

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

The Martel Building Ltd. *Respondent*

INDEXED AS: MARTEL BUILDING LTD. v. CANADA

Neutral citation: 2000 SCC 60.

File No.: 26893.

2000: February 17; 2000: November 30.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Torts — Negligence — Economic loss — Whether Canadian law recognizes duty of care on parties in commercial negotiations — Whether tort of negligence extends to damages for pure economic loss arising out of conduct of pre-contractual negotiations.

Torts — Negligence — Economic loss — Whether tender-calling authority owed duty of care to bidders in drafting tender specifications — Whether sphere of recovery for pure economic loss should be extended to cover circumstances surrounding preparation of tender specifications.

Contracts — Tenders — Obligation to treat all bidders fairly — Whether tender-calling authority breached its implied contractual duty to treat all bidders fairly and equally — If so, whether bidder's loss caused by contractual breach.

The respondent leased most of a building to the appellant. Prior to the end of the lease, the respondent's CEO met a subordinate of the appellant's Chief of Leasing to discuss renewing the lease. The appellant instructed its Chief of Leasing to obtain a proposed rental rate even though it intended to commence a tender process but no action was taken. The Chief of Leasing did not contact the respondent when directed to report on the status of negotiations and, at monthly meetings, led the appellant to believe that a proposed

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

The Martel Building Ltd. *Intimée*

RÉPERTORIÉ: MARTEL BUILDING LTD. c. CANADA

Référence neutre: 2000 CSC 60.

N° du greffe: 26893.

2000: 17 février; 2000: 30 novembre.

Présents: Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Responsabilité délictuelle — Négligence — Perte économique — Le droit canadien impose-t-il une obligation de diligence aux parties à des négociations? — Le délit civil de négligence donne-t-il ouverture à l'indemnisation de la perte purement économique imputable au déroulement de négociations préalables à la conclusion d'un contrat?

Responsabilité délictuelle — Négligence — Perte économique — L'administration adjudicative a-t-elle une obligation de diligence envers les soumissionnaires lorsqu'elle établit le devis descriptif? — Les catégories de cas dans lesquels une perte purement économique est susceptible d'indemnisation doivent-elles être élargies pour englober la préparation du devis descriptif?

Contrats — Appel d'offres — Obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement — L'administration adjudicative a-t-elle manqué à son obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité? — Dans l'affirmative, la perte subie par le soumissionnaire a-t-elle été causée par ce manquement à une obligation contractuelle?

L'intimée louait la plupart des locaux d'un immeuble à l'appelante. Avant l'expiration du bail, le directeur général de l'intimée a rencontré un subalterne du chef de la location de l'appelante pour négocier un éventuel renouvellement du bail. L'appelante a demandé à son chef de la location de s'informer du tarif de location proposé même si elle entendait lancer un appel d'offres, mais aucune mesure n'a été prise en ce sens. Le chef de la location n'a pas joint l'intimée même si on lui avait demandé de rendre compte de l'évolution des négocia-

lease rate was forthcoming but nobody informed the respondent of this expectation. The respondent's CEO twice contacted the appellant, resulting in a meeting which the CEO believed was to commence negotiations but in which the appellant maintains that it told the CEO that it would proceed to tender unless it received a very attractive offer. The CEO presented proposed rental rates that fell outside a range suggested by an appraisal commissioned by the appellant. The appellant set a date to complete negotiations and, when that date passed, began steps to approve a tender by preparing a report. The report first recommended a lease renewal but no final decision was made before a revised report recommended proceeding to tender due to declining market rental rates. Approval for a tender was obtained. The CEO heard rumours that a tender was to begin and telephoned the Chief of Leasing. The parties met the same day an expression of interest was advertised to solicit interest in the tender. The CEO said he left the meeting with an understanding that the appellant would recommend a lease renewal if he offered a rate of \$220 per square metre. Two days after the meeting, he advised the Chief of Leasing that he could offer that rate; however, the appellant decided that remaining terms would have to be settled that day. The respondent could not respond that quickly. Its offer was rejected and tender documents were issued. Under the terms of the call for tenders the appellant was not obligated to accept the lowest bid. The respondent submitted the lowest of four bids. The appellant conducted a financial analysis of the bids to consider the total costs that would be incurred as a result of accepting any one tender and added to the respondent's bid approximately \$1,000,000 for fit-up costs and \$60,000 to cover the installation of a secured card access system. The tender was awarded to a competitor.

The Federal Court, Trial Division found that the appellant owed and breached a duty of care in its conduct of the negotiations but that the respondent had failed to prove that the appellant's negligence caused the respondent to lose the lease renewal. The Federal Court

tions et, lors des rencontres mensuelles, il a laissé entendre à l'appelante qu'il s'attendait à recevoir une proposition de tarif de location, mais personne n'a informé l'intimée de cette attente. Le directeur général de l'intimée a tenté à deux reprises de joindre l'appelante, ce qui a débouché sur la tenue d'une rencontre qui, selon ce que croyait le directeur général, marquait le début des négociations, mais dans le cadre de laquelle l'appelante soutient avoir informé le directeur général de sa décision de lancer l'appel d'offres à moins que l'intimée ne lui présente une offre particulièrement alléchante. Le tarif de location proposé par le directeur général ne se situait pas dans la fourchette des tarifs selon l'évaluation commandée par l'appelante. L'appelante a fixé une date pour la fin des négociations et, après cette date, a entamé les démarches en vue d'obtenir l'autorisation de recourir à l'appel d'offres en préparant un rapport. Le rapport préconisait initialement la renégociation du bail, mais aucune décision n'a été prise avant qu'une version révisée du rapport recommande le lancement d'un appel d'offres en raison de la baisse des tarifs de location sur le marché. L'autorisation pour recourir à l'appel d'offres a été obtenue. Le directeur général a eu vent de la rumeur voulant que le processus d'appel d'offres soit enclenché et a téléphoné au chef de la location. Les parties se sont rencontrées le jour même de la parution d'une annonce sollicitant des manifestations d'intérêt pour l'appel d'offres. Le directeur général prétend qu'on lui a laissé entendre que l'appelante recommanderait le renouvellement du bail s'il pouvait offrir un tarif de 220 \$/m². Deux jours après la réunion, il a informé le chef de la location qu'il pouvait offrir ce tarif; l'appelante a toutefois exigé que les autres conditions du bail soient arrêtées avant la fin de la journée. L'intimée n'était pas en mesure de fournir une réponse à temps. Son offre a été rejetée et le dossier d'appel d'offres a été rendu public. Suivant les conditions de l'appel d'offres, l'appelante n'était pas tenue de retenir la soumission la plus basse. Des quatre soumissions, celle de l'intimée s'est révélée la plus basse. L'appelante a procédé à l'analyse financière des soumissions afin de déterminer les sommes qui, au total, devraient être engagées si l'une ou l'autre des offres était acceptée et a ajouté à la soumission de l'intimée la somme d'environ un million de dollars pour les frais d'aménagement et de 60 000 \$ pour l'installation d'un système de cartes d'accès sécuritaire. Le marché a été adjugé à un concurrent.

La Section de première instance de la Cour fédérale a conclu que l'appelante avait une obligation de diligence et qu'elle avait manqué à cette obligation lors des négociations, mais que l'intimée n'avait pas démontré que la négligence de l'appelante l'avait privée du renouvelle-

of Appeal acceded to the respondent's tort claim. The court held that a duty of care had been breached not only in the context of the negotiations, depriving the respondent of the opportunity to negotiate a renewal of the lease, but also in the context of the tender, depriving the respondent of both the opportunity to participate fairly in the tender process and of a reasonable expectation of being awarded the contract. The court concluded that a causal link clearly existed between the respondent's loss and the appellant's negligence.

Held: The appeal should be allowed.

Although the common law traditionally did not allow recovery of economic loss where a plaintiff had suffered neither physical harm nor property damage, the law now recognizes five categories of compensable economic loss. The respondent's allegation of negligence in the conduct of commercial negotiations does not fall within these categories. That by itself, however, does not preclude the claim since the categories of economic loss are not closed. To enlarge the categories or identify a new head of economic loss it is useful to set out a framework that emphasizes policy considerations in any case. In determining whether to extend a duty of care in an area not previously categorized, the flexible two-stage analysis set out in *Anns* should be applied. Here, the relationship between the parties gave rise to a *prima facie* duty of care. Proximity is indicated by the pre-existing lease arrangement, the parties' communications, and evidence of genuine and mutual contracting intent. Even in the absence of any serious potential for indeterminate liability, however, there are a number of ancillary policy considerations that necessitate precluding the extension of the tort of negligence into commercial negotiations. First, the goal of commercial negotiations is often to realize a financial gain at the expense of the other party. Second, socially and economically useful conduct could be deterred by depriving a party of any advantageous bargaining position. It would defeat the essence of negotiation and hobble the marketplace to label a party's failure to disclose its bottom line, its motives or its final position as negligent. Third, tort law could become after-the-fact insurance against failures to act with due diligence or to hedge risk of failed negotiations through the pursuit of alternative strategies or opportunities. Fourth, the courts would assume a significant regulatory function — scrutinizing the minutia of pre-contractual conduct — when other causes of action provide alternative remedies. Fifth, needless litigation should be dis-

ment du bail. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'action de l'intimée fondée sur la responsabilité civile délictuelle. Elle a jugé qu'il y avait eu manquement à une obligation de diligence non seulement dans le contexte des négociations, la négligence de l'appelante ayant eu pour effet de priver l'intimée de la possibilité de négocier le renouvellement du bail, mais également dans le contexte de l'appel d'offres, la négligence de l'appelante ayant privé l'intimée de la possibilité de participer à l'appel d'offres de manière équitable et de son attente raisonnable de se voir adjuger le marché. La Cour a statué qu'il y avait clairement un lien de causalité entre la perte subie par l'intimée et la négligence de l'appelante.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Même si, traditionnellement, la common law excluait l'indemnisation de la perte économique lorsque le demandeur n'avait subi aucune lésion corporelle ni aucun dommage matériel, les tribunaux reconnaissent aujourd'hui cinq cas dans lesquels la perte économique peut justifier l'octroi de dommages-intérêts. La négligence lors des négociations qu'allègue l'intimée ne relève d'aucune de ces catégories. Cela ne rend pas l'allégation irrecevable en soi, puisque les catégories de pertes économiques ne sont pas limitatives. Pour élargir les catégories ou pour prévoir un nouveau type de perte économique, il convient d'établir des paramètres qui tiennent compte des considérations de principe propres à chaque situation. Pour déterminer s'il y a lieu d'étendre l'obligation de diligence à un contexte qui ne relève d'aucune catégorie déjà existante, il faut appliquer l'analyse souple comportant deux étapes préconisée dans l'arrêt *Anns*. En l'espèce, la relation établie entre les deux parties a fait naître une obligation de diligence *prima facie*. Le bail préexistant, les communications entre les parties et la preuve de l'intention qu'avaient véritablement les deux parties de passer un marché permettent en l'espèce de conclure à l'existence d'un lien étroit. Cependant, même en l'absence de tout risque réel de responsabilité indéterminée, un certain nombre de considérations de principe accessoires font obstacle à l'application du délit civil de négligence dans le contexte des négociations commerciales. Premièrement, l'objectif d'une négociation commerciale est souvent de réaliser un gain sur le plan financier aux dépens de l'autre partie. Deuxièmement, priver une partie d'une situation avantageuse dans le cadre d'une négociation pourrait décourager un comportement utile sur le plan social et économique. Tenir pour négligente l'omission d'une partie de dévoiler la limite qu'elle s'est fixée, les motifs qui l'animent et sa position finale serait contraire à l'essence même de la négociation et entraverait le

couraged. In the circumstances of this case, any *prima facie* duty of care is outweighed by the deleterious effects that would be occasioned through an extension of a duty of care into the conduct of negotiations.

With respect to the tendering process, the preparation of tender documents and the subsequent evaluation of bids involve different considerations, and each event must, to a certain extent, be analysed separately. A call to tender is an offer to contract whereas a binding contract may arise once a responsive bid is submitted for evaluation. Express obligations based on terms in tender documents and implied obligations based on custom, usage or the presumed intention of the parties may arise once a bid is submitted. The parties in this case intended to initiate contractual relations by the call for and submission of the tender and to include an implied term to treat all bids fairly and equally. A privilege clause reserving the right not to accept the lowest or any bids does not exclude the obligation to treat all bidders fairly. The tender documents must be examined to determine the extent of this obligation. Here, these documents conferred upon the appellant significant latitude in evaluating the tenders. No contractual breach can be found in relation to the addition of fit-up costs to the respondent's bid since the appellant was expressly entitled to add fit-up costs which it deemed necessary. Furthermore, fit-up costs were added to all bids, using the same standard or method of calculation. In this regard, the appellant complied with its implied contractual obligation to treat all bidders fairly and equally. There is no evidence of any colourable attempt to use fit-ups to achieve a desired result. The appellant could also add costs to the respondent's bid for a contiguous space specification because this was an express requirement in the tender document to which all bidders had to comply. The appellant did breach its duty to treat all bids fairly by adding the cost of a secured card system solely to the respondent's bid. Damages for this breach, however, are precluded for want of causation because this did not cause the respondent to lose a reasonable expectation of winning the tender. Even without this cost addition, the

fonctionnement du marché. Troisièmement, le droit de la responsabilité civile délictuelle pourrait devenir une assurance après coup contre l'omission d'agir avec la diligence voulue ou de se protéger contre l'échec éventuel des négociations en ayant recours à d'autres stratégies ou possibilités. Quatrièmement, les tribunaux exerceraient une importante fonction de réglementation en scrutant les menus détails du comportement préalable à la formation d'un contrat, alors que d'autres droits d'action permettent d'obtenir d'autres mesures de réparation. Cinquièmement, les poursuites inutiles devraient être découragées. En l'espèce, les effets néfastes qu'aurait l'imposition d'une obligation de diligence aux parties à la négociation l'emportent sur les avantages de toute obligation *prima facie*.

Quant au processus d'appel d'offres, des considérations différentes s'appliquent aux questions relatives à l'établissement du dossier d'appel d'offres et à l'évaluation des soumissions, de sorte qu'une analyse distincte doit, dans une certaine mesure, avoir lieu pour chacun des deux volets. L'invitation à présenter une soumission peut constituer une offre de contracter, alors que la présentation d'une soumission en réponse à l'appel d'offres peut donner naissance à un contrat obligatoire. Des obligations explicites fondées sur les stipulations énoncées dans le dossier d'appel d'offres et des obligations implicites fondées sur une coutume, un usage ou l'existence d'une intention présumée des parties peuvent être créées lorsqu'une soumission est présentée en réponse à l'appel d'offres. Les parties au présent pourvoi ont voulu établir des rapports contractuels par le lancement de l'appel d'offres et par la présentation d'une soumission et prévoir une obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Une clause de réserve selon laquelle ni la soumission la plus basse ni aucune soumission ne sera nécessairement retenue n'exclut pas l'obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement. Il faut examiner le dossier d'appel d'offres pour déterminer la portée de cette obligation. En l'espèce, ce dossier confère à l'appelante une grande latitude dans l'évaluation des soumissions. L'ajout des frais d'aménagement à la soumission de l'intimée n'emporte pas l'inexécution du contrat puisque l'appelante était expressément habilitée à ajouter les frais d'aménagement jugés nécessaires. En outre, ces frais ont été ajoutés à toutes les soumissions suivant la même norme ou méthode de calcul. À cet égard, l'appelante s'est conformée à son obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Rien ne permet de conclure que l'appelante s'est servie des frais d'aménagement comme prétexte pour obtenir le résultat sou-

respondent's bid was significantly greater than the winning bid.

A tendering relationship is defined by contract and in this case the contract analysis subsumes any duty of care the respondent seeks to have recognized under tort law. While an action in tort may lie notwithstanding the existence of a contract, in assessing whether a tortious duty should be recognized where a contract defines the rights and obligations of the parties, courts will look to the contract as informing any duty in tort law. Here, the tort claim by the respondent cannot succeed for the same reasons that the contractual claim failed. Nor did the appellant breach a duty of care in drafting the tender specifications by including a contiguous space requirement. The trial judge's findings do not support the respondent's claim that this requirement had been mistakenly added to the specifications. The respondent also conceded that the requirement was one with which all other bidders needed to comply. Further, absent the contiguous space requirement, the respondent's bid would still have been more expensive than the successful bid. Costs not attributable to this requirement made the respondent's bid uncompetitive. In any event, the appellant did not owe the respondent a duty of care in drafting the tender specifications. The respondent's claim that the tender specifications were prepared negligently alleges a duty in an area not previously recognized and the *Anns* two-step analysis indicates that the sphere of recovery for pure economic loss should not be extended to cover the circumstances surrounding the preparation of the tender specifications in this case. Assuming without deciding that sufficient proximity existed between the parties, any *prima facie* duty of care is negated by policy considerations. In particular, the integrity of the tender process would become questionable if, by reason of a past relationship with, or special knowledge of, a potential bidder, there could be an enforceable obliga-

tion. L'appelante pouvait également ajouter les coûts liés à l'exigence de contiguïté des locaux en évaluant la soumission de l'intimée puisqu'il s'agissait d'une condition expresse du dossier d'appel d'offres à laquelle tous les autres soumissionnaires devaient se conformer. L'appelante a effectivement manqué à son obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement en ajoutant seulement à la soumission de l'intimée les frais d'installation d'un système de cartes d'accès sécuritaire. Toutefois, l'absence d'un lien de causalité exclut l'adjudication de dommages-intérêts relativement à cette inexécution du contrat, car le manquement de l'appelante n'est pas la cause de la perte, par l'intimée, de son attente raisonnable de se voir adjuger le contrat. Même sans les coûts afférents au système de sécurité, la soumission de l'intimée demeure considérablement plus élevée que celle qui a été retenue.

Les rapports entre les parties à l'appel d'offres sont régis par contrat et, en l'espèce, l'analyse faite sous l'angle contractuel couvre toute obligation de diligence que l'intimée souhaite voir reconnue en droit de la responsabilité civile délictuelle. Même si une action peut être intentée sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle malgré l'existence d'un contrat, le tribunal appelé à déterminer si l'existence d'une obligation de diligence devrait être reconnue, lorsqu'un contrat définit déjà les droits et les obligations des parties, tient compte du contrat pour définir cette obligation éventuelle. En l'espèce, l'action intentée par l'intimée sous le régime de la responsabilité civile délictuelle ne pourrait pas davantage être accueillie qu'une action en responsabilité contractuelle et ce, pour les mêmes motifs. L'appelante n'a pas non plus manqué à une obligation de diligence envers l'intimée lorsqu'elle a établi le devis descriptif en y ajoutant l'exigence de contiguïté des locaux. Les conclusions tirées par le juge de première instance n'étaient pas la prétention de l'intimée que l'exigence de contiguïté des locaux a été insérée par erreur dans le devis descriptif. L'intimée a également reconnu que la contiguïté des locaux était une exigence à laquelle tous les autres soumissionnaires devaient se conformer. En outre, si la contiguïté des locaux n'avait pas été exigée, la soumission de l'intimée aurait quand même été supérieure à la soumission retenue. Des coûts qui ne sont pas imputables à cette exigence ont fait en sorte que la soumission de l'intimée soit plus élevée. Quoiqu'il en soit, l'appelante n'avait aucune obligation de diligence envers l'intimée lorsqu'elle a établi le devis descriptif. L'allégation de l'intimée selon laquelle le devis descriptif a été établi avec négligence se fonde sur une obligation dont l'existence n'a pas encore été reconnue dans ce contexte et le critère à deux volets dégagé dans l'arrêt

tion to take the interests of that particular bidder into account. It is imperative that all bidders be treated on an equal footing.

Anns indique que les catégories de cas dans lesquels la perte purement économique est susceptible d'indemnisation ne devraient pas être élargies pour englober la préparation du devis descriptif en l'espèce. En supposant, sans pour autant trancher cette question, qu'un lien suffisamment étroit existait entre les parties, des considérations de principe militent contre la reconnaissance d'une obligation de diligence *prima facie*. Plus précisément, l'intégrité du processus d'appel d'offres serait compromise si, en raison de ses rapports antérieurs avec un soumissionnaire éventuel ou parce qu'elle le connaît bien, l'administration adjudicative avait l'obligation exécutoire de tenir compte des intérêts particuliers de ce soumissionnaire. Il est impératif que tous les soumissionnaires soient traités sur un pied d'égalité.

