;
- (ii) it did not award the contract to EAC and EAC had no contractual responsibility to the Province for failure to perform the contract;
- (iii) there was no term of the RFP that restricted the right of proponents to enter into joint venture agreements with others; this arrangement merely left Brentwood, the original proponent, in place and allowed it to enhance its ability to perform the work.

[15] While these were the Province's main points, its position became more wide-ranging during oral argument, at times suggesting that it had no contractual obligation to deal only with eligible bidders. It is therefore necessary to take a step back and look at that threshold point before turning to the Province's more focussed submissions.

1. The Province's Contractual Obligations in the Bidding Process

[16] The judge found, and it was uncontested at trial, that only the six original proponents that

2. la clause de non-recours ne faisait pas obstacle au recours en dommages-intérêts de l'appelante pour les inexécutions contractuelles relevées par le tribunal.

IV. Analyse

A. *La proposition de Brentwood était-elle admissible?*

[14] La première question est celle de savoir si la proposition de Brentwood était présentée par un soumissionnaire admissible. La juge de première instance conclut que, malgré sa forme, la proposition provenait essentiellement d'une coentreprise formée de Brentwood et d'EAC et qu'elle était donc inadmissible. La province invoque trois motifs à l'encontre de cette conclusion :

- (i) une coentreprise étant dépourvue de la personnalité morale, elle ne pouvait contracter avec une telle entité et elle ne l'a pas fait;
- (ii) elle n'a pas adjugé le marché à EAC, et EAC n'avait envers elle aucune responsabilité en cas d'inexécution contractuelle;
- (iii) aucune disposition de la DP n'interdisait aux proposant de s'associer à des tiers en coentreprise : Brentwood, proposant initial, demeurait simplement en lice et accroissait sa capacité d'exécuter les travaux.

[15] Ce sont les principaux arguments invoqués par la province, mais celle-ci a défendu une thèse beaucoup plus large en plaidoirie orale, faisant valoir à certains moments qu'elle n'était pas contractuellement tenue de se mettre en rapport seulement avec des soumissionnaires admissibles. Il faut donc revenir sur cette question préliminaire avant d'analyser les points plus précis de son argumentation.

1. Les obligations contractuelles de la province dans le processus d'appel d'offres

[16] La juge de première instance conclut — ce qui n'a pas été contesté au procès — que seules les

qualified through the RFEI process were eligible to submit a response to the RFP. This finding is not challenged on appeal, although there was a passing suggestion during oral argument that there was no contractual obligation of this sort at all. The trial judge also held, noting that this point was uncontested, that a joint venture between Brentwood and EAC was ineligible to bid. This is also not contested on appeal. These two findings are critical to the case and provide important background for an issue that is in dispute, namely whether the Brentwood bid was ineligible. It is, therefore, worth reviewing the relevant background in detail. I first briefly set out the legal framework and then turn to the trial judge's findings.

2. Legal Principles

[17] Submitting a compliant bid in response to a tender call *may* give rise to a contract — called Contract A — between the bidder and the owner, the express terms of which are found in the tender documents. The contract may also have implied terms according to the principles set out in *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; see also *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619, and *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860. The key word, however, is “may”. The Contract A/Contract B framework is one that arises, if at all, from the dealings between the parties. It is not an artificial construct imposed by the courts, but a description of the legal consequences of the parties' actual dealings. The Court emphasized in *M.J.B.* that whether Contract A arises and if it does, what its terms are, depend on the express and implied terms and conditions of the tender call in each case. As Iacobucci J. put it, at para. 19:

What is important . . . is that the submission of a tender in response to an invitation to tender may give

six entreprises intéressées initialement, devenues admissibles à l'issue de la DEI, pouvaient donner suite à la DP. Cette conclusion n'est pas contestée en appel même si, en plaidoirie orale, la province a laissé entendre qu'elle n'avait pas d'obligation contractuelle concomitante. La juge estime également — et relève l'absence de contestation sur ce point — que la coentreprise formée de Brentwood et d'EAC n'était pas un soumissionnaire admissible. Cette conclusion n'est pas non plus contestée en appel. Ces deux conclusions sont cruciales en l'espèce et elles offrent une toile de fond importante pour trancher une question en litige, à savoir l'admissibilité de la proposition de Brentwood. Il convient donc d'examiner ce contexte en détail. Je ferai brièvement état du cadre juridique applicable avant de me pencher sur les conclusions de la juge de première instance.

2. Les principes juridiques

[17] Le dépôt d'une soumission conforme en réponse à un appel d'offres *peut* faire naître entre le soumissionnaire et le propriétaire un contrat — le contrat A — dont les conditions sont celles figurant dans le dossier d'appel d'offres. Le contrat peut également comporter des clauses tacites, suivant les principes formulés dans l'arrêt *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; voir aussi les arrêts *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, et *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860. L'élément clé réside toutefois dans l'emploi du mot « peut ». L'existence d'un contrat A et d'un contrat B dépend entièrement des échanges entre les parties. Il ne s'agit pas d'une conception artificielle imposée par les tribunaux, mais d'une description des conséquences juridiques des échanges intervenus entre les parties. Dans l'arrêt *M.J.B.*, la Cour souligne que ce sont les conditions expresses et tacites de l'appel d'offres qui déterminent chaque fois s'il y a ou non un contrat A et, le cas échéant, quelles en sont les conditions. Comme le dit le juge Iacobucci au par. 19 :

L'important [. . .] c'est que la présentation d'une soumission en réponse à un appel d'offres peut donner

rise to contractual obligations, quite apart from the obligations associated with the construction contract to be entered into upon the acceptance of a tender, depending upon whether the parties intend to initiate contractual relations by the submission of a bid. If such a contract arises, its terms are governed by the terms and conditions of the tender call. [Emphasis added.]

3. The Trial Judge's Findings Concerning the Existence of Contract A

[18] The question of whether Tercon's submission of a compliant bid gave rise to contractual relations between it and the Province was contested by the Province at trial. The trial judge gave extensive reasons for finding against the Province on this issue. We are told that the Province did not pursue this point in the Court of Appeal but instead premised its submissions on the existence of Contract A. The Province took the same approach in its written submissions in this Court. However, during oral argument, there was some passing reference in response to questions that there was no Contract A. In light of the position taken by the Province on its appeal to the Court of Appeal and in its written submissions in this Court, it is now too late to revisit whether there were contractual duties between Tercon and the Province. Even if it were open to the Province to make this argument now, I can see no error in legal principle or any palpable and overriding error of fact in the trial judge's careful reasons on this point.

[19] The trial judge did not mechanically impose the Contract A/Contract B framework, but considered whether Contract A arose in light of her detailed analysis of the dealings between the parties. That was the right approach. She reviewed in detail the provisions of the RFP which supported her conclusion that there was an intent to create contractual relations upon submission of a compliant bid. She noted, for example, that bids were to be irrevocable for 60 days and that security of \$50,000 had to be paid by all proponents and was to be increased to \$200,000 by the successful proponent. Any revisions to proposals prior to the closing date had to be in writing, properly executed and received before the closing time. The RFP also set

naissance à des obligations contractuelles tout à fait distinctes des obligations découlant du contrat d'entreprise qui doit être conclu dès l'acceptation de la soumission, selon que les parties auront voulu établir des rapports contractuels par la présentation d'une soumission. Advenant la formation d'un tel contrat, ses modalités sont régies par les conditions de l'appel d'offres. [Je souligne.]

3. Les conclusions de la juge de première instance concernant l'existence du contrat A

[18] La province a nié au procès que la présentation d'une soumission conforme par Tercon a fait naître un lien contractuel entre elles. La juge du procès motive abondamment sa décision de donner tort à la province sur ce point. Il appert que la province n'aurait pas persisté dans cette voie devant la Cour d'appel, mais aurait plutôt invoqué l'existence d'un contrat A. La province défend la même thèse dans l'argumentation écrite présentée à notre Cour, mais en réponse à des questions posées lors de sa plaidoirie, elle a laissé entendre qu'il n'existait pas de contrat A. Vu la position de la province en Cour d'appel et l'argumentation écrite qu'elle nous a présentée, il est désormais trop tard pour revenir sur la question de l'existence d'obligations contractuelles entre Tercon et la province. Et même s'il était loisible à la province de faire valoir cet argument aujourd'hui, je ne relève pas d'erreur de droit ni d'erreur de fait manifeste et dominante dans les motifs soigneusement rédigés par la juge de première instance sur ce point.

[19] La juge de première instance n'a pas mécaniquement appliqué le modèle du contrat A et du contrat B. Elle s'est plutôt demandé si l'examen détaillé des échanges entre les parties révélait qu'un contrat A en avait résulté. C'est ce qu'il convenait de faire. Elle conclut à l'issue d'un examen minutieux des dispositions de la DP qu'il y avait intention que la présentation d'une soumission conforme crée un lien contractuel. Par exemple, elle relève que les soumissions devaient être irrévocables pendant 60 jours et que chaque soumissionnaire devait verser 50 000 \$ à titre de garantie, montant qui passait à 200 000 \$ si sa proposition était retenue. Toute modification de la proposition avant la date de clôture devait être faite par écrit, porter les

out detailed evaluation criteria and specified that they were to be the only criteria to be used to evaluate proposals. A specific form of alliance agreement was attached. There were detailed provisions about pricing that were fixed and non-negotiable. A proponent was required to accept this form of contract substantially, and security was lost if an agreement was not executed. The Ministry reserved a right to cancel the RFP under s. 2.9 but in such event was obliged to reimburse proponents for costs incurred in preparing their bids up to \$15,000 each. Proponents had to submit a signed proposal form, which established that they offered to execute an agreement substantially in the form included in the RFP package. Further, they acknowledged that the security could be forfeited if they were selected as the preferred proponent and failed to enter into good faith discussions with the Ministry to reach an agreement and sign the alliance agreement.

[20] In summary, as the trial judge found, the RFP set out a specifically defined project, invited proposals from a closed and specific list of eligible proponents, and contemplated that proposals would be evaluated according to specific criteria. Negotiation of the alliance construction contract was required, but the negotiation was constrained and did not go to the fundamental details of either the procurement process or the ultimate contract.

[21] There is, therefore, no basis to interfere with the judge's finding that there was an intent to create contractual obligations upon submission of a compliant bid. I add, however, that the tender call in this case did not give rise to the classic Contract A/Contract B framework in which the bidder submits an irrevocable bid and undertakes to enter into Contract B on those terms if it is accepted. The alliance model process which was used here was more complicated than that and involved good faith negotiations for a Contract B in the form set out in the tender documents. But in my view, this should not distract us from the main question here. We do not have to spell out all of the terms of Contract A, let alone of Contract B, so as to define all of the duties and obligations of both

signatures requises et être reçue avant cette date. La DP donnait en outre le détail des critères d'évaluation, précisant qu'il s'agissait des seuls applicables. L'ébauche d'un accord de partenariat y était jointe. Des dispositions précises et non négociables sur les coûts y étaient prévues. Le soumissionnaire devait adhérer en substance à cette forme de contrat, sinon il perdait le montant de la garantie. À la clause 2.9, le ministère se réservait le droit d'annuler la DP, mais il devait alors rembourser les proposants des frais engagés pour la préparation des propositions, jusqu'à concurrence de 15 000 \$ chacun. Le formulaire de proposition que devait signer le soumissionnaire portait qu'il s'engageait à signer un accord revêtant essentiellement la forme de celui compris dans les documents de la DP. Le proposant reconnaissait en outre que si son offre était retenue, l'omission de négocier de bonne foi avec le ministère en vue de la conclusion d'une entente et de signer l'accord de partenariat pouvait entraîner la perte du dépôt de garantie.

[20] En résumé, comme le conclut la juge, la DP décrivait un projet précis, invitait un certain nombre de proposants admissibles à soumissionner et indiquait que les propositions seraient considérées au regard de critères établis. Il devait y avoir négociation de l'accord de construction en partenariat, mais à l'intérieur de certaines limites et elle ne devait pas porter sur les éléments fondamentaux du processus d'appel d'offres ou du contrat final.

[21] Il n'y a donc pas lieu de modifier la conclusion de la juge selon laquelle il y avait intention de faire en sorte que la présentation d'une soumission conforme fasse naître des obligations contractuelles. J'ajoute cependant que l'appel d'offres considéré en l'espèce ne correspondait pas au modèle classique du contrat A et du contrat B où le soumissionnaire présente une offre irrévocable et s'engage à conclure le contrat B aux mêmes conditions s'il est choisi. Le modèle du partenariat adopté en l'espèce était plus complexe et supposait des négociations de bonne foi en vue de la conclusion du contrat B revêtant la forme indiquée dans les documents de l'appel d'offres. Toutefois, cette particularité ne doit pas nous faire perdre de vue la principale question en litige. Point n'est besoin d'exposer

the bidders and the Province. The question here is much narrower: did contractual obligations arise as a result of Tercon's compliant bid and, if so, was it a term of that contract that the Province would only entertain bids from eligible bidders? The trial judge found offer, acceptance and consideration in the invitation to tender and Tercon's bid. There is no basis, in my respectful view, to challenge that finding even if it were open to the Province to try to do so at this late stage of the litigation.

4. The Trial Judge's Finding Concerning Eligibility

[22] It was not contested at trial that only the six original proponents that qualified through the RFEI process were eligible to bid. This point is not in issue on appeal; the question is what this eligibility requirement means. It will be helpful, therefore, to set out the background about this limited eligibility to bid in this tendering process.

[23] To begin, it is worth repeating that there is no doubt that the Province was contractually bound to accept bids only from eligible bidders. This duty may be implied even absent express stipulation. For example, in *M.J.B.*, the Court found that an implied obligation to accept only compliant bids was necessary to give business efficacy to the tendering process, noting, at para. 41, that a bidder must expend effort and incur expense in preparing its bid and must submit bid security and that it is "obvious" that it makes "little sense" for the bidder to comply with these requirements if the owner "is allowed, in effect, to circumscribe this process and accept a non-compliant bid". But again, whether such a duty should be implied in any given case will depend on the dealings between the parties. Here, however, there is no need to rely on implied terms. The obligation to consider only bids from eligible bidders

toutes les conditions du contrat A, encore moins celles du contrat B, pour circonscrire les obligations respectives du soumissionnaire et de la province. La question qu'il nous faut trancher est beaucoup plus étroite : la présentation d'une soumission conforme par Tercon a-t-elle fait naître des obligations contractuelles et, dans l'affirmative, l'obligation que la province n'examine que les propositions de soumissionnaires admissibles en faisait-elle partie? La juge de première instance estime qu'il y a eu offre, acceptation et contrepartie dans l'appel d'offres et dans la présentation d'une soumission par Tercon. Même si la province pouvait contester cette conclusion à ce stade avancé de l'instance, elle n'aurait à mon avis aucun motif valable de le faire.

4. La conclusion de la juge de première instance sur l'admissibilité

[22] Nulle partie n'a contesté en première instance que seules les six entreprises intéressées initialement, qui s'étaient rendues admissibles en répondant à la DEI, étaient admises à soumissionner. Ce point échappe donc au présent pourvoi. La question est de savoir ce qu'il en est de cette condition d'admissibilité. Le contexte de cette limitation de l'admissibilité au processus d'appel d'offres est donc susceptible de nous éclairer.

[23] D'abord, il convient de répéter qu'il ne fait aucun doute que la province était contractuellement tenue de n'accepter que les propositions de soumissionnaires admissibles. Même en l'absence d'une stipulation expresse, cette obligation peut être inférée. Dans l'arrêt *M.J.B.*, par exemple, notre Cour a statué que l'obligation tacite de n'accepter que les soumissions conformes était nécessaire à l'efficacité commerciale du processus d'appel d'offres, signalant au par. 41 qu'un soumissionnaire doit consacrer efforts et sommes d'argent à la préparation de sa soumission et verser une garantie, de sorte qu'il est « évident » qu'il serait « déraisonnable » qu'il doive satisfaire à ces exigences si le propriétaire « peut, dans les faits, contourner ce processus et accepter une soumission non conforme ». Mais encore une fois, ce sont les échanges entre les parties qui déterminent s'il y a lieu d'inférer l'existence d'une telle

was stated expressly in the tender documents and in the required ministerial approval of the process which they described.

[24] As noted, in early 2000, the Province issued a RFEI based on a design-build model; the contractor would both design and build the highway. The RFEI contemplated that a short list of three qualified contractors, or teams composed of contractors and consultants, would be nominated as proponents. Each was to provide a description of the legal structure of the team and to describe the role of each team member along with the extent of involvement of each team member as a percentage of the total scope of the project and an organization chart showing each team member's role. Any change in team management or key positions required notice in writing to the Province which reserved the right to disqualify the proponent if the change materially and negatively affected the ability of the team to carry out the project.

[25] Expressions of interest ("EOI") were received from six teams including Tercon and Brentwood. The evaluation panel and independent review panel recommended a short list of three proponents with Tercon topping the evaluation. Brentwood was evaluated fifth and was not on the short list. Brentwood was known to lack expertise in drilling and blasting and so its EOI had included an outline of the key team members with that experience. EAC did not participate and had no role in the Brentwood submission. The results of this evaluation were not communicated and the process did not proceed because the Province decided to design the project itself and issue an RFP for an alliance model contract to construct the highway.

[26] It was clear from the outset that only those who had submitted proposals during the RFEI process would be eligible to submit proposals under the RFP. This was specified in the approval of the process by the Minister of Transportation and

obligation. Cependant, en l'espèce, toute inférence est inutile, car l'obligation de considérer seulement les propositions de soumissionnaires admissibles figurait expressément dans le dossier d'appel d'offres et dans l'approbation ministérielle requise du processus qui y était décrit.

[24] Rappelons qu'au début de l'année 2000, la province a lancé une DEI pour un projet où l'entrepreneur était appelé à concevoir une route puis à la construire. Suivant la DEI, le nombre de proposants devait être ramené à trois, qu'il s'agisse d'entrepreneurs ou d'équipes d'entrepreneurs et de consultants, tous qualifiés. Chaque proposant devait préciser la structure juridique de l'équipe, le rôle de chacun de ses membres ainsi que le pourcentage de sa contribution à l'ensemble du projet, et remettre un organigramme indiquant la tâche de chacun. Toute modification touchant la direction de l'équipe ou les postes clés devait être notifiée par écrit à la province, qui se réservait le droit d'écarter le proposant si la modification compromettrait substantiellement l'aptitude à mener le projet à bien.

[25] Six équipes, dont Tercon et Brentwood, ont manifesté leur intérêt. Le comité d'évaluation et le comité de révision indépendant ont recommandé de retenir trois proposants, dont Tercon en tête de liste. Classée cinquième, Brentwood ne figurait pas sur cette liste. Comme elle n'avait pas d'expertise dans les domaines du forage et du dynamitage, Brentwood avait énuméré les membres clés de son équipe dotés de cette expertise. EAC n'a pas participé au processus ni joué de rôle dans la soumission de Brentwood. Les résultats de cette évaluation n'ont pas été communiqués, et la province a mis fin au processus après avoir décidé de se charger elle-même de la conception du projet et de demander des propositions en vue de la mise sur pied d'un partenariat pour la construction de la route.

[26] Il était clair dès le départ que seules les entreprises qui avaient manifesté leur intérêt pourraient présenter une proposition. C'est ce que prévoyait l'approbation du processus donnée par le ministre des Transports et de la Voirie (« ministre ») avant le

Highways (“Minister”) before the RFP was issued. It is worth pausing here to briefly look at the Minister’s role.

[27] Pursuant to s. 23 of the *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1996, c. 311, the legislation in force at the relevant time, the Minister was required to invite public tenders for road construction unless he or she determined that another process would result in competitively established costs for the work. The section provided:

23 (1) The minister must invite tenders by public advertisement, or if that is impracticable, by public notice, for the construction and repair of all government buildings, highways and public works, except for the following:

. . . .

(c) if the minister determines that an alternative contracting process will result in competitively established costs for the performance of the work.

(2) The minister must cause all tenders received to be opened in public, at a time and place stated in the advertisement or notice.

(3) The prices must be made known at the time the tenders are opened.

(4) In all cases where the minister believes it is not expedient to let the work to the lowest bidder, the minister must report to and obtain the approval of the Lieutenant Governor in Council before passing by the lowest tender, except if delay would be injurious to the public interest.

. . . .

[28] These provisions make clear that the work in this case had to be awarded by public tender, absent the Minister’s approval of an alternative process, and had to be awarded to the lowest bidder, absent approval of the Lieutenant Governor in Council. As noted, ministerial approval was given for an alternative process under s. 23(1)(c). The Minister issued

lancement de la DP. Il convient de se pencher brièvement sur le rôle du ministre.

[27] Suivant l’article 23 de la loi applicable à l’époque — la *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 311 —, le ministre devait lancer un appel d’offres pour la construction d’une route, sauf s’il était d’avis qu’un autre moyen permettrait la réalisation des travaux à un coût concurrentiel. L’article prévoyait notamment ce qui suit :

[TRADUCTION]

23 (1) Le ministre procède à un appel d’offres par annonce publique ou, lorsque c’est impossible, par avis public, pour la construction et la réparation d’un immeuble gouvernemental, d’une route ou d’un ouvrage public, sauf dans les cas suivants :

. . . .

c) il estime qu’un autre processus d’adjudication de marché permettra la réalisation des travaux à un coût concurrentiel.

(2) Le ministre veille à ce que toutes les soumissions reçues soient ouvertes en public à la date, à l’heure et à l’endroit indiqués dans l’annonce ou dans l’avis.

(3) Les prix doivent être communiqués lors de l’ouverture des soumissions.

(4) Lorsqu’il estime qu’il n’est pas opportun d’adjudger le marché au soumissionnaire le moins disant, le ministre en informe le lieutenant-gouverneur en conseil et obtient l’autorisation de ne pas retenir ce soumissionnaire, sauf s’il en résulte un retard préjudiciable à l’intérêt public.

. . . .

