

A-218-73

A-218-73

The Queen (Defendant-Appellant)

v.

Transworld Shipping Ltd. (Plaintiff-Respondent)

Court of Appeal, Jackett C.J., Thurlow J. and Hyde D.J.—Montreal, May 6; Ottawa, June 30, 1975.

Crown—Contracts—Appellant accepting respondent's bid in response to invitation for tenders—Appellant changing requirements and not executing charterparty with respondent—Trial Division awarding damages—Appeal—Department of Transport Act, R.S.C. 1970, c. T-15, ss. 3, 15—British North America Act, 1867, s. 106—Financial Administration Act, R.S.C. 1970, c. F-10, ss. 25, 33, 34—Federal Court Act, s. 57(3)—Federal Court Rules 408, 409—Government Contract Regulations, ss. 6, 14, 15.

Appellant invited tenders for chartering of "Commonwealth flag vessels", and accepted respondent's bid. But when the charterparty was sent to appellant for execution, respondent was informed that it would not be executed, as "Canadian flag vessels" were now required. The Trial Division awarded damages for breach of contract.

Held, dismissing the appeal, there is no merit in the claim that, because a written charterparty was contemplated, the contract was not completed on acceptance of the tender. From the time of acceptance, each party was bound. There was a completed contract to enter into a charterparty which appellant repudiated through anticipatory breach. Appellant's other arguments, though based on facts not in issue at trial, fail as well. (1) When the Crown did not plead that necessary Treasury Board authority had not been obtained, it must be assumed that it had been. Unless the *Government Contract Regulations* contain a special direction that no contract shall "have any force or effect" unless so authorized, if it is for a higher amount than prescribed by the regulation, it is doubtful that such failure would invalidate an otherwise valid contract. (2) Section 15 of the *Department of Transport Act* is applicable only to written contracts, and it has not been shown that the officer who accepted the bid was not "a person specially authorized"; such authority cannot, under section 15, be questioned by anyone other than the Minister, or someone acting for him or the Crown. It is too late now to make such a challenge.

The Queen v. Murray [1965] Ex.C.R. 663, [1967] S.C.R. 262; *The King v. Vancouver Lumber Company* (1920) 50 D.L.R. 6; *Mackay v. Attorney-General of B.C.* [1922] 1 A.C. 457; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King* [1949] 2 D.L.R. 17 (Ex.), [1950] S.C.R. 211; *The Queen v. Henderson* (1898) 28 S.C.R. 425; *Dominion Building Corporation v. The King* [1933] A.C. 533; S.S. "Tordenskjold" v. S.S. "Euphemia" (1909) 41 S.C.R. 154 and *The "Tasmania"* (1890) 15 A.C. 223,

La Reine (Défenderesse-Appelante)

c.

a Transworld Shipping Ltd. (Demanderesse-Intimée)

Cour d'appel, le juge en chef Jackett, le juge Thurlow et le juge suppléant Hyde—Montréal, le 6 mai; Ottawa, le 30 juin 1975.

Couronne—Contrats—A la suite d'un appel d'offres, l'appelante accepte la soumission de l'intimée—L'appelante modifie les conditions et ne signe pas la charte-partie de l'intimée—La Division de première instance accorde des dommages-intérêts—Appel—Loi sur le ministère des Transports, S.R.C. 1970, c. T-15, art. 3, 15—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 106—Loi sur l'administration financière, S.R.C. 1970, c. F-10, art. 25, 33, 34—Loi sur la Cour fédérale, art. 57(3)—Règles 408, 409 de la Cour fédérale—Règlement sur les marchés de l'État, art. 6, 14, 15.

d L'appelante a fait un appel d'offres pour l'affrètement de «navires battant pavillon du Commonwealth», et a accepté la soumission de l'intimée. Mais, lorsque la charte-partie a été envoyée à l'appelante pour signature, celle-ci fit savoir à l'intimée qu'elle ne serait pas signée, parce que l'on exigeait alors des «navires battant pavillon canadien». La Division de première instance accorda des dommages-intérêts pour rupture de contrat.

e *Arrêt*: l'appel est rejeté; l'argument selon lequel aucun contrat ne s'était formé au moment de l'acceptation de l'offre, est sans fondement. Dès l'acceptation, chaque partie était liée. Il y avait un contrat valable en vue d'une charte-partie que l'appelante a résilié par violation anticipée. Les autres moyens de l'appelante, quoique fondés sur des faits qui n'ont pas été débattus en première instance, ne sont pas non plus fondés. (1) Lorsque la Couronne n'a pas soutenu que l'autorisation nécessaire du conseil du Trésor n'avait pas été obtenue, on doit présumer qu'elle l'a été. A moins que le *Règlement sur les marchés de l'État* ne contienne une disposition spéciale précisant qu'aucun contrat portant sur un montant supérieur à celui prescrit par le règlement «n'aura vigueur ou effet» sauf s'il est autorisé, il est douteux qu'un tel défaut vicie un contrat par ailleurs valable. (2) L'article 15 de la *Loi sur le ministère des Transports* ne s'applique qu'aux contrats écrits, et il n'a pas été établi que le fonctionnaire qui a accepté l'offre n'était pas «une personne spécialement autorisée»; cette autorisation ne peut, en vertu de l'article 15, être contestée que par le Ministre ou par une personne agissant en son nom ou au nom de la Couronne. Une telle contestation est ici tardive.

i Arrêts appliqués: *La Reine c. Murray* [1965] R.C.É. 663, [1967] R.C.S. 262; *Le Roi c. Vancouver Lumber Company* (1920) 50 D.L.R. 6; *Mackay c. Le procureur général de la Colombie-Britannique* [1922] 1 A.C. 457; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. Le Roi* [1949] 2 D.L.R. 17 (C.É.), [1950] R.C.S. 211; *La Reine c. Henderson* (1898) 28 R.C.S. 425; *Dominion Building Corporation c. Le Roi* [1933] A.C. 533; *N.M. «Tordenskjold» c. N.M. «Euphemia»* (1909) 41 R.C.S. 154 et *Le «Tasma-*

applied. *Drew v. The Queen* [1956-1960] Ex.C.R. 339, considered. *Carltona, Ltd. v. Commissioners of Works* [1943] 2 All E.R. 560; *Churchward v. The Queen* (1865) L.R. 1 Q.B. 173 and *Commercial Cable Company v. Government of Newfoundland* [1916] 2 A.C. 610, discussed.

APPEAL.

COUNSEL:

R. Cousineau for appellant.
R. Langlois for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Langlois, Drouin & Laflamme, Quebec, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

JACKETT C.J.: This is an appeal by the appellant from a judgment of the Trial Division¹ awarding the respondent \$110,124.24 for breach of contract with interest and costs.

The action in the Trial Division arose out of steps taken by the Department of Transport in connection with what has been referred to as "the 1970 Arctic Resupply Program".

While that "Program" was apparently devised to ensure a movement to Arctic posts of supplies destined for private persons as well as to various government departments, on the basis of the somewhat sparse evidence with regard thereto, I am of the view that it must be concluded that it was authorized, and added to the activities of the Department of Transport, by or pursuant to appropriate legislation.