Cases Cited

Applied: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **referred to:** *D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *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; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293; *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Municipal District)* (1989), 35 C.L.R. 241; *Martselos Services Ltd. v. Arctic College* (1994), 111 D.L.R. (4th) 65, leave to appeal refused, [1994] 3 S.C.R. viii; *Northeast Marine Services Ltd. v. Atlantic Pilotage Authority*, [1995] 2 F.C. 132; *Tarmac Canada Inc. v. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1999), 48 C.L.R. (2d) 236; *Vachon Construction Ltd. v. Cariboo (Regional District)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 307; *Health Care Developers Inc. v. Newfoundland* (1996), 136 D.L.R. (4th) 609; *Murphy v. Alberton (Town)* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 34; *Kencor Holdings Ltd. v. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717; *Colautti Brothers Marble Tile & Carpet (1985) Inc. v. Windsor (City)* (1996), 36 M.P.L.R. (2d)

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **arrêts mentionnés:** *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *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; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293; *Chinook Aggregates Ltd. c. Abbotsford (Municipal District)* (1989), 35 C.L.R. 241; *Martselos Services Ltd. c. Arctic College* (1994), 111 D.L.R. (4th) 65, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 3 R.C.S. viii; *Northeast Marine Services Ltd. c. Administration de pilotage de l'Atlantique*, [1995] 2 C.F. 132; *Tarmac Canada Inc. c. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1999), 48 C.L.R. (2d) 236; *Vachon Construction Ltd. c. Cariboo (Regional District)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 307; *Health Care Developers Inc. c. Newfoundland* (1996), 136 D.L.R. (4th) 609; *Murphy c. Alberton (Town)* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 34; *Kencor Holdings Ltd. c. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717; *Colautti Brothers Marble Tile & Carpet*

258; *Yorkton Flying Services Ltd. v. Saskatchewan (Minister of Natural Resources)*, [1995] 9 W.W.R. 184; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12; *Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210, rev'd (1999), 43 C.L.R. (2d) 275; *Ken Toby Ltd. v. British Columbia Buildings Corp.* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 263, rev'd (1999), 62 B.C.L.R. (3d) 308.

Authors Cited

Cherniak, Earl A., and Elissa How. "Policy and Predictability: Pure Economic Loss in the Supreme Court of Canada" (1999), 31 *Can. Bus. L.J.* 209.

Feldthusen, Bruce. "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356.

Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2000.

Feldthusen, Bruce. "Liability for Pure Economic Loss: Yes, But Why?" (1999), 28 *U. W. Austl. L. Rev.* 84.

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.

Wallace, I. N. Duncan. "Contractual Relational Loss in Canada" (1998), 114 *L.Q.R.* 370.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1998] 4 F.C. 300, 229 N.R. 187, 163 D.L.R. (4th) 504, [1998] F.C.J. No. 1031 (QL), setting aside a judgment of the Trial Division (1997), 129 F.T.R. 249, [1997] F.C.J. No. 483 (QL), dismissing the plaintiff's action. Appeal allowed.

David Sgayias, Q.C., and *F. B. Woyiwada*, for the appellant.

James H. Smellie and *M. Lynn Starchuk*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

¹ IACOBUCCI AND MAJOR JJ. — This appeal calls for an extension of the tort of negligence to include a duty of care on parties during negotiations, during the preparation of calls for tender and during the evaluation of bids submitted in response

(1985) *Inc. c. Windsor (City)* (1996), 36 M.P.L.R. (2d) 258; *Yorkton Flying Services Ltd. c. Saskatchewan (Minister of Natural Resources)*, [1995] 9 W.W.R. 184; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12; *Twin City Mechanical c. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210, inf. par (1999), 43 C.L.R. (2d) 275; *Ken Toby Ltd. c. British Columbia Buildings Corp.* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 263, inf. par (1999), 62 B.C.L.R. (3d) 308.

Doctrine citée

Cherniak, Earl A., and Elissa How. «Policy and Predictability: Pure Economic Loss in the Supreme Court of Canada» (1999), 31 *Rev. can. d. comm.* 209.

Feldthusen, Bruce. «Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow» (1990-91), 17 *Rev. can. d. comm.* 356.

Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2000.

Feldthusen, Bruce. «Liability for Pure Economic Loss: Yes, But Why?» (1999), 28 *U. W. Austl. L. Rev.* 84.

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.

Wallace, I. N. Duncan. «Contractual Relational Loss in Canada» (1998), 114 *L.Q.R.* 370.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1998] 4 C.F. 300, 229 N.R. 187, 163 D.L.R. (4th) 504, [1998] A.C.F. n° 1031 (QL), qui a infirmé un jugement de la Section de première instance (1997), 129 F.T.R. 249, [1997] A.C.F. n° 483 (QL), qui avait rejeté l'action de la demanderesse. Pourvoi accueilli.

David Sgayias, c.r., et *F. B. Woyiwada*, pour l'appelante.

James H. Smellie et *M. Lynn Starchuk*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET MAJOR — Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si la portée des principes généraux de la négligence devrait être élargie pour imposer une obligation de diligence dans le contexte de la négociation, de la pré-

to such calls. In each instance the respondent sought damages for pure economic loss.

I. Factual Background

The respondent, The Martel Building Limited (“Martel”), is the owner of a building at 270 Albert Street in the City of Ottawa (“Martel Building”). The National Capital Region Division of the Department of Public Works (“Department”) leased most of the rentable space in the Martel Building under a 10-year lease with an expiration date of August 31, 1993. The lease contained an option for renewal.

The Department was responsible for contracting for space on behalf of government agencies such as the Atomic Energy Control Board (“AECB”), the principal physical tenant in this case.

The Department is divided into a number of branches with varying roles in the administration of its Public Works function. Here, two branches of the Department were involved: the Realty Services Branch and the Accommodation Branch. Two sections of the Accommodation Branch played a role. The Asset Management Section ascertained space requirements. The Investment Management Section (“Accommodation (IM)”) evaluated the options available to the Crown. The Realty Services Branch included a “Leasing” department that negotiated with landlords for the acquisition of space on behalf of the Crown and informed the Accommodation Branch of the conditions of the relevant rental market, in this case Ottawa.

For ease of reference, nothing will be lost in these reasons by referring to all the government divisions as the Department.

Prior to the expiration of the lease, Martel’s President and Chief Executive Officer, Mr. McMurray, arranged to meet with Mr. Séguin, the

paration d’un appel d’offres et de l’examen de soumissions. Pour chacun des manquements allégués, l’intimée demande le dédommagement d’un préjudice purement économique.

I. Les faits

L’intimée, The Martel Building Limited («Martel»), est propriétaire d’un immeuble situé au 270, rue Albert, à Ottawa («immeuble Martel»). La Division de la Région de la capitale nationale du ministère des Travaux publics («ministère») louait la plupart des locaux rentables de l’immeuble Martel en vertu d’un bail d’une durée de 10 ans expirant le 31 août 1993. Le bail renfermait une option de renouvellement.

Le ministère était responsable de la passation de marchés pour la location de locaux au nom d’organismes publics, comme la Commission de contrôle de l’énergie atomique («CCÉA»), locataire des lieux visés en l’espèce.

Le ministère compte un certain nombre de directions appelées à jouer divers rôles dans l’exercice de ses fonctions sous le volet Travaux publics. En l’occurrence, deux directions du ministère étaient en cause: la Direction générale des services de l’immobilier et la Direction du logement. Deux sections de la Direction du logement sont intervenues en l’espèce, savoir la Section de la gestion des biens, qui établissait les besoins en locaux, et la Section de la gestion de l’investissement («Logement (GI)»), qui évaluait les options s’offrant à l’État. La Direction générale des services de l’immobilier comprenait une section Location qui négociait avec les locataires en vue de l’acquisition de locaux pour le compte de l’État et qui tenait la Direction du logement au courant de la situation du marché de la location pertinent, en l’occurrence, celui d’Ottawa.

Pour simplifier, dans les présents motifs, le ministère s’entend de toutes les directions et les sections susmentionnées.

Avant l’expiration du bail, le président et directeur général de Martel, M. McMurray, a invité le chef de la location du ministère, M. Séguin, à par-

2

3

4

5

6

Chief of Leasing for the Department, to negotiate a renewal. In March of 1991, Mr. McMurray met with Mr. Bray, a subordinate of Mr. Séguin. He informed him of Martel's desire to negotiate a renewal of the lease and provided him with a copy of Martel's proposed "retrofit" of the Martel Building, which it hoped to complete in conjunction with a renewal of the lease to complement recent "fit-ups" completed by the tenant AECB. A "retrofit" is a renovation of the common areas of a building generally undertaken by the landlord. In contrast, a "fit-up" represents leasehold improvements undertaken by a tenant with respect to the space it usually occupies exclusively.

7 In May 1991, Mr. McMurray wrote to Mr. Séguin, reiterating the contents of the prior meeting with Mr. Bray. In June, Mr. Séguin reported to Mr. Ratcliffe, the Acting Director of Accommodation (IM), that Martel was interested in renegotiating its lease and inquired whether the Department would be interested in a renewal. Mr. Ratcliffe told him the Department intended to proceed with calling for tenders but at the same time requested Mr. Séguin to obtain a proposed rental rate from Martel.

8 Mr. Séguin delegated to Mr. Bray the responsibility of contacting Mr. McMurray. No action was taken. Nor did Mr. Séguin contact Mr. McMurray despite being directed by Department officials in October of 1991 to report on the status of negotiations with Martel.

9 In February of 1992, Mr. Séguin was to obtain a proposal from Martel based upon a defined lease term. Moreover, at the monthly meetings of the Department held between October of 1991 and April of 1992, Mr. Séguin led the Department to believe that a proposed rental rate was forthcoming from Martel. Neither Mr. Séguin nor anyone else from the Department informed Mr. McMurray of this expectation. In fact, the only step taken by Mr. Séguin during this period was to arrange that

ticiper à une rencontre pour négocier un éventuel renouvellement. Au mois de mars 1991, M. McMurray a rencontré un subalterne de M. Séguin, M. Bray. Il lui a fait part de l'intention de Martel de négocier le renouvellement du bail et lui a remis un exemplaire du projet de «réfection» de l'immeuble Martel. Les travaux de réfection devaient être exécutés de pair avec le renouvellement du bail et compléter les travaux d'«aménagement» effectués peu auparavant par la locataire, la CCÉA. La «réfection» s'entend de la rénovation des parties communes de l'immeuble généralement entreprise par le locateur. À l'opposé, l'«aménagement» correspond aux améliorations locatives que le locataire apporte aux parties privées dont il a l'occupation exclusive.

En mai 1991, M. McMurray a écrit à M. Séguin pour confirmer ce qui avait été dit lors de la rencontre avec M. Bray. Au mois de juin, M. Séguin a fait savoir au chef intérimaire de la Direction du logement du ministère, M. Ratcliffe, que Martel était intéressée à renégocier le bail et lui a demandé si le ministère était intéressé par la proposition de renouvellement. M. Ratcliffe a répondu que le ministère entendait lancer un appel d'offres, tout en demandant à M. Séguin de s'informer du tarif de location proposé par Martel.

M. Séguin a confié à M. Bray la tâche de se mettre en rapport avec M. McMurray. Aucune mesure n'a été prise en ce sens. M. Séguin n'a pas non plus joint M. McMurray, même si des représentants du ministère lui avaient demandé, en octobre 1991, de les tenir au courant de l'évolution des négociations avec Martel.

En février 1992, on a demandé à M. Séguin d'obtenir de Martel une proposition de renouvellement du bail pour une durée déterminée. De plus, aux rencontres mensuelles tenues par le ministère entre octobre 1991 et avril 1992, M. Séguin a laissé entendre au ministère qu'il s'attendait à recevoir de Martel une proposition de tarif de location. Ni M. Séguin ni quiconque au sein du ministère n'a informé M. McMurray de cette attente. En fait, la seule mesure qu'a prise M. Séguin au cours

an appraisal report be prepared on the Martel Building by a private contractor.

Mr. McMurray made two attempts to contact the Department between May of 1991 and April of 1992 for the purpose of arranging a meeting to discuss a renewal. The first attempt on December 17, 1991, was fruitless, but a second attempt in the spring of 1992 resulted in a meeting being scheduled for April 15, 1992.

Different accounts were given at the trial on what happened at the April 15 meeting. The Department maintained that it informed Mr. McMurray that a decision had been made to proceed with the tender process unless Martel made a particularly attractive offer to the Department. Mr. McMurray's version, which the trial judge accepted, was that while he always understood tendering to be a possibility, he was told the meeting was the commencement of negotiations for a renewal of the lease. Consistent with his version of the meeting, Mr. McMurray presented the Department officials present, Messrs. Séguin and Mahar, with proposed rental rates. Mr. Séguin then informed Mr. McMurray that a private appraisal had been commissioned and that he would inform Martel when it had been completed.

As considerable lead time would be required to relocate the tenant AECB prior to the August 1993 expiry of the Martel lease, the Department set June 30, 1992 as the "drop-dead date" by which time negotiations with Martel would have to be completed, or the tendering process would start. The drop-dead date was extended later to October 2, 1992.

Between June and September of 1992, Mr. McMurray met with Mr. Mahar on several occasions to present proposed rental rates. These proposals did not fall within the market range suggested by the appraisal commissioned by the Department, which it was agreed did not include the costs of the proposed retrofit. The parties did not have contact again until October 14, 1992,

de cette période a été de commander un rapport d'évaluation de l'immeuble Martel à un entrepreneur privé.

M. McMurray a tenté à deux reprises de joindre le ministère entre mai 1991 et avril 1992 afin d'organiser une rencontre pour négocier le renouvellement. Sa première tentative, du 17 décembre 1991, a été infructueuse, mais la seconde, au printemps 1992, a débouché sur la tenue d'une rencontre le 15 avril 1992.

Différentes versions des faits ont été données au procès quant au déroulement de la rencontre du 15 avril. Le ministère a soutenu qu'il avait informé M. McMurray de sa décision de lancer l'appel d'offres à moins que Martel ne lui présente une offre particulièrement alléchante. Selon le témoignage de M. McMurray, auquel le juge de première instance a ajouté foi, il a toujours su qu'il était possible qu'un appel d'offres soit lancé, mais on lui avait dit que la rencontre marquait le début des négociations en vue du renouvellement du bail. En conséquence, M. McMurray a communiqué aux représentants du ministère présents, MM. Séguin et Mahar, le tarif de location proposé. M. Séguin a alors informé M. McMurray qu'une évaluation avait été commandée à un entrepreneur privé et qu'il communiquerait avec Martel dès qu'elle serait terminée.

Comme il faudrait beaucoup de temps pour doter éventuellement la CCÉA de nouveaux locaux avant l'expiration du bail de l'immeuble Martel en août 1993, le ministère a fixé au 30 juin 1992 la fin des négociations avec Martel ou le début de la procédure d'appel d'offres (la «date ultime»). Cette échéance a plus tard été reportée au 2 octobre 1992.

Entre juin et septembre 1992, M. McMurray a rencontré M. Mahar à plusieurs occasions pour lui proposer des tarifs de location. Le tarif offert ne se situait pas dans la fourchette des tarifs offerts sur le marché selon l'évaluation commandée par le ministère, même s'il était entendu que ceux-ci ne tenaient pas compte du coût de la réfection proposée. Aucun autre échange n'a eu lieu entre les par-

10

11

12

13

when Mr. McMurray, having heard that the tendering for space was to begin, telephoned Mr. Séguin.

ties avant le 14 octobre 1992, M. McMurray ayant alors téléphoné à M. Séguin après avoir appris que l'appel d'offres allait être lancé pour la location de locaux.

14 It turned out that after the initial June 30, 1992 drop-dead date had passed, the Department began the initial steps required to proceed to tender for the AECB space. The Department required two approvals to tender and eventually to lease the space. The first, preliminary project approval ("PPA"), had to be obtained before the tender process began. The second, effective project approval ("EPA"), was sought after tenders had been received and evaluated. The authority to grant these approvals varies with the amount of space to be acquired and the value of the lease. In the AECB's case, the authority to grant PPA rested with the Assistant Deputy Minister — Accommodation ("ADM") and the authority to grant EPA rested with the Treasury Board.

Il appert que le ministère, après la date ultime fixée initialement, savoir le 30 juin 1992, a entamé les démarches préalables à l'appel d'offres en vue de doter la CCÉA de locaux. Le ministère devait obtenir deux autorisations pour recourir à l'appel d'offres et, subséquemment, louer les locaux. La première, l'approbation préliminaire du projet («APP»), devait être obtenue avant le début de la procédure d'appel d'offres. La seconde, l'approbation finale du projet («AFP»), devait être obtenue après l'évaluation des soumissions reçues. L'entité qui avait le pouvoir d'accorder ces autorisations dépendait de la superficie des locaux et de la valeur du bail. Dans le cas de la CCÉA, l'APP relevait du sous-ministre adjoint, Logement («SMA»), et l'AFP du Conseil du Trésor.

15 The Department had an internal advisory structure geared toward preparing a recommendation for approval by the ADM. It was a time-consuming process. An Investment Analysis Report ("IAR") analysed the various options for obtaining rental space and made a recommendation. The report then proceeded through a bureaucratic chain ultimately resulting in the Investment Management Board ("IMB") of the Department making a recommendation to the ADM.

Le ministère était doté d'une structure consultative interne appelée à rédiger une recommandation d'autorisation par le SMA. Le processus était très long. Un rapport d'analyse des investissements («RAI») soupesait les différentes options qui s'offraient pour la location de locaux et formulait une recommandation. Le rapport franchissait ensuite plusieurs étapes au sein de la hiérarchie pour aboutir au Conseil de gestion des investissements («CGI») du ministère, qui présentait une recommandation au SMA.

16 The IAR recommended renegotiating the Martel lease. It was considered by the Department in late September, but no decision was made. The Department considered a revised report on October 9 but, due to declining rental rates in Ottawa recommended that the matter proceed to tender. Within the Department, the IMB was not involved in the tender proposal. Approval for tendering was obtained from the ADM although the evidence did not establish on what date that occurred.

Le RAI préconisait la renégociation du bail de l'immeuble Martel. Le ministère a pris connaissance du rapport à la fin du mois de septembre, mais aucune décision n'a été prise. Une version révisée du rapport a été considérée le 9 octobre, mais en raison de la baisse des tarifs de location à Ottawa, le ministère a recommandé le lancement d'un appel d'offres. À l'intérieur du ministère, le CGI n'a pas pris part à la recommandation de recourir à l'appel d'offres. Le SMA a donné son approbation, mais la preuve ne précise pas à quelle date.

17 Amid rumours that the AECB space was proceeding to tender, Mr. McMurray telephoned

Étant donné que, pendant ce temps, la rumeur circulait que le ministère avait enclenché le proces-

Messrs. Mahar and Séguin again on October 14 and 15. As a result of these calls Mr. McMurray received a letter confirming that the tendering process was proceeding and stipulating that the Department would not accept any proposal from Martel subsequent to October 22.

The October 22 deadline was subsequently extended to October 27. The parties held a meeting on October 27, the same day on which an expression of interest advertisement for tender of the AECB space appeared in the *Ottawa Citizen* newspaper. Mr. McMurray said he left the meeting with the understanding that if he met a \$220/m² rental rate, the Department would recommend to the Treasury Board that the Martel lease be renewed.

Mr. McMurray advised Mr. Séguin by telephone on October 29 that Martel could meet the \$220/m² rental rate. On October 30 Martel submitted a written offer of a rate of \$249/m² plus an allowance, calculated by the Department to be an effective rate of \$219.39/m². On the same day the Department decided that the remaining terms of the Martel lease, including the full details of the proposed retrofit, would have to be settled that day otherwise tendering would proceed. Martel was unable to provide finalized retrofit plans by that afternoon. On November 26 a letter was sent advising Mr. McMurray that Martel's October 30 offer was rejected. Tender documents were issued the same day with a deadline for submitting bids of December 3, 1992.

Martel bid on the project. When the bids were opened, Martel's bid was the lowest of the tenders. Martel was not awarded the contract.

Under the terms of the call for tenders the Department was not obligated to accept the lowest or any bid. Moreover, the Department conducted a financial analysis of the bids to consider the total costs that would be incurred as a result of accepting any one tender. These costs included fit-up costs, contiguous space requirements, and a

sus d'appel d'offres pour doter la CCÉA de locaux, M. McMurray a téléphoné à MM. Mahar et Séguin le 14 et 15 octobre. En réponse à ces appels, M. McMurray a reçu une lettre confirmant que l'appel d'offres allait de l'avant et que Martel avait jusqu'au 22 octobre pour présenter une offre au ministère.

L'échéance a par la suite été repoussée au 27 octobre. Les parties se sont rencontrées le 27 octobre, soit le jour de la parution dans le quotidien *Ottawa Citizen* d'une annonce sollicitant des manifestations d'intérêt pour la location de locaux à la CCÉA. M. McMurray prétend que ses interlocuteurs lui ont laissé entendre que s'il pouvait offrir un tarif de 220 \$/m², le ministère recommanderait au Conseil du Trésor de renouveler le bail de l'immeuble Martel.

Le 29 octobre, M. McMurray a téléphoné à M. Séguin pour l'informer que Martel pouvait offrir un tarif de location de 220 \$/m². Le 30 octobre, Martel a offert, par écrit, un tarif de 249 \$/m², plus une allocation; d'après les calculs du ministère, ce tarif équivalait en fait à un tarif de 219,39 \$/m². Le même jour, le ministère a décidé que les autres conditions du bail, y compris le détail de la réfection proposée, devaient être arrêtées avant la fin de la journée, à défaut de quoi l'appel d'offres suivrait son cours. Martel n'était pas en mesure de fournir le plan définitif de la réfection proposée l'après-midi même. Le 26 novembre, une lettre a été transmise à M. McMurray l'informant que l'offre de Martel datée du 30 octobre était rejetée. Le dossier d'appel d'offres a été rendu public le jour même, et les soumissions devaient être présentées au plus tard le 3 décembre 1992.