[28] Il ressort de ces dispositions qu’à défaut de l’approbation d’un autre processus par le ministre, le marché devait en l’espèce être attribué par voie d’appel d’offres et que, sauf autorisation du lieutenant-gouverneur de choisir un autre adjudicataire, le marché devait être adjugé au soumissionnaire le moins disant. Un autre processus

a notice that, pursuant to that section, he approved the process set out in an attached document and had determined it to be an alternative contracting process that would result in competitively established costs for the performance of the work. The attached document outlined in seven numbered paragraphs the process that had been approved.

[29] The document described the background of the public RFEI (which I have set out earlier), noting that *only those firms identified through the EOI process would be eligible to submit proposals for the work* and that they would receive invitations to do so. The Minister's approval in fact referred to the firms who had been short-listed from the RFEI process as being eligible. If this were taken to refer only to the three proponents identified by the evaluation process of the RFEI, Tercon would be included but Brentwood would not. However, no one has suggested that anything turns on this and it seems clear that ultimately all six of the RFEI proponents — including both Tercon and Brentwood — were intended to be eligible. The ministerial approval then briefly set out the process. Proposals “by short-listed firms” were to be evaluated “using the considerations set out in the RFP”.

[30] It is clear, therefore, that participation in the RFP process approved by the Minister was limited to those who had participated in the RFEI process.

[31] The Province's factum implies that the Minister approved inclusion of the exclusion clause in the RFP. However, there is no evidence of this in the record before the Court. The Minister's approval is before us. It is dated as having been prepared on August 23, 2000 and signed on October 19, 2000, and approves a process outlined in a two-page document attached to it. It says nothing about exclusion of the Province's liability. The RFP, containing the exclusion clause in issue here, is dated January 15, 2001 and was sent out to eligible bidders under cover of a letter of the

d'adjudication a fait l'objet d'une approbation ministérielle conformément à l'al. 23(1)c). Le ministre a donné avis de son approbation, en vertu de cette disposition, du processus décrit dans un document joint en annexe et de sa conclusion qu'il s'agissait d'un processus d'adjudication de marché permettant la réalisation des travaux à un coût concurrentiel. Le document joint en annexe décrivait en sept paragraphes numérotés le processus approuvé.

[29] Ce document faisait état du contexte (mentionné précédemment) de la DEI publique, précisant que *seules les entreprises retenues à l'issue du processus d'expression d'intérêt pourraient présenter une proposition* et seraient invitées à le faire. L'approbation ministérielle visait en fait les entreprises jugées admissibles par suite de la DEI. S'il s'agissait seulement des trois proposants sélectionnés dans le cadre de cette première évaluation, Tercon en faisait partie, mais non Brentwood. Or, nul ne laisse entendre que ce point est décisif à quelque égard, et il semble clair que, finalement, les six entreprises ayant donné suite à la DEI, dont Tercon et Brentwood, étaient tenues pour admissibles. L'approbation ministérielle décrit ensuite brièvement le processus. Les propositions des entreprises présélectionnées devaient être évaluées [TRADUCTION] « en fonction des critères énoncés dans la DP ».

[30] Il ne fait donc aucun doute que la participation au processus de DP approuvé par le ministre était réservée aux entreprises qui avaient répondu à la DEI.

[31] Dans son mémoire, la province laisse entendre que le ministre a approuvé la clause de non-recours figurant dans la DP. Or, selon le dossier de la Cour, aucun élément n'étaye sa prétention. Nous disposons du texte de l'approbation ministérielle. Suivant la date qui y est apposée, elle aurait été rédigée le 23 août 2000 et signée le 19 octobre de la même année. Elle vise le processus énoncé dans le document de deux pages qui y est joint. Aucune mention n'y est faite de la non-responsabilité de la province. La DP, qui renferme la clause de non-recours litigieuse, porte la date du 15 janvier 2001

same date, some three months after the Minister's approval.

[32] The RFP is a lengthy document, containing detailed instructions to proponents, required forms, a time schedule of the work, detailed provisions concerning contract pricing, a draft of the ultimate construction contract and many other things. Most relevant for our purposes are the terms of the instructions to proponents and in particular the eligibility requirements for bidders.

[33] The RFP reiterates in unequivocal terms that eligibility to bid was restricted as set out in the ministerial approval. It also underlines the significance of the identity of the proponent. In s. 1.1, the RFP specifies that only the six teams involved in the RFEI would be eligible. The term "proponent", which refers to a bidder, is defined in s. 8 as "a team that has become eligible to respond to the RFP as described in Section 1.1 of the Instructions to Proponents". Section 2.8(a) of the RFP stipulates that *only* the six proponents qualified through the RFEI process were eligible and that *proposals received from any other party would not be considered*. In short, there were potentially only six participants and "Contract A" could not arise by the submission of a bid from any other party.

[34] The RFP also addressed material changes to the proponent, including changes in the proponent's team members and its financial ability to undertake and complete the work. Section 2.8(b) of the RFP provided in part as follows:

If in the opinion of the Ministry a material change has occurred to the Proponent since its qualification under the RFEI, including if the composition of the Proponent's team members has changed . . . or if, for financial or other reasons, the Proponent's ability to undertake and complete the Work has changed, then the

et elle a été envoyée aux soumissionnaires admissibles avec lettre d'accompagnement datée du même jour quelque trois mois après l'approbation ministérielle.

[32] La DP est un document volumineux renfermant des instructions détaillées à l'intention des proposants, des formulaires à remplir, un calendrier des travaux, des dispositions précises sur la fixation du prix du contrat, une ébauche de l'accord final de construction en partenariat et bien d'autres éléments. Toutefois, ce qui importe le plus pour les besoins du présent pourvoi c'est le libellé des instructions aux proposants et, plus particulièrement, les conditions d'admissibilité des soumissionnaires.

[33] La DP rappelle de manière non équivoque que l'admissibilité à soumissionner est limitée comme le prévoit l'approbation ministérielle. Elle souligne aussi que l'identité du proposant importe. Le paragraphe 1.1 dispose que seules les six équipes ayant répondu à la DEI sont admissibles. L'article 8 prévoit que [TRADUCTION] « proposant » — l'équivalent de « soumissionnaire » — [TRADUCTION] « s'entend d'une équipe admise à répondre à la DP suivant le libellé du par. 1.1 des instructions aux proposants ». L'alinéa 2.8a) de la DP précise que *seuls* les six proposants devenus admissibles en répondant à la DEI peuvent soumissionner et qu'aucune *proposition d'une autre personne ne sera examinée*. En somme, il ne pouvait y avoir que six participants, et le « contrat A » ne pouvait naître de la présentation d'une proposition présentée par une autre personne.

[34] La DP aborde aussi la question de la modification substantielle visant un proposant, notamment en ce qui concerne la composition de son équipe et son aptitude financière à entreprendre les travaux et à les mener à bien. L'alinéa 2.8b) prévoit notamment ce qui suit :

[TRADUCTION] Lorsque de l'avis du ministère, depuis que le proposant est devenu admissible en répondant à la DEI, une modification substantielle le concernant s'est produite, notamment en ce qui a trait à la composition de son équipe [. . .] ou à son aptitude financière ou autre à entreprendre les travaux ou à les mener à bien, il peut

Ministry may request the Proponent to submit further supporting information as the Ministry may request in support of the Proponent's qualification to perform the Work. If in the sole discretion of the Ministry as a result of the changes the Proponent is not sufficiently qualified to perform the Work then the Ministry reserves the right to disqualify that Proponent, and reject its Proposal.

[35] The proponent was to provide an organization chart outlining the proponent's team members, structure and roles. If the team members were different from the RFEI process submission, an explanation was to be provided for the changes: s. 4.2(b)i). A list of subcontractors and suppliers was also to be provided and the Ministry had to be notified of any changes: s. 4.2(e).

[36] The RFP provided proponents with a mechanism to determine whether they remained qualified to submit a proposal. If a proponent was concerned about its eligibility as a result of a material change, it could make a preliminary submission to the Ministry describing the nature of the changes and the Ministry would give a written decision as to whether the proponent was still qualified: s. 2.8(b).

[37] Brentwood tried to take advantage of this process. The trial judge thoroughly outlined this, at paras. 17-23 of her reasons. In brief, Brentwood lacked expertise in drilling and blasting and by the time the RFP was issued, it faced limited local bonding capacity due to commitments to other projects, a shorter construction period, the potential unavailability of subcontractors and limited equipment to perform the work. It in fact considered not bidding at all. Instead, however, it entered into a pre-bidding agreement with EAC that the work would be undertaken by a joint venture of Brentwood and EAC and that upon being awarded the work, they would enter into a joint venture agreement and would share 50/50 the costs, expenses, losses and gains. The trial judge noted that it was common in the industry for contractors to agree to a joint venture on the basis of a pre-bid agreement with the specifics of the joint venture to be worked out once the contract was awarded and that Brentwood and EAC

exiger du proposant d'autres renseignements établissant qu'il est en mesure d'exécuter les travaux. Lorsque, à son seul gré, il estime que la modification fait en sorte que le proposant n'est pas suffisamment apte à exécuter les travaux, le ministère se réserve le droit de l'écartier et de rejeter sa proposition.

[35] Le proposant devait fournir un organisme indiquant la composition et la structure de son équipe et le rôle de ses membres. Lorsque les membres de son équipe n'étaient pas les mêmes que ceux mentionnés dans sa réponse à la DEI, il devait s'en expliquer : sous-al. 4.2b)i). Une liste de sous-traitants et de fournisseurs devait également être remise, et tout changement qui y était apporté devait être notifié au ministère : al. 4.2e).

[36] La DP prévoyait un mécanisme permettant au proposant de s'assurer qu'il était toujours admissible. Le proposant désireux de savoir si un changement substantiel compromettrait son admissibilité à soumissionner pouvait en communiquer la nature au ministère en vue d'obtenir une décision préalable confirmant ou non qu'il était toujours admissible : al. 2.8b).

[37] Brentwood a tenté de se prévaloir de ce mécanisme, et la juge de première instance relate sa démarche en détail aux par. 17 à 23 de ses motifs. Pour résumer, Brentwood n'avait pas d'expertise en matière de forage et de dynamitage et lorsque la DP a été lancée, le cautionnement qu'elle pouvait offrir était limité par d'autres engagements, la période de construction était écourtée, des sous-traitants pouvaient ne plus être disponibles et le matériel dont elle disposait pour exécuter les travaux était restreint. Elle a d'ailleurs envisagé de ne pas présenter de proposition du tout. Elle a cependant conclu avec EAC une entente préalable à la soumission prévoyant qu'elles réaliseraient les travaux en coentreprise et que, dès l'adjudication du marché, elles concluraient un accord de coentreprise et se répartiraient à parts égales les coûts, les dépenses, les pertes et les bénéfices. La juge signale qu'il est courant dans ce secteur d'activité qu'avant le dépôt d'une soumission, des entrepreneurs conviennent

acted consistently throughout in accordance with this industry standard.

[38] Brentwood sent the Province's project manager, Mr. Tasaka, a preliminary submission as provided for in s. 2.8(b) of the RFP, advising of a material change in its team's structure in that it wished to form a joint venture with EAC. This was done, the trial judge found, because Brentwood thought it would be disqualified if it submitted a proposal as a joint venture without the Ministry's prior approval under this section of the RFP. The Province never responded in writing as it ought to have according to s. 2.8(b).

[39] It seems to have been assumed by everyone that a joint venture of Brentwood and EAC was not eligible because this change would not simply be a change in the composition of the bidder's team, but in effect a new bidder. Without reviewing in detail all of the evidence referred to by the trial judge, it is fair to say that although Brentwood ultimately submitted a proposal in its own name, the proposal in substance was from the Brentwood/EAC joint venture and was evaluated as such. As the trial judge concluded:

The substance of the proposal was as a joint venture and this must have been apparent to all. The [project evaluation panel] approved Brentwood/EAC as joint venturers as the preferred proponent. The [panel] was satisfied that Tercon had the capacity and commitment to do the job but preferred the joint venture submission of Brentwood/EAC. [para. 53]

[40] There was some suggestion by the Province during oral argument that the trial judge had wrongly imposed on it a duty to investigate Brentwood's bid, a duty rejected by the majority of the Court in *Double N Earthmovers Ltd. v. Edmonton (City)*, 2007 SCC 3, [2007] 1 S.C.R. 116. In my view, the trial judge did no such thing. As her detailed findings make clear, the Province: (1) fully understood that the Brentwood bid was in fact on behalf of a joint venture of Brentwood and EAC; (2) thought

de la création d'une coentreprise dont les modalités seront arrêtées dès l'adjudication du contrat. Elle ajoute que Brentwood et EAC ont toujours agi dans le respect de cette pratique établie.

[38] Conformément à l'al. 2.8b) de la DP, Brentwood a fait parvenir au gestionnaire du projet, M. Tasaka, une proposition préliminaire qui signalait la modification substantielle de la structure de son équipe résultant de son intention de former une coentreprise avec EAC. Selon la juge de première instance, Brentwood l'a fait parce qu'elle pensait que sa proposition serait rejetée si elle était présentée au nom d'une coentreprise sans que le ministère n'ait donné son approbation au préalable en application de cette disposition de la DP. La province n'a jamais répondu par écrit comme elle était censée le faire suivant l'al. 2.8b).

[39] Tous les intéressés semblent avoir tenu la coentreprise Brentwood/EAC pour inadmissible du fait que la composition de l'équipe n'était pas simplement modifiée, mais qu'un nouveau soumissionnaire voyait en fait le jour. Sans analyser en détail tous les éléments de preuve mentionnés par la juge de première instance, on peut à juste titre affirmer que même si la proposition de Brentwood a été présentée en son seul nom, elle provenait essentiellement de la coentreprise Brentwood/EAC et elle a été considérée en conséquence. Selon la juge,

[TRADUCTION] [1]a proposition était essentiellement celle d'une coentreprise, ce qui a dû être évident pour tout le monde. Le [comité d'évaluation du projet] a arrêté son choix sur la coentreprise Brentwood/EAC. Il estimait que Tercon avait les moyens et la détermination nécessaires pour réaliser les travaux, mais il a préféré la proposition de Brentwood/EAC. [par. 53]

[40] Dans sa plaidoirie orale, la province a laissé entendre que la juge lui avait imputé à tort l'obligation de vérifier la soumission de Brentwood, ce qui allait à l'encontre de l'avis des juges majoritaires de notre Cour dans l'arrêt *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, 2007 CSC 3, [2007] 1 R.C.S. 116. Je ne crois pas que cela ait été le cas. Il ressort des conclusions détaillées de la juge que la province (1) savait pertinemment que la soumission de Brentwood était en fait celle d'une coentreprise

that a bid from that joint venture was not eligible; and (3) took active steps to obscure the reality of the situation. No investigation was required for the Province to know these things and the judge imposed no duty to engage in one.

5. The Province's Submissions

[41] I will address the Province's first two points together:

- (i) a joint venture is not a legal person and therefore the Province could not and did not contract with a joint venture; and
- (ii) it did not award the contract to EAC and EAC had no contractual responsibility to the Province for failure to perform the contract.

[42] I cannot accept these submissions. The issue is not, as these arguments assume, whether the Province contracted with a joint venture or whether EAC had contractual obligations to the Province. The issue is whether the Province considered an ineligible bid; the point of substance is whether the bid was from an eligible bidder.

[43] At trial there was no contest that a bid from a joint venture involving an ineligible bidder would be ineligible. The Province's position was that there was no need to look beyond the face of the bid to determine who was bidding: the proposal was in the name of Brentwood and therefore the bid was from a compliant bidder. Respectfully, I see no error in the trial judge's rejection of this position. There was a mountain of evidence to support the judge's conclusions that first, Brentwood's bid, in fact if not in form, was on behalf of a joint venture between itself and EAC; second, the Province knew this and took the position that it could not consider a bid from or award the work to that joint venture; third, the existence of the joint venture was a material consideration in favour of the Brentwood bid during the evaluation process; and finally, that steps were taken by revising and drafting documentation to obfuscate the reality of the situation.

formée avec EAC, (2) qu'elle estimait que la proposition de cette coentreprise était inadmissible et (3) qu'elle s'est activement employée à gommer ce fait. Nulle vérification ne s'imposait à cet égard, et la juge n'a pas imputé d'obligation de vérification à la province.

5. La thèse de la province

[41] Je me penche maintenant sur les deux premiers arguments de la province :

- (i) une coentreprise étant dépourvue de la personnalité morale, la province ne pouvait contracter avec elle et elle ne l'a pas fait;
- (ii) elle n'a pas adjugé le marché à EAC, et EAC n'avait envers elle aucune responsabilité en cas d'inexécution du contrat.

[42] Je ne peux faire droit à ces prétentions. Il ne s'agit pas de savoir si la province a contracté avec une coentreprise ou si EAC avait des obligations contractuelles envers elle, mais bien si la province a considéré une proposition inadmissible. Il faut déterminer si la proposition provenait d'un soumissionnaire admissible.

[43] Au procès, nul n'a contesté l'inadmissibilité d'une coentreprise comptant en son sein un soumissionnaire inadmissible. La province affirme qu'elle n'avait pas à se demander si la proposition provenait d'une autre entreprise que celle nommée : la proposition était présentée au nom de Brentwood, un soumissionnaire admissible. Je suis pourtant d'avis que la juge de première instance n'a pas eu tort d'écarter cet argument. Une preuve plus qu'abondante étayait ses conclusions selon lesquelles (1) la soumission de Brentwood, en dépit des apparences, était en fait présentée par la coentreprise avec EAC, (2) la province le savait et estimait qu'elle ne pouvait ni considérer la proposition de cette coentreprise ni adjuger le contrat à celle-ci, (3) l'existence de la coentreprise jouait en faveur de Brentwood dans le cadre du processus d'évaluation des propositions et, enfin, (4) la province s'est employée à masquer cette réalité en révisant et en rédigeant la documentation.

[44] Brentwood was one of the original RFEI proponents and was of course eligible to bid, subject to material changes in the composition of its team. EAC had not submitted a proposal during the RFEI process. It had been involved in advising the Ministry in relation to the project in 1998 and, in the fall of 2000, the Ministry had asked EAC to prepare an internal bid for comparison purposes (although EAC did not do so) as EAC was not entitled to bid on the Project.

[45] As noted earlier, after the RFP was issued, Brentwood and EAC entered into a pre-bidding agreement that provided that the work would be undertaken in the name of Brentwood/Anderson, a joint venture, that the work would be sponsored and managed by the joint venture and that upon being awarded the contract, the parties would enter into a joint venture agreement. Brentwood advised the Ministry in writing that it was forming a joint venture with EAC “to submit a more competitive price”; this fax was in effect a preliminary submission contemplated by s. 2.8(b) of the RFP and was written, as the trial judge found, because Brentwood assumed that it could be disqualified if it submitted a proposal as a joint venture unless prior arrangements had been made. The Province never responded in writing to this preliminary submission, as required by s. 2.8(b). There were, however, discussions with the Province’s project manager, Mr. Tasaka who, the trial judge found, understood that a joint venture from Brentwood and EAC would not be eligible. As the judge put it, the Province’s position appears to have been that the Brentwood/EAC proposal could proceed as long as the submission was in the name of Brentwood.

[46] In the result, EAC was listed in the ultimate submission as a “major member” of the team. The legal relationship with EAC was not specified and EAC was listed as a subcontractor even though, as the trial judge found, their relationship bore no resemblance to a standard subcontractor agreement. The trial judge found as facts — and these findings are not challenged — that Brentwood and EAC always intended between themselves to form a joint venture and to formalize that arrangement once the contract was secured, and further, that the

[44] Comme Brentwood faisait partie des entreprises ayant initialement répondu à la DEI, elle était bien sûr admise à soumissionner, sauf modification substantielle de la composition de son équipe. EAC n’avait pas donné suite à la DEI. En 1998, elle avait conseillé le ministère relativement au projet et, à l’automne 2000, ce dernier lui avait demandé de préparer une soumission interne aux fins de comparaison (ce qu’elle n’a cependant pas fait) puisqu’elle n’était pas admise à soumissionner.

[45] Rappelons qu’après le lancement de la DP, Brentwood et EAC ont conclu un accord préalable à la proposition prévoyant que les travaux seraient entrepris au nom de la coentreprise, que celle-ci les financerait et les gèrerait et qu’un accord de coentreprise interviendrait si le contrat leur était adjugé. Brentwood a informé le ministère par écrit qu’elle formait une coentreprise avec EAC [TRADUCTION] « afin de présenter une soumission plus concurrentielle ». Le document télécopié constituait en fait la proposition préliminaire visée à l’al. 2.8b) de la DP et, suivant la juge de première instance, Brentwood l’avait envoyé parce qu’elle pensait que faute de démarches préalables, la soumission présentée au nom de la coentreprise pouvait être rejetée. La province n’y a jamais donné suite par écrit comme l’exigeait l’al. 2.8b). Cependant, des discussions ont eu lieu avec le gestionnaire du projet, M. Tasaka, qui, selon la juge de première instance, était conscient de l’inadmissibilité d’une coentreprise formée de Brentwood et d’EAC. Comme le dit la juge, la province paraît avoir estimé que la soumission de Brentwood/EAC pouvait être considérée si elle était présentée au nom de Brentwood.

[46] Dans la proposition finale, EAC a donc été qualifiée de [TRADUCTION] « membre important » de l’équipe. Le lien juridique entre Brentwood et EAC n’était pas précisé, et EAC figurait dans la liste des sous-traitants, même si, comme l’indique la juge de première instance, la relation entre les deux parties ne s’apparentait en rien à celle créée par un contrat de sous-traitance. La juge conclut — et nul ne conteste — que Brentwood et EAC ont toujours eu l’intention commune de former une coentreprise et de rendre celle-ci officielle une fois le contrat

role of EAC was purposefully obfuscated in the bid to avoid an apparent conflict with s. 2.8(a) of the RFP.