The undisputed facts may be very briefly summarized as follows:

(a) On May 13, 1970, the Department of Transport invited tenders for the chartering of "Commonwealth flag" tankers and dry cargo vessels for specified segments of the aforesaid movement. Such invitation contained a compre-

¹ [1973] F.C. 1274.

nia (1890) 15 A.C. 223. Arrêt examiné: *Drew c. La Reine* [1956-1960] R.C.É. 339. Arrêts analysés: *Carltona, Ltd. c. Commissioners of Works* [1943] 2 All E.R. 560; *Churchward c. La Reine* (1865) L.R. 1 Q.B. 173 et *Commercial Cable Company c. Le Gouvernement de Terre-Neuve* [1916] 2 A.C. 610.

APPEL.

AVOCATS:

R. Cousineau pour l'appelante.
R. Langlois pour l'intimée.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Langlois, Drouin & Laflamme, Québec, pour l'intimée.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE EN CHEF JACKETT: L'appelante interjette appel d'un jugement de la Division de première instance¹ allouant à l'intimée la somme de \$110,124.24 avec intérêts et dépens pour rupture de contrat.

L'action à la Division de première instance résultait des mesures prises par le ministre des Transports dans le cadre de ce qu'on a appelé «le programme de réapprovisionnement de l'Arctique de 1970».

Ce «programme» avait apparemment pour but de transporter à des postes de l'Arctique des provisions destinées à des personnes privées et à divers ministères du Gouvernement; toutefois, à la lumière des rares preuves relatives à ce programme, j'estime qu'on doit conclure qu'il a été autorisé et intégré aux activités du ministre des Transports aux termes ou en application d'une législation appropriée.

On peut brièvement résumer ainsi les faits non contestés:

a) Le 13 mai 1970, le ministre des Transports faisait un appel d'offres pour l'affrètement de pétroliers et de cargos «battant pavillon du Commonwealth» pour des étapes déterminées de ladite opération de transport. Cet appel d'offres

¹ [1973] C.F. 1274.

hensive description of the terms of each of the proposed charters.

(b) On May 21, 1970, the respondent tendered in writing the vessel *Theokletos* in respect of one of the proposed charters, which would have been a time charter having a duration of 60 days commencing between July 12 and July 22, 1970. The respondent's tender was on the basis of the terms set out in the invitation with certain modifications.

(c) On or about May 28, 1970, a Department of Transport official notified the respondent by telephone that its tender was accepted and that it should, therefore, prepare its charter and submit it to the Department for signature.²

(d) The respondent prepared a charter in accordance with its tender, executed it and, on June 11, 1970, sent it to the Department for execution.

(e) On June 22, 1970, after the respondent had sent the charter to the Department for signature but before it had been executed on behalf of the appellant, the Department informed the respondent that its charter on the basis of its tender would not be executed because it had been decided that the vessel to be chartered would have to be a "Canadian flag" vessel.

As I understand the evidence and argument, it is, in fact, even though it was never expressly so stated, common ground that, from the point of view of the chartering business, a requirement that a vessel be a Canadian flag vessel is so much more onerous than a requirement that a vessel be a Commonwealth flag vessel that it is a requirement for a subject matter that is commercially different in kind.

I should also say that, while the Department, after stating its intention not to honour its acceptance of the respondent's tender, did give the respondent a "choice" between chartering the *Theokletos* converted to Canadian Registry on the

² In this particular year, such acceptances do not appear to have been made in writing. The appellant makes no point of this and I know of no principle in the law of contract or in the special law applicable to Government contracts that would require them to be in writing nor have we been referred to any such principle.

contenait une description détaillée des conditions de chacune des chartes-parties projetées.

b) Le 21 mai 1970, l'intimée a fait une soumission par écrit visant le navire *Theokletos*, qui aurait été affrété pour une période de 60 jours commençant entre le 12 et le 22 juillet 1970. L'offre de l'intimée reprenait les conditions prévues dans l'appel, avec certaines modifications.

c) Le 28 mai 1970 ou vers cette date, un fonctionnaire du ministère des Transports a informé l'intimée par téléphone que sa soumission était acceptée et qu'elle devait donc préparer la charte-partie et la soumettre pour signature au ministère.²

d) L'intimée a préparé et signé une charte-partie suivant les termes de son offre, et le 11 juin 1970 l'a envoyée au ministère pour signature.

e) Le 22 juin 1970, après que l'intimée eut envoyé la charte-partie au ministère pour signature, mais avant qu'elle n'ait été signée au nom de l'appelante, le ministère fit savoir à l'intimée que sa charte-partie, rédigée suivant sa soumission, ne serait pas signée parce qu'on avait décidé d'affréter un navire «battant pavillon canadien».

Si j'ai bien compris les preuves et les arguments, il est, en effet, notoire, même si on ne l'a jamais dit d'une manière expresse, qu'en matière d'affrètement, l'exigence d'un navire battant pavillon canadien est tellement plus onéreuse que celle d'un navire battant pavillon du Commonwealth que cela revient à exiger un objet d'une espèce différente du point de vue commercial.

Je dois aussi dire que le ministère, après avoir manifesté l'intention de ne pas honorer l'acceptation qu'il avait donnée à l'offre de l'intimée, a effectivement accordé un «choix»: ou bien l'intimée fréterait le *Theokletos*, après l'avoir fait immatri-

² Il paraît que cette année-là, les acceptations n'ont pas été données par écrit. L'appelante n'a tiré aucun argument de ce fait et je ne connais aucun principe du droit des contrats ou du droit spécial régissant les contrats administratifs, qui exigerait qu'elles soient faites par écrit.

terms on which it had been tendered as a Commonwealth flag vessel or of having new tenders called, in my view, notwithstanding the offer of such a "choice", what happened was a simple repudiation of a commercial bargain without, as far as the record shows, any business justification or recognition of the resulting obligation to pay damages for breach of contract; and this, notwithstanding the fact that, according to the evidence, the change in "policy" resulting in such breach of contract was made by senior members of the Department in consultation with the Minister in full consciousness that it involved increased costs.³ The "commercial bargain" or contract that was, in my view, so breached was a contract to enter into a charterparty on specified terms and not the charterparty that would have resulted from the carrying out of that "bargain".

On this appeal it could not be seriously argued that, had the matter been between ordinary persons, there would be any basis for attacking the judgment appealed from.⁴ The appeal is really based on the contention that certain rules applicable to the making of contracts between an ordinary person and the Government of Canada (Her Majesty in right of Canada) operated to prevent a binding contract from coming into force in circumstances where, had the matter been between ordinary persons, there would have been a binding contract.⁵

³ See memorandum of Dr. Camu to the Director of Marine Operations dated June 19, 1970. Clearly what was done was deliberately done in breach of what had been agreed to by acceptance of the tender. A memorandum quoted in the memorandum filed on behalf of the appellant in this Court shows that a senior official informed the Deputy Minister, "I have given . . . instructions to restrict the use of ships to Canadian flag vessels only" and "We may expect . . . reactions from Transworld . . . who had already been advised verbally that their tanker had been accepted . . ."

⁴ This comment is subject to the argument that was made as forcefully as it could have been that, because a written charterparty was contemplated, there was no contract completed by acceptance of the tender. I am of the view that this contention, besides being commercially unsound, is without legal merit.