Martel a présenté une soumission en réponse à l'appel d'offres. Sa soumission s'est révélée la plus basse, mais elle n'a pas été retenue.

Suivant les conditions de l'appel d'offres, le ministère n'était pas tenu de retenir la soumission la plus basse ni aucune soumission. En outre, le ministère a procédé à l'analyse financière des soumissions afin de déterminer les sommes qui, au total, devraient être engagées si l'une ou l'autre des offres était acceptée. Ces sommes englobaient

18

19

20

21

secured card access system. The Martel Building's fit-up costs were calculated to be approximately one million dollars. As well, the Department added \$60,000 to Martel's bid to cover the installation of a secured card access system. Based upon a net present value calculation, Martel's bid was higher than the second lowest initial bid of Standard Life. The tender was awarded to Standard Life.

II. Judicial History

1. *Federal Court, Trial Division* (1997), 129 F.T.R. 249

22 Martel sued in contract and in tort. In contract, Martel claimed the appellant had breached an implied term to renew the lease arising out of either the lease itself or an agreement reached between the parties on or about October 30, 1992. Martel's claim in tort rested on the Department's alleged breach of a duty to negotiate in good faith and on its alleged negligent conduct of the negotiation and tender processes.

23 The trial judge dismissed the contract claim. She also declined to consider liability based on a duty to negotiate in good faith when she was sceptical that such a duty existed under Canadian law. She did not address negligence in the tendering process, but noted that "a somewhat arbitrary assessment of fit-up costs appears to have been added to the financial analysis of the plaintiff's bid" (para. 76).

24 In the context of negotiations, the trial judge concluded that the relationship between the parties was sufficiently proximate to give rise to a duty of care in negligence. She held it was reasonably foreseeable the Department's carelessness might cause damage to Martel. She further concluded

les frais d'aménagement, les coûts occasionnés par l'exigence de contiguïté des locaux et les frais d'installation d'un système de cartes d'accès sécuritaire. Les frais d'aménagement de l'immeuble Martel ont été évalués à environ un million de dollars. En outre, le ministère a ajouté la somme de 60 000 \$ à la soumission de Martel pour l'installation d'un système de cartes d'accès sécuritaire. Compte tenu de la valeur actualisée nette, la soumission de Martel était plus élevée que celle de la Standard Life, qui était initialement la deuxième plus basse. Le marché a été adjugé à la Standard Life.

II. Décisions des tribunaux inférieurs

1. *Cour fédérale, Section de première instance*, [1997] A.C.F. n° 483 (QL)

Martel a intenté une action fondée à la fois sur la responsabilité contractuelle et sur la responsabilité délictuelle. Sur le plan contractuel, Martel prétendait que l'appelante avait manqué à son obligation implicite de renouveler le bail découlant soit du bail lui-même, soit de l'entente intervenue entre les parties vers le 30 octobre 1992. Sur le plan de la responsabilité délictuelle, Martel invoquait le manquement du ministère à son obligation de négocier de bonne foi et la négligence dont il aurait fait preuve pendant le déroulement des négociations et le processus d'appel d'offres.

Le juge de première instance a rejeté l'action contractuelle. Elle a également refusé d'examiner la responsabilité découlant de l'omission de négocier de bonne foi, car elle doutait de l'existence d'une telle obligation en droit canadien. Elle ne s'est pas prononcée sur la négligence dont aurait fait preuve l'appelante dans le cadre de l'appel d'offres, mais elle a signalé qu'«une évaluation quelque peu arbitraire des coûts d'aménagement semble avoir été ajoutée à l'analyse financière de la soumission de la demanderesse» (par. 76).

Le juge de première instance a conclu que, dans le contexte des négociations, les relations entre les parties étaient suffisamment étroites pour donner naissance à une obligation de diligence. Elle a ajouté qu'il était raisonnablement prévisible que le manque de diligence du ministère pourrait causer

that the Department was negligent in its conduct of the negotiations.

However, she concluded that Martel had not established causation as it failed to prove that the Department's negligence caused Martel to lose the 10-year renewal. She dismissed the plaintiff's action.

2. *Federal Court of Appeal*, [1998] 4 F.C. 300

The Federal Court of Appeal held that the trial judge was correct that a duty of care arose from the conduct of the negotiations and that it had been breached. It too declined to consider whether a duty to negotiate in good faith had emerged in Canadian law.

The Federal Court of Appeal also addressed negligence in the tendering process. It held that "[n]egligence in the tendering process was a matter before the Trial Judge which she failed to address" (para. 31). In this respect, it found that the call for tenders gave rise to an implied contractual obligation to treat all bidders fairly. In turn, this obligation placed the parties in sufficient proximity to give rise to a duty of care. It concluded that the Department had breached this duty through evaluating the bids according to undisclosed conditions which included the addition of fit-up costs, secured card access system costs and contiguous space requirements.

The court held that in the context of the negotiations, the Department's negligence deprived Martel of the opportunity to negotiate a renewal of the lease. In the context of the tender, the Department's negligence deprived Martel of both the opportunity to participate fairly in the tender process and a reasonable expectation of being awarded the contract.

un préjudice à Martel. Elle a en outre conclu que le ministère avait fait preuve de négligence lors des négociations.

Elle a cependant estimé que Martel n'avait pas établi l'existence d'un lien de causalité, c'est-à-dire que la négligence du ministère avait privé Martel du renouvellement du bail pour une durée de 10 ans. Elle a rejeté l'action de la demanderesse.

2. *Cour d'appel fédérale*, [1998] 4 C.F. 300

La Cour d'appel fédérale a statué que le juge de première instance avait eu raison de conclure que les négociations avaient fait naître une obligation de diligence et qu'il y avait eu manquement à cette obligation. Elle aussi a refusé de déterminer s'il existait maintenant une obligation de négocier de bonne foi en droit canadien.

La Cour d'appel fédérale s'est également penchée sur la négligence dont aurait fait preuve l'appelante dans le cadre de l'appel d'offres. Elle a conclu que «[l]e juge de première instance n'a pas traité de la question de la négligence dans le processus d'appel d'offres, malgré le fait que cette question lui avait été soumise» (par. 31). Elle a estimé à ce chapitre que l'appel d'offre engendrait une obligation contractuelle implicite de traiter équitablement tous les soumissionnaires. En raison de cette obligation, les relations entre les parties étaient suffisamment étroites pour donner lieu à une obligation de diligence. La Cour d'appel fédérale a statué que le ministère avait manqué à cette obligation en évaluant les soumissions en fonction de facteurs non révélés, dont le coût afférent à l'aménagement, à l'installation d'un système de cartes d'accès sécuritaire et à la contiguïté des locaux.

Elle a jugé que, dans le contexte des négociations, la négligence du ministère avait eu pour effet de priver Martel de la possibilité de négocier le renouvellement du bail. Pour ce qui est de l'appel d'offres, la négligence du ministère avait privé Martel de la possibilité de participer à l'appel d'offres de manière équitable et de son attente raisonnable de se voir adjuger le marché.

29 The court disagreed with the trial judge on causation. It concluded that the Department's conduct was the principal, if not the only cause, of Martel losing the opportunity to negotiate and losing its reasonable expectation of being awarded the contract under a fair and proper tendering process.

30 The Federal Court of Appeal allowed the appeal with costs. It found the Department liable in negligence and ordered a continuance of the trial on the issue of damages.

III. Issues

31 This appeal raises two issues:

1. Given that one owes a duty of care not to harm those who might foreseeably suffer damage, does a duty of care exist to that same group with respect to negotiations? Does the tort of negligence extend to damages for pure economic loss arising out of the conduct of pre-contractual negotiations?
2. Did the Court of Appeal err in finding that the Department owed Martel a duty of care in the tendering process and that this duty was breached?

IV. Analysis

1. *Given that one owes a duty of care not to harm those who might foreseeably suffer damage, does a duty of care exist to that same group with respect to negotiations? Does the tort of negligence extend to damages for pure economic loss arising out of the conduct of pre-contractual negotiations?*

32 A central issue in this appeal is the extent to which Canadian jurisprudence recognizes a duty of care on parties in negotiations. If a cause of action

La Cour d'appel a dit être en désaccord avec le juge de première instance quant à la question du lien de causalité. Elle est arrivée à la conclusion que la négligence du ministère était la principale cause, sinon la seule, de la perte par Martel de la possibilité de négocier le renouvellement du bail et de son attente raisonnable d'obtenir le marché à l'issue d'un processus d'appel d'offres à la fois régulier et équitable.

La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel avec dépens. Elle a conclu à la négligence du ministère et a ordonné la poursuite de l'instruction relativement à la question des dommages-intérêts.

III. Questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions:

1. L'obligation de faire preuve de diligence de manière à ne pas léser quiconque pourrait, de façon prévisible, subir un préjudice, s'étend-elle au contexte des négociations? Le délit civil de négligence donne-t-il ouverture à l'indemnisation de la perte purement économique imputable au déroulement de négociations préalables à la conclusion d'un contrat?
2. La Cour d'appel a-t-elle conclu à tort que le ministère avait une obligation de diligence envers Martel dans le cadre de l'appel d'offres et qu'il a manqué à cette obligation?

IV. Analyse

1. *L'obligation de faire preuve de diligence de manière à ne pas léser quiconque pourrait, de façon prévisible, subir un préjudice, s'étend-elle au contexte des négociations? Le délit civil de négligence donne-t-il ouverture à l'indemnisation de la perte purement économique imputable au déroulement de négociations préalables à la conclusion d'un contrat?*

L'une des principales questions que notre Cour est appelée à trancher dans le cadre du présent pourvoi est de savoir dans quelle mesure le droit canadien impose une obligation de diligence aux parties à des négociations. Si un droit d'action

exists in this context, it is apparent that the damages claimed would be a purely economic loss.

The appellant submitted that to extend the tort of negligence into the conduct of commercial negotiations would be an unnecessary and unsound invasion of the marketplace. It argued that this case involves business risks inherent in commercial negotiation, risks which should be borne by parties and not be re-allocated through the imposition of a duty of care.

A breach of a duty of care in negotiations would, in this case, result in the loss of an opportunity to negotiate a lease renewal. This is a claim for damages not accompanied by physical injury or property damage. What is left is a claim for pure economic loss. See *D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071, at para. 13.

As a cause of action, claims concerning the recovery of economic loss are identical to any other claim in negligence in that the plaintiff must establish a duty, a breach, damage and causation. Nevertheless, as a result of the common law's historical treatment of economic loss, the threshold question of whether or not to recognize a duty of care receives added scrutiny relative to other claims in negligence.

An historical review of the common law treatment of recovery for economic loss has been undertaken by this Court on several occasions. See *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; and *D'Amato*, *supra*. Rather than re-canvassing the jurisprudential genealogy reviewed in these cases, it is enough to say that the common law traditionally did not allow recovery of economic loss where a plaintiff had suffered neither physical harm nor property damage. See *Cattle v.*

existe dans ce contexte, les dommages-intérêts demandés devraient vraisemblablement se rapporter à une perte purement économique.

L'appelante fait valoir que l'extension de la portée du délit de négligence aux négociations commerciales serait inutile et empiéterait indûment sur le jeu des forces du marché. Elle ajoute que la présente affaire porte sur des risques qui sont inhérents à toute négociation commerciale, qui doivent être assumés par les parties et qui ne sauraient être répartis différemment par l'imposition d'une obligation de diligence.

En l'occurrence, un manquement à l'obligation de diligence lors des négociations aurait privé l'intimée de la possibilité de négocier le renouvellement du bail. Aucun préjudice corporel ou matériel n'est invoqué à l'appui de la demande de dommages-intérêts. Le dédommagement réclamé ne vise qu'une perte purement économique. Voir l'arrêt *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071, au par. 13.

Pour établir son droit d'action, la personne qui réclame des dommages-intérêts relativement à une perte économique doit, à l'instar de toute personne qui invoque la négligence, faire la preuve d'une obligation, d'un manquement, d'un préjudice et d'un lien de causalité. Cependant, vu l'évolution historique du sort réservé par la common law à la perte économique, la question préliminaire de savoir s'il y a lieu ou non de reconnaître l'existence d'une obligation de diligence se pose avec plus d'acuité pour la perte économique que pour les autres préjudices imputables à la négligence.

Notre Cour s'est penchée à plusieurs occasions sur l'évolution historique du sort réservé par la common law à l'indemnisation de la perte économique. Voir *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, et *D'Amato*, précité. Notre Cour ayant déjà fait état de l'historique jurisprudentiel dans ces arrêts, il suffit de dire que, traditionnellement, la common law excluait l'indemnisation de la perte économique lorsque le demandeur n'avait subi aucune lésion corporelle ni

33

34

35

36

Stockton Waterworks Co. (1875), L.R. 10 Q.B. 453.

37

Over time, the traditional rule was reconsidered. In *Rivtow* and subsequent cases it has been recognized that in limited circumstances damages for economic loss absent physical or proprietary harm may be recovered. The circumstances in which such damages have been awarded to date are few. To a large extent, this caution derives from the same policy rationale that supported the traditional approach not to recognize the claim at all. First, economic interests are viewed as less compelling of protection than bodily security or proprietary interests. Second, an unbridled recognition of economic loss raises the spectre of indeterminate liability. Third, economic losses often arise in a commercial context, where they are often an inherent business risk best guarded against by the party on whom they fall through such means as insurance. Finally, allowing the recovery of economic loss through tort has been seen to encourage a multiplicity of inappropriate lawsuits. See *D'Amato, supra*, at para. 20, and A. M. Linden, *Canadian Tort Law* (6th ed. 1997), at pp. 405-6.

38

In an effort to identify and separate the types of cases that give rise to potentially compensable economic loss, La Forest J., in *Norsk, supra*, endorsed the following categories (at p. 1049):

1. The Independent Liability of Statutory Public Authorities;
2. Negligent Misrepresentation;
3. Negligent Performance of a Service;
4. Negligent Supply of Shoddy Goods or Structures;
5. Relational Economic Loss.

aucun dommage matériel. Voir *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453.

Avec le temps, la règle traditionnelle a été assouplie. Dans *Rivtow* et les affaires subséquentes, les tribunaux ont reconnu que, dans certaines circonstances précises, la perte économique, en l'absence de toute lésion corporelle et de tout dommage matériel, pouvait justifier l'octroi de dommages-intérêts. À ce jour, le droit à l'indemnisation d'un tel préjudice n'a été reconnu que dans peu de cas. Cette prudence est en grande partie attribuable aux considérations de principe mêmes pour lesquelles les tribunaux avaient jusqu'alors exclu l'indemnisation d'un tel préjudice. Premièrement, on considère que les intérêts d'ordre financier ne méritent pas la même protection que l'intégrité physique ou les biens. Deuxièmement, la reconnaissance inconditionnelle de la perte économique pourrait donner lieu à une responsabilité indéterminée. Troisièmement, la perte économique est souvent subie dans un contexte commercial, où elle constitue dans bien des cas un risque inhérent à l'activité commerciale et contre lequel la partie en cause se protège le mieux en recourant, par exemple, à l'assurance. Enfin, permettre l'indemnisation de la perte économique à l'issue d'une poursuite en responsabilité délictuelle est considéré comme une mesure encourageant la multiplication de poursuites injustifiées. Voir *D'Amato, précité*, au par. 20, et A. M. Linden, *Canadian Tort Law* (6^e éd. 1997), aux pp. 405 et 406.

Afin de déterminer et de distinguer entre eux les genres de cas dans lesquels une personne pourrait être indemnisée d'une perte économique, le juge La Forest a approuvé les catégories suivantes dans l'arrêt *Norsk, précité*, à la p. 1049:

[TRADUCTION]

1. La responsabilité indépendante des autorités publiques légales;
2. La déclaration inexacte faite par négligence;
3. La prestation négligente d'un service;
4. La fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité;
5. La perte économique relationnelle.

See B. Feldthusen, “Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow” (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, at pp. 357-58; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85, at para. 12; and *D’Amato*, *supra*, at para. 30.

The allegation of negligence in the conduct of negotiations does not fall within any of these classifications. Thus, Martel’s claim is novel when weighed against the prior jurisprudence of this Court. That by itself should not preclude the claim. The question is whether the numbered categories ought to be enlarged or some other method identified to include a new head of economic loss. To answer this question it is useful to set out a framework for the recognition of new categories such as that advanced by Martel.

In attempting to mould such a framework, it is noteworthy that this Court has looked beyond the traditional bar against recovery of pure economic loss in favour of a case-specific analysis that seeks to weigh the unique policy considerations which arise. See *Rivtow*, *supra*, at pp. 1211-12; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, at p. 33; *Norsk*, *supra*, at p. 1054, *per* La Forest J., and at p. 1155, *per* McLachlin J.; *Winnipeg Condominium*, *supra*, at para. 32; and *D’Amato*, *supra*, at paras. 31-34.

A presumptive exclusionary rule exists only within the narrow realm of contractual relational economic loss. This phrase is intended to define an economic loss suffered via a plaintiff’s contractual relationship with a third party to whom the defendant is already liable for property damage. Prior to *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, it was undetermined whether the recognition of contractual relational economic loss was to be approached incrementally on a case-by-case basis, as with the other categories of economic loss, or through recognized categorical exceptions to a narrow exclusionary rule. This debate arose out of the differing approaches expressed by McLachlin J. (as she then

Se reporter à B. Feldthusen, «Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow» (1990-91), 17 *Rev. can. d. comm.* 356, aux pp. 357 et 358; ainsi qu’aux arrêts *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85, au par. 12, et *D’Amato*, précité, au par. 30.

L’allégation de négligence lors de négociations ne relève d’aucune de ces catégories. Il s’agit donc d’une allégation nouvelle par rapport à la jurisprudence de notre Cour, ce qui en soi ne la rend pas irrecevable. Il faut déterminer s’il y a lieu d’élargir les catégories énumérées ou de trouver une autre méthode pour prévoir un nouveau type de perte économique. Pour trancher la question, il convient d’établir les paramètres en fonction desquels de nouvelles catégories, comme celle proposée par Martel, pourraient être reconnues.

En établissant ces paramètres, il importe de signaler que notre Cour a rompu avec l’interdiction qui frappait traditionnellement l’indemnisation de la perte purement économique et qu’elle a opté pour une analyse fondée sur les faits de chaque espèce en tentant de soupeser les considérations de principe propres à chacune. Voir *Rivtow*, précité, aux pp. 1211 et 1212; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, à la p. 33; *Norsk*, précité, à la p. 1054 (le juge La Forest), et à la p. 1155 (le juge McLachlin); *Winnipeg Condominium*, précité, au par. 32; et *D’Amato*, précité, aux par. 31 à 34.

La règle de l’exclusion présumée n’existe que dans le contexte restreint de la perte économique relationnelle découlant d’un contrat. Cette expression est employée pour désigner la perte économique subie en raison de la relation contractuelle du demandeur avec un tiers envers lequel le défendeur est déjà responsable des dommages matériels. Avant l’arrêt *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, l’incertitude régnait quant à savoir si la perte économique relationnelle découlant d’un contrat devait être progressivement reconnue ou non en fonction des faits de l’espèce, à l’instar des autres catégories de pertes économiques, ou au moyen d’exceptions catégorielles à la règle stricte de l’ex-

39

40

41

was) and La Forest J. in *Norsk*. The substance of these positions was reviewed in *D'Amato* and need not be repeated for the purpose of this appeal.

clusion. Ce débat était le fruit des analyses divergentes proposées par le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) et le juge La Forest dans l'arrêt *Norsk*. Ces points de vue ayant été examinés quant au fond dans l'arrêt *D'Amato*, il n'y a pas lieu de les répéter aux fins du présent pourvoi.

42 In *Bow Valley*, at para. 48, McLachlin J. resolved this debate, affirming that recovery for contractual relational economic loss is presumptively excluded, subject to categorical exceptions. However, the categories of recoverable loss are not closed and new ones may emerge as different cases arise. The majority in *Bow Valley* approved her reasons. See Iacobucci J. at para. 113:

Dans *Bow Valley*, au par. 48, le juge McLachlin a tranché le débat en affirmant que l'indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat est présumée exclue, sous réserve de certaines exceptions catégorielles. Toutefois, les catégories de pertes susceptibles d'indemnisation ne sont pas limitatives et de nouvelles catégories pourraient être reconnues au gré des situations qui surviendront. La majorité des juges de notre Cour a approuvé ses motifs dans *Bow Valley*. Le juge Iacobucci a dit ce qui suit au par. 113:

I understand my colleague's discussion of this matter to mean that she has adopted the general exclusionary rule and categorical exceptions approach set forth by La Forest J. in *Norsk*. . . . She points out that both her reasons and those of La Forest J. in *Norsk* recognize that the categories of recoverable contractual relational economic loss are not closed.