[47] During the selection process, it became clear that the bid was in reality on behalf of a joint venture. The project evaluation panel (“PEP”) requested better information than provided in the bid about the structure of the business arrangements between Brentwood and EAC. Brentwood responded by disclosing the pre-bid agreement between them to form a 50/50 joint venture if successful. The PEP understood from this that Brentwood and EAC had a similar interest in the risk and reward under the contract and that this helped satisfy them that the “risk/reward” aspect of the alliance contract could be negotiated with them flexibly. The PEP clearly did not consider EAC to be a subcontractor although shown as such in the bid. In its step 6 report, the PEP consistently referred to the proponent as being a joint venture of Brentwood and EAC or as “Brentwood/EAC” and the trial judge found that it was on the basis that they were indeed a joint venture that PEP approved Brentwood/EAC as the preferred proponent. This step 6 report was ultimately revised to refer only to the Brentwood team as the official proponent. The trial judge found as a fact that this revision was made because “it was apparent that a joint venture was not eligible to submit a proposal” (para. 56).

[48] The findings of the trial judge and the record make it clear that it was no mere question of form rather than a matter of substance whether the bidder was Brentwood with other team members or, as it in fact was, the Brentwood/EAC joint venture. As she noted, at para. 121 of her reasons, the whole purpose of the joint venture was to allow submission of a more competitive price than it would have been able to do as a proponent with a team as allowed under s. 2.8(b) of the RFP. The joint venture permitted a 50/50 sharing of risk and reward and co-management of the project while at the same time avoiding the restrictions on subcontracting in the tendering documents. As the judge put it, the bid by the joint venture constituted “material non-compliance” with the tendering contract: “. . .

obtenu et que le rôle d’EAC a été occulté à dessein dans la proposition afin d’éviter toute inobservation apparente de l’al. 2.8a) de la DP.

[47] Il est apparu clairement au cours du processus de sélection que la soumission était en fait présentée au nom d’une coentreprise. Le comité d’évaluation du projet (« CEP ») a demandé plus de précisions sur les liens d’affaires entre Brentwood et EAC. Brentwood a alors révélé l’existence de l’accord préalable prévoyant la formation d’une coentreprise à parts égales si sa soumission était retenue. Le CEP en a déduit que Brentwood et EAC avaient une même participation aux risques et aux bénéfices découlant du marché, ce qui a contribué à le convaincre qu’elles pourraient faire preuve de souplesse dans la négociation du volet « risques/bénéfices » de l’accord de partenariat. Manifestement, le CEP n’a pas considéré EAC comme un sous-traitant même si elle était présentée de la sorte dans la soumission. Dans son rapport de l’étape 6, le CEP renvoie systématiquement à la coentreprise formée de Brentwood et d’EAC ou à « Brentwood/EAC » pour parler du proposant. La juge de première instance conclut que c’est bien parce qu’elles formaient une coentreprise que le CEP a arrêté son choix sur elles. Le rapport a par la suite été modifié de façon que seule l’équipe Brentwood y figure comme proposant officiel. La juge de première instance y voit [TRADUCTION] « l’évidence qu’une coentreprise n’était pas admissible à soumissionner » (par. 56).

[48] Il ressort des conclusions de la juge de première instance et du dossier que la question de savoir si le soumissionnaire était Brentwood avec l’appui des autres membres de l’équipe ou — comme c’était effectivement le cas —, la coentreprise, ne tenait pas seulement à la forme, mais également au fond. La juge indique au par. 121 de ses motifs que la raison d’être de la coentreprise était essentiellement d’arriver à un prix plus concurrentiel que celui qu’aurait pu offrir un proposant appuyé d’une équipe comme le permettait l’al. 2.8b) de la DP. La coentreprise rendait possible le partage à parts égales des risques et des bénéfices ainsi que de la gestion du projet tout en soustrayant le soumissionnaire aux limitations de la sous-traitance prévues dans le dossier d’appel d’offres. Comme

the joint venture with EAC allowed Brentwood to put forward a more competitive price than contemplated under the RFEI proposal. This went to the essence of the tendering process” (para. 126).

[49] The Province suggests that the trial judge’s reasons allow form to triumph over substance. In my view, it is the Province’s position that better deserves that description. It had a bid which it knew to be on behalf of a joint venture, encouraged the bid to proceed and took steps to obfuscate the reality that it was on behalf of a joint venture. Permitting the bid to proceed in this way gave the joint venture a competitive advantage in the bidding process, and the record could not be clearer that the joint venture nature of the bid was one of its attractions during the selection process. The Province nonetheless submits that so long as only the name of Brentwood appears on the bid and ultimate Contract B, all is well. If ever a submission advocated placing form above substance, this is it.

[50] It is true that the Province had legal advice and did not proceed in defiance of it. However, the facts as found by the trial judge about this legal advice hardly advance the Province’s position. The judge found that the Province’s lawyer was not aware of the background relevant to the question of whether the Brentwood bid was eligible, never reviewed the proponent eligibility requirements in the RFP and was not asked to and did not direct his mind to the question of eligibility. As the trial judge put it, the lawyer “appears to have operated on the assumption that Brentwood had been irreversibly selected” (para. 70).

[51] The Brentwood/EAC joint venture having been selected as the preferred proponent, negotiations for the alliance contract ensued. The trial judge found that by this time, all agreed that a joint venture

l’explique la juge, la présentation d’une proposition par une coentreprise constituait une [TRADUCTION] « inexécution importante » du contrat issu de l’appel d’offres : [TRADUCTION] « . . . en formant une coentreprise avec EAC, Brentwood pouvait proposer un prix plus concurrentiel que celui offert en réponse à la DEI, ce qui touchait à l’essence même du processus d’appel d’offres » (par. 126).

[49] La province reproche à la juge de première instance de faire primer la forme sur le fond. À mon avis, c’est plutôt à sa thèse qu’on peut imputer pareille dérive. Elle avait en main une soumission qu’elle savait provenir d’une coentreprise, elle a encouragé sa présentation et elle a pris des mesures pour masquer le fait qu’elle était formulée par une coentreprise. Elle a ainsi conféré un avantage concurrentiel à celle-ci dans le processus d’appel d’offres, et il appert on ne peut plus clairement du dossier que l’existence de la coentreprise a été considérée comme un atout lors du processus de sélection. La province soutient néanmoins qu’il n’y a là rien d’irrégulier dans la mesure où le nom de Brentwood figurait sur la soumission, puis dans le contrat B. S’il est un argument qui fait primer la forme sur le fond, c’est bien celui-là.

[50] Certes, la province avait obtenu un avis juridique et elle n’a pas agi à l’encontre de celui-ci. Or, les faits établis selon la juge de première instance relativement à cet avis juridique n’appuient pas vraiment la prétention de la province. La juge relève que le conseiller juridique de la province ne disposait pas des éléments de contexte nécessaires pour déterminer si la soumission de Brentwood était admissible, il n’a jamais examiné les conditions d’admissibilité à soumissionner énoncées dans la DP et on ne lui a pas demandé de se pencher sur la question de l’admissibilité, ce qu’il n’a pas fait de son propre chef non plus. Comme le dit la juge, le conseiller juridique [TRADUCTION] « paraît avoir supposé au départ que Brentwood avait été irrévocablement retenue » (par. 70).

[51] La proposition de la coentreprise Brentwood/EAC ayant été retenue, les négociations en vue de la conclusion de l’accord de partenariat ont commencé. De l’avis de la juge de première instance,

was not an eligible proponent and the Ministry was taking the position that the contract could not be in the name of the joint venture. Brentwood and EAC executed a revised pre-contract agreement that provided, notwithstanding the letter of intent from the Ministry addressed to Brentwood indicating that the legal relationship between them would be contractor/subcontractor, the contract would be performed and the profits shared equally between them. The work was to be managed by a committee with equal representation, the bond required by the owner was to be provided by both parties and EAC indemnified Brentwood against half of any loss or cost incurred as a result of performance of the work. According to schedule B4 of the RFP, all subcontracts were to be attached to the RFP but no contract between Brentwood and EAC was ever provided or attached to the proposal.

[52] The Province has identified no palpable and overriding error in these many findings of fact by the trial judge. I conclude, therefore, that we must approach the case on the basis of the judge's finding that the bid was in fact, if not in form, submitted by a joint venture of Brentwood and EAC, that the Ministry was well aware of this, that the existence of the joint venture was a material consideration in favour of the bid during the evaluation process and that by bidding as a joint venture, Brentwood was given a competitive advantage in the bidding process.

[53] I reject the Ministry's submissions that all that matters is the form and not the substance of the arrangement. In my view, the trial judge's finding that this bid was in fact on behalf of a joint venture is unassailable.

[54] I turn to the Province's third point:

(iii) there was no term of the RFP that restricted the right of proponents to enter into joint venture agreements with others; this arrangement merely left Brentwood, the original

tous convenaient alors que la coentreprise n'était pas un soumissionnaire admissible, et le ministère estimait que le contrat ne pouvait être conclu avec elle. Brentwood et EAC ont signé un accord préalable modifié stipulant que, malgré la lettre d'intention du ministère adressée à Brentwood et selon laquelle la relation juridique entre les deux entreprises serait celle existant entre un entrepreneur et un sous-traitant, le contrat serait exécuté par les deux entreprises, et les bénéfices partagés entre elles à parts égales. L'accord prévoyait aussi que la gestion des travaux relèverait d'un comité constitué d'un nombre égal de représentants des deux entreprises, que le cautionnement exigé par le propriétaire serait fourni par les deux entreprises et qu'EAC dédommagerait Brentwood de la moitié des pertes ou des coûts découlant de l'exécution des travaux. Suivant l'annexe B4 de la DP, tous les sous-contrats devaient être joints à la proposition, mais nul contrat intervenu entre Brentwood et EAC ne l'avait été.

[52] La province ne relève aucune erreur manifeste et dominante dans ces nombreuses conclusions de fait tirées en première instance. J'estime donc qu'il nous faut trancher en tenant pour acquis, conformément à ces conclusions, que malgré les apparences, le soumissionnaire était en fait la coentreprise formée de Brentwood et d'EAC, le ministère le savait, l'existence de la coentreprise a été considérée comme un atout lors du processus d'évaluation et la présentation d'une proposition par une coentreprise a fait bénéficier Brentwood d'un avantage concurrentiel dans le processus d'appel d'offres.

[53] La prétention du ministère voulant que tout ce qui importe c'est la forme de l'accord, et non sa teneur, ne saurait tenir. Je conviens avec la juge de première instance que la proposition était en fait présentée par une coentreprise. Sa conclusion est inattaquable.

[54] Je passe maintenant au troisième argument de la province :

(iii) aucune disposition de la DP n'empêchait un proposant de conclure un accord de coentreprise; cette mesure permettait seulement à Brentwood, l'un des proposants initiaux, de

proponent in place and allowed it to enhance its ability to perform the work.

[55] This submission addresses the question of whether the joint venture was an eligible bidder. The Province submits that it is, arguing that s. 2.8(b) of the RFP shows that the RFP contemplated that each proponent would be supported by a team, that the composition of the team might change and that the Province under that section retained the right to approve or reject changes in the team of any proponent. I cannot accept these submissions.

[56] Section 2.8 must be read as a whole and in light of the ministerial approval which I have described earlier. Section 2.8(a), consistent with that approval, stipulates that only the six proponents qualified through the RFEI process were eligible to submit responses and that proposals from any other party “shall not be considered”. The word “proponent” is defined in s. 8 as a team that has become eligible to respond to the RFP. The material change provisions in s. 2.8(b) should not be read as negating the express provisions of the RFP and the ministerial approval of the process. When read as a whole, the provisions about material change do not permit the addition of a new entity as occurred here. The process actually followed was not the one specified in the bidding contract and was not authorized by the statute because it was not the one approved by the Minister.

[57] Moreover, even if one were to conclude (and I would not) that this change from the Brentwood team that participated in the RFEI to the Brentwood/EAC joint venture by whom the bid was submitted could fall within the material change provisions of s. 2.8(b), the Province never gave a written decision to permit this change as required by that provision. As the trial judge noted, in fact the Province’s position was that such a bid would not be eligible and its agents took steps to obfuscate the true proponent in the relevant documentation.

[58] The trial judge also found that there was an implied obligation of good faith in the contract and

demeurer en lice et d’accroître sa capacité d’exécuter les travaux.

[55] L’argument soulève la question de savoir si la coentreprise était un soumissionnaire admissible. La province prétend que c’était le cas, car selon elle, il appert de l’al. 2.8b) de la DP que chacun des soumissionnaires bénéficierait de l’appui d’une équipe, que la composition de cette équipe pouvait changer et que la province se réservait le droit d’approuver ou non la modification d’une équipe. Je ne puis adhérer à ce raisonnement.

[56] Il faut considérer l’art. 2.8 dans son ensemble et au vu de l’approbation ministérielle dont il est question précédemment. Conformément à cette approbation, l’al. 2.8a) prévoit que seuls les six proposants tenus pour admissibles à l’issue de la DEI peuvent présenter une proposition et que les propositions présentées par d’autres personnes [TRADUCTION] « ne seront pas examinées ». Suivant l’article 8, [TRADUCTION] « proposant » s’entend d’une équipe admise à répondre à la DP. L’alinéa 2.8b) — relatif aux changements substantiels — ne saurait être interprété de façon à contrecarrer les dispositions expresses de la DP et l’approbation ministérielle du processus. Considérées globalement, les dispositions relatives aux changements substantiels ne permettent pas l’adjonction d’une nouvelle entité comme celle qui a eu lieu en l’espèce. La procédure suivie dans les faits n’a pas été celle prévue dans le dossier d’appel d’offres et, n’ayant pas été approuvée par le ministre, elle n’était pas légalement autorisée.

[57] Qui plus est, à supposer même (et je ne suis pas disposé à le faire) que le passage de l’équipe Brentwood ayant répondu à la DEI à la coentreprise Brentwood/EAC qui a présenté la soumission constituait un changement substantiel pour les besoins de l’al. 2.8b), il reste que la province ne l’a jamais avalisé par écrit comme l’exigeait cette disposition. La juge du procès fait observer que la province jugeait la soumission inadmissible et que ses préposés ont occulté la véritable identité du proposant dans les documents en cause.

[58] La juge de première instance conclut également qu’il y avait une obligation contractuelle

that the Province breached this obligation by failing to treat all bidders equally by changing the terms of eligibility to Brentwood's competitive advantage. This conclusion strongly reinforces the trial judge's decision about eligibility. Rather than repeating her detailed findings, I will simply quote her summary at para. 138:

The whole of [the Province's] conduct leaves me with no doubt that the [Province] breached the duty of fairness to [Tercon] by changing the terms of eligibility to Brentwood's competitive advantage. At best, [the Province] ignored significant information to its [i.e. Tercon's] detriment. At worst, the [Province] covered up its knowledge that the successful proponent was an ineligible joint venture. In the circumstances here, it is not open to the [Province] to say that a joint venture was only proposed. Nor can the [Province] say that it was unaware of the joint venture when it acted deliberately to structure contract B to include EAC as fully responsible within a separate contract with Brentwood, so minimizing the [Province's] risk that the contract would be unenforceable against EAC if arrangements did not work out. . . . The [Province] was . . . prepared to take the risk that unsuccessful bidders would sue; this risk did materialize.

[59] To conclude on this point, I find no fault with the trial judge's conclusion that the bid was in fact submitted on behalf of a joint venture of Brentwood and EAC which was an ineligible bidder under the terms of the RFP. This breached not only the express eligibility provisions of the tender documents, but also the implied duty to act fairly towards all bidders.

B. *The Exclusion Clause*

1. Introduction

[60] As noted, the RFP includes an exclusion clause which reads as follows:

2.10 . . .

Except as expressly and specifically permitted in these Instructions to Proponents, no Proponent shall

tacite d'agir de bonne foi et que la province a manqué à cette obligation en ne traitant pas tous les soumissionnaires sur un pied d'égalité du fait de la modification des conditions d'admissibilité et de l'octroi d'un avantage concurrentiel à Brentwood. Cette conclusion de la juge affermit considérablement celle qu'elle tire au sujet de l'admissibilité. Je m'abstiens de reprendre ses conclusions détaillées, mais j'en cite le résumé (par. 138) :

[TRADUCTION] Au vu de l'ensemble de la conduite [de la province], il ne fait pour moi aucun doute que celle-ci a manqué à son obligation d'équité à l'endroit de [Tercon] lorsqu'elle a modifié les conditions d'admissibilité à l'avantage de Brentwood du point de vue concurrentiel. Au mieux, elle a fait abstraction de renseignements importants au détriment de Tercon. Au pire, elle a dissimulé le fait que le soumissionnaire retenu était une coentreprise inadmissible. Dans ces circonstances, la province ne saurait faire valoir que la formation d'une coentreprise était seulement envisagée. Elle ne peut non plus prétendre avoir ignoré l'existence de la coentreprise alors qu'elle a délibérément conçu le contrat B de façon qu'EAC en accepte les modalités dans un contrat distinct conclu avec Brentwood, réduisant ainsi le risque [pour la province] que le contrat ne puisse être opposable à EAC si les accords projetés tournaient court. [. . .] [La province] était [. . .] prête à courir le risque que les soumissionnaires non retenus la poursuivent : ce risque s'est matérialisé.

[59] Pour clore sur ce point, sa conclusion selon laquelle la soumission était en fait celle d'une coentreprise formée de Brentwood et d'EAC qui n'était pas admise à soumissionner suivant la DP n'est à mon avis entachée d'aucune erreur. L'inobservation qui en découle touche non seulement les conditions d'admissibilité énoncées dans le dossier d'appel d'offres, mais aussi l'obligation tacite d'agir équitablement vis-à-vis de tous les soumissionnaires.

B. *La clause de non-recours*

1. Introduction

[60] Rappelons que la DP renferme une clause de non-recours, dont voici le texte :

[TRADUCTION]

2.10 . . .

Sauf ce que prévoient expressément les présentes instructions, un proposant ne peut exercer aucun

have any claim for compensation of any kind whatsoever, as a result of participating in this RFP, and by submitting a Proposal each Proponent shall be deemed to have agreed that it has no claim. [Emphasis added.]

[61] The trial judge held that as a matter of construction, the clause did not bar recovery for the breaches she had found. The clause, in her view, was ambiguous and, applying the *contra proferentem* principle, she resolved the ambiguity in Tercon's favour. She also found that the Province's breach was fundamental and that it was not fair or reasonable to enforce the exclusion clause in light of the nature of the Province's breach. The Province contends that the judge erred both with respect to the construction of the clause and her application of the doctrine of fundamental breach.

[62] On the issue of fundamental breach in relation to exclusion clauses, my view is that the time has come to lay this doctrine to rest, as Dickson C.J. was inclined to do more than 20 years ago: *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, at p. 462. I agree with the analytical approach that should be followed when tackling an issue relating to the applicability of an exclusion clause set out by my colleague Binnie J. However, I respectfully do not agree with him on the question of the proper interpretation of the clause in issue here. In my view, the clause does not exclude Tercon's claim for damages, and even if I am wrong about that, the clause is at best ambiguous and should be construed *contra proferentem* as the trial judge held. As a result of my conclusion on the interpretation issue, I do not have to go on to apply the rest of the analytical framework set out by Binnie J.

[63] In my view, the exclusion clause does not cover the Province's breaches in this case. The RFP process put in place by the Province was premised on a closed list of bidders; a contest with an ineligible bidder was not part of the RFP process and was in fact expressly precluded by its terms. A "Contract A" could not arise as a result of submission of a bid from any other party. However, as

recours en indemnisation pour sa participation à la DP, ce qu'il est réputé accepter lorsqu'il présente une soumission. [Je souligne.]

[61] La juge de première instance statue que le libellé de la clause ne fait pas obstacle à l'indemnisation pour les inexécutions relevées. À son avis, la clause est équivoque et, conformément à la règle *contra proferentem*, elle l'interprète en faveur de Tercon. Elle opine en outre que l'inexécution reprochée à la province est fondamentale et qu'il n'est ni juste ni raisonnable de faire respecter la clause de non-recours étant donné la nature de l'inexécution. La province fait valoir que la juge a interprété erronément la clause et qu'elle a eu tort de recourir au principe de l'inexécution fondamentale.

[62] En ce qui concerne son application aux clauses d'exonération, je crois que le temps est venu de donner le coup de grâce au principe de l'inexécution fondamentale comme le juge en chef Dickson y était enclin il y a plus de 20 ans : *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426, p. 462. Je souscris à la démarche analytique qui s'impose, selon mon collègue le juge Binnie, pour s'attaquer à une question touchant à l'applicabilité d'une clause d'exonération. Malheureusement, je ne puis faire mienne son interprétation de la clause litigieuse en l'espèce. À mon sens, la clause ne fait pas obstacle au recours en dommages-intérêts de Tercon et, même si j'ai tort sur ce point, la clause est au mieux équivoque et doit être interprétée *contra proferentem* comme le préconise la juge de première instance. Vu ma conclusion concernant l'interprétation, je n'ai pas à appliquer les autres volets de la démarche analytique du juge Binnie.

[63] J'estime que la clause de non-recours ne s'applique pas aux inexécutions imputées à la province. Le processus de DP mis en place par celle-ci supposait la participation d'un nombre limité d'entreprises. La mise en concurrence avec un soumissionnaire inadmissible n'en faisait pas partie et elle était même expressément exclue. La présentation d'une proposition par une autre entreprise ne

a result of how the Province proceeded, the very premise of its own RFP process was missing, and the work was awarded to a party who could not be a participant in the RFP process. That is what Tercon is complaining about. Tercon's claim is not barred by the exclusion clause because the clause only applies to claims arising "as a result of participating in [the] RFP", not to claims resulting from the participation of other, ineligible parties. Moreover, the words of this exclusion clause, in my view, are not effective to limit liability for breach of the Province's implied duty of fairness to bidders. I will explain my conclusion by turning first to a brief account of the key legal principles and then to the facts of the case.