⁵ For some discussion of the law applicable to contracts between the Federal Government and ordinary persons under our constitution, see *The Queen v. Murray* [1965] 2 Ex.C.R. 663; [1967] S.C.R. 262.

culer au Canada, aux conditions figurant dans l'offre pour un navire battant pavillon du Commonwealth, ou bien le ministère ferait un nouvel appel d'offres; à mon avis, malgré le «choix» proposé, on était en présence d'une simple résiliation d'une transaction commerciale intervenue, ainsi qu'il en ressort du dossier, sans aucune raison commercialement valable, ni acceptation de l'obligation, qui en découlait, de payer des dommages-intérêts pour rupture de contrat; et ceci, en dépit du fait que, d'après les preuves, le changement de «politique» qui a provoqué cette rupture de contrat avait été arrêté par les responsables du ministère en accord avec le Ministre et en pleine connaissance de l'augmentation des coûts qu'il entraînerait.³ A mon avis, la «transaction commerciale», ou contrat, ainsi violée était un contrat en vue d'une charte-partie à des conditions déterminées et non la charte-partie qui aurait été établie en exécution de cette «transaction».

Dans cet appel, on ne pouvait pas sérieusement soutenir que, s'il s'était agi d'une affaire entre particuliers, il y aurait moyen d'attaquer le jugement faisant l'objet de l'appel.⁴ L'appel est en réalité fondé sur l'idée que certaines règles régissant la formation des contrats entre un particulier et le gouvernement du Canada (Sa Majesté du chef du Canada) empêchaient la formation d'un contrat valable dans des circonstances où, s'il s'agissait de particuliers, il y aurait eu un contrat valable.⁵

³ Voir la note de service du Dr. Camu au directeur des opérations maritimes, en date du 19 juin 1970. On a certainement agi délibérément en violation de ce qui avait été convenu en acceptant l'offre. Une note, citée dans le mémoire déposé devant cette cour au nom de l'appelante indique qu'un haut fonctionnaire a fait savoir au sous-ministre: [TRADUCTION] «j'ai donné . . . des instructions de n'utiliser que des navires battant pavillon canadien» et [TRADUCTION] «Nous pouvons nous attendre . . . à des réactions de la part de la Transworld . . . qui a déjà été verbalement avisée que son pétrolier avait été accepté . . .»

⁴ Cette remarque est sujette à l'argument, qui a été avancé aussi vigoureusement que possible, selon lequel l'acceptation de l'offre n'a donné lieu à aucun contrat, parce que les parties avaient envisagé une charte-partie écrite. Je pense que cet argument, en plus d'être faux du point de vue commercial, n'a aucun fondement juridique.

⁵ Pour une analyse du droit applicable aux contrats entre le gouvernement fédéral et des particuliers en vertu de notre constitution, voir *La Reine c. Murray* [1965] 2 R.C.É. 663; [1967] R.C.S. 262.

Before considering the questions that were so raised in this case, it is worthwhile, in my view, to review, in a general way, certain considerations that must be kept in mind when a question arises as to whether there is a contract between the Government of Canada and some other person in a field falling within the domain of the Department of Transport. The points that I have in mind are

- (a) departmental authority,
- (b) parliamentary control,
- (c) the *Government Contracts Regulations*, and
- (d) section 15 of the *Department of Transport Act*.

With regard to departmental authority in respect of contracting, just as when any person contracts as agent of an ordinary person, so, when some person contracts on behalf of Her Majesty, there must be authority for the agent to act on behalf of the principal; and, in the case of a government under our system of responsible government, such authority must ordinarily be found in or under a statute or an order in council.⁶ In this connection, it is to be noted that ordinary government operations in Canada are divided among statutorily created departments each of which is presided over by a Minister of the Crown who has, by statute, the "management" and direction of his department. In my view, subject to such statutory restrictions as may be otherwise imposed, this confers on such a Minister statutory authority to enter into contracts of a current nature in connection with that part of the Federal Government's business that is assigned to his department.⁷ In the case of the Department of Transport the relevant provision is section 3 of the *Department of Transport Act*, which reads as follows:

⁶ Compare *Drew v. The Queen* (1959) [1956-1960] Ex.C.R. 339 at page 350, and the cases there cited.

⁷ Such authority does not, of course, extend to cases where, by statute, the authority to act or contract is expressly or impliedly restricted to the Governor in Council or persons expressly authorized by him. Compare *The King v. Vancouver Lumber Company* (1920) 50 D.L.R. 6; *Mackay v. Attorney General for British Columbia* [1922] 1 A.C. 457; and *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King* [1949] 2 D.L.R. 17 (Ex.) and [1950] S.C.R. 211.

Avant d'examiner les questions soulevées en l'espèce, il y a lieu, à mon avis, de passer en revue d'une manière générale certaines considérations que l'on doit avoir à l'esprit quand se pose la question de savoir s'il y a un contrat entre le gouvernement du Canada et une autre personne dans un domaine relevant de la compétence du ministère des Transports. Je pense aux points suivants:

- a) le pouvoir d'agir au nom du Ministère,
- b) le contrôle parlementaire,
- c) le *Règlement sur les marchés de l'État*, et
- d) l'article 15 de la *Loi sur le ministère des Transports*.

En ce qui concerne le pouvoir d'agir pour un ministère en matière de contrat, comme le pouvoir d'une personne passant un contrat en qualité de mandataire d'un particulier, si une personne contracte au nom de Sa Majesté, le mandataire doit avoir la capacité d'agir au nom de son commettant; et, s'agissant d'un gouvernement dans notre système de gouvernement responsable, un tel pouvoir est ordinairement conféré soit par une loi, soit par une ordonnance en conseil.⁶ A cet égard, on doit noter que les actes ordinaires du gouvernement au Canada sont répartis parmi des ministères créés par la loi, ayant chacun à sa tête un ministre de la Couronne chargé, de par la loi, de la «gestion» et de la direction de son ministère. A mon avis, sauf les restrictions légales qui peuvent par ailleurs être imposées, un ministre a légalement le pouvoir de passer les contrats d'usage, relatifs à cette partie de l'activité du gouvernement fédéral qui est assignée à son ministère.⁷ En ce qui concerne le ministère des Transports la disposition pertinente est l'article 3 de la *Loi sur le ministère des Transports*, ainsi libellé:

⁶ Comparer avec l'arrêt *Drew c. La Reine* (1959) [1956-1960] R.C.É. 339, à la page 350, et avec les arrêts qui y sont cités.

⁷ Naturellement un tel pouvoir ne s'étend pas aux cas où, d'après une loi, le pouvoir d'agir ou de contracter est expressément ou implicitement réservé au gouverneur en conseil ou aux personnes qu'il autorise expressément. Comparer avec les arrêts *Le Roi c. Vancouver Lumber Company* (1920) 50 D.L.R. 6; *Mackay c. Le procureur général de la Colombie-Britannique* [1922] 1 A.C. 457; et *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. Le Roi* [1949] 2 D.L.R. 17 (C.É.) et [1950] R.C.S. 211.

3. (1) There shall be a department of the Government of Canada called the Department of Transport over which the Minister of Transport appointed by commission under the Great Seal shall preside.

(2) The Minister has the management and direction of the Department and holds office during pleasure.