Si je comprends bien l'examen que ma collègue a fait de cette question, elle a adopté la méthode proposée par le juge La Forest dans l'arrêt *Norsk* qui consiste à poser une règle générale d'exclusion et à l'assortir d'exceptions fondées sur des catégories. [. . .] Elle souligne qu'il ressort tant de ses motifs que de ceux du juge La Forest dans l'arrêt *Norsk* que les catégories de pertes économiques relationnelles découlant d'un contrat susceptibles d'indemnisation ne sont pas limitatives.

43 It is important to distinguish between the *Bow Valley* majority's reference to the categories of contractual relational economic loss, which falls within the fifth category, and the other four categories of economic loss listed above. This distinction is relevant because contractual relational economic loss receives unique treatment within the broader scope of economic loss in general. In this connection, we reject the assertions of certain commentators who have suggested that the same approach applies to all five categories of economic loss following the *Bow Valley* decision: see E. A. Cherniak and E. How, "Policy and Predictability: Pure Economic Loss in the Supreme Court of Canada" (1999), 31 *Can. Bus. L.J.* 209, at p. 232, and I. N. D. Wallace, "Contractual Relational Loss in Canada" (1998), 114 *L.Q.R.* 370, at pp. 374-77.

Il importe d'établir une distinction entre les catégories de pertes économiques relationnelles découlant d'un contrat dont font mention les juges majoritaires dans l'arrêt *Bow Valley*, qui appartiennent à la cinquième catégorie, et les quatre autres catégories susmentionnées. Cette distinction est pertinente, car la perte économique relationnelle découlant d'un contrat est traitée de façon distincte dans le contexte plus étendu de la perte économique en général. À cet égard, notre Cour se dissocie des propos de certains observateurs selon lesquels, depuis l'arrêt *Bow Valley*, la même démarche vaut pour les cinq catégories de pertes économiques: voir E. A. Cherniak et E. How, «Policy and Predictability: Pure Economic Loss in the Supreme Court of Canada» (1999), 31 *Rev. can. d. comm.* 209, à la p. 232, et I. N. D. Wallace, «Contractual Relational Loss in Canada» (1998), 114 *L.Q.R.* 370, aux pp. 374 à 377.

Unlike the other areas of economic loss, contractual relational economic loss continues to operate under a presumption against recovery. The following categories of contractual relational economic loss are, to date, the sole exceptions to this presumption:

1. Where the claimant has a possessory or proprietary interest in the damaged property;
2. General average cases; and
3. Where the relationship between the claimant and the property owner constitutes a joint venture.

However, as noted above, these three categorical exceptions within contractual relational economic loss categories are not closed. The same is true for the five broader categories of economic loss: see *Norsk, supra*, at pp. 1150-53, *per* McLachlin J. As Professor Linden, *supra*, states, “further categories of economic loss cases will have to be identified beyond the five general ones of Professor Feldthusen” (p. 421). The reason for the broader five categories is merely to provide greater structure to a diverse range of factual situations by grouping together cases that raise similar policy concerns. These categories are merely analytical tools.

Canadian jurisprudence has consistently applied the flexible two-stage analysis of *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), originally adopted in *Kamloops, supra*, in determining whether to extend a duty of care in a given case. The *Anns* approach has been applied in this manner to each of the first four categories of economic loss. See, for example, *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 19 (negligent misrepresentation); *Winnipeg Condominium, supra*, at para. 32 (negligent supply of shoddy goods or structures); and *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228 (negligent performance of a service). It is likely that any extension to the categorical exceptions of contrac-

Contrairement aux autres catégories de pertes économiques, la perte économique relationnelle découlant d'un contrat demeure visée par la présomption excluant l'indemnisation. À ce jour, seules les catégories suivantes de pertes économiques relationnelles découlant d'un contrat échappent à l'application de cette présomption:

1. les cas où le demandeur a un droit de possession ou de propriété sur le bien endommagé;
2. les cas d'avarie commune;
3. les cas où le lien entre le demandeur et le propriétaire du bien est une entreprise conjointe.

Toutefois, comme nous l'avons dit précédemment, ces trois catégories de pertes économiques relationnelles découlant d'un contrat susceptibles d'indemnisation ne sont pas limitatives. Il en va de même des cinq catégories plus générales de pertes économiques: se reporter à l'arrêt *Norsk*, précité, aux pp. 1150 à 1153 (le juge McLachlin). Comme le dit le professeur Linden, *op. cit.*, [TRADUCTION] «d'autres catégories de pertes économiques devront être définies en sus des cinq catégories générales proposées par le professeur Feldthusen» (p. 421). La raison d'être des cinq catégories générales est simplement de prévoir un cadre plus large adapté à une gamme variée de situations factuelles en regroupant les cas qui soulèvent des questions de principe semblables. Il ne s'agit en somme que d'outils d'analyse.

Il ressort de la jurisprudence canadienne que les tribunaux ont appliqué avec constance l'analyse souple comportant deux étapes préconisée dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), adoptée initialement dans l'arrêt *Kamloops*, précité, pour déterminer s'il y a ou non obligation de diligence dans un cas donné, et ce, à chacune des quatre premières catégories de pertes économiques. Voir à titre d'exemples *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, au par. 19 (déclaration inexacte faite par négligence); *Winnipeg Condominium*, précité, au par. 32 (fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité); ainsi que *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms*

44

45

46

tual relational economic loss also would be considered under the same analysis. See *Bow Valley*, *supra*, at paras. 52-56, *per* McLachlin J., and para. 113, *per* Iacobucci J.

47 The *Anns* approach is equally applicable when, as in this appeal, the claim alleges a duty of care in an area not previously categorized. The respondent's submission has to be considered within that framework.

48 This analysis begins with the oft-repeated question:

Was there a sufficiently close relationship between Martel and the Department so that, in the reasonable contemplation of the Department, carelessness on its part might cause damage to a party such as Martel with whom it negotiated?

49 See *Hercules Managements*, *supra*, at paras. 23-24, *per* La Forest J.:

... the term "proximity" itself is nothing more than a label expressing a result, judgment or conclusion; it does not, in and of itself, provide a principled basis on which to make a legal determination.

. . . .

The label "proximity", as it was used by Lord Wilberforce in *Anns*, *supra*, was clearly intended to connote that the circumstances of the relationship inhering between the plaintiff and the defendant are of such a nature that the defendant may be said to be under an obligation to be mindful of the plaintiff's legitimate interests in conducting his or her affairs.

50 So as to infuse the term "proximity" with greater meaning, the courts take into account a variety of factors in ascertaining whether the relationship between two parties gives rise to a *prima facie* duty of care. See McLachlin J. in *Norsk*, *supra*, at p. 1153:

Ltd., [1986] 1 R.C.S. 228 (prestation négligente d'un service). Tout ajout aux exceptions catégorielles touchant les pertes économiques relationnelles découlant d'un contrat serait vraisemblablement considéré sous le même angle. Se reporter à l'arrêt *Bow Valley*, précité, aux par. 52 à 56 (le juge McLachlin), et au par. 113 (le juge Iacobucci).

La démarche préconisée dans l'arrêt *Anns* s'applique également lorsque, comme dans la présente affaire, la demande allègue une obligation de diligence dans un contexte qui ne relève d'aucune catégorie déjà existante. L'allégation de l'intimée doit être considérée en fonction de ces paramètres.

L'analyse débute en l'espèce par une question posée maintes fois:

Existait-il un lien suffisamment étroit entre Martel et le ministère pour que le ministère ait pu raisonnablement prévoir que son manque de diligence pourrait causer un préjudice à une partie, comme Martel, avec laquelle elle négociait?

Voir l'arrêt *Hercules Managements*, précité, le juge La Forest, aux par. 23 et 24:

... l'expression «lien étroit» elle-même n'exprime rien de plus qu'un résultat, un jugement ou une conclusion; elle ne fournit pas en soi une justification, fondée sur des principes, qui permette de rendre une décision juridique.

. . . .

L'expression «lien étroit», utilisée par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*, précité, visait clairement à laisser entendre que les circonstances entourant le lien existant entre le demandeur et le défendeur sont telles qu'on peut affirmer que le défendeur est tenu de se soucier des intérêts légitimes du demandeur dans la gestion de ses affaires.

Afin d'attribuer à l'expression «lien étroit» un sens plus étendu, les tribunaux tiennent compte d'une gamme de facteurs pour déterminer si la relation établie entre les deux parties fait naître une obligation de diligence *prima facie*. Se reporter aux motifs du juge McLachlin dans l'arrêt *Norsk*, précité, à la p. 1153:

In determining whether liability should be extended to a new situation, courts will have regard to the factors traditionally relevant to proximity such as the relationship between the parties, physical propinquity, assumed or imposed obligations and close causal connection. And they will insist on sufficient special factors to avoid the imposition of indeterminate and unreasonable liability.

It may be foreseeable that carelessness on the part of one negotiating party may cause an opposite negotiating party economic loss. Generally, negotiation is undertaken with a view to obtaining mutual economic gain. Given the bilateral nature of most negotiations, such gains are sometimes obtained at the other party's expense. Although negotiations often provide synergistic effects for all concerned, the prospect of causing deprivation by economic loss is implicit in the negotiating environment. The causal relationship in contractual negotiations is usually significant for a finding of proximity. In the circumstances of this appeal, the appellant's pre-existing contractual arrangement with Martel is an impressive indicator of proximity.

Both the pre-existing lease arrangement and the communications between the appellant and respondent here are indicators of proximity. That does not mean that any exchange loosely viewed as a negotiation will necessarily give rise to a proximate relationship. The expression of interest does not automatically create proximity absent some evidence of genuine and mutual contracting intent. We are satisfied that the parties in this appeal evidenced such an intent. The communications between the appellant and Martel disclose a readiness to arrive at an agreement despite the fact one was never reached.

We conclude that the circumstances of this case satisfy the first stage of *Anns* and raise a *prima facie* duty of care. Although the Department is a government actor, in its negotiations with Martel, it was exercising an operational rather than a pol-

Pour déterminer s'il faudrait étendre la responsabilité à une nouvelle situation, les tribunaux tiendront compte des facteurs qui se rapportent traditionnellement à l'existence d'un lien étroit comme le rapport qui existe entre les parties, la proximité physique, les obligations présumées ou imposées et le lien étroit de causalité. Et ils insisteront sur des facteurs spéciaux suffisants pour éviter l'imposition d'une responsabilité indéterminée et déraisonnable.

Il peut être raisonnable de penser que le manque de diligence de l'une des parties à des négociations pourrait causer un préjudice économique à une autre partie. Des négociations sont généralement entreprises en vue d'obtenir un gain économique mutuel. Vu la nature bilatérale de la plupart des négociations, un tel gain est parfois obtenu aux dépens de l'autre partie. Les négociations ont souvent des effets synergiques pour tous les intéressés, mais elles comportent toujours le risque qu'une perte économique soit infligée à l'une ou l'autre des parties. Dans le cadre de la négociation d'un contrat, la relation de cause à effet est habituellement assez importante pour conclure à l'existence d'un lien étroit. Dans les circonstances du présent pourvoi, l'entente contractuelle préexistante entre l'appelante et Martel est un indice concluant de l'existence d'un lien étroit.

Le bail préexistant et les communications entre l'appelante et l'intimée permettent en l'espèce de conclure à l'existence d'un lien étroit. Il ne s'ensuit pas que tout échange s'apparentant vaguement à une négociation donne nécessairement naissance à un lien étroit. La manifestation d'intérêt ne crée pas automatiquement un lien étroit en l'absence d'une preuve que les deux parties avaient véritablement l'intention de passer un marché. Notre Cour est convaincue que les parties au présent pourvoi ont fait la preuve d'une telle intention. Il ressort des échanges entre l'appelante et Martel que les parties étaient disposées à conclure une entente, même si aucune n'est intervenue.

Nous sommes d'avis que les circonstances de l'espèce satisfont au premier volet du critère dégagé dans l'arrêt *Anns* et permettent de conclure à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*. Même si le ministère fait partie de l'État,

51

52

53

icy function. As such, this finding of a *prima facie* duty of care is not precluded by the appellant claiming to have exercised a *bona fide* discretionary policy decision. See *Kamloops*, *supra*, at p. 35, and *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228.

dans le contexte de ses négociations avec Martel, il exerçait une fonction opérationnelle, et non une fonction de politique. Partant, même si l'appelante prétend avoir exercé de bonne foi son pouvoir discrétionnaire de prendre des décisions de politique, notre Cour peut conclure à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*. Se reporter aux arrêts *Kamloops*, précité, à la p. 35, et *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228.

54 In the wake of a finding of proximity, the second question in *Anns* arises:

Après avoir conclu à l'existence d'un lien étroit, la question qui se pose ensuite selon l'arrêt *Anns* est la suivante:

Are there any policy considerations that serve to negative or limit (a) the scope of the *prima facie* duty of care (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

Existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation de diligence *prima facie* et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

55 Notwithstanding our finding of proximity above, there are compelling policy reasons to conclude that one commercial party should not have to be mindful of another commercial party's legitimate interests in an arm's length negotiation.

Même si nous avons déterminé qu'il existe un lien étroit, des considérations de principe de nature pressante nous justifient de conclure que, dans le contexte de négociations commerciales, une partie ne devrait pas avoir à tenir compte des intérêts légitimes d'une autre avec laquelle elle n'a aucun lien de dépendance.

56 As noted by McLachlin J. in *Norsk*, *supra*, at pp. 1154-55:

Comme l'a signalé le juge McLachlin dans l'arrêt *Norsk*, précité, aux pp. 1154 et 1155:

While proximity is critical to establishing the right to recover pure economic loss in tort, it does not always indicate liability. It is a necessary but not necessarily sufficient condition of liability. Recognizing that proximity is itself concerned with policy, the approach adopted in *Kamloops* (paralleled by the second branch of *Anns*) requires the Court to consider the purposes served by permitting recovery as well as whether there are any residual policy considerations which call for a limitation on liability. This permits courts to reject liability for pure economic loss where indicated by policy reasons not taken into account in the proximity analysis.

Bien que l'existence d'un lien étroit soit essentielle pour établir le droit à l'indemnisation de la perte purement économique en matière délictuelle, elle n'indique pas toujours qu'il y a responsabilité. C'est une condition nécessaire mais pas nécessairement suffisante de la responsabilité. Tout en reconnaissant que l'existence d'un lien étroit est elle-même une question de principe, l'approche adoptée dans l'arrêt *Kamloops* (qui correspond au deuxième volet de l'arrêt *Anns*) exige que la Cour se demande quelles fins seraient servies si on permettait l'indemnisation et s'il y a d'autres considérations de principe qui exigent une limitation de la responsabilité. Cela permet aux tribunaux de rejeter la responsabilité pour perte purement économique lorsqu'il y a lieu de le faire pour des raisons de principe dont il n'a pas été tenu compte dans l'analyse du lien étroit.

57 The scope of indeterminate liability remains a significant concern underlying any analysis of whether to extend the sphere of recovery for eco-

La crainte d'une responsabilité indéterminée demeure un facteur important lorsqu'il s'agit d'élargir la portée de l'indemnisation de la perte

conomic loss. In this appeal, however, the inherent nature of negotiations in this case place definable limits on the ultimate extent of liability so that concerns of indeterminacy are not determinative in this appeal.

Here, the class of potential claimants is limited to those persons that the Department directly negotiated with. Although both La Forest and McLachlin JJ. rejected the “knowledge of the plaintiff” test in *Norsk* as noted in *Hercules Managements, supra*, at para. 37, knowledge of the plaintiff remains a policy factor that may militate against indeterminacy.

In addition, although the quantum of damages arising out of failed negotiations may be quite high, it is limited by the nature of the transaction being negotiated. As noted by the court below, Martel’s claim is clearly restricted to the loss of an opportunity to conclude a 10-year lease renewal. While there are serious difficulties in valuing a lost opportunity, the extent of the loss has definable limits.

However, simply addressing indeterminacy does not represent the sole hurdle to extending a duty of care. This conclusion has caused concern and has been commented on. See *Norsk, supra*, at pp. 1067-68, *per* La Forest J.; *Bow Valley, supra*, at para. 55, *per* McLachlin J., and B. Feldthusen, “Liability for Pure Economic Loss: Yes, But Why?” (1999), 28 *U. W. Austl. L. Rev.* 84, at p. 87.

In light of the diverse array of factual circumstances that can fall under the moniker of pure economic loss, unique policy considerations may infuse the analysis of any given case. Indeed, notwithstanding the fact that indeterminacy does not rear its head sufficiently in this appeal, there are a number of ancillary policy considerations that necessitate precluding the extension of the tort of negligence into commercial negotiations. Even in the absence of any serious potential for indetermi-

économique. Or, dans la présente affaire les négociations comportent, de par leur nature, des limites précises quant à l’étendue ultime de la responsabilité, de sorte que la crainte que celle-ci ne soit indéterminée ne joue pas.

En l’occurrence, la catégorie des demandeurs éventuels se limite aux personnes avec lesquelles le ministère a négocié directement. Comme notre Cour l’a signalé dans l’arrêt *Hercules Managements*, précité, au par. 37, les juges La Forest et McLachlin ont rejeté le critère de la «connaissance du demandeur» dans l’arrêt *Norsk*, mais ce facteur constitue néanmoins une considération de principe qui peut jouer contre le caractère indéterminé de la responsabilité.

En outre, bien que le montant des dommages-intérêts susceptibles d’être accordés par suite de négociations infructueuses puisse être assez élevé, il est limité par la nature de l’opération visée par les négociations. Comme l’a fait remarquer le tribunal inférieur, il est clair que la demande de Martel se limite à la possibilité de renouveler le bail pour une période supplémentaire de 10 ans. Il peut être très difficile d’évaluer la perte d’une occasion, mais les limites de cette perte peuvent être établies.

Or, il ne suffit pas de vérifier si la responsabilité alléguée est indéterminée pour décider si une obligation de diligence existe. Cette conclusion a suscité des interrogations et des observations. Voir les motifs du juge La Forest dans l’arrêt *Norsk*, précité, aux pp. 1067 et 1068, les motifs du juge McLachlin dans l’arrêt *Bow Valley*, précité, au par. 55, et B. Feldthusen, «Liability for Pure Economic Loss: Yes, But Why?» (1999), 28 *U. W. Austl. L. Rev.* 84, à la p. 87.

Vu la gamme variée des circonstances factuelles susceptibles de donner lieu à une perte purement économique, des considérations de principe uniques peuvent sous-tendre l’analyse dans un cas donné. En effet, bien que la responsabilité alléguée en l’espèce ne revête pas un caractère indéterminé, un certain nombre de considérations de principe accessoires font obstacle à l’application du délit civil de négligence dans le contexte des négociations commerciales. Même en l’absence de tout

58

59

60

61

nate liability, these factors are sufficient to deny recovery notwithstanding the finding of proximity. What we have identified as ancillary policy considerations weighing against recovery are defined by the following five illustrations.

62 First, the very object of negotiation works against recovery. The primary goal of any economically rational actor engaged in commercial negotiation is to achieve the most advantageous financial bargain. As noted above, in the context of bilateral negotiation, such gains are realized at the expense of the other negotiating party. From an economic perspective, some authors describe negotiation as a zero-sum game involving a transference rather than loss of wealth: see Cherniak and How, *supra*, at p. 231; and B. Feldthusen, *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss* (4th ed. 2000), at p. 14.

63 Perhaps following the traditional view that, at least in some circumstances, economic losses are less worthy of protection than physical or proprietary harm, it has been noted that the absence of net harm on a social scale is a factor weighing against the extension of liability for pure economic loss. That is to say, negotiation merely transfers wealth between parties. Although one party may suffer, another often gains. Thus, as an economic whole, society is not worse off: see Feldthusen, “Liability for Pure Economic Loss: Yes, But Why?”, *supra*, at p. 102:

... many pure economic losses are qualitatively different from physical damage. They represent not social loss, as occurs when property is damaged or destroyed, but private loss when wealth is transferred from one party to another with nothing being lost overall. The plaintiff's loss will often be a competitor's gain. To hold the defendant liable for transfer losses as if they were true losses will over-deter useful conduct.

risque réel de responsabilité indéterminée, ces considérations sont suffisamment importantes pour empêcher l'indemnisation, malgré l'existence d'un lien étroit. Voici quelles sont, selon notre Cour, les cinq considérations de principe accessoires qui militent contre l'indemnisation.

Premièrement, l'objet même de la négociation milite contre l'indemnisation. L'objectif premier d'un acteur économiquement rationnel participant à une négociation commerciale est de conclure le marché le plus avantageux sur le plan financier. Comme nous l'avons mentionné précédemment, dans le contexte de négociations bilatérales, tout gain est réalisé aux dépens de l'autre partie. D'un point de vue économique, certains auteurs ont assimilé la négociation à un jeu à somme nulle comportant le transfert, et non la perte, d'une richesse: voir Cherniak et How, *loc. cit.*, à la p. 231, et B. Feldthusen, *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss* (4^e éd. 2000), à la p. 14.