2. Legal Principles

[64] The key principle of contractual interpretation here is that the words of one provision must not be read in isolation but should be considered in harmony with the rest of the contract and in light of its purposes and commercial context. The approach adopted by the Court in *M.J.B.* is instructive. The Court had to interpret a privilege clause, which is somewhat analogous to the exclusion clause in issue here. The privilege clause provided that the lowest or any tender would not necessarily be accepted, and the issue was whether this barred a claim based on breach of an implied term that the owner would accept only compliant bids. In interpreting the privilege clause, the Court looked at its text in light of the contract as a whole, its purposes and commercial context. As Iacobucci J. said, at para. 44, "the privilege clause is only one term of Contract A and must be read in harmony with the rest of the tender documents. To do otherwise would undermine the rest of the agreement between the parties."

[65] In a similar way, it is necessary in the present case to consider the exclusion clause in the RFP in light of its purposes and commercial context as well as of its overall terms. The question is whether the exclusion of compensation for claims resulting

pouvait faire naître un « contrat A ». La province a donc ignoré le fondement même de sa propre DP et elle a attribué le marché à une entreprise non admise à y prendre part. C'est ce dont Tercon lui fait grief. La clause de non-recours ne fait pas obstacle au recours de Tercon, car elle ne s'applique qu'à l'indemnisation demandée [TRADUCTION] « pour [l]a participation à la DP », et non au recours qui fait suite à la participation d'une autre entreprise, elle inadmissible. De plus, le texte de la clause ne limite pas selon moi la responsabilité de la province pour le manquement à son obligation tacite de faire preuve d'équité à l'égard des soumissionnaires. Je m'explique en exposant brièvement les principes juridiques essentiels, puis en les appliquant aux faits de l'espèce.

2. Les principes juridiques

[64] Le principe fondamental d'interprétation applicable en l'espèce veut qu'une clause contractuelle ne doive pas être considérée isolément mais en harmonie avec les autres et à la lumière de son objet et du contexte commercial dans lequel elle s'inscrit. La démarche suivie dans l'arrêt *M.J.B.* est éclairante. La Cour devait y interpréter une clause de réserve qui s'apparentait quelque peu à la clause de non-recours qui nous intéresse. La clause de réserve stipulait que le marché ne serait pas nécessairement attribué au soumissionnaire le moins disant ni même attribué du tout. La question était celle de savoir si elle faisait obstacle à une action en justice pour non-respect de la clause tacite voulant que le propriétaire n'accepte que les soumissions conformes. Pour l'interpréter, la Cour examine son libellé au vu du contrat dans son ensemble, de son objet et de son contexte commercial. Le juge Iacobucci conclut au par. 44 : « ... la clause de réserve n'est qu'une condition du contrat A et elle doit être interprétée de façon à s'harmoniser avec le reste du dossier d'appel d'offres. Agir autrement, ce serait saper le reste de l'entente entre les parties. »

[65] De même, il faut en l'espèce examiner la clause de non-recours de la DP à la lumière de son objet et du contexte commercial dans lequel elle s'inscrit, ainsi que de l'ensemble de ses conditions. Il faut se demander si l'exclusion de toute

from “participating in this RFP”, properly interpreted, excludes liability for the Province having unfairly considered a bid from a bidder who was not supposed to have been participating in the RFP process at all.

3. Application to This Case

[66] Having regard to both the text of the clause in its broader context and to the purposes and commercial context of the RFP, my view is that this claim does not fall within the terms of the exclusion clause.

[67] To begin, it is helpful to recall that in interpreting tendering contracts, the Court has been careful to consider the special commercial context of tendering. Effective tendering ultimately depends on the integrity and business efficacy of the tendering process: see, e.g., *Martel*, at para. 88; *M.J.B.*, at para. 41; *Double N Earthmovers*, at para. 106. As Iacobucci and Major JJ. put it in *Martel*, at para. 116, “it is imperative that all bidders be treated on an equal footing . . . Parties should at the very least be confident that their initial bids will not be skewed by some underlying advantage in the drafting of the call for tenders conferred upon only one potential bidder.”

[68] This factor is particularly weighty in the context of public procurement. In that context, in addition to the interests of the parties, there is the need for transparency for the public at large. This consideration is underlined by the statutory provisions which governed the tendering process in this case. Their purpose was to assure transparency and fairness in public tenders. As was said by Orsborn J. (as he then was) in *Cahill (G.J.) & Co. (1979) Ltd. v. Newfoundland and Labrador (Minister of Municipal and Provincial Affairs)*, 2005 NLTD 129, 250 Nfld. & P.E.I.R. 145, at para. 35:

The owner — in this case the government — is in control of the tendering process and may define the

indemnisation pour [TRANSLATION] « [I]a participation à la DP », correctement interprétée, soustrait la province à sa responsabilité lorsqu'elle se rend coupable d'iniquité en prenant en considération la proposition d'une entreprise qui n'était pas du tout censée participer à la DP.

3. Application à la présente espèce

[66] Compte tenu du libellé de la clause dans son contexte plus général ainsi que de l'objet et du contexte commercial de la DP, j'estime que le recours échappe à la clause de non-recours.

[67] D'abord, il convient de rappeler que pour interpréter le contrat issu de l'appel d'offres, la Cour tient dûment compte du contexte commercial particulier de la demande de propositions. Au final, le caractère fructueux du processus dépend de son intégrité et de son efficacité commerciale : voir, p. ex., les arrêts *Martel*, par. 88; *M.J.B.*, par. 41, et *Double N Earthmovers*, par. 106. Comme l'affirment les juges Iacobucci et Major dans l'arrêt *Martel*, au par. 116 : « Il est [. . .] impératif que tous les soumissionnaires soient traités sur un pied d'égalité [. . .] Un soumissionnaire devrait à tout le moins être assuré que l'évaluation de sa soumission initiale ne sera pas biaisée par quelque avantage sous-entendu dans le dossier d'appel d'offres et dont ne bénéficie qu'un seul soumissionnaire éventuel. »

[68] Ce facteur importe particulièrement dans le contexte de la passation de marchés publics. C'est pourquoi il faut non seulement protéger les intérêts des parties, mais également assurer la transparence du processus vis-à-vis des citoyens en général. Ce souci ressort des dispositions législatives qui régissaient le processus dans la présente affaire et dont l'objectif était d'assurer la transparence et l'équité des appels d'offres. Comme le dit le juge Orsborn (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Cahill (G.J.) & Co. (1979) Ltd. c. Newfoundland and Labrador (Minister of Municipal and Provincial Affairs)*, 2005 NLTD 129, 250 Nfld. & P.E.I.R. 145, par. 35 :

[TRANSLATION] Le propriétaire — en l'occurrence l'État — est maître du processus d'appel d'offres. Il peut

parameters for a compliant bid and a compliant bidder. The corollary to this, of course, is that once the owner — here the government — sets the rules, it must itself play by those rules in assessing the bids and awarding the main contract.

[69] One aspect that is generally seen as contributing to the integrity and business efficacy of the tendering process is the requirement that only compliant bids be considered. As noted earlier, such a requirement has often been implied because, as the Court said in *M.J.B.*, it makes little sense to think that a bidder would comply with the bidding process if the owner could circumscribe it by accepting a non-compliant bid. Respectfully, it seems to me to make even less sense to think that eligible bidders would participate in the RFP if the Province could avoid liability for ignoring an express term concerning eligibility to bid on which the entire RFP was premised and which was mandated by the statutorily approved process.

[70] The closed list of bidders was the foundation of this RFP and there were important competitive advantages to a bidder who could side-step that limitation. Thus, it seems to me that both the integrity and the business efficacy of the tendering process support an interpretation that would allow the exclusion clause to operate compatibly with the eligibility limitations that were at the very root of the RFP.

[71] The same may be said with respect to the implied duty of fairness. As Iacobucci and Major JJ. wrote for the Court in *Martel*, at para. 88, “[i]mplying an obligation to treat all bidders fairly and equally is consistent with the goal of protecting and promoting the integrity of the bidding process.” It seems to me that clear language is necessary to exclude liability for breach of such a basic requirement of the tendering process, particularly in the case of public procurement.

déterminer les paramètres de la conformité d’une soumission et de l’admissibilité d’un soumissionnaire. Il s’en suit évidemment que lorsque le propriétaire — en l’occurrence l’État — établit les règles, il doit les respecter au moment d’évaluer les offres et d’attribuer le contrat principal.

[69] L’exigence que seules soient examinées des soumissions conformes est généralement considérée comme un élément favorisant l’intégrité et l’efficacité commerciale du processus d’appel d’offres. J’ai déjà mentionné que cette exigence est souvent inférée parce que, pour reprendre les propos de la Cour dans l’arrêt *M.J.B.*, il est déraisonnable qu’un soumissionnaire doive se conformer au processus d’appel d’offres si le propriétaire peut le contourner en acceptant une soumission non conforme. J’ajoute qu’il est encore moins concevable qu’un soumissionnaire admissible prenne part à une DP si la province peut échapper à toute responsabilité malgré l’inobservation d’une condition expresse relative à l’admissibilité à soumissionner, une condition qui formait l’assise de la DP en entier et qui bénéficiait de l’approbation ministérielle requise par la loi.

[70] La limitation du nombre de soumissionnaires admissibles constituait l’assise de la DP, et l’entreprise admise à soumissionner malgré cette restriction se voyait conférer un avantage concurrentiel considérable. À mon sens, l’intégrité et l’efficacité commerciale du processus d’appel d’offres commandent donc une interprétation qui permet une application de la clause de non-recours compatible avec la limitation du nombre de soumissionnaires admissibles, laquelle formait l’assise même de la DP.

[71] Il en va de même de l’obligation tacite d’équité. Comme le disent les juges Iacobucci et Major au nom de la Cour dans l’arrêt *Martel*, « [l]’existence présumée d’une obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d’égalité est compatible avec l’objectif de protéger et de promouvoir l’intégrité du mécanisme d’appel d’offres » (par. 88). J’estime que seul un libellé clair peut écarter la responsabilité consécutive au non-respect d’une exigence aussi fondamentale applicable au processus d’appel d’offres, spécialement lorsqu’il s’agit de passer un marché public.

[72] The proper interpretation of the exclusion clause should also take account of the statutory context which I have reviewed earlier. The restriction on eligibility of bidders was a key element of the alternative process approved by the Minister. It seems unlikely, therefore, that the parties intended through this exclusion clause to effectively gut a key aspect of the approved process. Of course, it is true that the exclusion clause does not bar all remedies, but only claims for compensation. However, the fact remains that as a practical matter, there are unlikely to be other, effective remedies for considering and accepting an ineligible bid and that barring compensation for a breach of that nature in practical terms renders the ministerial approval process virtually meaningless. Whatever administrative law remedies may be available, they are not likely to be effective remedies for awarding a contract to an ineligible bidder. The Province did not submit that injunctive relief would have been an option, and I can, in any event, foresee many practical problems that need not detain us here in seeking such relief in these circumstances.

[73] The Province stresses Tercon's commercial sophistication, in effect arguing that it agreed to the exclusion clause and must accept the consequences. This line of argument, however, has two weaknesses. It assumes the answer to the real question before us which is: what does the exclusion clause mean? The consequences of agreeing to the exclusion clause depend on its construction. In addition, the Province's submission overlooks its own commercial sophistication and the fact that sophisticated parties can draft very clear exclusion and limitation clauses when they are minded to do so. Such clauses contrast starkly with the curious clause which the Province inserted into this RFP. The limitation of liability clause in *Hunter*, for example, provided that "[n]otwithstanding 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" (p. 450). The Court found this to be clear and unambiguous. The limitation clause in issue in *Guarantee Co. of North*

[72] La juste interprétation de la clause de non-recours doit aussi s'appuyer sur le cadre législatif examiné précédemment. L'admissibilité restreinte constituait un élément essentiel de l'autre processus approuvé par le ministre. Il est donc peu probable que les parties aient vraiment voulu, en stipulant la clause de non-recours, supprimer un aspect essentiel de ce processus. La clause ne fait évidemment obstacle qu'aux demandes d'indemnisation. Cependant, il demeure peu probable que l'examen et l'acceptation d'une soumission inadmissible confèrent un autre recours efficace, sans compter que l'exclusion de l'indemnisation du préjudice causé par un tel manquement supprime en fait toute la raison d'être du processus d'approbation ministérielle. Quel que soit le recours possible en droit administratif, il est peu probable qu'il permette d'obtenir réparation pour l'octroi d'un marché à un soumissionnaire inadmissible. La province ne plaide pas qu'une injonction aurait pu être obtenue et, de toute manière, je peux concevoir de nombreuses difficultés d'ordre pratique qui justifient de ne pas s'attarder davantage à cette avenue possible.

[73] La province insiste sur l'expérience commerciale de Tercon. Elle soutient en fait que l'entreprise a convenu de la clause de non-recours et qu'elle doit en accepter les conséquences. L'argument comporte toutefois deux failles. Il préjuge du règlement par la Cour de la véritable question en litige : quelle est la portée de la clause de non-recours? Les conséquences résultant de l'adhésion à cette clause dépendent de son interprétation. En outre, la province passe sous silence sa propre expérience commerciale et le fait que des parties rompues aux usages commerciaux peuvent rédiger des clauses très claires de non-recours ou de responsabilité limitée lorsqu'elles entendent le faire. Ce n'est manifestement pas le cas de la curieuse clause que la province a insérée dans sa DP. À titre d'exemple, la clause de responsabilité limitée visée dans l'arrêt *Hunter* disposait que « [n]onobstant 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

America v. Gordon Capital Corp., [1999] 3 S.C.R. 423, provided that legal proceedings for the recovery of “any loss hereunder shall not be brought . . . after the expiration of 24 months from the discovery of such loss” (para. 5). Once again, the Court found this language clear. The Ontario Court of Appeal similarly found the language of a limitation of liability clause to be clear in *Fraser Jewellers (1982) Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.* (1997), 34 O.R. (3d) 1. The clause provided in part that if the defendant “should be found liable for loss, damage or injury due to a failure of service or equipment in any respect, its liability shall be limited to a sum equal to 100% of the annual service charge or \$10,000.00, whichever is less, as the agreed upon damages and not as a penalty, as the exclusive remedy” (p. 4). These, and many other cases which might be referred to, demonstrate that sophisticated parties are capable of drafting clear and comprehensive limitation and exclusion provisions.

[74] I turn to the text of the clause which the Province inserted in its RFP. It addresses claims that result from “participating in this RFP”. As noted, the limitation on who could participate in this RFP was one of its premises. These words must, therefore, be read in light of the limit on who was eligible to participate in this RFP. As noted earlier, both the ministerial approval and the text of the RFP itself were unequivocal: only the six proponents qualified through the earlier RFEI process were eligible and *proposals received from any other party would not be considered*. Thus, central to “participating in this RFP” was participating in a contest among those eligible to participate. A process involving other bidders, as the trial judge found the process followed by the Province to be, is not the process called for by “this RFP” and being part of that other process is not in any meaningful sense “participating in this RFP”.

ou autre, du présent contrat » (p. 450). La Cour a jugé ce texte clair et non équivoque. Dans l'affaire *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, la clause en litige prévoyait que des procédures judiciaires en vue de l'indemnisation de « tout sinistre visé aux présentes ne doivent pas être engagées [. . .] après l'expiration d'un délai de 24 mois suivant la découverte du sinistre » (par. 5). Là encore, la Cour conclut à la clarté du libellé. Dans l'arrêt *Fraser Jewellers (1982) Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.* (1997), 34 O.R. (3d) 1, la Cour d'appel de l'Ontario conclut également au caractère non équivoque de la clause de responsabilité limitée, qui disposait notamment que si la défenderesse [TRADUCTION] « était tenue responsable d'un préjudice consécutif à une défaillance du service ou du matériel, quelle qu'elle soit, elle n'était tenue de verser que la totalité des frais de service annuels ou 10 000 \$, selon le moindre des deux montants, à titre d'indemnité convenue, et non de pénalité, à l'exclusion de toute autre réparation » (p. 4). Ces exemples et bien d'autres que l'on pourrait citer montrent que des parties expérimentées sont en mesure de rédiger des clauses de responsabilité limitée ou de non-recours à la fois claires et exhaustives.

[74] Passons maintenant au texte de la clause insérée au contrat par la province. Il vise les demandes d'indemnisation d'un préjudice découlant de la [TRADUCTION] « participation à la DP ». Rappelons que l'une des assises de la DP était la limitation du nombre d'entreprises admises à y prendre part. Il faut donc interpréter ce texte au regard de cette limitation. Tant l'approbation ministérielle que le texte de la DP elle-même sont clairs : seuls les six proposant s'étant rendus admissibles en répondant à la DEI pouvaient soumissionner, et *aucune proposition d'une autre personne ne serait examinée*. La participation à un concours ouvert aux seules personnes admises à y prendre part était donc au cœur de la « participation à la DP ». Un processus ouvert à d'autres entreprises — ce qui était le cas du processus suivi dans les faits selon la juge de première instance — ne saurait s'entendre de « la DP », et le fait d'y prendre part ne saurait véritablement être considéré comme une « participation à la DP ».

[75] The Province would have us interpret the phrase excluding compensation “as a result of participating in this RFP” to mean that compensation is excluded that results from “submitting a Proposal”. However, that interpretation is not consistent with the wording of the clause as a whole. The clause concludes with the phrase that “by submitting a Proposal each Proponent shall be deemed to have agreed that it has no claim”. If the phrases “participating in this RFP” and “submitting a Proposal” were intended to mean the same thing, it is hard to understand why different words were used in the same short clause to express the same idea. The fact that the Minister had approved a closed list of participants strengthens the usual inference that the use of different words was deliberate so as not to exclude compensation for a departure from that basic eligibility requirement.

[76] This interpretation of the exclusion clause does not rob it of meaning, but makes it compatible with other provisions of the RFP. There is a parallel between this case and the Court’s decision in *M.J.B.* There, the Court found that there was compatibility between the privilege clause and the implied term to accept only compliant bids. Similarly, in this case, there is compatibility between the eligibility requirements of the RFP and the exclusion clause. Not any and every claim based on any and every deviation from the RFP provisions would escape the preclusive effect of the exclusion clause. It is only when the defect in the Province’s adherence to the RFP process is such that it is completely outside that process that the exclusion clause cannot have been intended to operate. What is important here, in my view, is that the RFP in its conception, in its express provisions and in the statutorily required approval it was given, was premised on limiting eligibility to the six proponents in the RFEI process. Competition among others was not at all contemplated and was not part of the RFP process; in fact, the RFP expressly excluded that possibility. In short, limiting eligibility of bidders to those who had responded to the RFEI was the foundation of the whole RFP. As the judge found, acceptance of

[75] La province nous exhorte à conclure que l’énoncé écartant toute indemnisation « pour [l]a participation à la DP » signifie qu’il ne saurait y avoir d’indemnisation d’un préjudice résultant de la [TRADUCTION] « présent[ation d’]une soumission », ce qui pourtant serait incompatible avec le texte de la clause dans son ensemble. Il y est d’ailleurs stipulé à la toute fin que le proposant [TRADUCTION] « est réputé accepter [qu’il ne peut exercer aucun recours en indemnisation] lorsqu’il présente une soumission ». Si la « participation à la DP » et la « présent[ation d’]une soumission » devaient s’entendre de la même chose, on s’expliquerait difficilement que des termes différents soient employés dans la même clause brève pour exprimer la même idée. L’aval donné par le ministre à la limitation du nombre de participants étaye l’interprétation habituelle voulant que l’emploi des termes différents visait délibérément à ne pas écarter l’indemnisation en cas d’inobservation de cette exigence fondamentale liée à l’admissibilité.

[76] Pareille interprétation de la clause de non-recours ne la prive pas de sens, mais assure sa compatibilité avec les autres clauses de la DP. Un parallèle peut être établi entre la présente espèce et l’affaire *M.J.B.*, où la Cour conclut à la compatibilité de la clause de réserve avec la condition tacite que seule une soumission conforme puisse être acceptée. Il y a également compatibilité en l’espèce entre les conditions d’admissibilité de la DP et la clause de non-recours. Toute action intentée pour quelque manquement aux dispositions de la DP n’échappe pas à l’application de la clause de non-recours. Ce n’est que lorsque le non-respect du processus de DP par la province est tel que la démarche suivie est totalement étrangère à ce processus qu’on ne peut conclure que les parties ont voulu l’application de la clause de non-recours. Ce qui importe en l’occurrence selon moi c’est que la DP, au vu de sa conception, de ses dispositions expresses et de son approbation légale, avait pour assise l’admissibilité des seuls six proposants ayant répondu à la DEI. La mise en concurrence avec des tiers n’était pas envisagée et elle ne faisait pas partie du processus; en fait, la DP l’excluait expressément. En bref, l’admissibilité des seuls proposants qui avaient répondu à la DEI était l’assise même la DP.

a bid from an ineligible bidder “attacks the underlying premise of the process” established by the RFP: para. 146. Liability for such an attack is not excluded by a clause limiting compensation resulting from participation in this RFP.

[77] This interpretation is also supported by another provision of the RFP. Under s. 2.9, as mentioned earlier, the Province reserved to itself the right to unilaterally cancel the RFP and the right to propose a new RFP allowing additional bidders. If the exclusion clause were broad enough to exclude compensation for allowing ineligible bidders to participate, there seems to be little purpose in this reservation of the ability to cancel the RFP and issue a new one to a wider circle of bidders. It is also significant that the Province did not reserve to itself the right to accept a bid from an ineligible bidder or to unilaterally change the rules of eligibility. The RFP expressly did exactly the opposite. None of this, in my opinion, supports the view that the exclusion clause should be read as applying to the Province’s conduct in this case.

[78] To hold otherwise seems to me to be inconsistent with the text of the clause read in the context of the RFP as a whole and in light of its purposes and commercial context. In short, I cannot accept the contention that, by agreeing to exclude compensation for participating in this RFP process, the parties could have intended to exclude a damages claim resulting from the Province unfairly permitting a bidder to participate who was not eligible to do so. I cannot conclude that the provision was intended to gut the RFP’s eligibility requirements as to who may participate in it, or to render meaningless the Minister’s statutorily required approval of the alternative process where this was a key element. The provision, as well, was not intended to allow the Province to escape a damages claim for applying different eligibility criteria, to the competitive disadvantage of other bidders and for taking

Comme le dit la juge de première instance, l’acceptation de la proposition d’un soumissionnaire inadmissible [TRADUCTION] « sape l’assise du processus » établi par la DP : par. 146. La clause écartant toute indemnisation pour la participation à la DP ne saurait soustraire une partie à la responsabilité découlant d’une telle atteinte.