Once it appears that the Minister has *prima facie* statutory authority to enter into contracts within his department's domain, it follows, in my view, subject to any inconsistent statutory provision, that his power can, and will, in the ordinary course of events, be exercised by the officers of his department. This facet of our system of government is described in *Carltona, Ltd. v. Commissioners of Works*,⁸ as follows:

In the administration of government in this country the functions which are given to ministers (and constitutionally properly given to ministers because they are constitutionally responsible) are functions so multifarious that no minister could ever personally attend to them. To take the example of the present case no doubt there have been thousands of requisitions in this country by individual ministries. It cannot be supposed that this regulation meant that, in each case, the minister in person should direct his mind to the matter. The duties imposed upon ministers and the powers given to ministers are normally exercised under the authority of the ministers by responsible officials of the department. Public business could not be carried on if that were not the case. Constitutionally, the decision of such an official is, of course, the decision of the minister. The minister is responsible. It is he who must answer before Parliament for anything that his officials have done under his authority, and, if for an important matter he selected an official of such junior standing that he could not be expected competently to perform the work, the minister would have to answer for that in Parliament. The whole system of departmental organization and administration is based on the view that ministers, being responsible to Parliament, will see that important duties are committed to experienced officials. If they do not do that, Parliament is the place where complaint must be made against them.

I turn to what I have referred to as parliamentary control. By virtue of section 106 of *The British North America Act, 1867*,⁹ federal government funds can only be expended when authorized by Parliament. To make it impossible for contracts to be binding in such a way as to circumvent this requirement notwithstanding that the Government

3. (1) Est établi un ministère du gouvernement du Canada; appelé ministère des Transports, auquel préside le ministre des Transports nommé par commission sous le grand sceau.

(2) Le Ministre a la gestion et la direction du ministère et occupe sa charge à titre amovible.

Si l'on admet *a priori* que le Ministre a légalement le pouvoir de passer des contrats dans le cadre de son ministère, il s'ensuit à mon avis que, sauf disposition légale contraire, ce pouvoir peut être et sera, dans le cours normal des choses, exercé par les fonctionnaires de son ministère. Cet aspect de notre système gouvernemental a été décrit comme suit dans l'arrêt *Carltona, Ltd. c. Commissioners of Works*:⁸

[TRADUCTION] Dans le régime d'administration publique de ce pays, les fonctions qui sont conférées aux ministres (à bon droit du point de vue constitutionnel puisque les ministres sont constitutionnellement responsables) sont si variées qu'aucun ministre ne pourrait jamais personnellement les remplir. Pour prendre l'exemple du cas présent, chaque ministère a sans aucun doute soumis des milliers de réquisitions dans ce pays. On ne peut pas supposer que ce règlement impliquait que, dans chaque cas, le Ministre en personne devait s'occuper de l'affaire. Les tâches imposées aux ministres et les pouvoirs qui leur sont conférés sont normalement exercés sous leur autorité par les fonctionnaires responsables du Ministère. S'il en était autrement, tout l'appareil de l'État serait paralysé. Constitutionnellement, la décision d'un tel fonctionnaire représente naturellement la décision du Ministre. Le Ministre est responsable. C'est lui qui doit répondre devant le Parlement de tout ce que ses fonctionnaires ont fait sous son autorité et si, pour une affaire importante, il a choisi un fonctionnaire subalterne dont on ne peut s'attendre qu'il exécute le travail avec compétence, le Ministre devra en répondre devant le Parlement. Tout le système d'organisation et d'administration ministérielles s'appuie sur l'idée qu'étant responsables devant le Parlement, les ministres feront en sorte que les tâches importantes soient confiées à des fonctionnaires expérimentés. S'ils ne le font pas, c'est au Parlement qu'on devra se plaindre de leurs agissements.

Je passe maintenant à ce que j'ai appelé le contrôle parlementaire. En vertu de l'article 106 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*,⁹ les fonds du gouvernement fédéral ne peuvent être dépensés que sur autorisation du Parlement. Pour empêcher qu'un contrat ne respectant pas cette exigence puisse produire des effets, bien que le

⁸ [1943] 2 All E.R. 560, per Lord Greene, M.R., at page 563.

⁹ Section 106 reads as follows:

106. Subject to the several Payments by this Act charged on the Consolidated Revenue Fund of Canada, the same shall be appropriated by the Parliament of Canada for the Public Service.

⁸ [1943] 2 All E.R. 560, le maître des rôles Lord Greene à la page 563.

⁹ L'article 106 est ainsi rédigé:

106. Sujet aux différents paiements dont est grevé par le présent acte le fonds consolidé de revenu du Canada, ce fonds sera approprié par le Canada au service public.

is liable for all breaches of its legal obligations,¹⁰ the *Financial Administration Act* contains the following provisions:

25. (1) No contract or other arrangement providing for the payment of money by Her Majesty shall be entered into or have any force or effect unless the deputy head or other person charged with the administration of a service for which there is an appropriation by Parliament or an item included in estimates then before the House of Commons to which such payment will be charged certifies that there is a sufficient unencumbered balance available out of such appropriation or item to discharge any commitments under such contract or other arrangement that would, under the provisions thereof, come in course of payment during the fiscal year in which the contract or other arrangement was entered into. [The underlining is mine.]

33. It is a term of every contract providing for the payment of any money by Her Majesty that payment thereunder is subject to there being an appropriation for the particular service for the fiscal year in which any commitment thereunder would come in course of payment.¹¹

(No Defence has been raised in this case based on these provisions, so there is no particular point in referring to them except for completeness of background to the pleadings in this case and to compare the words in section 25(1), viz: "No contract . . . providing for the payment of money by Her Majesty shall . . . have any force or effect unless the deputy head . . . certifies that there is a sufficient unencumbered balance available . . ." with the comparable words in section 34 of the *Financial Administration Act* and the *Government Contracts Regulations*.)

The third point of view from which the creation of government contracts must be considered is the *Government Contracts Regulations*, which have been made under section 34 of the *Financial*

gouvernement soit responsable de toute violation de ses obligations juridiques¹⁰, la *Loi sur l'administration financière* contient les dispositions suivantes:

a 25. (1) Nul contrat ou autre arrangement stipulant le paiement d'une somme d'argent par Sa Majesté ne doit être conclu ni avoir vigueur ou effet à moins que le sous-chef ou quiconque est chargé à un autre titre de l'administration d'un service pour lequel il existe un crédit parlementaire ou pour lequel un poste est inclus dans des dépenses dont la Chambre des communes est alors saisie sur lesquelles ce paiement sera imputé, ne certifie qu'il existe sur ce crédit ou poste un solde disponible non grevé suffisant pour l'exécution de tous engagements découlant de ce contrat ou autre arrangement qui, en vertu des stipulations de ces derniers, viendraient à échéance pendant l'année financière où le contrat ou autre arrangement a été conclu. [C'est moi qui souligne.]

b 33. Chaque contrat prévoyant le paiement d'une somme d'argent par Sa Majesté renferme essentiellement la stipulation que le paiement y mentionné est assujéti à l'existence d'un crédit concernant le service particulier pour l'année financière où un engagement sous son régime viendrait en cours de paiement.¹¹

c (En l'espèce on n'a soulevé aucune défense fondée sur ces dispositions, il n'est donc pas nécessaire de s'y référer sauf pour dresser un tableau complet des plaidoiries et de comparer les expressions utilisées à l'article 25(1), savoir: «Nul contrat . . . stipulant le paiement d'une somme d'argent par Sa Majesté ne doit . . . avoir vigueur ou effet à moins que le sous-chef . . . ne certifie qu'il existe . . . un solde disponible non grevé suffisant . . . » avec les expressions équivalentes de l'article 34 de la *Loi sur l'administration financière* et du *Règlement sur les marchés de l'État*.)

d Le troisième point de vue duquel on doit examiner la formation des contrats du gouvernement est celui du *Règlement sur les marchés de l'État*, h établi sous l'empire de l'article 34 de la *Loi sur*

¹⁰ Compare section 57(3) of the *Federal Court Act*, which reads:

There shall be paid out of the Consolidated Revenue Fund any money or costs awarded to any person against the Crown in any proceedings in the Court.