À cause peut-être du point de vue traditionnel voulant que, du moins dans certaines circonstances, la perte économique soit moins digne d'indemnisation que la lésion corporelle ou le dommage matériel, on remarque que l'absence d'un préjudice net à l'échelle de la société est un facteur qui joue contre l'élargissement de la responsabilité à l'égard de la perte purement économique. Ainsi, la négociation a simplement pour effet d'opérer un transfert de richesse entre les parties. Bien que l'une des parties puisse subir un préjudice, une autre obtient souvent un avantage. Par conséquent, en tant qu'entité économique, la société n'est pas lésée: voir Feldthusen, «Liability for Pure Economic Loss: Yes, But Why?», *loc. cit.*, à la p. 102:

[TRADUCTION] ... bon nombre de pertes purement économiques sont qualitativement différentes du dommage matériel. Contrairement à l'endommagement ou à la destruction d'un bien, elles n'entraînent pas de perte à l'échelle de la société, mais plutôt une perte privée, un transfert de richesse étant opéré d'une partie à une autre, à l'exclusion de toute perte globale. La perte subie par le demandeur correspond souvent au gain réalisé par un concurrent. Tenir le défendeur responsable de la perte consécutive au transfert, comme s'il s'agissait d'une perte véritable, découragerait indûment un comportement utile.

Second, as Feldhusen notes in the above passage, to extend a duty of care to pre-contractual commercial negotiations could deter socially and economically useful conduct. The encouragement of economically efficient conduct can be a valid concern in favour of the extension of liability for pure economic loss. See *Winnipeg Condominium, supra*, at para. 37. Equally, in other circumstances, this goal may be a valid rationale against extending liability.

In essence, Martel claims that the appellant was negligent in not providing it with adequate information concerning the appellant's bargaining position or its readiness to conclude a renewal. The appellant's conduct in negotiating with Martel might be construed as "hard bargaining". The Department's agents displayed casual contempt towards Martel and its personnel as illustrated by broken appointments and general disregard of the minimal courtesy Martel could have reasonably expected. However indifferent the agents of the Department appear from the record, that by itself does not create a cause of action. Doubtless, the appellant's ability to assume such a position in relation to Martel was due to its dominant position in the Ottawa leasing market. The foregoing all point to the advantages enjoyed by the Crown, but do not point to liability.

In many if not most commercial negotiations, an advantageous bargaining position is derived from the industrious generation of information not possessed by the opposite party as opposed to its market position as here. Helpful information is often a by-product of one party expending resources on due diligence, research or other information gathering activities. It is apparent that successful negotiating is the product of that kind of industry.

Deuxièmement, comme le souligne Feldhusen dans la citation qui précède, imposer une obligation de diligence dans le contexte d'une négociation commerciale visant la conclusion d'un contrat pourrait décourager un comportement utile sur le plan social et économique. Encourager un comportement économiquement efficace peut constituer un facteur valable militant en faveur de l'élargissement de la responsabilité relative au préjudice purement économique. Voir l'arrêt *Winnipeg Condominium*, précité, au par. 37. Dans d'autres circonstances, cet objectif peut aussi constituer un motif valable d'exclure une telle responsabilité.

Martel fait essentiellement valoir que l'appelante a fait preuve de négligence en ne l'informant pas adéquatement de sa position quant aux négociations ou de sa volonté de renouveler ou non le bail. Le comportement de l'appelante lors des négociations avec Martel peut être qualifié d'intransigeant. Les représentants du ministère ont manifesté indifférence et mépris à l'endroit de Martel et de son personnel, notamment en omettant de se présenter à des rendez-vous et de faire preuve de la courtoisie la plus élémentaire vis-à-vis de Martel. Aussi indifférents que se soient montrés les représentants du ministère, selon le dossier, leur comportement ne confère aucun droit d'action. C'est sans aucun doute parce que l'appelante tenait le haut du pavé sur le marché de la location à Ottawa qu'elle a pu agir ainsi vis-à-vis de Martel. Tous ces éléments font ressortir les avantages détenus par l'État, et non sa responsabilité.

Dans le cadre de nombreuses négociations commerciales, sinon dans la majorité d'entre elles, la situation avantageuse d'une partie est attribuable à la collecte assidue de renseignements auxquels l'autre partie n'a pas accès, et non au fait que la situation du marché lui est favorable comme en l'espèce. Les renseignements utiles sont souvent le fruit de l'utilisation de ressources pour faire preuve d'une diligence raisonnable, effectuer de la recherche et exercer d'autres activités de collecte de données. L'issue heureuse d'une négociation paraît attribuable à de telles démarches.

64

65

66

67 It would defeat the essence of negotiation and hobble the marketplace to extend a duty of care to the conduct of negotiations, and to label a party's failure to disclose its bottom line, its motives or its final position as negligent. Such a conclusion would of necessity force the disclosure of privately acquired information and the dissipation of any competitive advantage derived from it, all of which is incompatible with the activity of negotiating and bargaining.

68 Third, to impose a duty in the circumstances of this appeal could interject tort law as after-the-fact insurance against failures to act with due diligence or to hedge the risk of failed negotiations through the pursuit of alternative strategies or opportunities. This Court has previously expressed a reluctance to extend pure economic loss in this manner. See *D'Amato, supra*, at para. 51.

69 Notwithstanding Martel's hope that the negotiations would produce a favourable outcome, it could at any point have concluded that the Department was not serious or interested in concluding a renewal of the Martel Building lease, but simply delaying for an undisclosed reason and seeking other potential landlords. While Martel may have suffered from its innocence and optimism, at least some of the responsibility for the delays in communication evident in this appeal can be attributed to it. The retention of self-vigilance is a necessary ingredient of commerce.

70 Fourth, to extend the tort of negligence into the conduct of commercial negotiations would introduce the courts to a significant regulatory function, scrutinizing the minutiae of pre-contractual conduct. It is undesirable to place further scrutiny upon commercial parties when other causes of action already provide remedies for many forms of conduct. Notably, the doctrines of undue influence, economic duress and unconscionability provide redress against bargains obtained as a result of

Imposer une obligation de diligence aux parties à une négociation et tenir pour négligente l'omission d'une partie de dévoiler la limite qu'elle s'est fixée, les motifs qui l'animent et sa position finale seraient contraires à l'essence même de la négociation et entraverait le fonctionnement du marché. En effet, les parties devraient alors nécessairement communiquer l'information obtenue privément et perdraient tout avantage concurrentiel en découlant, ce qui serait incompatible avec la notion de négociation.

Troisièmement, imposer une obligation dans les circonstances de la présente affaire pourrait faire jouer le droit de la responsabilité civile délictuelle comme une assurance après coup contre l'omission d'agir avec la diligence voulue ou de se protéger contre l'échec éventuel des négociations en ayant recours à d'autres stratégies ou possibilités. Notre Cour s'est déjà montrée réticente à permettre ainsi l'indemnisation de la perte purement économique. Voir l'arrêt *D'Amato*, précité, au par. 51.

Même si Martel espérait que l'issue des négociations lui serait favorable, elle aurait pu conclure à tout moment que le ministère n'était ni sérieux ni intéressé à renouveler le bail de l'immeuble Martel, mais retardait simplement le processus pour une raison inconnue, et cherchait d'autres locataires éventuels. Bien que Martel ait pu être victime de sa naïveté et de son optimisme, elle est à tout le moins en partie responsable des retards dans les communications entre les parties. La vigilance est toujours de mise en matière commerciale.

Quatrièmement, élargir la portée du délit de négligence au contexte des négociations commerciales obligerait les tribunaux à exercer une importante fonction de réglementation en scrutant les menus détails du comportement préalable à la formation d'un contrat. Il n'est pas souhaitable de soumettre les parties à une négociation commerciale à une surveillance accrue lorsque d'autres droits d'action permettent déjà d'obtenir réparation pour de nombreux types de comportement. Plus

improper negotiation. As well, negligent misrepresentation, fraud and the tort of deceit cover many aspects of negotiation which do not culminate in an agreement.

A concluding but not conclusive fifth consideration is the extent to which needless litigation should be discouraged. To extend negligence into the conduct of negotiations could encourage a multiplicity of lawsuits. Given the number of negotiations that do not culminate in agreement, the potential for increased litigation in place of allowing market forces to operate seems obvious.

For these reasons we are of the opinion that, in the circumstances of this case, any *prima facie* duty is significantly outweighed by the deleterious effects that would be occasioned through an extension of a duty of care into the conduct of negotiations. We conclude then that, as a general proposition, no duty of care arises in conducting negotiations. While there may well be a set of circumstances in which a duty of care may be found, it has not yet arisen.

As a final note, we recognize that Martel's claim resembles the assertion of a duty to bargain in good faith. The breach of such a duty was alleged in the Federal Court, but not before this Court. As noted by the courts below, a duty to bargain in good faith has not been recognized to date in Canadian law. These reasons are restricted to whether or not the tort of negligence should be extended to include negotiation. Whether or not negotiations are to be governed by a duty of good faith is a question for another time.

particulièrement, les doctrines de l'abus d'influence, de la contrainte économique et du comportement inique permettent d'annuler le marché issu de négociations irrégulières. De même, les concepts de la déclaration inexacte faite par négligence, de la fraude ou du délit de tromperie couvrent de nombreux aspects des négociations qui n'aboutissent pas à la conclusion d'une entente.

Bien qu'il ne soit pas concluant, un cinquième et dernier élément à prendre en considération est l'opportunité de décourager les poursuites inutiles. Permettre que les négociations puissent donner ouverture à un recours fondé sur la négligence pourrait en effet se traduire par une multiplication des poursuites en justice. Vu le nombre de cas où les négociations ne débouchent pas sur une entente, le risque que les tribunaux se substituent de plus en plus aux forces du marché paraît évident.

Pour ces motifs, nous sommes d'avis que les effets néfastes qu'aurait, en l'espèce, l'imposition d'une obligation de diligence aux parties à la négociation l'emportent sensiblement sur les avantages de toute obligation *prima facie*. Nous concluons que, règle générale, le déroulement de négociations ne donne pas naissance à une obligation de diligence. Il se pourrait bien qu'une situation particulière engendre une obligation de diligence, mais cela ne s'est pas produit à ce jour.

Enfin, nous convenons que Martel allègue une obligation qui s'apparente à celle de négociier de bonne foi. Le manquement à une telle obligation a été allégué devant la Cour fédérale, mais non devant notre Cour. Comme l'ont signalé les tribunaux inférieurs, le droit canadien ne reconnaît pas encore l'obligation de négociier de bonne foi. Les présents motifs ne portent que sur la question de savoir s'il y a lieu d'élargir la portée du délit de négligence au contexte des négociations, et non si les parties devraient être tenues de négociier de bonne foi. Cette dernière question devra être tranchée une autre fois.

71

72

73

2. *Did the Court of Appeal err in finding that the Department owed Martel a duty of care in the tendering process and that this duty was breached?*

(a) Introduction

74

The second branch of this case deals with the tendering process which followed the unfruitful negotiations. Martel alleged that the Department was negligent in failing to exercise due care in preparing the tender documents, and in evaluating Martel's bid made in response to the call for tenders. As mentioned above, the trial judge did not address the Department's liability, if any, arising from the tendering process. However, Desjardins J.A., in the Federal Court of Appeal, addressed this issue and found that the Department owed Martel a duty of care in the tender process under tort principles. This duty imposed upon the Department the "obligation to ensure fair treatment in the tenders by avoiding such factors as undisclosed preferences and awards of contracts to non-conforming bidders" (para. 37). Desjardins J.A. explained that this duty arose out of an implied contractual obligation to treat all bidders fairly.

75

The Court of Appeal held that the Department had breached its duty to treat Martel's bid fairly. Desjardins J.A. based this conclusion on the trial judge's following findings: (1) that the contiguous space requirement had not been required initially by the AECB and had been negligently added to the tender specifications; (2) that "a somewhat arbitrary assessment of fit-up costs appear[ed] to have been added to the financial analysis of the plaintiff's bid" (paras. 37 F.C. and 76 F.T.R.); (3) that some of the costs arbitrarily assessed to Martel's tender were attributable to the contiguous space requirements; (4) that there had not been any mention of fit-up costs being required if the tenant stayed in the Martel building; and (5) that the costs of a secured card access system had been added to

2. *La Cour d'appel a-t-elle conclu à tort que le ministère avait une obligation de diligence envers Martel dans le cadre de l'appel d'offres et qu'il a manqué à cette obligation?*

a) Introduction

Le deuxième volet de la présente affaire a trait à l'appel d'offres qui a été lancé après l'échec des négociations. Martel soutient que le ministère a été négligent en omettant de faire preuve d'une diligence raisonnable dans l'établissement du dossier d'appel d'offres et dans l'évaluation de la soumission présentée par Martel en réponse à l'appel d'offres. Comme nous l'avons mentionné précédemment, le juge de première instance ne s'est pas prononcé sur la responsabilité éventuelle du ministère découlant de l'appel d'offres. Toutefois, le juge Desjardins, de la Cour d'appel fédérale, a examiné cette question et a conclu que, suivant les principes de la responsabilité civile délictuelle, le ministère avait une obligation de diligence envers Martel dans le contexte de l'appel d'offres. En conséquence, le ministère avait «l'obligation de garantir le traitement équitable des soumissionnaires en évitant des facteurs comme des partis pris cachés et l'attribution de marchés à des soumissionnaires qui ne respectaient pas les conditions de l'appel d'offres» (par. 37). Le juge Desjardins a expliqué que cette obligation découlait de l'obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement.

La Cour d'appel fédérale a conclu que le ministère avait manqué à son obligation d'accorder un traitement équitable à la soumission de Martel. Le juge Desjardins a invoqué à l'appui les conclusions suivantes du juge de première instance: (1) la CCÉA n'avait pas exigé initialement que ses locaux soient adjacents et cette exigence avait été ajoutée par négligence au devis descriptif, (2) «une évaluation quelque peu arbitraire des coûts d'aménagement sembl[ait] avoir été ajoutée à l'analyse financière de la soumission de la demanderesse» (par. 37 C.F. et 76 QL), (3) certains des coûts arbitrairement ajoutés à la soumission de Martel étaient attribuables à l'exigence de contiguïté des locaux, (4) aucune mention n'avait été faite des frais d'aménagement qui devraient être engagés si

Martel's bid, and not to the Standard Life bid. Upon closer examination, it can be seen that the above findings related to both the preparation of the tender documents and the evaluation of the bid. Findings (1) and (4) related to the preparation of the tender documents, while findings (2), (3) and (5) related to the subsequent evaluation of the bid.

With respect, we believe that the Court of Appeal erred by conflating the drafting (or preparation) of the tender documents and the tender evaluation issues. The preparation of tender documents and the subsequent evaluation of bids involve different considerations, and each event must, to a certain extent, be analysed separately. As will be explained below, once the bids were submitted in response to the invitation to tender, the so-called Contract A was formed which imposed contractual obligations, both express and implied, on the parties involved in the tender process. While the evaluation of bids directly relates to the performance of this contract, the preparation of the tender documents on the other hand involves events which occurred before this contract was formed. Thus, we believe that the Department's liability with respect to the manner in which the tender documents were drafted, and the way in which the bids were subsequently evaluated, must be addressed separately.

In this connection, we note that counsel for Martel argued before our Court that the Department's duty in tort did not relate to its ability to estimate fit-up costs or evaluate the bids, but rather to its alleged failure to use reasonable care and diligence in drafting the tender specifications. More specifically, Martel contends that the Department was negligent in including the contiguous space as a requirement in the tender documents. In this Court, Martel took a narrower approach on the evaluation issue than did the Court of Appeal.

la CCÉA demeurait dans l'immeuble Martel et (5) les frais d'installation d'un système de cartes d'accès sécuritaire avaient été ajoutés à la soumission de Martel, et non à celle de la Standard Life. Un examen plus approfondi révèle que ces conclusions se rapportent tant à l'établissement du dossier d'appel d'offres qu'à l'évaluation de la soumission. Les conclusions (1) et (4) sont liées à l'établissement du dossier d'appel d'offres, alors que les conclusions (2), (3) et (5) ont pour objet l'évaluation subséquente de la soumission.

Avec égards, nous croyons que la Cour d'appel fédérale a eu tort de jumeler les questions relatives à la rédaction (ou à l'établissement) du dossier d'appel d'offres et à l'évaluation des soumissions. Des considérations différentes s'appliquent aux deux volets, de sorte qu'une analyse distincte doit, dans une certaine mesure, avoir lieu pour chacun d'eux. Comme nous l'expliquons ci-après, une fois les soumissions présentées en réponse à l'appel d'offres, un contrat appelé le contrat A était conclu et imposait des obligations contractuelles à la fois explicites et tacites aux parties à l'appel d'offres. Alors que l'évaluation des soumissions se rapporte directement à l'exécution de ce contrat, l'établissement du dossier d'appel d'offres se fonde sur des événements antérieurs à la formation du contrat. Par conséquent, nous estimons que la responsabilité du ministère découlant de la manière dont il a, d'une part, établi le dossier d'appel d'offres puis, d'autre part, évalué les soumissions, doit être examinée séparément.

Signalons à cet égard que l'avocat de Martel a soutenu devant notre Cour que la responsabilité civile délictuelle du ministère n'était pas liée à sa capacité d'estimer les frais d'aménagement ou d'évaluer les soumissions, mais plutôt à la prudence et la diligence raisonnables dont il aurait dû faire preuve dans l'établissement du devis descriptif. Plus précisément, Martel fait valoir que le ministère a fait preuve de négligence en incluant, dans le dossier d'appel d'offres, une exigence portant que les locaux devaient être adjacents. Devant notre Cour, Martel a réduit la portée de l'argumentation qu'elle avait présentée à la Cour d'appel. Nous avons néanmoins examiné la question de

76

77

However, we have reviewed the evaluation issue as dealt with in the Court of Appeal.

78

But before doing so, we should briefly recall the general principles of the law of tenders to set the stage for discussing the alleged negligence in the preparation of the tender documents and any liability arising in the evaluation of the bids. We will also review how the law of contract applies to the tender process in this case, as we find it important to discuss the nature of the tender process and the duties which generally flow from it. A discussion of Martel's negligence claim will then follow.

(b) The Tendering Process

(i) *General Principles of the Law of Tenders*

79

Any discussion of the duties or obligations arising from the tender process must begin with reference to *The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111. This case established that an invitation to tender may constitute an offer to contract which, upon the submission of a bid in response to the call for tenders, may become a binding contract. Estey J. explained that this contract, which he labelled "Contract A", imposed certain obligations upon the contractor who had submitted a tender. He differentiated this contract from "Contract B", the ultimate construction contract resulting from the award of one of the tenders.

80

In *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619, this Court confirmed that Contract A also imposes obligations on the owner. It further explained that *Ron Engineering* does not stand for the proposition that Contract A will always be formed, nor that the irrevocability of the tender will always be a term of such contract. Whether the tendering process creates a preliminary contract is dependant upon the terms and conditions of the tender call. This Court stated as follows, at para. 19:

l'évaluation des soumissions telle qu'elle a été considérée par la Cour d'appel.

Auparavant, toutefois, nous rappellerons brièvement les principes généraux du droit applicable aux appels d'offres afin de situer dans son contexte l'analyse de la négligence dont l'appelante aurait fait preuve en établissant le dossier d'appel d'offres et l'examen de toute responsabilité découlant de l'évaluation des soumissions. Nous rappellerons en outre comment le droit contractuel s'applique à la procédure d'appel d'offres en l'espèce, étant donné qu'il nous paraît important d'analyser la nature du processus et les obligations qui en découlent généralement. Nous examinerons ensuite l'allégation de négligence formulée par Martel.

b) La procédure d'appel d'offres

(i) *Principes généraux du droit applicable à l'appel d'offres*

Le point de départ de toute analyse des obligations découlant d'un appel d'offres est l'arrêt *La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111. Notre Cour a statué que l'invitation à présenter une soumission peut constituer une offre de contracter qui, dès la présentation d'une soumission en réponse à l'appel d'offres, peut donner naissance à un contrat obligatoire. Le juge Estey a expliqué que ce contrat, appelé «contrat A», impose des obligations à l'entrepreneur qui a présenté une soumission. Il a établi une distinction entre ce contrat et le «contrat B», soit le contrat d'entreprise résultant de l'acceptation de l'une des soumissions.

Dans *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, notre Cour a confirmé que le contrat A imposait également des obligations au propriétaire. Elle a nié avoir statué, dans l'arrêt *Ron Engineering*, que le contrat A est toujours formé ou qu'il stipule toujours l'irrévocabilité de la soumission. La formation d'un contrat préalable dans le cadre de l'appel d'offres dépend toujours des conditions de ce dernier. Notre Cour a dit ce qui suit au par. 19:

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

The Court also held that, while the terms stipulated in tender documents created express obligations in the context of Contract A, this contract, like all contracts, could also include implied obligations. The inclusion of implied terms may be based on custom or usage, as the legal incidents of a particular class or kind of contract, or based on the presumed intention of the parties where it is necessary to give a contract business efficacy or where it meets the “officious bystander” test: *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711, at p. 775; *M.J.B. Enterprises*, *supra*, at para. 27.