[77] Une autre disposition de la DP valide cette interprétation. Comme je le signale précédemment, à la clause 2.9, la province se réserve le droit d’annuler unilatéralement la DP et celui de proposer la tenue d’un nouvel appel d’offres ouvert à d’autres soumissionnaires. Si la clause de non-recours avait une portée suffisamment large pour écarter la responsabilité résultant de l’acceptation de propositions présentées par des soumissionnaires non admissibles, point n’aurait été besoin de prévoir cette faculté de mettre fin à la DP et d’en lancer une nouvelle en élargissant le cercle des soumissionnaires éventuels. Il est aussi révélateur que la province ne se soit pas réservé le droit d’accepter la proposition d’un soumissionnaire inadmissible ou de modifier de son seul chef les règles d’admissibilité. La DP prévoit expressément l’exact contraire. À mon sens, rien de tout cela n’appuie la thèse que la clause de non-recours devrait être interprétée de façon à la rendre applicable au comportement de la province en l’espèce.

[78] Selon moi, conclure le contraire va à l’encontre du texte de la clause interprété eu égard au contexte de la DP dans son ensemble et à la lumière de l’objet et du contexte commercial de celle-ci. En somme, je ne peux faire droit à la prétention selon laquelle, en écartant toute indemnité pour la participation à la DP, les parties ont pu vouloir faire obstacle à tout recours en dommages-intérêts intenté pour l’iniquité dont aurait pu faire preuve la province en permettant à une entreprise de participer à un processus auquel elle n’était pas admise à prendre part. Je ne peux conclure que la clause visait à supprimer les conditions d’admissibilité de la DP, à priver de sa raison d’être l’approbation ministérielle du nouveau processus exigée par la loi, dont les conditions d’admissibilité en question formaient un élément clé, non plus qu’à permettre à la province d’échapper à toute responsabilité après avoir

steps designed to disguise the true state of affairs. I cannot conclude that the parties, through the words found in this exclusion clause, intended to waive compensation for conduct like that of the Province in this case that strikes at the heart of the integrity and business efficacy of the tendering process which it undertook.

[79] If I am wrong about my interpretation of the clause, I would hold, as did the trial judge, that its language is at least ambiguous. If, as the Province contends, the phrase “participating in this RFP” could reasonably mean “submitting a Proposal”, that phrase could also reasonably mean “competing against the other eligible participants”. Any ambiguity in the context of this contract requires that the clause be interpreted against the Province and in favour of Tercon under the principle *contra proferentem*: see, e.g., *Hillis Oil and Sales Ltd. v. Wynn’s Canada, Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 57, at pp. 68-69. Following this approach, the clause would not apply to bar Tercon’s damages claim.

V. Disposition

[80] I conclude that the judge did not err in finding that the Province breached the tendering contract or in finding that Tercon’s remedy in damages for that breach was not precluded by the exclusion clause in the contract. I would therefore allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the judgment of the trial judge. The parties advise that the question of costs has been resolved between them and that therefore no order in relation to costs is required.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie, Abella and Rothstein JJ. were delivered by

[81] BINNIE J. (dissenting) — The important legal issue raised by this appeal is whether, and in what

appliqué des critères d’admissibilité différents défavorisant des soumissionnaires sur le plan concurrentiel et pris des mesures pour dissimuler cette réalité. Je ne puis non plus arriver à la conclusion que les parties ont voulu, en employant le libellé de la clause de non-recours, exclure toute indemnité pour le préjudice infligé par un comportement comme celui reproché à la province en l’espèce, un comportement qui porte directement atteinte à l’intégrité de l’appel d’offres lancé et à son efficacité commerciale.

[79] Si toutefois j’avais tort d’interpréter la clause comme je le fais, je statuerais, à l’instar de la juge de première instance, que son texte est pour le moins équivoque. Si, comme le prétend la province, l’énoncé [TRADUCTION] « participation à la DP » pouvait raisonnablement s’entendre de la « présent[ation d’]une proposition », il pourrait aussi bien équivaloir au fait de « se mesurer aux autres participants admissibles ». Toute ambiguïté dans le cadre du contrat commande que la clause soit interprétée au détriment de la province et en faveur de Tercon suivant la règle *contra proferentem* : voir, p. ex., *Hillis Oil and Sales Ltd. c. Wynn’s Canada, Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 57, p. 68-69. Dès lors, la clause ne ferait pas obstacle au recours en dommages-intérêts de Tercon.

V. Dispositif

[80] Je conclus que la juge de première instance n’a pas commis d’erreur en statuant que la province n’avait pas respecté le contrat issu de l’appel d’offres et que la clause de non-recours figurant dans ce contrat ne faisait pas obstacle à l’action en dommages-intérêts intentée par Tercon pour cette inexécution. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler l’ordonnance de la Cour d’appel et de rétablir le jugement de première instance. Les parties ayant réglé entre elles la question des dépens, il n’est donc pas nécessaire de rendre d’ordonnance à ce sujet.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Abella et Rothstein rendus par

[81] LE JUGE BINNIE (dissident) — Le présent pourvoi soulève une question de droit importante,

circumstances, a court will deny a defendant contract breaker the benefit of an exclusion of liability clause to which the innocent party, not being under any sort of disability, has agreed. Traditionally, this has involved consideration of what is known as the doctrine of fundamental breach, a doctrine which Dickson C.J. in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, suggested should be laid to rest 21 years ago (p. 462).

[82] On this occasion we should again attempt to shut the coffin on the jargon associated with “fundamental breach”. Categorizing a contract breach as “fundamental” or “immense” or “colossal” is not particularly helpful. Rather, the principle is that a court has no discretion to refuse to enforce a valid and applicable contractual exclusion clause unless the plaintiff (here the appellant Tercon) can point to some paramount consideration of public policy sufficient to override the public interest in freedom of contract and defeat what would otherwise be the contractual rights of the parties. Tercon points to the public interest in the transparency and integrity of the government tendering process (in this case, for a highway construction contract) but in my view such a concern, while important, did not render unenforceable the terms of the contract Tercon agreed to. There is nothing inherently unreasonable about exclusion clauses. Tercon is a large and sophisticated corporation. Unlike my colleague Justice Cromwell, I would hold that the respondent Ministry’s conduct, while in breach of its contractual obligations, fell within the terms of the exclusion clause. In turn, there is no reason why the clause should not be enforced. I would dismiss the appeal.

I. Overview

[83] This appeal concerns a contract to build a \$35 million road in the remote Nass Valley of British Columbia (the “Kincolith project”). The respondent Ministry accepted a bid from Brentwood

celle de savoir si le tribunal peut refuser à la partie coupable d’inexécution — et dans l’affirmative, à quelles conditions — le bénéfice d’une clause d’exonération de la responsabilité à laquelle a consenti l’autre partie alors qu’elle n’était frappée d’aucune inaptitude. Les tribunaux appelés à se prononcer en la matière s’en sont traditionnellement remis au principe de l’inexécution fondamentale, un principe auquel le juge en chef Dickson proposait d’asséner le coup de grâce il y a 21 ans dans l’arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426, p. 462.

[82] Nous devrions saisir l’occasion qui nous est à nouveau donnée d’éliminer le jargon associé à l’« inexécution fondamentale ». Qualifier l’inexécution contractuelle de « fondamentale », « monumentale » ou « phénoménale » n’est pas spécialement utile. En fait, le tribunal n’a pas le pouvoir discrétionnaire de refuser de faire respecter une clause de non-recours valide et applicable, sauf lorsque le demandeur (en l’espèce, l’appelante Tercon) fait valoir une considération d’ordre public prépondérante qui l’emporte sur l’intérêt public lié à la liberté de contracter et qui fait obstacle à ce qui, autrement, constitueraient les droits contractuels des parties. Tercon invoque l’intérêt public lié à la transparence et à l’intégrité du processus gouvernemental d’appel d’offres (visant en l’occurrence la construction d’une route), mais à mon sens, même s’il s’agit d’une condition importante, son inobservation n’a pas rendu inapplicable les clauses du contrat auxquelles Tercon avait consenti. La clause de non-recours n’a rien d’intrinsèquement déraisonnable. Tercon est une grande entreprise dotée d’une vaste expérience. Contrairement à mon collègue le juge Cromwell, j’estime que même s’il n’a pas respecté ses obligations contractuelles, le ministère intimé bénéficie de la clause de non-recours. Il n’y a donc pas de raison de ne pas faire respecter celle-ci. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Survol

[83] Le contrat avait pour objet la construction d’une route au coût de 35 millions de dollars dans la vallée isolée de la Nass, en Colombie-Britannique (le « projet Kincolith »). Le ministère intimé a

Enterprises Ltd. that did not comply with the terms of tender. Tercon, as the disappointed finalist in the bidding battle, seeks compensation equivalent to the profit it expected to earn had it been awarded the contract.

[84] Tercon alleged, and the trial judge found, that although the winning bid was submitted in the name of Brentwood (an eligible bidder), Brentwood in fact intended, with the Ministry's knowledge and encouragement, to do the work in a co-venture with an ineligible bidder, Emil Anderson Construction Co. ("EAC"). The respondent Ministry raised a number of defences including the fact that the formal contract was signed in the name of Brentwood alone. This defence was rejected in the courts below. The Ministry's substantial defence in this Court is that even if it failed to abide by the bidding rules, it is nonetheless protected by an exclusion of compensation clause set out clearly in the request for proposals ("RFP"). The clause provided that "no Proponent shall have any claim for compensation of any kind whatsoever, as a result of participating in this RFP" and that "by submitting a Proposal each Proponent shall be deemed to have agreed that it has no claim" (s. 2.10 of the RFP).

[85] The appeal thus brings into conflict the public policy that favours a fair, open and transparent bid process, and the freedom of contract of sophisticated and experienced parties in a commercial environment to craft their own contractual relations. I agree with Tercon that the public interest favours an orderly and fair scheme for tendering in the construction industry, but there is also a public interest in leaving knowledgeable parties free to order their own commercial affairs. In my view, on the facts of this case, the Court should not rewrite — nor should the Court refuse to give effect to — the terms agreed to by the parties.

[86] I accept, as did the courts below, that the respondent Ministry breached the terms of its own RFP when it contracted with Brentwood, knowing the work would be carried out by a co-venture with Brentwood and EAC. The addition of EAC, a

accepté de Brentwood Enterprises Ltd. une soumission qui n'était pas conforme aux conditions de son appel d'offres. Écartée à l'étape ultime du processus, Tercon a réclamé une indemnité équivalant au profit escompté advenant l'obtention du contrat.

[84] Tercon a allégué que même si la soumission retenue avait été présentée au nom de Brentwood, ce soumissionnaire admissible entendait en fait exécuter les travaux en coentreprise avec un soumissionnaire inadmissible, Emil Anderson Construction Co. (« EAC »), au su et avec l'appui du ministère. La juge de première instance lui a donné raison. Le ministère intimé a invoqué divers moyens de défense, dont le fait que Brentwood seule était signataire du contrat intervenu. Ce moyen a été rejeté par les juridictions inférieures. Devant notre Cour, le ministère fait valoir comme moyen de fond qu'en dépit de l'inobservation des règles de l'appel d'offres, il peut se prévaloir de la clause de non-recours en indemnisation que prévoit clairement la demande de propositions (« DP »). Une clause stipule en effet qu'[TRADUCTION] « un proposant ne peut exercer aucun recours en indemnisation pour sa participation à la DP, ce qu'il est réputé accepter lorsqu'il présente une soumission » (clause 2.10 de la DP).

[85] S'opposent donc en l'espèce des considérations d'ordre public privilégiant un appel d'offres équitable, ouvert et transparent et la liberté de personnes compétentes et expérimentées de définir leurs liens contractuels dans un contexte commercial. Je conviens avec Tercon que, dans le secteur de la construction, il est dans l'intérêt public que les appels d'offres se déroulent de manière ordonnée et équitable. Mais il est également dans l'intérêt public que des personnes rompues aux usages d'un domaine conservent la faculté d'organiser leurs propres affaires. Vu les faits de la présente espèce, la Cour ne devrait pas reformuler les conditions arrêtées par les parties ni refuser de leur donner effet.

[86] Je conviens avec les juridictions inférieures que le ministère intimé n'a pas respecté les conditions de sa propre DP en accordant le marché à Brentwood alors qu'il savait que les travaux seraient exécutés en coentreprise avec EAC. L'adjonction

bigger contractor with greater financial resources than Brentwood, created a stronger competitor for Tercon than Brentwood alone. However, I also agree with the B.C. Court of Appeal that the exclusion of compensation clause is clear and unambiguous and that no legal ground or rule of law permits us to override the freedom of the parties to contract (or to decline to contract) with respect to this particular term, or to relieve Tercon against its operation in this case.

II. The Tendering Process

[87] For almost three decades, the law governing a structured bidding process has been dominated by the concept of Contract A/Contract B initially formulated in *The Queen in right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111. The analysis advanced by Estey J. in that case was that the bidding process, as defined by the terms of the tender call, may create contractual relations (“Contract A”) prior in time and quite independently of the contract that is the actual subject matter of the bid (“Contract B”). Breach of Contract A may, depending on its terms, give rise to contractual remedies for non-performance even if Contract B is never entered into or, as in the present case, it is awarded to a competitor. The result of this legal construct is to provide unsuccessful bidders with a *contractual* remedy against an owner who departs from its own bidding rules. Contract A, however, arises (if at all) as a matter of interpretation. It is not imposed as a rule of law.

[88] In *Ron Engineering*, the result of Estey J.’s analysis was that as a matter of contractual interpretation, the Ontario government was allowed to retain a \$150,000 bid bond put up by Ron Engineering even though the government was told, a little over an hour after the bids were opened, that Ron Engineering had made a \$750,058 error in the calculation of its bid and wished to withdraw it. Estey J. held:

The contractor was not asked to sign a contract which diverged in any way from its tender but simply to sign a

de cet autre entrepreneur à la taille et aux moyens financiers plus grands que ceux de Brentwood a opposé à Tercon un concurrent plus puissant que Brentwood seule. Toutefois, je conviens aussi avec la Cour d’appel de la Colombie-Britannique que la clause de non-recours en indemnisation est claire et non équivoque et qu’aucune règle de droit ou autre fondement juridique ne nous permet de passer outre à la liberté des parties de convenir (ou non) de cette condition ni de soustraire Tercon à son application en l’espèce.

II. Le processus d’appel d’offres

[87] Depuis près de trois décennies, le modèle du contrat A et du contrat B appliqué pour la première fois dans l’arrêt *La Reine du chef de l’Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111, prédomine dans le droit applicable en matière d’appel d’offres. Suivant l’analyse du juge Estey dans cet arrêt, le processus défini par les conditions de l’appel d’offres peut faire naître des relations contractuelles (« contrat A ») antérieures au marché projeté (« contrat B ») et tout à fait indépendantes de celui-ci. Le non-respect du contrat A, dépendant de sa teneur, peut donner ouverture à un recours contractuel pour inexécution même si le contrat B ne voit pas le jour et même si, comme en l’espèce, il est octroyé à un concurrent. Cette construction juridique permet au soumissionnaire non retenu d’exercer un recours *contractuel* contre le propriétaire qui ne respecte pas les règles de l’appel d’offres qu’il a lui-même établies. Cependant, l’existence du contrat A relève de l’interprétation, elle n’est pas dictée par une règle de droit.

[88] Dans l’arrêt *Ron Engineering*, le juge Estey conclut que suivant son interprétation du contrat, le gouvernement de l’Ontario pouvait conserver le cautionnement de soumission de 150 000 \$ même s’il avait appris un peu plus d’une heure après l’ouverture des soumissions que Ron Engineering avait commis une erreur de 750 058 \$ dans le calcul du montant offert et qu’elle souhaitait retirer sa soumission. Le juge Estey dit :

On n’a pas demandé à l’entrepreneur de signer un contrat qui différerait en quoi que ce soit de sa soumission, mais

contract in accordance with the instructions to tenderers and in conformity with its own tender. [p. 127]

In other words, harsh as it may have seemed to Ron Engineering, the parties were held to their bargain. The Court was not prepared to substitute “fair and reasonable” terms for what the parties had actually agreed to.

[89] In *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619, Contract A included a “privilege” clause which stated that the owner was not obliged to accept the lowest or *any* tender. The Court implied a term, based on the presumed intention of the parties, that notwithstanding the privilege clause, only compliant bids were open to acceptance. While the owner was not obliged to accept the lowest compliant bid, the privilege clause did not, as a matter of contractual interpretation, give the owner “the privilege” of accepting a non-compliant bid. *M.J.B.* stops short of the issue in the present appeal because in that case, there was a breach of Contract A but no clause purporting to exclude liability on the part of the owner to pay compensation in the event of a Contract A violation.

[90] In *Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd.*, 2001 SCC 58, [2001] 2 S.C.R. 943, the Court enforced the rules of the bid depository system against a contractor whose bid was based on what turned out to be a mistaken view of its collective bargaining status with the International Brotherhood of Electrical Workers. The Court again affirmed that “[t]he existence and content of Contract A will depend on the facts of the particular case” (para. 36). *Ellis-Don* sought relief from its bid on the basis of a labour board decision rendered subsequent to its bid that upheld, to its surprise, the bargaining rights of the union. This Court held that no relief was contemplated in the circumstances under Contract A and none was afforded, even though this was a costly result when viewed from the perspective of *Ellis-Don*.

simplement de signer un contrat conforme aux instructions adressées aux soumissionnaires et à sa propre soumission. [p. 127]

Autrement dit, les parties ne pouvaient revenir sur le marché conclu, aussi draconien que cela ait pu paraître à Ron Engineering. La Cour n’était pas disposée à substituer des conditions « justes et raisonnables » à celles dont les parties avaient convenu.

[89] Dans l’arrêt *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, le contrat A renfermait une clause « de réserve » portant que le propriétaire n’était tenu d’accepter ni la soumission la plus basse ni *aucune* soumission. Invoquant l’intention présumée des parties, la Cour infère du contrat, malgré la clause de réserve, l’obligation tacite du propriétaire de n’accepter qu’une soumission conforme. Le propriétaire n’était pas tenu d’accepter la soumission conforme la plus basse, mais suivant son interprétation, la clause de réserve ne « réservait » pas au propriétaire le droit d’accepter une soumission non conforme. L’arrêt *M.J.B.* ne tranche pas la question soulevée dans le présent pourvoi, car même s’il y avait eu inexécution du contrat A, aucune clause n’avait pour objet d’écarter l’obligation du propriétaire de verser une indemnité en cas de non-respect du contrat A.

[90] Dans l’arrêt *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, 2001 CSC 58, [2001] 2 R.C.S. 943, la Cour donne effet aux règles régissant le système de soumissions au détriment d’un entrepreneur dont la soumission se fondait sur ce qui s’est révélé être une mauvaise interprétation de l’obligation de négocier collectivement avec la Fraternité internationale des ouvriers en électricité. La Cour y confirme que « [l]’existence et le contenu du contrat A dépendent des faits de chaque affaire » (par. 36). *Ellis-Don* tentait d’échapper à ses obligations contractuelles en invoquant une décision de la Commission des relations de travail — rendue après le dépôt de sa soumission — qui reconnaissait contre toutes attentes les droits de négociation collective du syndicat. La Cour statue que le contrat A ne prévoyait aucune mesure réparatrice en pareil cas et elle n’en accorde aucune, même si le résultat se révèle coûteux pour *Ellis-Don*.

[91] In *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860, citing *M.J.B.*, the Court implied a term in Contract A obligating the owner to be fair and consistent in the assessment of tender bids. On the facts, the disappointed bidder's claim of unfair treatment was rejected.

[92] Finally, in *Double N Earthmovers Ltd. v. Edmonton (City)*, 2007 SCC 3, [2007] 1 S.C.R. 116, the unsuccessful bidder claimed that Edmonton had accepted, in breach of Contract A, a competitor's non-compliant bid to provide heavy equipment of a certain age to move refuse at a waste disposal site. The Court refused to imply a term "requiring an owner to investigate to see if bidders will really do what they promised in their tender" (para. 50). Accepting the existence of a duty of "fairness and equality", the majority nevertheless held that "[t]he best way to make sure that all bids receive the same treatment is for an owner to weigh bids on the basis of what is actually in the bid, not to weigh them on the basis of subsequently discovered information" (para. 52). In other words, the majority's interpretation of the express terms of Contract A was enforced despite Double N Earthmovers' complaint of double dealing by the owner.

[93] On the whole, therefore, while *Ron Engineering* and its progeny have encouraged the establishment of a fair and transparent bidding process, Contract A continues to be based not on some abstract externally imposed rule of law but on the presumed (and occasionally implied) intent of the parties. Only in rare circumstances will the Court relieve a party from the bargain it has made.

[94] As to implied terms, *M.J.B.* emphasized (at para. 29) that the focus is "the intentions of the actual parties". A court, when dealing with a claim to an implied term, "must be careful not to slide

[91] Dans l'arrêt *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860, s'appuyant sur l'arrêt *M.J.B.*, la Cour conclut que le contrat A obligeait tacitement le propriétaire à évaluer les soumissions de façon équitable et uniforme. Mais au vu des faits, elle rejette la prétention du soumissionnaire éconduit selon laquelle il n'avait pas été traité avec équité.