In effect, this provision enables monies to be paid out of public funds in accordance with a Court judgment even though there is no parliamentary appropriation other than section 57(3) authorizing such payment.

¹¹ Compare *Churchward v. The Queen* (1865) L.R. 1 Q.B. 173, and *Commercial Cable Company v. Government of Newfoundland* [1916] 2 A.C. 610.

¹⁰ Comparez avec l'article 57(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*, ainsi libellé:

Les sommes d'argent ou dépens adjugés à une personne contre la Couronne, dans toutes procédures devant la Cour, doivent être prélevés sur le Fonds du revenu consolidé.

En réalité, cette disposition permet de payer avec des fonds publics conformément à une décision de la Cour, même si l'article 57(3) est le seul crédit parlementaire autorisant ce paiement.

¹¹ Comparer avec les arrêts *Churchward c. La Reine* (1865) L.R. 1 Q.B. 173, et *Commercial Cable Company c. Le Gouvernement de Terre-Neuve* [1916] 2 A.C. 610.

Administration Act, which section reads as follows:

34. The Governor in Council may make regulations with respect to the conditions under which contracts may be entered into and, notwithstanding any other Act,

(a) may direct that no contract by the terms of which payments are required in excess of such amount or amounts as the Governor in Council may prescribe shall be entered into or have any force or effect unless entry into the contract has been approved by the Governor in Council or the Treasury Board; [The underlining is mine.]

The relevant provisions in the *Government Contracts Regulations* would appear to be the following:

6. Except as provided in these Regulations, no contract shall be entered into without the approval of the Treasury Board.

PART III.

SERVICE CONTRACTS.

Tenders.

14. Before a service contract is entered into the contracting authority shall invite tenders except in such cases or classes of cases as the contracting authority considers the invitation of tenders not to be in the public interest.

Entry into Service Contracts.

15. (1) A contracting authority may, without the approval of the Treasury Board, enter into a service contract (other than a contract that results in the appointment or employment of a person as an officer, clerk or employee of Her Majesty) for any of the following purposes:

(e) for transportation services other than those described in paragraph (d) and for the hire or charter of vehicles, vessels or aircraft if

(i) the amount payable under the contract does not exceed twenty-five thousand dollars, or

(ii) the amount payable under the contract exceeds twenty-five thousand dollars but does not exceed fifty thousand dollars and not less than two tenders have been obtained and the lowest accepted;¹²

The final special provision of our statute law that, I think, should be mentioned here in connection with Department of Transport contracts is section 15 of the *Department of Transport Act*, which reads as follows:

15. No deed, contract, document or writing relating to any matter under the control or direction of the Minister is binding

¹² Apparently Treasury Board had, in effect, increased this amount of \$50,000 to \$350,000 by way of a letter to the Deputy Minister of Transport, in so far as "a contract for a charter of a vessel" by that Department was concerned.

l'administration financière, ainsi libellé:

34. Le gouverneur en conseil peut établir des règlements sur les conditions auxquelles les contrats peuvent être conclus et, nonobstant toute autre loi,

a) peut ordonner qu'aucun contrat aux termes duquel des paiements sont requis au delà du montant ou des montants que le gouverneur en conseil peut prescrire ne sera conclu ou n'aura vigueur ou effet, sauf si la conclusion du contrat a été approuvée par le gouverneur en conseil ou le conseil du Trésor; [C'est moi qui souligne.]

Les dispositions pertinentes du *Règlement sur les marchés de l'État* semblent être les suivantes:

6. Sous réserve des dispositions du présent règlement, nul marché ne doit être conclu sans l'agrément du Conseil du Trésor.

PARTIE III.

MARCHÉS DE SERVICE.

Soumissions.

14. Avant qu'il ne soit conclu de marché de service, l'autorité contractante doit solliciter des soumissions, sauf dans les cas ou catégories de cas où l'autorité contractante considère que la sollicitation de soumissions n'est pas d'intérêt public.

Conclusion de marchés de service.

15. (1) Une autorité contractante peut, sans l'agrément du Conseil du Trésor, conclure un marché de service (autre qu'un marché ayant pour effet de nommer ou d'employer une personne à titre de fonctionnaire, de commis ou d'employé de Sa Majesté) à l'une quelconque des fins suivantes:

e) Services de transport autres que ceux qui sont prévus à l'alinéa d) ou le louage ou l'affrètement de véhicules, vaisseaux ou avions si

(i) le montant payable en vertu du marché ne dépasse pas vingt-cinq mille dollars, ou

(ii) le montant payable en vertu du marché dépasse vingt-cinq mille dollars, mais ne dépasse pas cinquante mille dollars, et au moins deux soumissions ont été obtenues dont la plus basse a été acceptée;¹²

Je pense qu'il faut se référer en l'espèce à une dernière disposition spéciale de nos lois, en ce qui concerne les contrats du ministère des Transports: l'article 15 de la *Loi sur le ministère des Transports*, ainsi rédigé:

15. Nul titre, contrat, document ou écrit se rattachant à quelque affaire sous la direction ou la gestion du Ministre ou

¹² Il semble que le conseil du Trésor, par une lettre adressée au sous-ministre des Transports, avait effectivement augmenté ce montant de \$50,000 à \$350,000 en ce qui concerne «les contrats pour l'affrètement de vaisseaux» par ce ministère.

upon Her Majesty unless it is signed by the Minister, or unless it is signed by the Deputy Minister and countersigned by the Secretary of the Department, or unless it is signed by some person specially authorized in writing by the Minister for that purpose; and such authority from the Minister to any person professing to act for him shall not be called in question except by the Minister or by some person acting for him or for Her Majesty.¹³

Having referred in this somewhat sketchy fashion to the background of rules governing public servants in the Department of Transport carrying on contracting operations on behalf of the Federal Government, it is appropriate now to refer to the pleadings in this action.

Leaving aside the allegations of facts summarized above, which were either admitted or proved at the trial of the action, certain allegations that do not seem to be material and allegations relating to *quantum* of damages (which question has not been put in issue on this appeal), the only portion of the pleadings to which reference need be made are those parts of the Defence raising special defences that read as follows:

3.—Plaintiff was not advised by the Defendant through a duly authorized representative of the Department of Transport that its tender of the "M.V. Theokletos" had been accepted.¹⁴

7.—The Charter Party agreement referred to in paragraph 8 of the Declaration had not been signed nor duly executed by a duly authorized representative of the Minister of Transport when Plaintiff was advised that only Canadian Flag vessels would be used for the 1970 Arctic Resupply Program.