The tender documents involved in *M.J.B. Enterprises* included, as in the case at bar, a privilege clause stating that the lowest or any tender would not necessarily be accepted. The Court noted that in determining the intention of the parties, attention must be paid to the express terms of the contract. In light of the privilege clause, the Court rejected the proposition that the party who had instigated the tender call was required to accept the lowest compliant tender. The express language of the tender documents, which manifested a contrary intention, governed. However, an obligation to accept only compliant bids could be implied based on the presumed intention of the parties. This obligation was not incompatible with the privilege clause.

It is now well established that parties to a tender process may have reciprocal obligations arising from Contract A either expressly or impliedly. In the case at bar, Desjardins J.A. held that the appel-

L’important, donc, c’est que la présentation d’une soumission en réponse à un appel d’offres peut donner 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.

Notre Cour a également statué que même si les stipulations énoncées dans le dossier d’appel d’offres créaient des obligations explicites dans le contexte du contrat A, ce dernier, comme tous les contrats, pouvait aussi créer des obligations implicites. Il peut y avoir de telles conditions implicites fondées sur une coutume ou un usage, en tant que particularités juridiques d’une catégorie ou d’un type particulier de contrat ou fondées sur l’existence d’une intention présumée des parties, lorsque cela est nécessaire pour donner de l’efficacité commerciale à un contrat ou pour permettre de satisfaire au critère de l’«observateur objectif»: *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711, à la p. 775, et *M.J.B. Enterprises*, précité, au par. 27.

Dans l’affaire *M.J.B. Enterprises*, le dossier d’appel d’offres renfermait, comme en l’espèce, une clause de réserve selon laquelle ni la soumission la plus basse ni aucune soumission ne serait nécessairement retenue. Notre Cour a indiqué que, pour déterminer l’intention des parties, il faut tenir compte des conditions expressément stipulées dans le contrat. Au vu de la clause de réserve, elle a écarté la prétention voulant que l’auteur de l’appel d’offres soit tenu d’accepter la soumission conforme la plus basse. Le libellé exprès du dossier d’appel d’offres, qui traduisait l’intention contraire, prévalait. Toutefois, l’obligation de n’accepter que des soumissions conformes découlait implicitement de l’intention présumée des parties. Cette obligation n’était pas incompatible avec la clause de réserve.

Il est désormais bien établi que les parties à un appel d’offres peuvent avoir des obligations synallagmatiques en vertu du contrat A et que ces obligations peuvent être explicites ou implicites. Dans

81

82

83

lant owed the respondent a duty of care in tort to treat all bidders fairly and equally. However, she explained that such duty arose out of a coextensive implied contractual obligation.

la présente affaire, le juge Desjardins, de la Cour d'appel fédérale, a estimé que, suivant le droit de la responsabilité civile délictuelle, l'appelante avait envers l'intimée une obligation de diligence selon laquelle elle devait traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Elle a cependant expliqué qu'une telle obligation découlait d'une obligation contractuelle implicite concomitante.

84 Various appellate courts have found the need to imply a contractual term into Contract A to treat all bidders fairly and equally. *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293 (C.A.), is often referred to as one of the earlier cases suggesting such a duty. Also, in *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Municipal District)* (1989), 35 C.L.R. 241, the British Columbia Court of Appeal unanimously held at p. 248 that the party calling for tenders was under a duty to "treat all bidders fairly and not to give any of them an unfair advantage over the others". Legg J.A., speaking for the Court, concluded that the owner had breached this implied contractual obligation by adopting a policy of preferring local contractors whose bids were within 10 percent of the lowest bid in awarding the contract, when that preference was not revealed by, nor stated in, the tender documents. The tenderers were not notified of this policy to avoid alerting local contractors to the fact that they were afforded a preference. It was held that the privilege clause did not give the owner the right to attach an undisclosed condition to its offer.

Différentes cours d'appel ont conclu à la nécessité d'interpréter le contrat A comme comportant l'obligation implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. On cite souvent l'arrêt *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293 (C.A.), comme l'une des premières décisions rendues en ce sens. De même, dans *Chinook Aggregates Ltd. c. Abbotsford (Municipal District)* (1989), 35 C.L.R. 248, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué à l'unanimité à la p. 248 que l'auteur de l'appel d'offres avait l'obligation de [TRADUCTION] «traiter tous les soumissionnaires équitablement et de n'accorder aucun avantage injustifié à l'un d'eux». S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Legg a conclu que le propriétaire avait manqué à cette obligation contractuelle implicite en adoptant une politique conférant un avantage aux entrepreneurs de la région dont les soumissions étaient d'au plus 10 pour 100 supérieures à la soumission la plus basse aux fins de l'adjudication du contrat, alors que le dossier d'appel d'offres n'en faisait aucune mention. Les soumissionnaires n'étaient pas informés de cette politique afin que les entrepreneurs régionaux ne sachent pas qu'ils bénéficiaient d'un avantage. La Cour d'appel a conclu que la «clause de réserve» ne conférait pas au propriétaire le droit d'appliquer une condition non divulguée dans le dossier d'appel d'offres.

85 The implied contractual duty of fair and equal treatment was also discussed in *Martselos Services Ltd. v. Arctic College* (1994), 111 D.L.R. (4th) 65 (N.W.T.C.A.), leave to appeal refused, [1994] 3 S.C.R. viii. The majority held that in order to protect the integrity of the bidding system, there should be "a duty to treat all bidders equally but

L'obligation contractuelle implicite de traiter les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité fait également l'objet d'une analyse dans *Martselos Services Ltd. c. Arctic College* (1994), 111 D.L.R. (4th) 65 (C.A.T.N.-O.), autorisation de pourvoi refusée, [1994] 3 R.C.S. viii. La majorité a conclu que, pour protéger l'intégrité du mécanisme

still with due regard to the contractual terms incorporated into the tender call” (p. 71). See also: *Northeast Marine Services Ltd. v. Atlantic Pilotage Authority*, [1995] 2 F.C. 132 (C.A.); *Tarmac Canada Inc. v. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1999), 48 C.L.R. (2d) 236 (Ont. C.A.); *Vachon Construction Ltd. v. Cariboo (Regional District)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 307 (B.C.C.A.); *Health Care Developers Inc. v. Newfoundland* (1996), 136 D.L.R. (4th) 609 (Nfld. C.A.). Many other lower courts have also recognized an implied contractual duty to treat all bidders fairly and equally: *Murphy v. Alberton (Town)* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 34 (P.E.I.S.C.T.D.); *Kencor Holdings Ltd. v. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717 (Sask. Q.B.); *Colautti Brothers Marble Tile & Carpet (1985) Inc. v. Windsor (City)* (1996), 36 M.P.L.R. (2d) 258 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Yorkton Flying Services Ltd. v. Saskatchewan (Minister of Natural Resources)*, [1995] 9 W.W.R. 184 (Sask. Q.B.). It should be noted that to the extent that any of the foregoing cases may be interpreted as suggesting that the lowest bid must be accepted despite the presence of a privilege clause, or that the irrevocability of the tender must form part of Contract A, we reiterate that such approach has clearly been rejected by this Court: *M.J.B. Enterprises, supra*.

(ii) *Application of the Law of Tenders*

Pursuant to the foregoing, we are of the view that the parties in the case at bar intended to initiate contractual relations by the call for and submission of the tender. The Department offered to consider bids for the lease of the AECB space through a two-stage tender process. An expression of interest first appeared in the Ottawa Citizen newspaper on October 27, 1992. Then, on November 26, the Department couriered to four parties, including Martel, a formal invitation to submit a tender for

d’appel d’offres, il devait exister [TRADUCTION] «une obligation de traiter tous les soumissionnaires sur un pied d’égalité, mais en tenant dûment compte des stipulations contractuelles intégrées à l’appel d’offres» (p. 71). Voir également *Northeast Marine Services Ltd. c. Administration de pilotage de l’Atlantique*, [1995] 2 C.F. 132 (C.A.); *Tarmac Canada Inc. c. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1999), 48 C.L.R. (2d) 236 (C.A. Ont.); *Vachon Construction Ltd. c. Cariboo (Regional District)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 307 (C.A.C.-B.); et *Health Care Developers Inc. c. Newfoundland* (1996), 136 D.L.R. (4th) 609 (C.A.T.-N.). De nombreux autres tribunaux inférieurs ont également reconnu l’existence d’une obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d’égalité: *Murphy c. Alberton (Town)* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 34 (C.S.Î.-P.-É., 1^{re} inst.); *Kencor Holdings Ltd. c. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717 (B.R. Sask.); *Colautti Brothers Marble Tile & Carpet (1985) Inc. c. Windsor (City)* (1996), 36 M.P.L.R. (2d) 258 (C. Ont. (Div. gén.)); et *Yorkton Flying Services Ltd. c. Saskatchewan (Minister of Natural Resources)*, [1995] 9 W.W.R. 184 (B.R. Sask.). Rappelons que, même si on peut déduire de certaines de ces décisions que la soumission la plus basse doit être retenue malgré l’existence d’une clause de réserve ou que l’irrévocabilité de la soumission doit découler du contrat A, notre Cour a clairement rejeté ces hypothèses (voir *M.J.B. Enterprises*, précité).

(ii) *Application du droit régissant les appels d’offres*

Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d’avis que les parties au présent pourvoi ont voulu établir des rapports contractuels par le lancement de l’appel d’offres et par la présentation d’une soumission. Au moyen d’un appel d’offres comportant deux étapes, le ministère a offert de considérer des soumissions pour la location de locaux destinés à la CCÉA. Un premier appel sollicitant des manifestations d’intérêt a été publié dans le quotidien *Ottawa Citizen* le 27 octobre 1992. Le 26 novembre suivant, le ministère a transmis à quatre parties, dont Martel, une invitation officielle à présenter une offre de location de locaux destinés à la

the AECB space requirement, together with the Lease Tender Document package.

87

While the tender documents contained detailed terms and conditions pertaining to the ultimate leasing contract to be entered into, they also included terms and conditions governing the relations of the parties under Contract A (see especially the Instructions to Offerors, the Statement of Requirements, and the Offer Form). The bidders were required to comply with the provisions, requirements and standards of the Lease Tender Document, as established by the Department (see clause 3.2 of the Instructions to Offerors). Tenderers were also instructed to include a security deposit with their sealed tender. In submitting a tender in response to the formal invitation, Martel accepted the Department's offer and agreed to comply with its requirements (see clauses 2.1 and 2.2.1 of the Offer Form). Following the analysis in *Ron Engineering* and *M.J.B. Enterprises*, Contract A clearly came into being in the circumstances of this case. Significantly, counsel do not dispute the emergence of Contract A.

88

In the circumstances of this case, we believe that implying a term to be fair and consistent in the assessment of the tender bids is justified based on the presumed intentions of the parties. Such implication is necessary to give business efficacy to the tendering process. As discussed above, this Court agreed to imply a term in *M.J.B. Enterprises* that only compliant bids would be accepted since it believed that it would make little sense to expose oneself to the risks associated with the tendering process if the tender calling authority was "allowed, in effect, to circumscribe this process and accept a non-compliant bid" (para. 41). Similarly, in light of the costs and effort associated with preparing and submitting a bid, we find it difficult to believe that the respondent in this case, or any of the other three tenderers, would have submitted a bid unless it was understood by those involved that all bidders would be treated fairly and equally. This implication has a certain degree of obviousness to it to the extent that the parties, if questioned, would clearly agree that this obligation had been assumed. Implying an obligation to treat all

CCÉA, de pair avec le document d'offre de location.

Le dossier d'appel d'offres renfermait des stipulations détaillées concernant le bail éventuel, mais il énonçait également les stipulations régissant les rapports entre les parties suivant le contrat A (voir en particulier les Instructions aux proposant, l'Énoncé des besoins et la formule de soumission). Les soumissionnaires étaient tenus de se conformer aux dispositions, aux exigences et aux normes du document d'offre de location établies par le ministère (se reporter à la clause 3.2 des Instructions aux proposant). La soumission cachetée devait également renfermer un dépôt de garantie. En présentant une soumission en réponse à l'invitation formelle, Martel a accepté l'offre du ministère et s'est engagée à respecter ses exigences (voir les clauses 2.1 et 2.2.1 de la formule de soumission). Suivant l'analyse à laquelle s'est livrée notre Cour dans les affaires *Ron Engineering* et *M.J.B. Enterprises*, le contrat A a clairement vu le jour dans les circonstances de l'espèce. D'ailleurs, les avocats ne contestent pas l'existence de ce contrat.

Vu les faits de la présente affaire, nous croyons qu'il est justifié de conclure, à partir de l'intention présumée des parties, qu'il existait une obligation implicite d'évaluer les soumissions de façon équitable et uniforme. Une telle condition implicite s'impose aux fins de l'efficacité commerciale de la procédure d'appel d'offres. Comme nous l'avons mentionné précédemment, notre Cour a accepté, dans l'affaire *M.J.B. Enterprises*, de présumer l'existence d'une condition selon laquelle seules les soumissions conformes seraient acceptées, car elle croyait qu'aucun soumissionnaire raisonnable ne s'exposerait aux risques inhérents à l'appel d'offres si l'administration adjudicative «peut, dans les faits, contourner ce processus et accepter une soumission non conforme» (par. 41). De même, compte tenu des sommes et des efforts exigés par l'établissement et la présentation d'une offre, il nous est difficile de croire que l'intimée, ou l'un ou l'autre des trois autres soumissionnaires, auraient présenté une offre s'ils n'avaient pas cru que tous les soumissionnaires seraient traités équitablement et sur un pied d'égalité. Le

bidders fairly and equally is consistent with the goal of protecting and promoting the integrity of the bidding process, and benefits all participants involved. Without this implied term, tenderers, whose fate could be predetermined by some undisclosed standards, would either incur significant expenses in preparing futile bids or ultimately avoid participating in the tender process.

A privilege clause reserving the right not to accept the lowest or any bids does not exclude the obligation to treat all bidders fairly. Nevertheless, the tender documents must be examined closely to determine the full extent of the obligation of fair and equal treatment. In order to respect the parties' intentions and reasonable expectations, such a duty must be defined with due consideration to the express contractual terms of the tender. A tendering authority has "the right to include stipulations and restrictions and to reserve privileges to itself in the tender documents" (*Colautti Brothers, supra*, at para. 6).

For ease of reference, we reproduce below the relevant clauses of the tender documents.

Instructions to Offerors

. . . .

3. EVALUATION PROCESS

3.1 The evaluation of Offers received is an on-going process and the Lessee reserves the right to terminate any further consideration of any Offer at any time during the Acceptance Period.

. . . .

3.4 In undertaking the financial analysis, the Lessee will discount all cash flows, including front-end costs, and incentives, as they happen over the origi-

bien-fondé de cette déduction est assez manifeste, car si on les avait interrogées, les parties auraient clairement convenu qu'elles supposaient l'existence d'une telle obligation. 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 et bénéficie à tous les participants en cause. Sans cette condition implicite, les soumissionnaires, dont le sort pourrait être réglé à l'avance par des normes inconnues d'eux, soit engageraient des frais considérables pour l'établissement de soumissions inutiles, soit éviteraient de prendre part à l'exercice.

Une clause de réserve selon laquelle ni la soumission la plus basse ni aucune soumission ne sera nécessairement retenue n'exclut pas l'obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement. Il faut néanmoins soumettre le dossier d'appel d'offres à un examen attentif pour déterminer toute la portée de cette obligation. Afin de respecter l'intention des parties et leurs attentes raisonnables, il faut circonscrire cette obligation en tenant dûment compte des conditions contractuelles expresses de l'appel d'offres. L'administration adjudicative a [TRADUCTION] «le droit, en établissant le dossier d'appel d'offres, de stipuler des conditions et des restrictions et de s'accorder des privilèges» (*Colautti Brothers, précité*, au par. 6).

Voici les extraits pertinents du dossier d'appel d'offres.

Instructions aux proposant

. . . .

3. MÉTHODE D'ÉVALUATION

3.1 L'évaluation des offres est un processus continu et le Locataire se réserve le droit de mettre fin à l'évaluation de n'importe quelle offre n'importe quand au cours de la période d'acceptation.

. . . .

3.4 Lorsqu'il entreprendra l'analyse financière, le Locataire actualisera tous les flux de liquidité comme ils se produiront tout au cours du terme initial du bail

nal term of the Lease, (extensions are excluded). All cash flows are then depicted as a net present value cost to the Crown fixed as of the commencement date of the Lease.

- (a) In completing the financial analysis, the Lessee will make certain estimates for this project, including, but not limited to, the following:

.1 fit-up costs (including but not limited to, all or part of the Unit Costs supplied for estimated quantities deemed necessary in the Lessee's opinion to fulfil the fit-up requirements);

.2 moving costs;

.3 signage;

.4 screens; and,

.5 consultants.

- (b) In addition to the above, in cases where the premises offered are currently under lease by the Lessee and it is estimated by the Lessee, in its sole opinion, that a temporary relocation of the occupants and/or furniture could become necessary to allow for the completion of all or any portion of the improvements to be made to the premises (this includes the improvements to be completed by both the Offeror and the Lessee), the Lessee may also make certain estimates of the additional costs expected to be incurred by the Lessee including, but not limited to, the following:

(aa) moving of furniture and equipment;

(bb) fit-up costs of temporary accommodation;

(cc) all rental costs of suitable temporary accommodation; and,

(dd) installation of telecommunications equipment.

- (c) For the purpose of the financial analysis, the following provisions will apply:

(i) all costs estimated by the Lessee shall be final;

(ii) the measurements quoted in the Offer will be utilized;

(iii) with respect to any allowance which is unclear, the Lessee's decision on how to apply the allowance in the analysis shall be final.

- 3.5 Notwithstanding 3.3 above, the Lessee reserves the unqualified right to do a comparative evaluation of all Offers received and evaluate them based on con-

(les prolongations seront exclues), y compris les coûts initiaux et les allocations. Tous les flux de liquidité seront alors représentés en coûts actualisés nets à la Couronne à la date du début du bail.

- a) Le Locataire fera certaines estimations pour ce projet, incluant, mais ne se limitant pas aux suivantes:

.1 frais d'aménagement (incluant, en entier ou en partie, mais ne se limitant pas à ceux-ci, les coûts unitaires fournis pour les estimations de quantités que le Locataire jugera nécessaires, à sa seule discrétion, pour rencontrer (sic) les besoins de l'aménagement;

.2 frais de déménagement;

.3 signalisation;

.4 cloisons; et

.5 experts-conseils.

- b) Dans les cas où les locaux offerts sont déjà pris à bail par le Locataire et qu'il estime, à sa seule discrétion, qu'un déménagement temporaire des occupants ou du mobilier pourrait s'avérer nécessaire pour permettre l'achèvement d'une partie ou de toutes les améliorations à être apportées aux locaux, (ce qui comprend les améliorations apportées par le Proposant et le Locataire), le Locataire pourra également faire certaines estimations des frais additionnels qu'il pourrait engager, incluant, mais ne se limitant pas aux suivantes:

i) déménagement du mobilier et du matériel;

ii) frais d'aménagement pour les locaux temporaires;

iii) tous les frais de location pour des locaux temporaires acceptables; et

iv) installation d'équipement de télécommunication.

- c) Aux fins de l'analyse financière, les dispositions suivantes s'appliqueront:

i) toutes les estimations de coût faites par le Locataire seront finales;

ii) les superficies cotées dans l'Offre seront utilisées;

iii) lorsqu'il existera des doutes à l'égard du traitement des allocations, la décision faite (sic) par le Locataire lors de l'analyse sera finale.

- 3.5 Malgré ce qui précède à la clause 3.3, le Locataire se réserve le droit absolu de comparer les offres reçues et de les évaluer en fonction du meilleur rap-

siderations which in the sole opinion of the Lessee would yield to the Lessee the best value. This evaluation may be on such matters as, but not limited to, quality of space offered, the efficiency of the space offered, building design and access, and the level at which all requirements are met or achieved in comparison to the rental rate being requested.

4. ACCEPTANCE

- 4.1. The Lessee may accept any Offer whether it is the lowest or not or may reject any or all Offers. [Emphasis added.]

Moreover, the document referred to as “Statement of Requirements” outlined the type of space required:

5. SPACE

5.1 Category and amount of space required:

- (a) Basic office space: approximately but not less than 7,420 contiguous square metres. [Emphasis added.]

The express terms of the tender call clearly conferred upon the Department significant latitude in evaluating the tenders. Not only did the Lease Tender Document include the standard privilege clause, but it also outlined factors which could be considered by the Department in evaluating the tenders. Notably, the provisions of the Lease Tender Document explicitly left it up to the lessee to determine which fit-up costs were necessary (see clause 3.4(a).1), and indicated that the Department’s cost estimates would be final (see clause 3.4(c)(i)). The breadth of the Department’s discretion in analysing the bids is further highlighted by clause 3.5 of the Instructions to Offerors. This language is clear and unequivocal, and was included in the specifications which were sent to Martel.