[92] Enfin, dans l'affaire *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, 2007 CSC 3, [2007] 1 R.C.S. 116, à l'issue d'un appel d'offres pour la fourniture de machinerie lourde devant servir au déplacement des déchets dans une décharge, un soumissionnaire non retenu prétendait que la ville d'Edmonton avait contrevenu au contrat A en acceptant une soumission non conforme pour ce qui était de l'année de fabrication des machines. La Cour refuse de conclure à l'obligation tacite du propriétaire « de vérifier si les soumissionnaires respecteront vraiment les engagements qu'ils ont pris dans leur soumission » (par. 50). Les juges majoritaires reconnaissent que le propriétaire est tenu de traiter tous les soumissionnaires « équitablement et sur un pied d'égalité », mais ils estiment néanmoins que « [l]e meilleur moyen pour le propriétaire de s'assurer que toutes les soumissions sont traitées de façon équitable est de les évaluer d'après leur contenu réel et non en fonction des renseignements révélés ultérieurement » (par. 52). Ainsi, il est donné effet à leur interprétation des conditions expresses du contrat A malgré l'allégation de duplicité formulée par Double N Earthmovers contre le propriétaire.

[93] Dans l'ensemble, bien que l'arrêt *Ron Engineering* et ceux rendus dans sa foulée préconisent un processus d'appel d'offres équitable et transparent, l'assise du contrat A demeure l'intention présumée (et parfois inférée) des parties, et non quelque règle de droit abstraite imposée par un tiers. Ce n'est qu'en de rares circonstances que le tribunal relèvera une partie de ses engagements.

[94] Dans l'arrêt *M.J.B.*, la Cour souligne que, pour les conditions implicites, l'accent est mis sur « l'intention des parties elles-mêmes » (par. 29). Le tribunal appelé à statuer sur l'existence alléguée

into determining the intentions of reasonable parties” (emphasis in original). Thus, “if there is evidence of a contrary intention, on the part of either party, an implied term may not be found on this basis”.

[95] Tercon is a large and experienced contractor. As noted by Donald J.A. in the B.C. Court of Appeal, it had earlier “successfully recovered damages from the [Ministry] on a bidding default in a previous case” (2007 BCCA 592, 73 B.C.L.R. (4th) 201, at para. 15). See *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia* (1993), 9 C.L.R. (2d) 197 (B.C.S.C.), aff’d [1994] B.C.J. No. 2658 (QL) (C.A.). Thus Tercon would have been more sensitive than most contractors to the risks posed by an exclusion of compensation clause. It nevertheless chose to bid on the project on the terms proposed by the Ministry.

III. Tercon’s Claim for Relief From the Exclusionary Clause It Agreed to

[96] In these circumstances, the first question is whether there is either a statutory legal obstacle to, or a principled legal argument against, the freedom of these parties to contract out of the obligation that would otherwise exist for the Ministry to pay compensation for a breach of Contract A. If not, the second question is whether there is any other barrier to the court’s enforcement of the exclusionary clause in the circumstances that occurred. On the first branch, Tercon relies on the *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1996, c. 311 (“*Transportation Act*” or the “*Act*”). On the second branch, Tercon relies on the doctrine of fundamental breach.

A. *The Statutory Argument*

[97] Section 4 of the *Transportation Act* provides that before awarding a highway contract, “the minister must invite tenders in any manner that will make the invitation for tenders reasonably available

d’une condition implicite « doit se garder de chercher à déterminer l’intention de parties raisonnables » (souligné dans l’original). Ainsi, « en présence d’une preuve d’intention contraire de la part de l’une ou l’autre des parties, l’on ne peut conclure à l’existence d’une condition implicite sur ce fondement ».

[95] Tercon est une grande entreprise expérimentée et, comme le fait observer le juge Donald de la Cour d’appel, elle [TRADUCTION] « a déjà obtenu des dommages-intérêts du [ministère] dans une autre affaire d’irrégularité du processus d’appel d’offres » (2007 BCCA 592, 73 B.C.L.R. (4th) 201, par. 15). Voir *Tercon Contractors Ltd. c. British Columbia* (1993), 9 C.L.R. (2d) 197 (C.S.C.-B.), conf. par [1994] B.C.J. No. 2658 (QL) (C.A.). Tercon aurait donc été plus consciente que la plupart des autres entreprises du risque que posait la clause de non-recours en indemnisation. Elle a néanmoins décidé de participer au processus aux conditions proposées par le ministère.

III. Demande de Tercon visant à la soustraire à l’application de la clause de non-recours à laquelle elle a consenti

[96] Dans ces circonstances, il faut premièrement se demander si un élément législatif ou un argument juridique valable s’oppose à la liberté des parties d’exclure dans leur contrat l’obligation qu’aurait le ministère de verser une indemnité en cas d’inexécution du contrat A. S’il n’y en a pas, il convient deuxièmement de déterminer si, au vu des faits de l’espèce, il existe un autre obstacle à l’application de la clause de non-recours. Pour le premier volet, Tercon invoque la *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 311 (« *Loi sur les transports* » ou « *Loi* »), pour le second, le principe de l’inexécution fondamentale.

A. *L’argument de nature législative*

[97] L’article 4 de la *Loi sur les transports* dispose qu’avant d’accorder un contrat de voirie, [TRADUCTION] « le ministre lance l’appel d’offres de manière à informer raisonnablement le public de

to the public”, but then provides for several exceptions: “The minister need not invite tenders for a project . . . if . . . (c) the minister believes that an alternative contracting process will result in a competitively established cost for the project”. Here the required ministerial authorization was obtained for an “alternative process”. The reason is as follows. As noted by Cromwell J., the Ministry’s original idea was to use a “design-build” model where a single contractor would design and build the highway for a fixed price. The Ministry issued a request for expressions of interest (“RFEI”) which attracted six responses. One was from Tercon. Another was from Brentwood. EAC declined to bid because it did not think the “design-build” concept was appropriate for the job.

[98] On further reflection, the Ministry decided not to pursue the design-build approach. It decided to design the highway itself. The contract would be limited to construction, as EAC had earlier advocated. EAC was not allowed to bid despite the Ministry coming around to its point of view on the proper way to tender the project. The Ministry limited bidding on the new contest to the six respondents to the original RFEI, all of whom had been found capable of performing the contract. But to do so, it needed, and did obtain, the Minister’s s. 4 approval.

[99] A question arose during the hearing of the appeal as to whether the Minister actually approved an “alternative process” that not only restricted eligibility to the six participants in the RFEI process (an advantage to Tercon and the other five participants), but also contained the “no claims” clause excluding compensation for non-observance of its terms (no doubt considered a disadvantage). In its factum, the Ministry states:

In this case, the Minister approved an alternate process under [s. 4(2) of the B.C. *Transportation Act*]. That process was set out in the Instructions to Proponents, which included the No Claim Clause. Having been approved by the Minister, the package (including the No Claim

sa tenue », sauf dans certains cas, notamment lorsque [TRADUCTION] « c) le ministre estime qu’un autre processus d’adjudication de marché permettra la réalisation des travaux à un coût concurrentiel ». En l’espèce, le ministre a approuvé un « autre processus ». La raison en est — comme le signale le juge Cromwell — que le ministère prévoyait initialement qu’un seul entrepreneur se chargerait de la conception et de la construction de la route moyennant un prix fixe. Il a lancé une demande d’expression d’intérêt (« DEI ») et reçu six réponses, dont celles de Tercon et de Brentwood. Estimant que les travaux ne se prêtaient pas au modèle « conception-construction », EAC n’a pas manifesté son intérêt.

[98] Après réflexion, le ministère a renoncé à ce modèle. Il a décidé de concevoir lui-même la route et de ne passer un marché que pour sa construction, comme l’avait préconisé EAC. Cette dernière ne pouvait cependant pas soumissionner même si le ministère s’était rangé à son avis sur les modalités qu’il convenait d’établir pour l’appel d’offres. Le ministère a réservé la participation au nouveau processus aux six entrepreneurs ayant initialement répondu à la DEI, qu’il avait tous jugés aptes à exécuter les travaux. Il devait toutefois obtenir du ministre l’approbation visée à l’art. 4, et il l’a obtenue.

[99] Lors de l’audition du pourvoi, la question s’est posée de savoir si le ministre avait effectivement approuvé un « autre processus » qui non seulement tenait pour admissibles les six participants à la DEI (conférant ainsi un avantage à Tercon et aux cinq autres entreprises), mais renfermait également une clause « écartant tout recours » en indemnisation d’un préjudice découlant du non-respect de ses conditions (assurément perçue comme un élément défavorable). Dans son mémoire, le ministère soutient ce qui suit :

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, le ministre a approuvé un autre processus [en application du par. 4(2) de la *Transportation Act* de la Colombie-Britannique]. Ce processus était énoncé dans les instructions aux proposant, qui comprenaient la clause « écartant tout

Clause) complied with section 4 of the *Transportation Act*. [para. 70]

[100] Tercon argued at the hearing of this appeal that as a matter of *law*, Contract A could not have included the exclusion clause because

[t]he policy of the [*Transportation Act*] is to ensure that the Ministry is accountable; to preserve confidence in the integrity of the tendering process. To ensure that is so and that the Minister is accountable, the Ministry must be held liable for its breach of Contract A in considering and accepting a proposal from the joint venture

MADAM JUSTICE ABELLA: Can I just ask you one question. Is it your position, sir, that you can never have -- that a government can never have a no claims clause?

MR. McLEAN: Yes. Under this statute because of the policy of the statute. [Transcript, at p. 27]

[101] While it is true that the Act favours “the integrity of the tendering process”, it nowhere prohibits the parties from negotiating a “no claims” clause as part of their commercial agreement, and cannot plausibly be interpreted to have that effect.

[102] In the ordinary world of commerce, as Dickson C.J. commented in *Hunter*, “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” (p. 461). Moreover, as Mr. Hall points out, “[t]here are many valid reasons for contracting parties to use exemption clauses, most notably to allocate risks” (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2007), at p. 243). Tercon, for example, is a sophisticated and experienced contractor and if it decided that it was in its commercial interest to proceed with the bid despite the exclusion of compensation clause, that was its prerogative and nothing in the “policy of the Act” barred the parties’ agreement on that point.

recours ». Avalisé par le ministre, l’ensemble des conditions (dont la clause « écartant tout recours ») était conforme à l’article 4 de la *Transportation Act*. [par. 70]

[100] Tercon a soutenu à l’audience que le contrat A ne pouvait *légalement* comprendre la clause de non-recours, car

[TRADUCTION] [l]a raison d’être de la [*Transportation Act*] est de rendre le ministre responsable de ses actes, de protéger la foi dans l’intégrité du processus d’appel d’offres. C’est pourquoi le ministre doit engager sa responsabilité en cas d’inexécution du contrat A lorsqu’il considère puis accepte la proposition d’une coentreprise

MADAME LA JUGE ABELLA : Puis-je seulement vous poser une question? Allez-vous jusqu’à prétendre, Maître, qu’il ne peut jamais y avoir de clause « écartant tout recours », qu’un gouvernement ne peut jamais stipuler une telle clause?

MAÎTRE McLEAN : Oui. Sous le régime de cette loi, à cause de sa raison d’être. [Transcription, p. 27]

[101] Certes la Loi favorise « l’intégrité du processus d’appel d’offres », mais aucune de ses dispositions n’empêche les parties de faire figurer dans leur accord commercial une clause écartant toute indemnisation ni ne peut vraisemblablement être interprétée comme ayant cet effet.

[102] Dans l’arrêt *Hunter*, le juge en chef Dickson fait observer que dans le contexte ordinaire du commerce, « les clauses de limitation ou d’exclusion de responsabilité sont négociées dans le cadre de l’ensemble du contrat. Comme elles le font pour les autres conditions du contrat, les parties négocient les conséquences de l’exécution insuffisante » (p. 461). De plus, Hall fait remarquer que [TRADUCTION] « [b]on nombre de raisons valables justifient les parties contractantes de recourir à une clause exonératrice, le plus souvent pour répartir le risque » (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2007), p. 243). Tercon est une entreprise avertie et expérimentée, et si elle a jugé commercialement opportun de présenter une soumission malgré la clause de non-recours en indemnisation, c’était sa décision. La « raison d’être de la Loi » ne faisait aucunement obstacle à la convention des parties sur ce point.

[103] To the extent Tercon is now saying that as a matter of *fact* the Minister, in approving the RFP, did not specifically approve the exclusion clause, and that the contract was thus somehow *ultra vires* the Ministry, this is not an issue that was either pleaded or dealt with in the courts below. The details of the ministerial approval process were not developed in the evidence. It is not at all evident that s. 4 *required* the Minister to approve the actual terms of the RFP. It is an administrative law point that Tercon, if so advised, ought to have pursued at pre-trial discovery and in the trial evidence. We have not been directed to any exploration of the matter in the testimony and it is too late in the proceeding for Tercon to explore it now. Accordingly, I proceed on the basis that the exclusion clause did not run afoul of the statutory requirements.

B. *The Doctrine of the Fundamental Breach*

[104] The trial judge considered the applicability of the doctrine of fundamental breach. Tercon argued that the Ministry, by reason of its fundamental breach, had forfeited the protection of the exclusion of compensation clause.

[105] The leading case is *Hunter* which also dealt with an exclusion of liability clause. The appellants Hunter Engineering and Allis-Chalmers Canada Ltd. supplied gearboxes used to drive conveyor belts at Syncrude's tar sands operations in Northern Alberta. The gearboxes proved to be defective. At issue was a broad exclusion of warranty clause that limited time for suit and the level of recovery available against Allis-Chalmers (i.e. no recovery beyond the unit price of the defective products). Dickson C.J. observed: "In the face of the contractual provisions, Allis-Chalmers can only be found liable under the doctrine of fundamental breach" (p. 451).

[106] This doctrine was largely the creation of Lord Denning in the 1950s (see, e.g., *Karsales*

[103] Tercon prétend aujourd'hui devant nous que, dans les *faits*, lorsqu'il a approuvé la DP, le ministre n'a pas approuvé la clause de non-recours comme telle, si bien que le contrat était en quelque sorte *ultra vires* du pouvoir du ministère. Or, cette thèse n'a été ni formulée devant les tribunaux inférieurs ni examinée par eux. Le détail du processus d'approbation ministérielle n'a pas été mis en preuve. Il n'est pas du tout évident que l'art. 4 *exigeait* du ministre qu'il approuve les conditions précises de la DP. Il s'agit d'un point de droit administratif que Tercon aurait dû soulever, si elle le souhaitait, à l'interrogatoire préalable ou lors de la présentation de la preuve au procès. La preuve ne nous a pas incités à explorer la question, et il est désormais trop tard pour que Tercon s'engage dans cette voie. Je poursuis donc l'analyse en tenant pour acquis que la clause de non-recours ne dérogeait pas aux exigences légales.

B. *La notion d'inexécution fondamentale*

[104] La juge de première instance s'est penchée sur l'applicabilité de cette notion. Tercon soutenait qu'en raison de l'inexécution fondamentale dont il s'était rendu coupable, le ministère n'avait plus droit à la protection découlant de la clause de non-recours en indemnisation.

[105] *Hunter* est l'arrêt de principe en la matière. Une clause d'exonération de la responsabilité y était également en cause. Les appelantes Hunter Engineering et Allis-Chalmers Canada Ltd. fournissaient des boîtes d'engrenage pour les convoyeurs à courroie utilisés par Syncrude pour l'exploitation de sables bitumineux dans le nord de l'Alberta. Le matériel s'est révélé défectueux. L'objet du litige était une clause générale d'exclusion de la garantie limitant le délai de poursuite et plafonnant au prix unitaire du produit défectueux le montant de l'indemnité qu'Allis-Chalmers pouvait être tenue de verser. Le juge en chef Dickson conclut que « [c]ompte tenu des dispositions du contrat, Allis-Chalmers ne peut être tenue responsable qu'aux termes du principe de l'inexécution fondamentale » (p. 451).

[106] Ce principe de droit datant des années 1950 était en grande partie attribuable à lord Denning

(*Harrow Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936 (C.A.)). It was said to be a rule of law that operated independently of the intention of the parties in circumstances where the defendant had so egregiously breached the contract as to deny the plaintiff substantially the whole of its benefit. In such a case, according to the doctrine, the innocent party was excused from further performance but the defendant could still be held liable for the consequences of its “fundamental” breach even if the parties had excluded liability by clear and express language. See generally S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (5th ed. 2005), at para. 478; J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2005), at pp. 765 *et seq.*

[107] The five-judge *Hunter* Court was unanimous in the result and gave effect to the exclusion clause at issue. Dickson C.J. and Wilson J. both emphasized that there is nothing inherently unreasonable about exclusion clauses and that they should be applied unless there is a compelling reason not to give effect to the words selected by the parties. At that point, there was some divergence of opinion.

[108] Dickson C.J. (La Forest J. concurring) observed that the doctrine of fundamental breach had “spawned a host of difficulties” (p. 460), the most obvious being the difficulty in determining whether a particular breach is fundamental. The doctrine obliged the parties to engage in “games of characterization” (p. 460) which distracted from the real question of what agreement the parties themselves intended. Accordingly, in his view, the doctrine should be “laid to rest”. The situations in which the doctrine is invoked could be addressed more directly and effectively through the doctrine of “unconscionability”, as assessed at the time the contract was made:

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,

(voir, p. ex., *Karsales (Harrow Ltd. c. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936 (C.A.)). Il devait s’appliquer indépendamment de l’intention des parties lorsque le défendeur avait à ce point manqué à ses obligations contractuelles qu’il avait privé le demandeur de la quasi-totalité du bénéfice censé découler du contrat. Ainsi, le cocontractant innocent était dès lors relevé de ses obligations, et le défendeur pouvait en outre être tenu responsable des conséquences de son inexécution « fondamentale » même si les parties avaient clairement et expressément écarté toute responsabilité. Voir de façon générale S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (5^e éd. 2005), par. 478; J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2005), p. 765 *et suiv.*

[107] Dans l’arrêt *Hunter*, les cinq juges de la Cour s’entendent sur l’issue du pourvoi et donnent effet à la clause d’exclusion. Le juge en chef Dickson et la juge Wilson font tous deux ressortir qu’une telle clause n’est pas intrinsèquement déraisonnable et qu’il faut la faire respecter sauf motif impérieux de ne pas donner effet au libellé employé par les parties. Certaines divergences d’opinions apparaissent ensuite.

[108] Le juge en chef Dickson (avec l’accord du juge La Forest) fait remarquer que le principe de l’inexécution fondamentale a « engendré un grand nombre de difficultés » (p. 460), la plus évidente tenant à la détermination du caractère fondamental de l’inexécution. Les parties devaient en effet se livrer à des « jeux de caractérisation » (p. 460) qui détournaient leur attention de la question véritable, celle de savoir ce dont elles avaient elles-mêmes voulu convenir. Il est donc d’avis de « donner le coup de grâce » au principe, les situations où il est invoqué pouvant être réglées plus directement et plus efficacement sous l’angle de l’« iniquité » considérée au moment de la formation du contrat :

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

should the courts interfere with agreements the parties have freely concluded. [p. 462]

Dickson C.J. explained that “[t]he courts do not blindly enforce harsh or unconscionable bargains” (p. 462), but “there is much to be gained by addressing directly the protection of the weak from overreaching by the strong, rather than relying on the artificial legal doctrine of ‘fundamental breach’” (p. 462). To enforce an exclusion clause in such circumstances could tarnish the institutional integrity of the court. In that respect, it would be contrary to public policy. However, a *valid* exclusion clause would be enforced according to its terms.

[109] Wilson J. (L’Heureux-Dubé J. concurring) disagreed. In her view, the courts retain some residual discretion to refuse to enforce exclusion clauses in cases of fundamental breach where the doctrine of *pre-breach unconscionability* (favoured by Dickson C.J.) did not apply. Importantly, she rejected the imposition of a general standard of reasonableness in the judicial scrutiny of exclusion clauses, affirming that “the courts . . . are quite unsuited to assess the fairness or reasonableness of contractual provisions as the parties negotiated them” (p. 508). Wilson J. considered it more desirable to develop through the common law a *post-breach* analysis seeking a “balance between the obvious desirability of allowing the parties to make their own bargains . . . and the obvious undesirability of having the courts used to enforce bargains in favour of parties who are totally repudiating such bargains themselves” (p. 510).

[110] Wilson J. contemplated a two-stage test, in which the threshold step is the identification of a fundamental breach where “the foundation of the contract has been undermined, where the very thing bargained for has not been provided” (p. 500). Having found a fundamental breach to exist, the exclusion clause would *not* automatically be set

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. [p. 462]

Le juge en chef Dickson explique que « [l]es tribunaux n’appliquent pas aveuglément les conventions draconiennes ou iniques » (p. 462), mais qu’« 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” » (p. 462). Faire respecter une clause de non-recours en pareil cas pourrait porter atteinte à l’intégrité de l’appareil judiciaire. Sous ce rapport, ce serait contraire à l’ordre public. Toutefois, une clause de non-recours *valide* sera appliquée conformément à son libellé.

[109] La juge Wilson (avec l’appui de la juge L’Heureux-Dubé) exprime son désaccord, opinant que les tribunaux doivent continuer d’exercer un certain pouvoir discrétionnaire et refuser d’appliquer une clause d’exclusion en cas d’inexécution fondamentale lorsque le principe de l’iniquité *préalable* à l’inexécution (privilegié par le juge en chef Dickson) ne s’applique pas. Elle s’oppose surtout à ce que l’examen judiciaire d’une clause d’exonération se fasse au regard d’une norme générale de raisonabilité : « . . . les tribunaux [. . .] sont fort mal placés pour déterminer le caractère juste ou raisonnable de dispositions contractuelles négociées par les parties » (p. 508). Elle préconise plutôt une démarche *a posteriori* fondée sur la common law visant à établir « un équilibre entre ce qui est manifestement souhaitable, c’est-à-dire permettre aux parties de conclure leurs propres contrats [. . .] 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 » (p. 510).

[110] La juge Wilson propose un double critère dont le premier volet consiste à déterminer l’existence d’une inexécution fondamentale, à savoir une situation « où le fondement même du contrat a été miné, c’est-à-dire lorsque l’objet même du contrat n’a pas été réalisé » (p. 500). Le tribunal qui conclut à l’existence d’une inexécution fondamentale

aside, but the court should go on to assess whether, having regard to the circumstances of the breach, the party in fundamental breach should escape liability:

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. . . . [T]he question essentially is: in the circumstances that have happened should the court lend its aid to A to hold B to this clause? [Emphasis added; pp. 510-11.]