¹³ This section must be read in the light of *The Queen v. Henderson* (1898) 28 S.C.R. 425; and *Dominion Building Corporation v. The King* [1933] A.C. 533.

¹⁴ Paragraphs 5 and 6 of the Defence barely warrant mention. They read as follows:

5.—Defendant's invitation to tender dated May 13, 1970, for its Arctic Resupply Program contained the following provision: "Canadian owned and registered vessels may be given preference, having regard to cost and suitability. Ice strengthened vessels may be given special consideration again having regard to cost and suitability . . .".

6.—Plaintiff was fully aware and knew of the above cited provision.

The clause in the invitation to tender referred to in paragraph 5 might have warranted accepting a tender not otherwise acceptable. Once a tender to which it did not apply was accepted, however, the provision must be regarded as of no relevance.

relevant de lui, ne lie Sa Majesté, à moins qu'il ne soit signé par le Ministre, ou à moins qu'il ne soit signé par le sous-ministre et contresigné par le secrétaire du ministère, ou à moins qu'il ne soit signé par quelque personne que le Ministre a spécialement autorisée par écrit à cet effet; et cette autorisation du Ministre à une personne qui prétend agir en son nom ne peut être contestée que par le Ministre ou par une personne qui agit en son nom ou au nom de Sa Majesté.¹³

Après avoir évoqué les grandes lignes des règles régissant les opérations contractuelles menées par les fonctionnaires du ministère des Transports au nom du gouvernement fédéral, il y a lieu maintenant d'examiner les plaidoiries en l'espèce.

Laisant de côté les allégations de faits résumées ci-dessus, qui ont été soit admises ou prouvées à l'audience, ainsi que certaines allégations qui ne semblent pas pertinentes et celles relatives au montant des dommages (question qui n'a pas été soulevée en l'espèce), la seule partie des plaidoiries à laquelle on doive se référer concerne les points de la défense soulevant les moyens spéciaux suivants:

[TRADUCTION] 3.—La défenderesse n'a pas, par l'intermédiaire d'un représentant dûment autorisé du ministère des Transports, avisé la demanderesse que son offre relative au «N.M. Theokletos» avait été acceptée.¹⁴

7.—Au moment où la demanderesse a été informée que seuls les navires battant pavillon canadien seraient utilisés pour le programme de réapprovisionnement de l'Arctique en 1970, la charte-partie visée au paragraphe 8 de la déclaration avait été ni signée ni dûment approuvée par un représentant dûment autorisé du ministre des Transports.

¹³ Cet article doit être interprété à la lumière des arrêts *La Reine c. Henderson* (1898) 28 R.C.S. 425 et *Dominion Building Corporation c. Le Roi* [1933] A.C. 533.

¹⁴ Il est à peine nécessaire de mentionner les paragraphes 5 et 6 de la défense, ainsi rédigés:

[TRADUCTION] 5.—L'appel d'offre de la demanderesse en date du 13 mai 1970 pour le programme de réapprovisionnement de l'Arctique contenait la clause suivante: «Compte tenu du prix et de la qualité, on pourra donner la préférence à des navires appartenant à des Canadiens et immatriculés au Canada. Les navires équipés pour affronter la glace seront spécialement pris en considération, compte tenu encore une fois du prix et de la qualité . . .».

6.—La demanderesse était parfaitement au courant de la clause précitée et la connaissait.

La clause de l'appel d'offres visée au paragraphe 5 aurait pu justifier l'acceptation d'une offre par ailleurs inacceptable. Une fois acceptée une offre à laquelle elle ne s'appliquait pas, cette clause doit être considérée comme sans effet.

8.—Plaintiff of his own accord decided to withdraw its tender of the “M.V. Theokletos” on or about June 24, 1972.

9.—Defendant contends that no valid contract or charter party was ever entered for the “M.V. Theokletos” and that in any event Plaintiff terminated any prior negotiations for the execution of a contract by withdrawing his tender for the hire of the said vessel.

One argument that was put forward on these pleadings was that, because a written charterparty was contemplated, there was no completed contract when the tender was accepted. I entirely agree with the learned Trial Judge that there is no merit in this contention. It is clear that, from a business point of view,¹⁵ the deal in all its details was made when the tender was accepted. (If it were not, from both parties' points of view the whole exercise was a mere travesty.) Entering into a written charterparty was no doubt necessary as a matter of complying with subsequent legal and maritime requirements but, in my view, from the time of acceptance of tender each of the parties was bound by the deal and each of them was entitled to insist on compliance by the other with the requirements of the deal. In other words, just prior to the repudiation, the Government was entitled to receive a charterparty containing the terms agreed upon so that it could carry out the necessary supplying of Arctic ports. (At that late date it was almost certainly impracticable to make alternative arrangements.) Similarly, the respondent was entitled, at that time, to have the Government accept a charterparty, on the agreed terms, of the vessel that, once the tender was accepted, it dedicated to this contract. (At that late date it was almost certainly too late to make alternative arrangements to utilize it for equivalent profit-making operations.)¹⁶

¹⁵ It was clearly the practice in that trade to use the word “fixture” to indicate the time when the deal was entered into (before the execution of a charterparty); and in this case, all concerned were in agreement that there was a “fixture” when the tender was accepted.

¹⁶ To suggest that the parties contemplated no binding contract until, in the ordinary course of departmental administration, formal charterparties were signed—a process that would probably outlast the movement of supplies to the Arctic—is to contemplate an arrangement too unrealistic and outside sound commercial practice to be attributed either to senior public servants or to experienced business people.

8.—Le 24 juin 1972 ou vers cette date, la demanderesse, de son plein gré, a décidé de retirer son offre relative au «N.M. Theokletos».

9.—La défenderesse soutient qu'aucun contrat ou charte-partie valable n'a été conclu au sujet du «N.M. Theokletos» et qu'en tout cas la demanderesse a mis fin aux négociations préalables en vue de la conclusion d'un contrat en retirant son offre de louer ledit navire.

Dans ces plaidoiries, on a avancé un argument selon lequel aucun contrat ne s'était formé au moment de l'acceptation de l'offre, parce qu'on envisageait une charte-partie écrite. J'approuve entièrement le savant juge de première instance quand il déclare qu'il n'y a aucun fondement à cet argument. Il est certain que, du point de vue commercial,¹⁵ le marché dans tous ces détails a été conclu au moment de l'acceptation de l'offre. (Si ce n'était pas le cas, toute l'affaire était une farce du point de vue des deux parties.) Il était certes nécessaire de conclure une charte-partie écrite pour se conformer aux exigences légales et maritimes ultérieures, mais, à mon avis, dès le moment de l'acceptation de l'offre, chaque partie était liée par le marché et avait le droit d'exiger de l'autre le respect des conditions du marché. En d'autres termes, juste avant la résiliation, le gouvernement pouvait réclamer une charte-partie contenant les conditions convenues pour qu'il puisse assurer l'approvisionnement nécessaire des ports de l'Arctique. (A ce moment, il était fort probablement trop tard pour trouver une solution de rechange.) De même, l'intimée, à ce moment, pouvait exiger que le gouvernement accepte, aux conditions convenues, la charte-partie du navire qu'il avait affecté à ce contrat dès l'acceptation de l'offre. (A ce moment, il était fort probablement trop tard pour trouver une solution de rechange permettant d'utiliser le navire pour des opérations aussi lucratives.)¹⁶

¹⁵ Il était nettement d'usage dans ce commerce d'utiliser le mot «marché» pour indiquer le moment de conclusion d'une affaire (avant la signature d'une charte-partie); en l'espèce, toutes les parties concernées ont admis qu'il y a eu «marché» à l'acceptation de l'offre.