While the Lease Tender Document affords the Department wide discretion, this discretion must nevertheless be qualified to the extent that all bidders must be treated equally and fairly. Neither the privilege clause nor the other terms of Contract A nullify this duty. As explained above, such an

port qualité-prix tel que déterminé par le Locataire, à sa seule discrétion. Cette évaluation peut porter [sur] des aspects tels que, mais ne se limitant pas à ceux-ci, la qualité et la fonctionnalité des locaux offerts, la conception de l’édifice et son accessibilité, ainsi que le niveau auquel l’édifice satisfait à toutes les exigences par rapport au total des coûts actualisés nets à la Couronne.

4. ACCEPTATION

- 4.1. Le Locataire peut accepter quelque offre que ce soit, qu’elle soit de moindre coût ou non, ou peut rejeter l’une quelconque des offres ou toutes les offres. [Nous soulignons.]

Par ailleurs, le document intitulé «Énoncé des besoins» précisait le type de locaux recherché:

5. DESCRIPTION DES LOCAUX

5.1 Catégorie et superficie exigées:

- a) locaux de base à usage de bureaux: environ mais pas moins de [7 420] mètres carrés [adjacents]; [Nous soulignons.]

Le libellé exprès de l’appel d’offres confère clairement au ministère une grande latitude dans l’évaluation des soumissions. Non seulement le document d’offre de location renferme la «clause de réserve» habituelle, mais il énonce les facteurs dont le ministère pourra tenir compte pour évaluer les soumissions. Plus particulièrement, les dispositions de ce document laissent explicitement au locataire le soin de déterminer le montant des frais d’aménagement qui devront être engagés (clause 3.4a).1) et indiquent que les estimations de coût faites par le ministère seront finales (clause 3.4c)i)). L’étendue du pouvoir discrétionnaire du ministère aux fins de l’évaluation des soumissions ressort en outre de la clause 3.5 des Instructions aux proposants. Ce libellé clair et sans équivoque faisait partie du devis descriptif transmis à Martel.

Bien que le document d’offre de location investisse le ministère d’un large pouvoir discrétionnaire, celui-ci est limité du fait que tous les soumissionnaires doivent néanmoins être traités sur un pied d’égalité et de manière équitable. Ni la clause de réserve ni les autres conditions du contrat A

implied contractual duty is necessary to promote and protect the integrity of the tender system.

93 In assessing the competing bids, the Department engaged in a financial analysis. In the courts below, questions were raised with respect to the costs added to the respondent's bid relating to fit-ups, the contiguous space requirement, and a secured card access system.

94 Admittedly, \$812,736 was added to the Martel bid for fit-up costs. However, as the Department pointed out, the Court of Appeal appears to have ignored that fit-up costs were also added to the other three bidders. In fact, \$2,362,231.20 was added to the Commonwealth Building bid, \$2,951,750.20 to the Constitution Square Tower II bid, and \$1,808,179.80 to the Standard Life bid. These figures were derived from the Unit Price Tables submitted by each tenderer as part of their bid, using a general scenario to fit-up a 900 square metre area. This resulted in an average cost per square metre of fitted-up space. A certain percentage was then added uniformly to the four rates to account for increased costs that the Department had experienced in the past when using this computation.

95 We cannot find any breach of Contract A related to the addition of fit-up costs. The Department was expressly entitled to add fit-up costs which it deemed necessary. Furthermore, fit-up costs were added to all bids, using the same standard or method of calculation. In this regard, the Department complied with its implied contractual obligation to treat all bidders fairly and equally. A duty to treat all bidders fairly in this context means treating all bids consistently, applying assumptions evenly. There is no evidence of any colourable attempt to use fit-ups to achieve a desired result. In light of the trial judge's finding that "it was fit-up

n'ont pour effet de soustraire le ministère à cette obligation. Comme nous l'expliquons précédemment, l'existence d'une telle obligation contractuelle implicite est nécessaire pour promouvoir et protéger l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres.

Pour évaluer les soumissions concurrentes, le ministère a eu recours à une analyse financière. Devant les tribunaux inférieurs, des questions ont été soulevées relativement aux coûts ajoutés à la soumission de l'intimée pour l'exécution de travaux d'aménagement, le respect de l'exigence de contiguïté des locaux et l'installation d'un système de cartes d'accès sécuritaire.

Il est établi que la somme de 812 736 \$ a été ajoutée à la soumission de Martel au titre des frais d'aménagement. Cependant, comme le signale le ministère, la Cour d'appel fédérale paraît avoir fait fi de l'ajout de tels frais aux trois autres soumissions. De fait, la somme de 2 362 231,20 \$ a été ajoutée à la soumission de Commonwealth Building, la somme de 2 951 750,20 \$ à la soumission de Constitution Square Tower II et la somme de 1 808 179,80 \$ à la soumission de la Standard Life. Ces montants ont été établis à partir du tableau du prix unitaire joint à chacune des soumissions, en fonction de l'aménagement hypothétique de locaux ayant une superficie de 900 mètres carrés. L'exercice a permis d'établir le coût moyen d'un mètre carré aménagé. Un certain pourcentage a ensuite été ajouté uniformément aux quatre tarifs de location pour tenir compte des dépassements de coûts que le ministère avait connus dans le passé après s'être fié à de tels calculs.

Nous sommes d'avis que l'ajout des frais d'aménagement n'emporte pas l'inexécution du contrat A. Le ministère était expressément habilité à ajouter les frais d'aménagement jugés nécessaires. En outre, ces frais ont été ajoutés à toutes les soumissions suivant la même norme ou méthode de calcul. À cet égard, le ministère s'est conformé à son obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Dans ce contexte, l'obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement consiste à évaluer les soumissions uniformément en se fondant sur les mêmes hypothèses.

costs . . . that made the plaintiff's bid the second lowest rather than the lowest bid" (para. 57), the respondent's claim is considerably weakened.

Martel also argued that, in evaluating its bid, the Department should have taken into account its recent expenditure of \$1.4 million to improve the AECB's premises in the Martel Building. With respect, we disagree. Martel is essentially asking to be given special treatment based on its previous relationship with the Department. However, this would clearly give Martel an unfair advantage over the other bidders. It must be remembered that upon submitting a tender in response to the invitation to tender, the other three bidders also entered into Contracts A with the Department. Therefore, pursuant to the implied obligation of fair and equal treatment, the Department acted properly in disregarding any past or planned improvements of the Martel Building by not accounting for them in Martel's bid.

With respect to the costs related to the contiguous space specification, it cannot be maintained that these costs should not have been added to Martel's bid where such requirement was an express term of Contract A: Statement of Requirements, clause 5.1(a). In assessing Martel's bid, the Department prepared two "scenarios" which illustrated the costs involved should the AECB remain in the Martel Building. The first scenario detailed the costs to be incurred should AECB be reorganized onto contiguous floors (Scenario A), while the second provided the figures to be added for non-contiguous space should the tenant remain *in situ* (Scenario B). At trial, when asked why Scenario A was ultimately chosen for the purpose of the

Rien ne permet de conclure que le ministère s'est servi des frais aménagement comme prétexte pour obtenir le résultat souhaité. Vu la conclusion du juge de première instance selon laquelle «ce sont les coûts d'aménagement [...] qui faisaient en sorte que la demanderesse était le second soumissionnaire le plus bas plutôt que le soumissionnaire dont la soumission était la plus basse» (par. 57), la position défendue par l'intimée est considérablement affaiblie.

Martel a par ailleurs fait valoir que, pour évaluer sa soumission, le ministère aurait dû tenir compte de la somme de 1 400 000 \$ qu'elle avait récemment engagée pour apporter des améliorations aux locaux de l'immeuble Martel occupés par la CCÉA. Avec égards, nous ne sommes pas d'accord. Martel souhaite essentiellement bénéficier d'un traitement de faveur en raison de ses rapports antérieurs avec le ministère. Or, accéder à sa demande lui conférerait manifestement un avantage injuste par rapport aux autres soumissionnaires. Il faut se rappeler que les trois autres soumissionnaires ont également conclu des contrats A avec le ministère en présentant une soumission en réponse à l'appel d'offres. Par conséquent, conformément à l'obligation implicite du ministère de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité, c'est à bon droit qu'il a fait fi des améliorations passées ou prévues à l'immeuble Martel en omettant d'en tenir compte dans l'évaluation de la soumission de Martel.

En ce qui concerne les coûts liés à l'exigence de contiguïté des locaux, on ne peut soutenir que ces coûts n'auraient pas dû être ajoutés à la soumission de Martel puisque cette exigence correspondait à une condition expresse du contrat A (Énoncé des besoins, clause 5.1a). Pour évaluer la soumission de Martel, le ministère a établi deux «scénarios» illustrant les coûts qu'occasionnerait le maintien de la CCÉA dans l'immeuble Martel. Le premier scénario donnait le détail des coûts qui seraient engagés si la CCÉA emménageait à des étages adjacents (scénario A), tandis que le second indiquait les sommes devant être ajoutées à la soumission en raison de la non-contiguïté des étages si la locataire conservait les mêmes locaux (scénario

96

97

calculation, Mr. Mahar explained that “Scenario A is what was required in the tender”. Mr. Mahar also testified that “Scenario A follows the letter of the tender document. We had asked for 7,420 usable square metres of contiguous space”.

98 Consistent with the principles canvassed above, we find that not only was the Department entitled to apply the contiguous space requirement to Martel’s bid, but the Department was also in fact required to adopt that scenario consistent with the Lease Tender Document. The contiguous space requirement was an express term of Contract A. To ignore that requirement would have resulted in a violation of that provision. Moreover, as all other bidders were expected to take into account and to comply with the contiguous space requirement in responding to the tender, the Department was bound, under its implied contractual duty to treat all bidders fairly and equally, to apply this specification to Martel. Martel could not be given any unfair advantage based on its previous relationship with the Department. Thus, in subjecting Martel to the explicit words of the tender document, the Department fulfilled its obligation to all parties.

99 As discussed above, we believe that in conducting its financial analysis, the Department did not breach any duty by adding costs for fit-ups and contiguous space to Martel’s bid. However, the addition of \$60,000 solely to Martel’s bid to account for a secured card system is problematic. At trial, Mr. Mahar explained that the costs for this option had been added to Martel’s figures because the “other three buildings that [they] were looking at had that capability”. However, the trial judge noted that “[t]his was not entirely true” since the Department “subsequently had to install systems in

B). En première instance, lorsqu’on lui a demandé pourquoi le scénario A avait finalement été retenu aux fins de l’estimation, M. Mahar a expliqué que [TRADUCTION] «[l]e scénario A correspondait à ce qui était exigé dans l’appel d’offres». M. Mahar a ajouté que [TRADUCTION] «[l]e scénario A se conformait à la lettre au dossier d’appel d’offres. Nous avions demandé des locaux adjacents d’une superficie utilisable de 7 420 mètres carrés».

Conformément aux principes énoncés précédemment, nous arrivons à la conclusion que non seulement le ministère pouvait appliquer la condition de la contiguïté des locaux en évaluant la soumission de Martel, mais également que le ministère était en fait tenu de retenir le scénario compatible avec le document d’offre de location. La contiguïté des locaux était une condition expresse du contrat A et en faire fi aurait constitué une inexécution contractuelle. De plus, comme on s’attendait à ce que tous les autres soumissionnaires tiennent compte de cette exigence et s’y conforment en donnant suite à l’appel d’offres, le ministère devait, en raison de son obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d’égalité, évaluer la soumission de Martel en fonction de cette exigence. Aucun avantage injuste ne pouvait être accordé à cette dernière en raison de ses rapports antérieurs avec le ministère. Partant, en assujettissant Martel au libellé explicite du dossier d’appel d’offres, le ministère s’est acquitté de son obligation envers toutes les parties.

Comme nous l’avons indiqué précédemment, nous croyons que le ministère, en procédant à l’analyse financière de la soumission de Martel, n’a pas manqué à ses obligations en ajoutant à celle-ci les coûts afférents à l’aménagement et à la contiguïté des locaux. Cependant, la majoration de 60 000 \$ de la seule soumission de Martel pour l’installation d’un système de cartes d’accès sécuritaire suscite des interrogations. Au procès, M. Mahar a expliqué que cette somme avait été imputée à la soumission de Martel parce que les [TRADUCTION] «trois autres immeubles en cause étaient dotés d’un tel système». Or, le juge de première instance a fait remarquer que «[c]ela n’était

two of the Standard Life building elevators” (para. 60).

Given the clear provision included in the tender document which specified that the Department reserved to itself broad rights in evaluating the bids based on its own considerations, we do not find that the addition of such costs was problematic *per se*. However, the Department failed to add the secured card costs consistently to all bids. Consequently, the appellant breached its implied contractual duty to treat all bidders fairly and equally in this respect only.

However, counsel for the Department argued before our Court that the addition of the secured card system of \$60,000 is a non-issue since the difference between the successful bid and Martel’s bid was over \$500,000. This leads us to the question of causation.

To be recoverable, a loss must be caused by the contractual breach in question. As noted above, the only breach of Contract A is limited to the addition of the security system costs to Martel’s bid. However, we conclude that damages for this breach of Contract A are precluded for want of causation. We also find that the Department’s breach did not cause Martel to lose a reasonable expectation of receiving Contract B. Even if the costs for a security system were deducted from Martel’s bid (or also added to the Standard Life bid), the difference between the two bids would remain significant. While the trial judge noted that “it was fit-up costs . . . that made the plaintiff’s bid the second lowest rather than the lowest” (para. 57 (emphasis added)), the fit-up costs, as explained above, were added fairly and consistently to all bidders. At the end of the day, we also believe that Martel lost Contract B because Standard Life made a better offer. In this respect, we note that Standard Life included compelling inducements in its bid which the Department discounted in evaluating that bid, as clause 3.4 of the Instructions to Offerors en-

pas entièrement exact», étant donné que le ministère «a dû, plus tard, installer de tels systèmes dans deux des ascenseurs de l’immeuble de la Standard Life» (par. 60).

Comme le dossier d’appel d’offres renfermait une disposition claire selon laquelle le ministère se réservait des droits étendus pour évaluer les soumissions en fonction de ses propres critères, nous ne croyons pas que l’ajout des coûts en question posait un problème en soi. Toutefois, le ministère n’a pas ajouté uniformément à toutes les soumissions les frais d’installation d’un système de cartes d’accès sécuritaire. Par conséquent, il a manqué, à cet égard seulement, à son obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d’égalité.

L’avocat du ministère a cependant soutenu devant notre Cour que la majoration de 60 000 \$ au titre de l’installation d’un système de sécurité est sans conséquence, puisque l’écart entre la soumission retenue et celle de Martel se chiffrait à plus de 500 000 \$. Ce qui nous amène à la question du lien de causalité.

Pour être susceptible d’indemnisation, la perte doit avoir été causée par le manquement à l’obligation contractuelle en cause. Comme nous l’avons mentionné précédemment, la seule inexécution du contrat A consiste dans l’ajout à la soumission de Martel des coûts d’installation du système de sécurité. Toutefois, nous arrivons à la conclusion que l’absence d’un lien de causalité exclut l’adjudication de dommages-intérêts relativement à cette inexécution du contrat A. Nous concluons également que le manquement du ministère n’est pas la cause de la perte, par Martel, de son attente raisonnable de se voir adjuger le contrat B. Même si les coûts afférents au système de sécurité étaient soustraits du montant de la soumission de Martel (ou également ajoutés à celui de la soumission de la Standard Life), l’écart entre les deux soumissions demeurerait important. Le juge de première instance a indiqué que «ce sont les coûts d’aménagement [. . .] qui faisaient en sorte que la demande-resse était le second soumissionnaire le plus bas plutôt que le soumissionnaire dont la soumission était la plus basse» (par. 57 (nous soulignons)). Or,

100

101

102

bled the Department to do. In effect, Standard Life submitted a significant leasehold improvement allowance plus 18 months of free rent which considerably lowered its bid. While the tender document included a clause that the lowest or any bid would not necessarily be accepted, the Department properly exercised its discretion in awarding Contract B to Standard Life, whose bid in its opinion yielded the best value.

les frais d'aménagement, comme nous l'expliquons précédemment, ont été ajoutés équitablement et uniformément à toutes les soumissions. Enfin, nous croyons par ailleurs que Martel n'a pas obtenu le contrat B parce que la Standard Life a présenté une meilleure offre. À cet égard, précisons que la Standard Life offrait des avantages intéressants que le ministère a actualisés comme le lui permettait la clause 3.4 des Instructions aux proposants. En effet, la Standard Life offrait une allocation importante au titre des améliorations locatives ainsi que 18 mois d'occupation gratuite, ce qui abaissait considérablement le montant de sa soumission. Même si le dossier d'appel d'offres précisait que ni la soumission la plus basse ni aucune autre soumission ne serait nécessairement acceptée, le ministère a convenablement exercé son pouvoir discrétionnaire en accordant le contrat B à la Standard Life, dont la soumission, à son avis, offrait le meilleur rapport qualité-prix.

103 We conclude that Martel did not suffer any loss as a result of the conduct of the Department in the evaluation of the bids. The addition of the secured card access system costs by the Department to Martel's bid did not deprive Martel of an opportunity of being selected as the successful bidder.

Nous concluons que Martel n'a subi aucun préjudice imputable au comportement du ministère dans l'évaluation des soumissions. L'ajout à sa soumission du coût d'installation d'un système de cartes d'accès sécuritaire n'a pas privé Martel de la possibilité de se voir adjuger le marché.

104 In passing, we note that Desjardins J.A. also framed the loss in question as "the loss of opportunity to fairly participate in the tender" (para. 40). Assuming without deciding that the loss of opportunity to participate fairly is analytically different from, and independent of, the loss of a reasonable expectation of receiving the contract, it is arguable that the addition of the costs for the secured card system caused Martel to lose the opportunity to participate fairly (i.e., subject to equal treatment) in the tender. However, in the circumstances of this case, the addition of \$60,000 to Martel's bid is of such negligible significance that damages would be nominal and judgement on this limited item is

Nous signalons au passage que le juge Desjardins, de la Cour d'appel fédérale, a également estimé que «le préjudice qu'a subi [Martel] consiste à avoir été privée de la possibilité de participer à l'appel d'offres de façon équitable» (par. 40). En supposant que, d'un point de vue analytique, la privation de la possibilité de participer à l'appel d'offres de façon équitable diffère et est indépendante de la privation d'une attente raisonnable d'obtenir le marché, on peut soutenir que l'ajout des coûts afférents au système de cartes d'accès sécuritaire a privé Martel de la possibilité de participer à l'appel d'offres de façon équitable (c.-à-d. d'être traitée sur un pied d'égalité). Or, vu les circonstances de l'espèce, la majoration de la soumission de Martel à raison de 60 000 \$ revêt si peu d'importance que les dommages-intérêts éventuels seraient symboliques et un jugement fondé

not warranted. Accordingly, we would not make any finding of recovery on this point.

(c) General Negligence Claims

(i) *Evaluation of Tenders*

While the tendering relationship is one which is defined by contract, Martel bases its cause of action on tort law. As discussed above with respect to negotiations, recognizing a duty of care in the tendering process would represent an extension of the categories under which recovery for pure economic loss has been granted. As noted above, the Federal Court of Appeal acceded to Martel's tort claim and accepted that the Department owed Martel a tortious duty of care arising out of the implied contractual obligation to treat all bidders fairly. In relation to the evaluation of the tenders, Desjardins J.A. held at para. 37 that the Department had breached its duty of care in tort to act fairly toward Martel based on the trial judge's findings of fact that "a somewhat arbitrary assessment of fit-up costs appear[ed] to have been added to the financial analysis of the plaintiff's bid"; that some of the costs arbitrarily assessed to Martel's tender were attributable to the contiguous space requirements; and that the cost of a secured card access system had been added to the Martel bid, and not to the Standard Life bid.

In our view, the enumeration of the alleged foregoing breaches clearly reveals that the contract analysis, as canvassed above, subsumes any duty of care that Martel seeks to have recognized under tort. In this connection, we acknowledge that it is well established that an action in tort may lie notwithstanding the existence of a contract. However, it is equally clear that in assessing whether a tortious duty should be recognized where a contract already defines the rights and obligations of the

sur cet élément de portée limitée n'est pas justifié. En conséquence, nous ne reconnaissons aucun droit à l'indemnisation pour ce préjudice.

c) Allégations de négligence générale

(i) *Évaluation des soumissions*

Bien que les rapports entre les parties à l'appel d'offres soient régis par contrat, Martel fonde son droit d'action sur la responsabilité civile délictuelle. Imposer une obligation de diligence aux parties à un appel d'offres, tout comme aux parties à une négociation, élargirait les catégories de pertes purement économiques susceptibles d'indemnisation. Comme nous l'avons signalé précédemment, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'action de Martel fondée sur la responsabilité civile délictuelle et a statué que le ministère avait une obligation de diligence envers Martel en raison de son obligation contractuelle implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement. En ce qui concerne l'évaluation des soumissions, le juge Desjardins a conclu au par. 37 que le ministère avait manqué à son obligation de diligence, suivant le droit de la responsabilité civile délictuelle, savoir à l'obligation de traiter Martel équitablement. Elle s'est fondée sur les conclusions de fait du juge de première instance selon lesquelles «une évaluation quelque peu arbitraire des coûts d'aménagement sembl[ait] avoir été ajoutée à l'analyse financière de la soumission de la demanderesse», une partie des coûts arbitrairement ajoutés à la soumission de Martel était imputable à l'exigence de contiguïté des locaux prévue dans l'appel d'offres et le coût d'installation d'un système de cartes d'accès sécuritaire avait été ajouté à la soumission de Martel, et non à celle de la Standard Life.