[111] Wilson J. reiterated that “as a general rule” courts should give effect to exclusion clauses *even in the case of fundamental breach* (p. 515). Nevertheless, a residual discretion to withhold enforcement exists:

Lord Wilberforce [in *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.)] 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. [Emphasis added; p. 517.]

Wilson J. made it clear that such circumstances of disentitlement would be rare. She acknowledged that an exclusion clause might well be accepted with open eyes by a party “very anxious to get” the contract (p. 509). However, Wilson J. did not elaborate further on what such circumstances might be because she found in *Hunter* itself that no reason existed to refuse the defendant Allis-Chalmers the benefit of the exclusion clause.

[112] The fifth judge, McIntyre J., in a crisp two-paragraph judgment, agreed with the conclusion of

n'écarte pas automatiquement la clause d'exclusion, mais il poursuit son examen pour déterminer si l'auteur de l'inexécution fondamentale devrait, compte tenu des circonstances de celle-ci, échapper à sa responsabilité :

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 parfaitement 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 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. [. . .] [L]a question qui se pose est essentiellement celle de savoir si, suite aux faits survenus, la cour devrait prêter son concours à A pour obliger B à respecter cette clause. [Je souligne; p. 510-511.]

[111] La juge Wilson rappelle qu'« en règle générale », les tribunaux doivent faire respecter la clause d'exclusion *même en cas d'inexécution fondamentale* (p. 515), sous réserve de leur pouvoir résiduel d'écarter son application :

Il se peut que [dans *Photo Production Ltd. c. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.)] lord 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 revêtus d'un pouvoir résiduel de refuser pour des motifs de principe de prêter leur concours à une partie, lorsque cela est indiqué. [Je souligne; p. 517.]

La juge Wilson précise qu'il sera rarement indiqué d'écarter une clause d'exclusion. Elle ajoute qu'une telle clause peut très bien avoir été acceptée en pleine connaissance de cause par une partie qui « tenait beaucoup à [. . .] avoir » le contrat (p. 509). Elle ne précise toutefois pas les circonstances dans lesquelles il conviendrait de l'écarter, car dans *Hunter*, elle ne voit pas de raisons d'empêcher la défenderesse Allis-Chalmers de bénéficier de son application.

[112] Dans un jugement incisif de deux paragraphes, le juge McIntyre, le cinquième à se prononcer,

Wilson J. in respect of the exclusion clause issue but found it “unnecessary to deal further with the concept of fundamental breach in this case” (p. 481).

[113] The law was left in this seemingly bifurcated state until *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423. In that case, the Court breathed some life into the dying doctrine of fundamental breach while nevertheless affirming (once again) that whether or not a “fundamental breach prevents the breaching party from continuing to rely on an exclusion clause is a matter of construction rather than a rule of law” (para. 52). In other words, the question was whether the parties *intended* at the time of contract formation that the exclusion or limitation clause would apply “in circumstances of contractual breach, whether fundamental or otherwise” (para. 63). The Court thus emphasized that what was important was not the label (“fundamental or otherwise”) but the intent of the contracting parties when they made their bargain. “The only limitation placed upon enforcing the contract as written in the event of a fundamental breach”, the Court in *Guarantee Co.* continued,

would be to refuse to enforce an exclusion of liability in circumstances where to do so would be unconscionable, according to Dickson C.J., or [note the disjunctive “or”] unfair, unreasonable or otherwise contrary to public policy, according to Wilson J. [Emphasis added; para. 52.]

(See also para. 64.)

What has given rise to some concern is not the reference to “public policy”, whose role in the enforcement of contracts has never been doubted, but to the more general ideas of “unfair” and “unreasonable”, which seemingly confer on courts a very broad after-the-fact discretion.

[114] The Court’s subsequent observations in *ABB Inc. v. Domtar Inc.*, 2007 SCC 50, [2007] 3 S.C.R. 461, should be seen in that light. *Domtar* was a products liability case arising under the civil

souscrit à la conclusion de la juge Wilson en ce qui concerne la clause d’exclusion, mais il trouve « inutile de s’arrêter davantage à la notion d’inexécution fondamentale en l’espèce » (p. 481).

[113] Cette orientation apparemment bicéphale du droit a valu jusqu’à ce que, dans l’arrêt *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, la Cour ravive la notion moribonde d’inexécution fondamentale tout en (ré)affirmant que « la question de savoir si l’inexécution fondamentale empêche la partie qui en est l’auteur de continuer d’invoquer une clause d’exclusion est une question d’interprétation plutôt que de règle de droit » (par. 52). En d’autres termes, la question est celle de savoir si les parties ont *voulu*, lors de la formation du contrat, que la clause d’exclusion (prévoyant le délai de prescription) s’applique « à la suite d’une inexécution de contrat, qu’elle soit fondamentale ou autre » (par. 63). La Cour souligne donc que ce n’est pas la qualification qui compte (« fondamentale ou autre »), mais bien l’intention des parties au moment de contracter. Elle ajoute :

En cas d’inexécution fondamentale, la seule restriction à l’exécution du contrat tel que rédigé consisterait à refuser d’appliquer une exonération de responsabilité dans le cas où il serait inique de le faire, selon le juge en chef Dickson, ou [notez l’emploi du *ou* disjonctif] injuste, déraisonnable ou par ailleurs contraire à l’ordre public, selon l[a] juge Wilson. [Je souligne; par. 52.]

(Voir aussi le par. 64.)

La difficulté n’a pas résulté du renvoi à l’« ordre public », une notion dont la pertinence en matière d’exécution des contrats n’a jamais été mise en doute, mais bien des considérations plus générales évoquées par les mots « injuste » et « déraisonnable », qui paraissent ouvrir la voie à l’exercice a posteriori d’un très grand pouvoir judiciaire discrétionnaire.

[114] Les observations subséquentes de la Cour dans l’arrêt *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, 2007 CSC 50, [2007] 3 R.C.S. 461, doivent être considérées dans ce contexte. L’arrêt porte sur la responsabilité du

law of Quebec, but the Court observed with respect to the common law:

Once the existence of a fundamental breach has been established, the court must still analyse the limitation of liability clause in light of the general rules of contract interpretation. If the words can reasonably be interpreted in only one way, it will not be open to the court, even on grounds of equity or reasonableness, to declare the clause to be unenforceable since this would amount to rewriting the contract negotiated by the parties. [Emphasis added; para. 84.]

While the *Domtar* Court continued to refer to “fundamental breach”, it notably repudiated any judicial discretion to depart from the terms of a valid contract upon vague notions of “equity or reasonableness”. It did not, however, express any doubt about the residual category mentioned in *Guarantee Co.*, namely a refusal to enforce an exclusion clause on the grounds of public policy.

[115] I agree with Professor Waddams when he writes:

[I]t is surely inevitable that a court must reserve the ultimate power to decide when the values favouring enforceability are outweighed by values that society holds to be more important. [para. 557]

[116] While memorably described as an unruly horse, public policy is nevertheless fundamental to contract law, both to contractual formation and enforcement and (occasionally) to the court’s relief *against* enforcement. As Duff C.J. observed:

It is the duty of the courts to give effect to contracts and testamentary dispositions according to the settled rules and principles of law, since we are under a reign of law; but there are cases in which rules of law cannot have their normal operation because the law itself recognizes some paramount consideration of public policy which over-rides the interest and what otherwise would be the rights and powers of the individual.

(*Re Millar Estate*, [1938] S.C.R. 1, at p. 4)

See generally B. Kain and D. T. Yoshida, “The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract

fabricant en droit civil québécois, mais la Cour y signale ce qui suit au sujet de la common law :

Une fois l’inexécution fondamentale constatée, le tribunal doit encore analyser la clause limitative selon les règles générales d’interprétation des contrats. Dans la mesure où les termes sont raisonnablement susceptibles d’une seule interprétation, le tribunal ne pourra déclarer la clause limitative de responsabilité inapplicable, même pour des motifs d’équité ou de raisonabilité, puisque cela reviendrait à réécrire le contrat négocié entre les parties. [Je souligne; par. 84.]

Même si elle renvoie encore à la notion d’« inexécution fondamentale », la Cour exclut nettement tout pouvoir discrétionnaire de passer outre aux conditions d’un contrat valide pour de vagues considérations « d’équité ou de raisonabilité ». Elle ne remet cependant pas en cause le pouvoir résiduel — mentionné dans l’arrêt *Guarantee Co.* — de refuser de donner effet à une clause de non-recours pour des motifs liés à l’ordre public.

[115] Je conviens avec le professeur Waddams de ce qui suit :

[TRADUCTION] [I] est certes incontournable que les tribunaux se réservent le pouvoir suprême de déterminer si des valeurs privilégiées par la société l’emportent sur celles favorables à l’applicabilité. [par. 557]

[116] L’ordre public, qu’on a pourtant mémoralement comparé à un « cheval rétif », joue un rôle fondamental en droit contractuel pour ce qui est de la formation et de l’exécution du contrat, mais aussi (parfois) lorsqu’un tribunal est appelé à déclarer un contrat *non* applicable. Comme l’a signalé le juge en chef Duff :

[TRADUCTION] Dans un système soumis à la règle de droit, il incombe aux tribunaux de donner effet aux stipulations contractuelles et testamentaires suivant les règles et les principes de droit établis. Or, il arrive parfois que l’on ne puisse appliquer ceux-ci normalement parce que le droit lui-même reconnaît une considération d’ordre public prépondérante qui prime les intérêts de l’intéressé et ce qui, autrement, constituerait ses droits.

(*Re Millar Estate*, [1938] R.C.S. 1, p. 4)

Se reporter généralement à B. Kain et D. T. Yoshida, « The Doctrine of Public Policy in Canadian

Law”, in T. L. Archibald and R. S. Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2007* (2007), 1.

[117] As Duff C.J. recognized, freedom of contract will often, but not always, trump other societal values. The residual power of a court to decline enforcement exists but, in the interest of certainty and stability of contractual relations, it will rarely be exercised. Duff C.J. adopted the view that public policy “should be invoked only in clear cases, in which the harm to the public is substantially incontestable, and does not depend upon the idiosyncratic inferences of a few judicial minds” (p. 7). While he was referring to public policy considerations pertaining to the nature of the *entire contract*, I accept that there may be well-accepted public policy considerations that relate directly to the nature of the *breach*, and thus trigger the court’s narrow jurisdiction to give relief against an exclusion clause.

[118] There are cases where the exercise of what Professor Waddams calls the “ultimate power” to refuse to enforce a contract may be justified, even in the commercial context. Freedom of contract, like any freedom, may be abused. Take the case of the milk supplier who adulterates its baby formula with a toxic compound to increase its profitability at the cost of sick or dead babies. In China, such people were shot. In Canada, should the courts give effect to a contractual clause excluding civil liability in such a situation? I do not think so. Then there are the people, also fortunately resident elsewhere, who recklessly sold toxic cooking oil to unsuspecting consumers, creating a public health crisis of enormous magnitude. Should the courts enforce an exclusion clause to eliminate contractual liability for the resulting losses in such circumstances? The answer is no, but the contract breaker’s conduct need not rise to the level of criminality or fraud to justify a finding of abuse.

Contract Law », dans T. L. Archibald et R. S. Echlin, dir., *Annual Review of Civil Litigation, 2007* (2007), 1.

[117] Le juge en chef Duff reconnaît donc que la liberté contractuelle prime souvent les autres valeurs sociétales, mais pas toujours. Le pouvoir résiduel du tribunal d’écarter l’application existe bien, mais la certitude et la stabilité des rapports contractuels commandent de l’exercer rarement. Le juge en chef Duff adopte le point de vue selon lequel l’ordre public [TRADUCTION] « ne doit être invoqué que lorsqu’il est manifeste que le préjudice infligé au public est foncièrement incontestable et ne tient pas seulement aux conclusions bien personnelles de quelques magistrats » (p. 7). Même s’il renvoie à des considérations d’ordre public liées à la nature du *contrat en entier*, je reconnais qu’il peut y avoir des considérations d’ordre public bien établies se rapportant directement à la nature de l’*inexécution* et conférant alors au tribunal le pouvoir limité d’écarter la clause de non-recours.

[118] Il arrive que l’exercice de ce que le professeur Waddams appelle le [TRADUCTION] « pouvoir suprême » de refuser de faire respecter un contrat puisse se justifier, même en contexte commercial. On peut abuser de la liberté contractuelle comme de toute autre liberté. Considérons le cas de fournisseurs de lait qui, pour accroître leur profit, altèrent une formule pour nourrissons en y ajoutant une substance toxique, causant ainsi maladies et décès. En Chine, de tels fournisseurs sont fusillés. Au Canada, les tribunaux devraient-ils en pareil cas faire respecter une clause contractuelle écartant la responsabilité civile? Je ne crois pas. Considérons également le cas de ces gens sans scrupules — résidant heureusement dans un autre pays — qui ont vendu de l’huile de cuisson toxique à des consommateurs qui ne se doutaient de rien, créant ainsi une crise sanitaire publique d’une ampleur considérable. Dans de telles circonstances, nos tribunaux devraient-ils faire respecter une clause de non-recours de façon à écarter la responsabilité contractuelle pour le préjudice ainsi causé? Je ne le crois pas non plus. Cependant, point n’est besoin que l’inexécution contractuelle équivaille à un acte criminel ou à une fraude pour qu’il y ait véritablement abus.

[119] A less extreme example in the commercial context is *Plas-Tex Canada Ltd. v. Dow Chemical of Canada Ltd.*, 2004 ABCA 309, 245 D.L.R. (4th) 650. The Alberta Court of Appeal refused to enforce an exclusion clause where the defendant Dow knowingly supplied defective plastic resin to a customer who used it to fabricate natural gas pipelines. Instead of disclosing its prior knowledge of the defect to the buyer, Dow chose to try to protect itself by relying upon limitation of liability clauses in its sales contracts. After some years, the pipelines began to degrade, with considerable damage to property and risk to human health from leaks and explosions. The court concluded that “a party to a contract will not be permitted to engage in unconscionable conduct secure in the knowledge that no liability can be imposed upon it because of an exclusionary clause” (para. 53). (See also *McCamus*, at p. 774, and *Hall*, at p. 243.) What was demonstrated in *Plas-Tex* was that the defendant Dow was so contemptuous of its contractual obligation and reckless as to the consequences of the breach as to forfeit the assistance of the court. The public policy that favours freedom of contract was outweighed by the public policy that seeks to curb its abuse.

[120] Conduct approaching serious criminality or egregious fraud are but examples of well-accepted and “substantially incontestable” considerations of public policy that may override the countervailing public policy that favours freedom of contract. Where this type of misconduct is reflected in the breach of contract, all of the circumstances should be examined very carefully by the court. Such misconduct may disable the defendant from hiding behind the exclusion clause. But a plaintiff who seeks to avoid the effect of an exclusion clause must identify the overriding public policy that it says outweighs the public interest in the enforcement of the contract. In the present case, for the reasons discussed below, I do not believe Tercon has identified a relevant public policy that fulfills this requirement.

[119] L'affaire *Plas-Tex Canada Ltd. c. Dow Chemical of Canada Ltd.*, 2004 ABCA 309, 245 D.L.R. (4th) 650, constitue un cas d'inexécution contractuelle moins extrême. La Cour d'appel de l'Alberta a refusé d'appliquer une clause de responsabilité limitée au bénéfice de la défenderesse, Dow, qui avait sciemment fourni de la résine plastique défectueuse à un client qui s'en était servi pour la fabrication de conduites de gazoducs. Au lieu de signaler à l'acheteur la défectuosité dont elle connaissait l'existence, Dow avait tenté de se protéger en limitant sa responsabilité dans les contrats de vente. Après quelques années, les gazoducs ont commencé à se fissurer, causant d'importants dommages matériels et compromettant la santé de la population ainsi exposée à un risque grave de fuites et d'explosions. La Cour d'appel a conclu qu'un [TRADUCTION] « contractant ne saurait agir de façon inique avec la certitude qu'il pourra échapper à toute responsabilité grâce à une clause d'exonération » (par. 53). (Voir également *McCamus*, p. 774, et *Hall*, p. 243.) Ainsi, dans cette affaire, la défenderesse Dow a manifesté un tel mépris pour ses obligations contractuelles et fait preuve d'une telle insouciance pour les conséquences du non-respect de celles-ci qu'il était exclu que les tribunaux lui prêtent leur concours. Les considérations d'ordre public visant à réprimer l'abus de la liberté contractuelle l'emportaient sur celles qui privilégient celle-ci.

[120] Le comportement qui se rapproche de l'acte criminel grave ou de la fraude monumentale n'est qu'un exemple de considération d'ordre public bien établie et « foncièrement incontestable » pouvant primer la liberté de contracter, elle aussi d'ordre public. Lorsque l'inexécution du contrat se traduit par des actes répréhensibles de cette nature, le tribunal doit examiner très attentivement les circonstances. De tels actes peuvent empêcher le défendeur de se retrancher derrière la clause de non-recours. Mais le demandeur désireux de se soustraire à l'application d'une telle clause doit faire valoir la considération d'ordre public prépondérante qui, à son avis, l'emporte sur l'intérêt public lié à l'application des contrats. Pour les motifs qui suivent, je ne crois pas que Tercon invoque une considération d'ordre public applicable qui satisfait à cette exigence.

[121] The present state of the law, in summary, requires a series of enquiries to be addressed when a plaintiff seeks to escape the effect of an exclusion clause or other contractual terms to which it had previously agreed.

[122] The first issue, of course, is whether as a matter of interpretation the exclusion clause even *applies* to the circumstances established in evidence. This will depend on the Court's assessment of the intention of the parties as expressed in the contract. If the exclusion clause does not apply, there is obviously no need to proceed further with this analysis. If the exclusion clause applies, the second issue is whether the exclusion clause was unconscionable at the time the contract was made, "as might arise from situations of unequal bargaining power between the parties" (*Hunter*, at p. 462). This second issue has to do with contract formation, not breach.

[123] If the exclusion clause is held to be valid and applicable, the Court may undertake a third enquiry, namely whether the Court should nevertheless refuse to enforce the valid exclusion clause because of the existence of an overriding public policy, proof of which lies on the party seeking to avoid enforcement of the clause, that outweighs the very strong public interest in the enforcement of contracts.

IV. Application to the Facts of This Case

[124] I proceed to deal with the issues in the sequence mentioned above.

A. *Did the Ministry Breach Contract A?*

[125] The trial judge found that the parties intended to create contractual relations at the bidding stage (i.e. Contract A): 2006 BCSC 499, 53 B.C.L.R. (4th) 138, at para. 88. I agree with that conclusion. If there were no intent to form Contract A, there would be no need to exclude liability for compensation in the event of its breach.

[126] The Ministry argued that Contract A was not breached. It was entitled to enter into Contract B

[121] En résumé, dans l'état actuel du droit, le tribunal doit répondre à plusieurs questions lorsqu'une partie lui demande de la soustraire à l'application d'une clause de non-recours ou d'une autre stipulation contractuelle à laquelle elle a précédemment consenti.

[122] Évidemment, il lui faut d'abord déterminer, par voie d'interprétation, si même la clause de non-recours *s'applique* aux faits mis en preuve, ce qui dépend de l'intention des parties qu'il dégage du contrat. De toute évidence, lorsque la clause ne s'applique pas, point n'est besoin de poursuivre l'examen. Lorsqu'elle s'applique, il doit en deuxième lieu se demander si la clause était inique au moment de la formation du contrat, « comme cela pourrait se produire dans le cas où il y a inégalité de pouvoir de négociation entre les parties » (*Hunter*, p. 462). Cette deuxième considération touche à la formation du contrat, non à l'inexécution.

[123] Lorsque la clause de non-recours est jugée valide et applicable, le tribunal peut se demander dans un troisième temps s'il convient tout de même de refuser de la faire respecter en raison d'une considération d'ordre public prépondérante, dont la preuve incombe à la partie qui veut se soustraire à l'application de la clause, qui l'emporte sur le très grand intérêt public lié à l'application des contrats.

IV. Application aux faits de l'espèce

[124] J'examine maintenant les questions en litige dans l'ordre susmentionné.

A. *Le ministère a-t-il respecté le contrat A?*

[125] La juge de première instance conclut que les parties ont voulu faire naître un lien contractuel dès le dépôt de la soumission (le contrat A) : 2006 BCSC 499, 53 B.C.L.R. (4th) 138, par. 88. Je suis d'accord. Si les parties n'avaient pas eu l'intention de conclure le contrat A, il n'aurait pas été nécessaire d'écartier toute obligation d'indemnisation en cas d'inexécution.

[126] Le ministère soutient qu'il n'y a pas eu inexécution du contrat A. Il lui était loisible de

with Brentwood and it did so. There was no privity between the Ministry and EAC. The Ministry would have had no direct claim against EAC in the event of deficient performance. I accept as correct that Brentwood, having obtained Contract B, was in a position of considerable flexibility as to how and with whom it carried out the work. Nevertheless, it was open to the trial judge to conclude, as she did, that the RFP process was not conducted by the Ministry with the degree of fairness and transparency that the terms of Contract A entitled Tercon to expect. At the end of an unfair process, she found, Contract B was not awarded to Brentwood (the eligible bidder) but to what amounted to a joint venture consisting of Brentwood and EAC. I therefore proceed with the rest of the analysis on the basis that Contract A was breached.

B. *What Is the Proper Interpretation of the Exclusion of Compensation Clause and Did the Ministry's Conduct Fall Within Its Terms?*

[127] It is at this stage that I part company with my colleague Cromwell J. The exclusion clause is contained in the RFP and provides as follows:

2.10 . . .

Except as expressly and specifically permitted in these Instructions to Proponents, no Proponent shall have any claim for compensation of any kind whatsoever, as a result of participating in this RFP, and by submitting a Proposal each Proponent shall be deemed to have agreed that it has no claim.