¹⁶ Soutenir que les parties n'envisageaient pas de se lier par contrat avant que, dans le cadre des activités ministérielles normales, des chartes-parties en due forme fussent signées—ce qui probablement interviendrait après l'approvisionnement de l'Arctique—revient à imaginer un arrangement trop irréaliste et étranger aux saines pratiques commerciales pour être attribué à des fonctionnaires supérieurs ou à des hommes d'affaires expérimentés.

Once it is found, as I think it must be on the evidence in this case, that there was a completed contract to enter into a charterparty when the tender was accepted, and that that contract was repudiated by the appellant in such manner as to be a breach (anticipatory) of such contract, it becomes clear that the defences contained in paragraphs 7, 8 and 9 of the Defence fail as defences to such breach of contract. That leaves only paragraph 3, which is that the respondent was not "advised" by the appellant through "a duly authorized representative of the Department of Transport" that its "tender... had been accepted." On these three aspects, which are questions of fact, all the evidence and the learned Trial Judge's findings are against the appellant. It follows that the defence contained in paragraph 3 of the Defence also fails.

For the above reasons, I am of opinion that the appeal must be dismissed with costs.

However, before parting with the matter, I deem it advisable to comment on the arguments, apart from the defences contained in the Defence, that were put before us both by the memorandum filed on behalf of the appellant in this Court and by counsel for the appellant during the course of argument, even though, in my view, such arguments are not open to the appellant on this appeal because they are based on facts that were not put in issue at the trial.¹⁷

¹⁷ Compare *SS. "Tordenskjold" v. SS. "Euphemia"* (1909) 41 S.C.R. 154, and *The Tasmania* (1890) 15 A.C. 223, per Lord Herschell, at page 225:

My Lords, I think that a point such as this, not taken at the trial, and presented for the first time in the Court of Appeal, ought to be most jealously scrutinised. The conduct of a cause at the trial is governed by, and the questions asked of the witnesses are directed to, the points then suggested. And it is obvious that no care is exercised in the elucidation of facts not material to them.

See also, re a possible amendment at this late stage, Rule 420, which reads:

Rule 420. (1) The Court may, on such terms, if any, as seem just, at any stage of an action, allow a party to amend his pleadings, and all such amendments shall be made as may be necessary for the purpose of determining the real question or questions in controversy between the parties.

(Continued on next page)

Dès qu'il est établi—et je pense que la preuve l'établit en l'espèce—qu'il existait, au moment de l'acceptation de l'offre, un contrat valable en vue d'une charte-partie, et que le contrat a été résilié par l'appelante en violation (anticipée) des termes dudit contrat, il devient évident que les arguments contenus dans les paragraphes 7, 8 et 9 de la défense ne peuvent justifier une telle violation du contrat. Il ne reste que le paragraphe 3 où il est dit que l'appelante n'a pas, par l'intermédiaire d'un représentant dûment autorisé du ministère des Transports, «avisé» l'intimée que son «offre... avait été acceptée». Sur ces trois points, qui sont des questions de fait, toutes les preuves ainsi que les conclusions du savant juge de première instance vont à l'encontre de l'appelante. Il s'ensuit que l'argument invoqué au paragraphe 3 de la défense ne tient pas non plus.

Pour les raisons susmentionnées, j'estime que l'appel doit être rejeté avec dépens.

Cependant, avant d'en terminer, j'estime qu'il est judicieux de commenter les moyens soulevés, non pas dans la défense, mais dans l'exposé déposé au nom de l'appelante à cette cour et au cours des débats par son avocat, même si, à mon avis l'appelante ne pouvait pas les soulever dans cet appel parce qu'ils sont fondés sur des faits qui n'ont pas été débattus en première instance.¹⁷

¹⁷ Comparer avec l'arrêt *NM. "Tordenskjold" c. NM. "Euphemia"* (1909) 41 R.C.S. 154, et *Le Tasmania* (1890) 15 A.C. 223, où lord Herschell déclarait à la page 225:

[TRADUCTION] Mes Seigneurs, je pense qu'on devrait examiner d'une manière très minutieuse un point comme celui-ci, qui n'a pas été soulevé en première instance et est présenté pour la première fois en cours d'appel. Le déroulement d'un procès en première instance est commandé par les points qui y sont soulevés et les questions posées aux témoins s'y rapportent. Et il est évident qu'on ne se soucie pas d'élucider les faits qui ne concernent pas ces points.

Voir aussi, au sujet de la possibilité d'amender les plaidoiries à ce stade avancé, la Règle 420 ainsi libellée:

Règle 420. (1) La Cour pourra, aux conditions qui semblent justes le cas échéant, à tout stade d'une action, permettre à une partie d'amender ses plaidoiries, et tous les amendements nécessaires seront faits aux fins de déterminer la ou les véritables questions en litige entre les parties.

(Suite à la page suivante)

The first such argument, as I understand it, is based on the contention that, by reason of the *Government Contracts Regulations*, no contract was created by the acceptance of tender. This argument is in effect that the contract to enter into a charterparty of the *Theokletos* was a contract under which the amount payable exceeded \$350,000, that Treasury Board approval was, therefore, necessary for such a contract, and that no such approval was obtained. These facts were not pleaded nor made the subject matter, as such, of discovery or evidence at trial. In my view, the onus was on the appellant to plead such a defence (with the facts on which it was based) in its Defence. This follows from Rules 408(4) and 409, which read as follows:

Rule 408. (4) A statement that a thing has been done or that an event has occurred, being a thing or event the doing or occurrence of which, as the case may be, constitutes a condition precedent necessary for the case of a party, is to be implied in his pleading.

Rule 409. A party shall plead specifically any matter (for example, performance, release, a statute of limitation, prescription, fraud or any fact showing illegality)

- (a) that he alleges makes a claim or defence of the opposite party not maintainable,
- (b) that, if not specifically pleaded, might take the opposite party by surprise, or
- (c) that raises issues of fact not arising out of the preceding pleading.

In my view, justice requires that any defence based on special statutory provisions must be pleaded, particularly if it is based on specific facts, so that the opposite party may have discovery with regard to such facts and prepare to adduce evidence with regard thereto. This is all the more so when such defence is based on an indoor housekeeping rule applicable to government administration and is being used by the Government as against an out-

(Continued from previous page)

(2) No amendment shall be allowed under this Rule

(a) except upon terms designed to protect all parties so far as discovery and preparation for trial are concerned, and

(b) during or after trial, except to make the pleadings accord with the issues on which all parties went to trial or on terms that there be a new trial, or that the other parties otherwise be given an opportunity for such discovery and preparation for trial as may be necessary to meet the new or amended allegations.