À notre avis, il ressort de l'énumération des manquements allégués que l'analyse précédente faite sous l'angle contractuel couvre toute obligation de diligence que Martel souhaite voir reconnue en droit de la responsabilité civile délictuelle. À cet égard, nous reconnaissons qu'il est bien établi qu'une action peut être intentée sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle malgré l'existence d'un contrat. Cependant, il est également clair que le tribunal appelé à déterminer si

105

106

parties in a chosen relationship, courts will look to the contract as informing that duty. Nothing prevents reliance on a concurrent or alternative liability in tort if the contract does not limit or negative the right to sue in tort. Where concurrent liability in tort and contract exists a party may elect to bring an action in tort in place of an action for breach of contract: see *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12.

l'existence d'une obligation de diligence devrait être reconnue lorsqu'un contrat définit déjà les droits et les obligations des parties dans le contexte de liens librement établis tient compte du contrat pour définir cette obligation éventuelle. Rien n'empêche le tribunal de prendre en considération une obligation concurrente ou subsidiaire en droit de la responsabilité civile délictuelle lorsque le contrat ne restreint pas ou n'exclut pas le droit d'exercer un recours sous ce régime. Lorsqu'il existe des obligations concurrentes en droit de la responsabilité civile délictuelle et en droit de la responsabilité contractuelle, une partie peut opter pour une action délictuelle plutôt que contractuelle: voir *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87, et *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12.

107 However, in the circumstances of this case, regardless of whether there exists a coextensive duty in tort to treat tenderers fairly and equally in evaluating the bids, Martel's tort claim cannot succeed for the same reasons that a contractual claim would fail. The duty of care alleged in tort in the case at bar is the same as the duty which is implied as a term of Contract A; this is not a case where Martel is suing in tort to avail itself of a more generous limitation period, or some other advantage offered only by tort law.

Or, dans les circonstances de l'espèce, qu'il existe ou non, en droit de la responsabilité civile délictuelle, une obligation concomitante de traiter les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité lors de l'évaluation des soumissions, l'action intentée par Martel sous ce régime ne pourrait pas davantage être accueillie qu'une action en responsabilité contractuelle et ce, pour les mêmes motifs. L'obligation de diligence d'origine délictuelle alléguée est identique à l'obligation implicite découlant du contrat A; il ne s'agit pas d'un cas où Martel, en exerçant un recours fondé sur la responsabilité civile délictuelle, cherche à bénéficier d'un délai de prescription plus long ou d'un autre avantage qu'offre ce régime.

108 Finally, we note that Desjardins J.A. relied on two cases to support the view that a duty to treat all bidders fairly and equally has been recognized in the context of tort claims. However, we note that both cases have subsequently been reversed by appellate courts: *Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), rev'd (1999), 43 C.L.R. (2d) 275 (Ont. C.A.); *Ken Toby Ltd. v. British Columbia Buildings Corp.* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 263 (S.C.), rev'd (1999), 62 B.C.L.R. (3d) 308 (C.A.). In addition, reliance in tort was necessary because

Enfin, le juge Desjardins invoque deux décisions à l'appui de sa conclusion selon laquelle l'existence d'une obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité a été reconnue dans le contexte de recours fondés sur la responsabilité civile délictuelle. Or, ces deux décisions ont été infirmées en appel: *Twin City Mechanical c. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (C. Ont. (Div. gén.)), inf. par (1999), 43 C.L.R. (2d) 275 (C.A. Ont.); *Ken Toby Ltd. c. British Columbia Buildings Corp.* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 263 (C.S.), inf. par (1999), 62

both cases involved situations where a subcontractor sought redress against the tender calling authority who had received bids from the general contractor. Since there was no privity of contract between the subcontractor and the owner, liability could only be founded in tort. In both cases, the appellate courts refrained from deciding whether or not a duty of care was owed in such situations, and preferred to limit their decisions to the fact that a breach could not be established. We believe that the issue of whether a duty of care can arise between a subcontractor and an owner must be left to a case in which it arises.

(ii) *Drafting of Tender Documents*

We now turn to the Department's alleged negligence in drafting the tender documents. Counsel for Martel focussed on this issue and argued that the requirement for contiguous space had been carelessly inserted into the tender specifications. Martel submitted that without this carelessly added term, no further fit-up assessment would have been necessary.

In the Court of Appeal, Desjardins J.A. found that the Department had been negligent in failing to exercise due care in preparing the tender documents. She stated, at para. 37, that:

[The trial judge] also found that some of the costs arbitrarily assessed to the [respondent]'s bid were attributable to the tender's contiguous space requirements, which had not been required initially by AECB and which, obviously, had been negligently added to the tender specifications by Mr. Mahar, resulting in a higher bid for the [respondent]. [Emphasis added.]

In Desjardins J.A.'s view, this further supported the conclusion that the Department had breached its duty to act fairly towards Martel. Our response is two-fold.

B.C.L.R. 308 (C.A.). De plus, l'application du droit de la responsabilité civile délictuelle s'imposait, car dans les deux cas, un sous-traitant demandait un redressement contre l'administration adjudicative qui avait reçu des soumissions de l'entrepreneur général. Comme il n'y avait pas de lien contractuel entre le sous-traitant et le propriétaire, la responsabilité ne pouvait être que délictuelle. Dans les deux affaires, la cour d'appel s'est abstenue de trancher la question de savoir s'il existait ou non une obligation de diligence en pareils cas et elle s'est contentée de statuer qu'aucun manquement ne pouvait être établi. Nous croyons que la question de savoir s'il peut exister une obligation de diligence entre un sous-traitant et un propriétaire devra être tranchée plus tard, lorsque les circonstances d'une affaire s'y prêteront.

(ii) *Rédaction du dossier d'appel d'offres*

Nous examinerons maintenant la prétendue négligence du ministère relativement à la rédaction du dossier d'appel d'offres. L'avocat de Martel met l'accent sur ce point et fait valoir que le ministère a fait preuve de négligence en exigeant, dans le devis descriptif, que les locaux soient adjacents. Il prétend que, n'eût été de cette adjonction faite par négligence, aucune évaluation supplémentaire des coûts d'aménagement n'aurait été nécessaire.

Le juge Desjardins, de la Cour d'appel fédérale, a conclu que le ministère avait fait preuve de négligence en omettant de préparer le devis descriptif avec une diligence raisonnable (au par. 37):

[Le juge de première instance] a également conclu que certains des coûts qui avaient été arbitrairement ajoutés à la soumission de [l'intimée] étaient attribuables aux conditions de l'appel d'offres relatives aux locaux adjacents, condition que la CCÉA n'avait pas exigée au départ et qui avait été de toute évidence ajoutée par négligence au [devis descriptif] par M. Mahar, d'où la soumission plus élevée de [l'intimée]. [Nous soulignons.]

Selon le juge Desjardins, cet élément confirmait que le ministère avait manqué à son obligation d'agir équitablement envers Martel. Notre avis sur ce point repose sur deux conclusions.

109

110

- 111 First, while Desjardins J.A.'s foregoing passage appears to suggest otherwise, the trial judge did not find that the contiguous space requirements had been negligently added to the tender specifications. This conclusion was reached only in the Federal Court of Appeal. That is not to say that the trial judge did not comment on the preparation of the tender documents. On the contrary, she noted that in the past, Mr. Mahar had only prepared one or two other expression of interest advertisements and that he had been working from a precedent which called for tenders on contiguous space. Reed J. added at para. 36: "if one were seeking *new* space for the AECB, it would only make sense to require that the space be contiguous" (emphasis in original). We question whether Martel's submission that the contiguous space requirement had been mistakenly added to the specifications can be supported by the trial judge's findings. Martel conceded that contiguous space was a requirement with which all other bidders needed to comply. Therefore, it would be difficult to accept (though we make no finding on this issue) that this requirement was carelessly added in the tender specifications.
- Premièrement, même si cet extrait des motifs du juge Desjardins paraît indiquer le contraire, le juge de première instance n'a pas conclu que l'exigence de contiguïté des locaux avait été insérée par négligence dans le devis descriptif. Cette conclusion n'a été tirée qu'en Cour d'appel fédérale. Cela ne veut pas dire que le juge de première instance n'a pas formulé de remarques concernant la préparation du dossier d'appel d'offres. Au contraire, elle a signalé que, par le passé, M. Mahar n'avait rédigé qu'une ou deux annonces sollicitant des manifestations d'intérêt et qu'il s'était inspiré d'une annonce antérieure visant la location de locaux adjacents. Le juge Reed a ajouté au par. 36 que «pour obtenir de *nouveaux* locaux pour la CCÉA, il serait normal de demander des locaux adjacents» (en italique dans l'original). Nous doutons que les conclusions du juge de première instance puissent étayer la prétention de Martel selon laquelle l'exigence de locaux adjacents a été ajoutée par erreur au devis descriptif. Martel a reconnu que la contiguïté des locaux était une exigence à laquelle tous les autres soumissionnaires devaient se conformer. Partant, il serait difficile d'admettre (bien que nous ne tirions aucune conclusion sur ce point) que cette exigence a été insérée par négligence dans le devis descriptif.
- 112 Second, contrary to Desjardins J.A.'s conclusion, the costs attributable to the contiguous space requirements did not "resul[t] in a higher bid for [Martel]" (para. 37). On the contrary, as we noted above, the trial judge explicitly concluded that "it was fit-up costs over and above these [costs attributable to the tender's contiguous space requirements] that made the plaintiff's bid the second lowest rather than the lowest" (para. 57). Thus, as the Department points out, the short answer to this debate is that the inclusion of the contiguous space requirements and the fit-up costs associated thereto did not, at the end of the day, make Martel's bid more expensive than the Standard Life bid. As mentioned above, in conducting its evaluation, the Department calculated fit-ups, both on the basis of contiguous space in the Martel Building, and on the basis of the AECB remaining *in situ*. Scenario B illustrates that the Department concluded that fit-up costs would still have been required even if
- Deuxièmement, contrairement à la conclusion tirée par le juge Desjardins, le coût imputable à l'exigence de contiguïté des locaux n'a pas fait en sorte que la soumission de Martel soit plus élevée (par. 37). Au contraire, comme nous le l'avons signalé précédemment, le juge de première instance a dit explicitement: «ce sont les coûts d'aménagement en sus [des coûts imputables à l'exigence de contiguïté des locaux] qui faisaient en sorte que la demanderesse était le second soumissionnaire le plus bas plutôt que le soumissionnaire dont la soumission était la plus basse» (par. 57). Partant, comme le ministère le fait valoir, pour répondre brièvement à la question qui se pose, l'ajout de l'exigence de contiguïté au devis descriptif et l'ajout des frais d'aménagement connexes à la soumission de Martel n'ont pas, en bout de ligne, fait en sorte que cette dernière soit plus élevée que celle de la Standard Life. Comme nous l'avons mentionné précédemment, lorsqu'il a éva-

the tenant remained *in situ* in the Martel Building. Absent the contiguous space requirement, Martel's bid would still have been approximately \$300,000 more expensive than the successful bid.

In any event, we conclude that the Department did not owe Martel a duty of care in drafting the tender specifications. Martel's claim that the tender specifications were prepared negligently alleges a duty in an area not previously recognized. To determine whether the sphere of recovery for pure economic loss should be extended to cover the circumstances surrounding the preparation of the tender specifications in this case, the *Anns* two-step analysis must be applied.

Assuming without deciding that sufficient proximity existed between the parties, any *prima facie* duty of care would be negated by policy considerations. Indeed, considerations unique to the tendering process nullify any duty of care sought by Martel. First and foremost, we agree with the Department that it would call into question the integrity of the tender process if, by reason of a past relationship with, or special knowledge of, a potential bidder, there could be an enforceable obligation to take the interests of that particular bidder into account. While Martel argues that a duty of care would not entail taking into account the interests of a particular bidder, we note that all of its arguments relate to factors that are specific to its previous relationship with the Department.

In effect, all of Martel's submissions on this point pertain to information it obtained during the course of its previous negotiations with the Depart-

lué les soumissions, le ministère a calculé les frais d'aménagement, tant en fonction de locaux adjacents dans l'immeuble Martel qu'en fonction des locaux qu'occupait déjà la CCÉA. Ce dernier scénario démontre que, de l'avis du ministère, des frais d'aménagement devraient quand même être engagés si la locataire continuait d'occuper les mêmes locaux dans l'immeuble Martel. Si la contiguïté des locaux n'avait pas été exigée, la soumission de Martel aurait quand même été d'environ 300 000 \$ supérieure à la soumission retenue.

Quoi qu'il en soit, nous arrivons à la conclusion que le ministère n'avait pas d'obligation de diligence envers Martel lorsqu'il a rédigé le devis descriptif. L'allégation de Martel selon laquelle le devis descriptif a été établi avec négligence se fonde sur une obligation dont l'existence n'a pas encore été reconnue dans ce contexte. Pour déterminer si les catégories de cas dans lesquels la perte purement économique est susceptible d'indemnisation devraient être élargies pour englober la préparation du devis descriptif en l'espèce, il faut appliquer le critère à deux volets dégagé dans l'arrêt *Anns*.

En supposant, sans pour autant trancher cette question, qu'un lien suffisamment étroit existait entre les parties, des considérations de principe militent contre la reconnaissance d'une obligation de diligence *prima facie*. En effet, des considérations propres à la procédure d'appel d'offres annulent l'obligation de diligence alléguée par Martel. Tout d'abord, nous convenons avec le ministère que l'intégrité du processus d'appel d'offres serait compromise si, en raison de ses rapports antérieurs avec un soumissionnaire éventuel ou parce qu'elle le connaît bien, l'administration adjudicative avait l'obligation exécutoire de tenir compte des intérêts particuliers de ce soumissionnaire. Même si Martel soutient que l'obligation de diligence n'engloberait pas l'obligation de tenir compte des intérêts d'un soumissionnaire en particulier, nous remarquons que tous ses arguments se rapportent à ses rapports antérieurs avec le ministère.

En effet, toutes les allégations de Martel à ce sujet ont trait à de l'information obtenue lors de ses négociations antérieures avec le ministère. Pen-

113

114

115

ment. During the course of its negotiations with the Department, there was no suggestion that further fit-ups would be required in the Martel building or that the AECB, as tenant, desired contiguous space. Therefore, Martel alleges that the tender specifications “did not reflect the reality of the situation”. While Martel concedes that once the bids were opened the Department could not hold private conversations with any bidder, it nevertheless maintains that the Department should have advised it beforehand of the requirements that would be considered.

116 With respect, we do not find this line of argument very persuasive. Once the Department decided to proceed by way of tender, it was not required to take into account its past relationship with Martel. To recognize that the Department owed a duty to Martel would be inconsistent with the basic rationale of tendering. As explained in *M.J.B. Enterprises, supra*, this rationale seeks to replace negotiation with competition. In this respect, it is imperative that all bidders be treated on an equal footing, and that no bidder be provided differential treatment on the basis of some previous relationship with the party making the call for tenders. It would defeat the purpose of fair competition to allow one bidder to be given some advantage from its previous dealings. The submission of a tender bid requires a great deal of effort and expense. 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.

117 A party calling for tenders has the discretion to set out its own specifications and requirements. This includes the discretion to change its mind with respect to the terms or preferences that were discussed in the course of non-committal negotiations. Tender requirements are not negotiable. To decide otherwise would in fact force the party making the call for tenders to continue in its nego-

dant celles-ci, le ministère n’aurait aucunement laissé entendre que d’autres aménagements seraient exigés dans l’immeuble Martel ni que la CCÉA, en qualité de locataire, souhaitait obtenir des locaux adjacents. Par conséquent, Martel allègue que les clauses du devis descriptif [TRANSDUCTION] «n’étaient pas conformes à la réalité». Même si Martel admet que, après l’ouverture des soumissions, le ministère ne pouvait avoir d’entretiens privés avec l’un ou l’autre des soumissionnaires, elle soutient néanmoins que le ministère aurait dû l’informer au préalable de ces exigences supplémentaires.

Avec égards, nous ne jugeons pas cette argumentation très convaincante. Après avoir décidé de lancer un appel d’offres, le ministère n’avait pas à tenir compte de ses rapports antérieurs avec Martel. Conclure que le ministère avait une obligation envers Martel serait incompatible avec l’objet même de la procédure d’appel d’offres. Comme notre Cour l’a expliqué dans l’arrêt *M.J.B. Enterprises*, précité, un appel d’offres vise à remplacer la négociation par la concurrence. Il est donc impératif que tous les soumissionnaires soient traités sur un pied d’égalité et qu’aucun soumissionnaire ne jouisse d’un traitement de faveur en raison de rapports antérieurs avec l’administration adjudicative. Il serait incompatible avec une juste concurrence de permettre qu’un soumissionnaire tire avantage de ses rapports antérieurs. La présentation d’une soumission exige des efforts et des sommes considérables. 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.

L’auteur de l’appel d’offres a le pouvoir discrétionnaire d’établir ses propres exigences. Il peut notamment changer d’idée quant aux conditions ou aux préférences dont il a été question lors de négociations qui n’engageaient en rien les parties. Les exigences énoncées dans un appel d’offres ne sont pas négociables. S’il en était autrement, l’administration adjudicative serait contrainte de poursuivre

tiations with one potential bidder even after those negotiations have proven unfruitful.

The terms of the call may grant a great deal of discretion upon the tender calling authority in evaluating the bid, and tenderers must make various assumptions and estimations in submitting a tender. As such, inherent risks are involved in submitting a tender bid, risks of which Martel was aware. Martel cannot by reason of its previous relationship with the Department expect or require under general principles of negligence some special position when it comes to tendering. Absent negligent misrepresentation upon which Martel would have relied to its detriment in entering into Contract A, we believe that it would be contrary to the underlying principles of the tender regime to accept that the Department owed it a duty of care in drafting the tender documents.

Finally, recognizing a duty of care in such a context could have significant repercussions on the tendering process and create many uncertainties. In this case, contiguous space was explicitly required in the tender specifications. Martel is essentially asking this Court to import a common law duty of care in the drafting of the call for the express purpose of avoiding this contractual provision. Accepting Martel's argument would have the effect of providing an out for those people who do not submit compliant bids. Indeed, other unsuccessful, non-compliant bidders could attempt to sue in negligence and argue that various terms of Contract A "did not reflect the reality of the situation". We believe that this further consideration clearly illustrates why a duty of care should not be imposed on the tender calling authority in drafting the tender documents.

ses négociations avec un soumissionnaire éventuel malgré une impasse.

Le libellé de l'appel d'offres peut autoriser l'administration adjudicative à exercer un large pouvoir discrétionnaire au moment d'évaluer une soumission, et les soumissionnaires doivent faire diverses hypothèses et estimations lorsqu'ils présentent une offre. La présentation d'une soumission comporte donc des risques inhérents, et Martel en était consciente. Martel ne peut, du fait de ses rapports antérieurs avec le ministère, s'attendre à ce qu'un statut particulier lui soit reconnu en qualité de soumissionnaire, ni exiger un tel statut sur le fondement des principes généraux applicables en matière de négligence. En l'absence de déclarations inexactes faites par négligence et auxquelles Martel se serait fiée à son détriment pour conclure le contrat A, nous croyons qu'il serait contraire aux principes qui sous-tendent le mécanisme de l'appel d'offres de reconnaître que le ministère avait une obligation de diligence envers Martel lorsqu'il a rédigé le dossier d'appel d'offres.

118

Enfin, reconnaître l'existence d'une obligation de diligence dans un tel contexte aurait de sérieuses repercussions sur la procédure d'appel d'offres et créerait de nombreuses incertitudes. En l'occurrence, la contiguïté des locaux était explicitement exigée dans le devis descriptif. Martel demande essentiellement à notre Cour d'assujettir la rédaction de l'appel d'offres à une obligation de diligence issue de la common law et ce, à la fin manifeste de se soustraire aux conséquences de cette stipulation contractuelle. Faire droit à l'argument de Martel aurait pour effet d'offrir une échappatoire aux personnes dont les soumissions ne sont pas conformes. En effet, d'autres personnes dont la soumission non conforme n'a pas été retenue pourraient tenter d'exercer un recours en responsabilité civile délictuelle et faire valoir que différentes conditions du contrat A «n'étaient pas conformes à la réalité». Nous croyons que cette autre considération montre bien qu'il serait inopportun d'imposer à l'administration adjudicative une obligation de diligence lors de la rédaction du dossier d'appel d'offres.

119

V. Disposition

120

In our view, the Federal Court of Appeal erred in allowing the respondent's claim. Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside with costs in this Court and the courts below, and the judgment of the Federal Court, Trial Division, is restored.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

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

V. Dispositif

À notre avis, la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en accueillant l'action de l'intimée. En conséquence, le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel fédérale est annulé avec dépens devant notre Cour et les tribunaux inférieurs et le jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale est rétabli.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

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