In my view, “participating in this RFP” began with “submitting a Proposal” for consideration. The RFP process consisted of more than the final selection of the winning bid and Tercon participated in it. Tercon’s bid *was* considered. To deny that such participation occurred on the ground that in the end the Ministry chose a Brentwood joint venture (ineligible) instead of Brentwood itself (eligible) would, I believe, take the Court up the dead end identified by Wilson J. in *Hunter*:

. . . exclusion clauses, like all contractual provisions, should be given their natural and true construction.

conclure le contrat B avec Brentwood, et il l’a fait. Il n’avait pas de lien contractuel avec EAC. Il n’aurait eu aucun recours direct contre EAC en cas d’exécution insuffisante. J’estime qu’après avoir obtenu le contrat B, Brentwood jouissait effectivement d’une grande latitude pour arrêter les modalités d’exécution des travaux et choisir ses partenaires. La juge du procès pouvait néanmoins conclure comme elle le fait que, dans sa DP, le ministère n’a pas agi avec l’équité et la transparence auxquelles Tercon était en droit de s’attendre au vu du libellé du contrat A. Elle conclut qu’au terme d’un processus inéquitable, le contrat B n’a pas été adjugé à Brentwood (le soumissionnaire admissible), mais bien à une coentreprise formée de Brentwood et d’EAC. Je conclus donc qu’il y a eu inexécution du contrat A et je poursuis l’analyse en conséquence.

B. *Quelle est la juste interprétation de la clause de non-recours en indemnisation, et les actes du ministère tombent-ils sous le coup de celle-ci?*

[127] C’est à cette étape que je me dissocie de mon collègue le juge Cromwell. La clause de non-recours figurant dans la DP est libellée comme suit :

[TRADUCTION]

2.10 . . .

Sauf ce que prévoient expressément les présentes instructions, un proposant ne peut exercer aucun recours en indemnisation pour sa participation à la DP, ce qu’il est réputé accepter lorsqu’il présente une soumission.

À mon avis, la « participation à la DP » a débuté par la « [présentation d’]une soumission ». Le processus ne se résumait pas au choix final de l’adjudicataire, et Tercon y a participé. La soumission de Tercon *a été* considérée. Selon moi, nier la participation de Tercon au motif que le ministère a finalement choisi la coentreprise inadmissible dont faisait partie Brentwood, et non Brentwood elle-même (qui était admissible), mène la Cour dans l’impasse relevée par la juge Wilson dans l’arrêt *Hunter* :

. . . les clauses d’exclusion, comme toutes les stipulations d’un contrat, doivent recevoir une interprétation

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. [p. 509]

Professor McCamus expresses a similar thought:

. . . the law concerning exculpatory clauses is likely to be more rather than less predictable if the underlying concern is openly recognized, as it is in *Hunter*, rather than suppressed and achieved indirectly through the subterfuge of strained interpretation of such terms. [p. 778]

[128] I accept the trial judge’s view that the Ministry was at fault in its performance of the RFP, but the conclusion that the process thereby ceased to be the RFP process appears to me, with due respect to colleagues of a different view, to be a “strained and artificial interpretatio[n] 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”.

[129] As a matter of interpretation, I agree with Donald J.A. speaking for the unanimous court below:

The [trial] judge said the word “participating” was ambiguous. With deference, I do not find it so. The sense it conveys is the contractor’s involvement in the RFP/contract A stage of the process. I fail to see how “participating” could bear any other meaning. [Emphasis added; para. 16.]

Accordingly, I conclude that on the face of it, the exclusion clause applies to the facts described in the evidence before us.

C. *Was the Claim Excluding Compensation Unconscionable at the Time Contract A Was Made?*

[130] At this point, the focus turns to contract formation. Tercon advances two arguments: firstly, that it suffered from an inequality of bargaining power and secondly, (as mentioned) that the

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. [p. 509]

Le professeur McCamus va dans le même sens :

[TRADUCTION] . . . le droit régissant les clauses d’exonération sera assurément plus prévisible, et non moins, si la considération sous-jacente est ouvertement reconnue, comme elle l’est dans *Hunter*, au lieu d’être occultée et prise en compte indirectement par le moyen détourné de l’interprétation forcée du libellé en cause. [p. 778]

[128] Je conviens avec le juge de première instance que le ministère a été fautif dans la mise en œuvre de la DP. Cependant, en toute déférence pour les tenants de l’avis contraire, sa conclusion selon laquelle le processus a cessé dès lors d’être la DP me paraît être le fruit d’« 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 ».

[129] Sur le plan de l’interprétation, je suis d’accord avec le juge Donald qui exprime l’avis unanime de la Cour d’appel :

[TRADUCTION] La juge de première instance dit que le mot « participation » est ambigu. Avec déférence, je ne suis pas d’accord. Il renvoie à la part que prend l’entrepreneur à l’étape du contrat A du processus de DP. Je ne vois pas quel autre sens pourrait avoir ce mot. [Je souligne; par. 16.]

Par conséquent, je conclus qu’à première vue, la clause de non-recours s’applique aux faits établis selon le dossier de la Cour.

C. *La clause de non-recours était-elle inique au moment de la formation du contrat A?*

[130] Pour ce volet, l’accent est mis sur la formation du contrat. Tercon avance deux arguments : premièrement, son pouvoir de négociation était moins grand que celui du ministère et, deuxièmement (je

exclusion clause violates public policy as reflected in the *Transportation Act*.

(1) Unequal Bargaining Power

[131] In *Hunter*, Dickson C.J. stated, at p. 462: “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.” Applying that test to the case before him, he concluded:

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. [p. 464]

While Tercon is not on the same level of power and authority as the Ministry, Tercon is a major contractor and is well able to look after itself in a commercial context. It need not bid if it doesn't like what is proposed. There was no relevant imbalance in bargaining power.

(2) Policy of the *Transportation Act*

[132] As mentioned earlier, Tercon cites and relies upon the policy of the Act which undoubtedly favours the transparency and integrity of the bidding process. I have already discussed my reasons for rejecting Tercon's argument that this “policy” operates as a bar to the ability of the parties to agree on such commonplace commercial terms as in the circumstances they think appropriate. In addition, the exclusion clause is not as draconian as Tercon portrays it. Other remedies for breach of Contract A (specific performance or injunctive relief, for example) were available.

[133] In this case, injunction relief *was* in fact a live possibility. Although Tercon was not briefed on the negotiations with other bidders, the trial judge found that Glenn Walsh, the owner of Tercon, “had seen representatives of EAC with Brentwood following [the Brentwood/EAC interviews with the

le rappelle), la clause de non-recours va à l'encontre de la raison d'être de la *Loi sur les transports*.

(1) Inégalité du pouvoir de négociation

[131] Dans l'arrêt *Hunter*, le juge en chef Dickson affirme à la p. 462 : « 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. » Appliquant ce critère à l'espèce dont la Cour était saisie, il conclut :

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. [p. 464]

Tercon n'a ni le pouvoir ni l'autorité du ministère, mais c'est une entreprise importante parfaitement en mesure de défendre ses intérêts commerciaux. Elle n'a pas à donner suite à un appel d'offres dont les conditions ne lui conviennent pas. Il n'y avait pas d'inégalité déterminante du pouvoir de négociation.

(2) Raison d'être de la *Loi sur les transports*

[132] J'ai déjà signalé que Tercon s'en remet à la raison d'être de la Loi, qui favorise indubitablement la transparence et l'intégrité du processus d'appel d'offres. J'ai également fait état des motifs pour lesquels je rejette la thèse de Tercon selon laquelle cette « raison d'être » fait obstacle à la faculté des parties de convenir des conditions commerciales courantes qu'elles jugent indiquées dans les circonstances. En outre, la clause de non-recours n'est pas aussi draconienne que le laisse entendre Tercon. L'inexécution du contrat A donnait ouverture à d'autres recours (dont l'exécution en nature et l'injonction).

[133] En l'espèce, l'injonction *était* effectivement une avenue possible. Bien que Tercon n'ait pas été informée des négociations avec les autres soumissionnaires, la juge de première instance relève que son propriétaire, Glenn Walsh, [TRADUCTION] « avait rencontré des représentants d'EAC et de

Ministry and Bill Swain of Brentwood]”, and when asked whether Tercon was going to sue, Walsh had said “no” without further comment. Had Tercon pushed for more information and sought an injunction (as a matter of private law, not public law), at that stage the exclusion clause would have had no application, but Tercon did not do so. This is not to say that estoppel or waiver applies. Nor is it to say that injunctive relief would be readily available in many bidding situations (although if an injunction had been sought here, the unavailability of the alternative remedy of monetary damages might have assisted Tercon). It is merely to say that the exclusion clause is partial, not exhaustive.

[134] The Kincolith road project presented a serious construction challenge on a tight time frame and within a tight budget. Contract A did not involve a bid for a fixed price contract but for the right to negotiate the bid details once the winning proponent was selected. In such a fluid situation, *all* participants could expect difficulties in the contracting process. Members of the construction bar are nothing if not litigious. In the circumstances, the bidders might reasonably have accepted (however reluctantly) the Ministry’s need for a bidding process that excluded compensation, and adjusted their bids accordingly. The taxpayers of British Columbia were not prepared to pay the contractor’s profit twice over — once to Brentwood/EAC for actually building the road, and now to Tercon, even though in Tercon’s case the “profit” would be gained without Tercon running the risks associated with the performance of Contract B. The Court should not be quick to declare such a clause, negotiated between savvy participants in the construction business, to be “contrary to the Act”.

D. *Assuming the Validity of the Exclusion Clause at the Time the Contract Was Made, Is There Any Overriding Public Policy That Would Justify the Court’s Refusal to Enforce It?*

[135] If the exclusion clause is not invalid from the outset, I do not believe the Ministry’s performance

Brentwood après [les rencontres de Brentwood et d’EAC avec le ministère et Bill Swain, de Brentwood] »; interrogé quant à savoir si Tercon allait poursuivre, M. Walsh avait répondu « non » sans autre commentaire. Si Tercon avait alors tenté d’en savoir plus et sollicité une injonction (en droit privé, et non en droit public), la clause de non-recours ne se serait pas appliquée, mais Tercon ne l’a pas fait. Il n’y a pas pour autant préclusion ou renonciation. Certes, il n’est pas facile d’obtenir une injonction dans bon nombre de processus d’appel d’offres (quoique, en l’espèce, l’impossibilité d’obtenir des dommages-intérêts aurait sans doute joué en faveur de Tercon). Simplement, l’absence de recours est partielle, et non totale.

[134] Le projet de Kincolith, dont le calendrier et le budget étaient serrés, présentait un défi de taille. En décrochant le contrat A, le soumissionnaire n’obtenait pas un marché à prix fixe, mais bien le droit de négocier le détail du contrat de construction. Dans un cadre aussi mouvant, *tous* les participants pouvaient s’attendre à des difficultés lors du processus d’adjudication. Le droit de la construction n’existerait pas sans les litiges. Dans les circonstances, il est raisonnable de penser que les soumissionnaires ont accepté (même avec réticence) que l’appel d’offres du ministère exclue toute indemnisation et qu’ils ont rajusté leurs soumissions en conséquence. Les contribuables de la Colombie-Britannique n’étaient pas disposés à payer deux fois le profit de l’entrepreneur — d’abord à la coentreprise Brentwood/EAC pour la construction effective de la route, puis à Tercon, qui réalisait le « profit » sans avoir couru le risque associé à l’exécution du contrat B. La Cour ne doit pas s’empres- ser de déclarer « contraire à la Loi » une clause de non-recours négociée par des entreprises rompues aux usages du domaine de la construction.

D. *À supposer que la clause de non-recours était valable au moment de la formation du contrat, une considération d’ordre public prépondérante justifie-t-elle le tribunal de refuser de la faire respecter?*

[135] Si la clause de non-recours n’était pas invalide au départ, je ne crois pas que l’exécution du

can be characterized as so aberrant as to forfeit the protection of the contractual exclusion clause on the basis of some overriding public policy. While there is a public interest in a fair and transparent tendering process, it cannot be ratcheted up to defeat the enforcement of Contract A in this case. There *was* an RFP process and Tercon participated in it.

[136] Assertions of ineligible bidders and ineligible bids are the bread and butter of construction litigation. If a claim to defeat the exclusion clause succeeds here on the basis that the owner selected a joint venture consisting of an eligible bidder with an ineligible bidder, so also by a parity of reasoning should an exclusion clause be set aside if the owner accepted a bid ineligible on other grounds. There would be little room left for the exclusion clause to operate. A more sensible and realistic view is that the parties here expected, even if they did not like it, that the exclusion of compensation clause would operate even where the eligibility criteria in respect of the bid (including the bidder) were not complied with.

[137] While the Ministry's conduct was in breach of Contract A, that conduct was not so extreme as to engage some overriding and paramount public interest in curbing contractual abuse as in the *Plas-Tex* case. Brentwood was not an outsider to the RFP process. It was a legitimate competitor. All bidders knew that the road contract (i.e. Contract B) would not be performed by the proponent alone. The work required a large "team" of different trades and personnel to perform. The issue was whether EAC would be on the job as a major sub-contractor (to which Tercon could not have objected) or identified with Brentwood as a joint venture "proponent" with EAC. All bidders were made aware of a certain flexibility with respect to the composition of any proponent's "team". Section 2.8(b) of the RFP provided that if "a material change has occurred to the Proponent since its qualification under the RFEI, including if the composition of the Proponent's team members has changed, . . . the Ministry may

contrat par le ministère s'éloigne à ce point de la norme qu'une considération d'ordre public prépondérante justifie le tribunal d'écarter la protection découlant de la clause contractuelle de non-recours. Il est certes dans l'intérêt public que le processus d'appel d'offres soit équitable et transparent, mais cette considération ne suffit pas à justifier le refus de faire respecter le contrat A en l'espèce. Un processus de DP *s'est* déroulé et Tercon y a participé.

[136] En droit de la construction, les litiges naissent souvent à la suite d'allégations d'inadmissibilité de soumissionnaires et de soumissions. Si, dans la présente affaire, on faisait droit à la demande parce que le propriétaire a choisi une coentreprise formée de deux soumissionnaires dont un était admissible et l'autre non, par souci de cohérence, faudrait-il également écarter la clause de non-recours lorsque le propriétaire accepte une soumission inadmissible sous quelque autre rapport, laissant ainsi peu de place à l'application d'une telle clause? D'un point de vue plus réaliste et rationnel, les parties s'attendaient en l'espèce, même si cette éventualité ne les enchantait guère, à ce que la clause excluant toute indemnisation s'applique advenant même le non-respect des critères d'admissibilité de la soumission (et de son auteur).

[137] Les actes du ministère ont certes contrevenu au contrat A, mais j'estime qu'ils n'étaient pas répréhensibles au point de faire en sorte qu'une considération d'ordre public prépondérante justifie la répression d'un abus contractuel comme dans l'affaire *Plas-Tex*. Brentwood n'était pas étrangère au processus de DP. Il s'agissait d'un concurrent légitime. Tous les soumissionnaires savaient que le proposant retenu n'exécuterait pas seul le contrat de construction routière (le contrat B). Il fallait pouvoir compter sur une « équipe » pluridisciplinaire pour mener le projet à bien. La question était celle de savoir si EAC serait sous-traitant principal (ce à quoi Tercon n'aurait pu s'opposer) ou « proposant » dans le cadre de la coentreprise avec Brentwood. Une certaine latitude était accordée à tous les soumissionnaires pour la constitution de leur « équipe ». L'alinéa 2.8b) de la DP prévoyait en effet que lorsque [TRADUCTION] « depuis que le proposant est devenu admissible en répondant à la

request [further information and] . . . reserves the right to disqualify that Proponent, and reject its Proposal”. Equally, “[i]f a qualified Proponent is concerned that it has undergone a material change, the Proponent can, at its election, make a preliminary submission to the Ministry, in advance of the Closing Date, and before submitting a Proposal. . . . The Ministry will, within three working days of receipt of the preliminary submission give a written decision as to whether the Proponent is still qualified to submit a Proposal.”

[138] The RFP issued on January 15, 2001. The Ministry was informed by Brentwood of a “proposed material change to our team’s structure” in respect of a joint venture with EAC by fax dated January 24, 2001. From the Ministry’s perspective, the change was desirable. EAC was a bigger company, had greater expertise in rock drilling and blasting (a major part of the contract) and a stronger balance sheet. EAC was identified in Brentwood’s amended proposal as a sub-contractor. In the end, the Ministry did not approve the January 14, 2001 request, presumably because it doubted that a change in the “composition of the Proponent’s team’s members” could, according to the terms of the RFP, include a change in the Proponent itself.

[139] The Ministry did obtain legal advice and did not proceed in defiance of it. On March 29, 2001, the Ministry noted in an internal e-mail that a Ministry lawyer (identified in the e-mail) had come to the conclusion that the joint venture was not an eligible proponent but advised that Contract B could lawfully be structured in a way so as to satisfy both Brentwood/EAC’s concerns and avoid litigation from disappointed proponents.

[140] I do not wish to understate the difference between EAC as a sub-contractor and EAC as a joint-venturer. Nor do I discount the trial judge’s condemnation of the Ministry’s lack of fairness

DEI, une modification substantielle le concernant s’est produite, notamment en ce qui a trait à la composition de son équipe [. . .], [le ministère] peut exiger du proposant d’autres renseignements [. . .] et [il] se réserve le droit de l’écartier et de rejeter sa soumission ». Puis, « le proposant admissible qui estime qu’une modification substantielle le concernant a pu se produire peut à son gré présenter au ministère une soumission préliminaire avant la date de clôture et avant de formuler une proposition. [. . .] Dans les trois jours ouvrables qui suivent la réception de la soumission préliminaire, le ministère lui fait savoir par écrit s’il est toujours admissible. »

[138] La DP a été lancée le 15 janvier 2001. Dans une télécopie datée du 24 janvier 2001, Brentwood a informé le ministère de la [TRADUCTION] « modification substantielle qu’elle se proposait d’apporter à la composition de son équipe » en vue de la formation d’une coentreprise avec EAC. Le ministère voyait le changement d’un bon œil. EAC était une société de plus grande taille, dotée d’une plus grande expertise dans le forage de roches et le dynamitage (ce qui comptait pour une grande partie des travaux) et elle affichait une meilleure santé financière. Elle figurait à titre de sous-traitant dans la proposition modifiée de Brentwood. Finalement, le ministère n’a pas approuvé la modification signalée le 14 janvier 2001, vraisemblablement parce qu’il craignait que la modification de la « composition de [l’]équipe [du proposant] » ne puisse, suivant la DP, englober la modification du proposant lui-même.

[139] Le ministère a obtenu un avis juridique, et il n’a pas agi à l’encontre de celui-ci. Le 29 mars 2001, le ministère signalait dans un courriel interne qu’un avocat du ministère (nommé dans le courriel) avait conclu que la coentreprise n’était pas un proposant admissible, mais que le contrat B pouvait en toute légalité être rédigé de façon à tenir compte des préoccupations de Brentwood et d’EAC et à éviter toute contestation des proposants non retenus.

[140] Je ne veux pas minimiser la différence entre le fait, pour EAC, d’être un sous-traitant ou un coentrepreneur. Je ne mésestime pas non plus les conclusions de la juge de première instance

and transparency in making a Contract B which on its face was at odds with what the trial judge found to be the true state of affairs. Tercon has legitimate reason to complain about the Ministry's conduct. I say only that based on the jurisprudence, the Ministry's misconduct did not rise to the level where public policy would justify the court in depriving the Ministry of the protection of the exclusion of compensation clause freely agreed to by Tercon in the contract.

[141] The construction industry in British Columbia is run by knowledgeable and sophisticated people who bid upon and enter government contracts with eyes wide open. No statute in British Columbia and no principle of the common law override their ability in this case to agree on a tendering process including a limitation or exclusion of remedies for breach of its rules. A contractor who does not think it is in its business interest to bid on the terms offered is free to decline to participate. As Donald J.A. pointed out, if enough contractors refuse to participate, the Ministry would be forced to change its approach. So long as contractors are willing to bid on such terms, I do not think it is the court's job to rescue them from the consequences of their decision to do so. Tercon's loss of anticipated profit is a paper loss. In my view, its claim is barred by the terms of the contract it agreed to.

V. Disposition

[142] I would dismiss the appeal without costs.

Appeal allowed, McLACHLIN C.J. and BINNIE, ABELLA and ROTHSTEIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: McLean & Armstrong, West Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Victoria.

selon lesquelles le ministère a fait preuve d'un manque d'équité et de transparence en établissant un contrat B qui ne correspondait manifestement pas à la réalité. Tercon a raison de dénoncer le comportement du ministère. Seulement, au vu de la jurisprudence, l'inconduite n'était pas répréhensible au point que l'ordre public justifie le tribunal de refuser au ministère la protection de la clause de non-recours en indemnisation à laquelle Tercon a librement consenti.

[141] Dans le secteur de la construction de la Colombie-Britannique, des gens compétents dotés d'une grande expérience répondent à des appels d'offres et concluent des contrats avec l'État en toute connaissance de cause. Aucune loi de cette province et aucun principe de common law ne l'emporte en l'espèce sur leur faculté de convenir d'un processus d'appel d'offres, y compris d'une responsabilité limitée ou d'une absence de recours advenant le non-respect des conditions applicables. L'entrepreneur qui estime qu'il n'est pas dans son intérêt commercial de répondre à un appel d'offres aux conditions proposées est libre de s'en abstenir. Comme le fait observer le juge Donald, si un nombre suffisant d'entrepreneurs refusent de soumissionner, le ministère sera bien obligé de modifier sa façon de faire. Tant que des entrepreneurs seront disposés à soumissionner à de telles conditions, je ne crois pas qu'il revienne aux tribunaux de les soustraire aux conséquences de leurs actes. La perte du profit escompté par Tercon est théorique. Selon moi, les conditions du contrat auxquelles elle a consenti font obstacle à sa demande.

V. Dispositif

[142] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi sans dépens.

Pourvoi accueilli, la juge en chef McLACHLIN et les juges BINNIE, ABELLA et ROTHSTEIN sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : McLean & Armstrong, West Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

*Solicitor for the intervener: Attorney General
of Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant : Procureur général
de l'Ontario, Toronto.*