Si j'ai bien compris, le premier de ces moyens est fondé sur la thèse selon laquelle, en raison du *Règlement sur les marchés de l'État*, aucun contrat ne s'était formé par l'acceptation de l'offre.

a D'après ce moyen, le contrat en vue de la charte-partie du *Theokletos* était un contrat en vertu duquel le montant payable dépassait \$350,000; l'agrément du conseil du Trésor était donc nécessaire à ce contrat, et cet agrément n'a pas été obtenu. Ces faits n'ont pas été plaidés et n'ont pas fait l'objet, en tant que tel, de communication ou de preuves à l'audience. A mon avis, il appartenait à l'appelante de soulever ce moyen (avec les faits à l'appui) dans sa défense. Cela découle des Règles c 408(4) et 409, ainsi libellées:

Règle 408. (4) La déclaration qu'une chose a été faite ou qu'un événement s'est produit, lorsque ce fait constitue une condition préalable sur laquelle doivent nécessairement se fonder les conclusions d'une partie, doit être considérée comme implicitement énoncée dans sa plaidoirie.

Règle 409. Une partie doit plaider spécifiquement toute question (par exemple l'exécution, la décharge, une loi de prescription, la fraude ou tout fait impliquant une illégalité)

- a) qui, selon ses allégations, empêche de faire droit à une demande ou une défense de la partie opposée,
- b) qui, si elle n'est pas spécifiquement plaidée, pourrait prendre la partie opposée par surprise, ou
- c) qui soulève des questions de fait ne découlant pas des plaidoiries antérieures.

f A mon avis, la justice exige que tout moyen de défense, fondé sur les dispositions spéciales d'une loi, soit plaidé, particulièrement s'il est fondé sur des faits précis, pour que la partie adverse puisse prendre connaissance de ces faits et se préparer à produire des preuves s'y rapportant. Il en est d'autant plus ainsi lorsque ce moyen de défense est fondé sur une règle à usage interne, applicable à l'administration publique et est invoqué par le

(Suite de la page précédente)

(2) Aucun amendement ne doit être permis en vertu de la présente Règle

a) sauf à des conditions destinées à protéger toutes les parties quant à la communication, l'interrogatoire préalable et la préparation de l'instruction, et

b) pendant ou après l'instruction, sauf pour faire concorder les plaidoiries avec les questions en litige sur lesquelles les parties sont allées en justice ou à condition qu'il y ait une nouvelle instruction, ou que les autres parties obtiennent par ailleurs la possibilité de communication, d'interrogatoire préalable et de préparation de l'instruction qui peuvent leur être nécessaires pour répondre aux allégations nouvelles ou amendées.

side claimant. To permit an amendment on appeal to raise a defence based on facts not so pleaded and litigated at trial would open the door to possibilities of rank injustice. In my view (leaving aside the question as to the amount that would be payable under the contract, which is not at all clear), when the Crown, by its Defence, did not plead that necessary Treasury Board authority was not obtained before advertising for tenders, or at least before accepting a tender, it must be assumed, as a matter of fact, that such authority was obtained.¹⁸ In any event, unless, as contemplated by section 34 of the *Financial Administration Act*, the *Government Contracts Regulations* contain a special direction, which I have not been able to find, that no contract shall "have any force or effect" unless entry into such contract has been authorized by Treasury Board, if it is for a higher amount than that prescribed by the regulation, I think it is very doubtful that failure to obtain such an authority is any more than a breach of a requirement as between departmental officers and their superiors and it does not follow, in my view, that such a failure necessarily invalidates an otherwise valid contract. In this connection, it is to be noted that the only requirement for Treasury Board authority is the *Government Contracts Regulations*, which were made under authority of that part of section 34 of the *Financial Administration Act* that authorized regulations with respect to the conditions under which "contracts may be entered into" and was not either

(a) a direction made in the exercise of the authority under section 34 to "direct" that certain contracts not have "any force or effect"; or

(b) a part of the contract-making authority, such as was found in *The King v. Vancouver Lumber Co.*;¹⁹ *Mackay v. Attorney-General for*

gouvernement contre un tiers demandeur. Permettre en appel une modification visant à soulever un moyen de défense fondé sur des faits non plaidés et non débattus en première instance ouvrirait la porte à des possibilités d'injustice grossière. A mon avis, (laissant de côté le montant qui serait payable en vertu du contrat et qui n'est pas bien établi) lorsque la Couronne, dans sa défense, n'a pas soutenu qu'on n'avait pas obtenu l'autorisation nécessaire du conseil du Trésor avant l'appel d'offres, ou tout au moins avant l'acceptation de l'offre, il faut présumer qu'en réalité une telle autorisation avait été obtenue.¹⁸ En tout cas, à moins que, comme prévu à l'article 34 de la *Loi sur l'administration financière*, le *Règlement sur les marchés de l'État* ne contienne une disposition spéciale, que je n'ai pas été en mesure de retrouver, précisant qu'aucun contrat «n'aura vigueur ou effet» sauf si la conclusion en a été autorisée par le conseil du Trésor, au cas où le contrat porte sur un montant supérieur à celui prescrit par le règlement, je doute fort que le défaut d'obtenir cette autorisation ne constitue rien d'autre que la violation d'une obligation existant entre les fonctionnaires du ministère et leurs supérieurs hiérarchiques et, à mon avis, il ne s'ensuit pas qu'un tel défaut vicie nécessairement un contrat par ailleurs valable. A ce sujet, il faut noter que la nécessité de l'autorisation du conseil du Trésor découle uniquement du *Règlement sur les marchés de l'État*, établi sous l'empire de la partie de l'article 34 de la *Loi sur l'administration financière* qui autorise l'établissement de règlements sur les conditions auxquelles «les contrats peuvent être conclus» et non pas

a) d'une directive prise dans l'exercice du pouvoir, conféré par l'article 34, d'«ordonner» que certains contrats n'aient «vigueur ou effet»; ou

b) d'une partie du pouvoir de conclure des contrats dont il était question dans les arrêts *Le Roi c. Vancouver Lumber Co.*,¹⁹ *Mackay c. Le pro-*

¹⁸ Contrast *The King v. Vancouver Lumber Co.* (1920) 50 D.L.R. 6, per Viscount Haldane at page 9, and *Mackay v. Attorney-General for British Columbia* [1922] 1 A.C. 457, per Viscount Haldane at page 461, in both of which cases, any such inference was rebutted by evidence that the requisite authority had not been granted.

¹⁹ (1920) 50 D.L.R. 6.

¹⁸ Comparer avec *Le Roi c. Vancouver Lumber Co.* (1920) 50 D.L.R. 6, le vicomte Haldane à la page 9, et *Mackay c. Le procureur-général de la Colombie-Britannique* [1922] 1 A.C. 457, le vicomte Haldane à la page 461; dans les deux cas une telle supposition a été réfutée par la preuve que l'autorisation nécessaire avait été accordée.

¹⁹ (1920) 50 D.L.R. 6.

*British Columbia*²⁰ and *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*.²¹*

The other argument that is not raised by the pleadings is that the contract is invalid by virtue of section 15 of the *Department of Transport Act* which I repeat for convenience, viz:

15. No deed, contract, document or writing relating to any matter under the control or direction of the Minister is binding upon Her Majesty unless it is signed by the Minister, or unless it is signed by the Deputy Minister and countersigned by the Secretary of the Department, or unless it is signed by some person specially authorized in writing by the Minister for that purpose; and such authority from the Minister to any person professing to act for him shall not be called in question except by the Minister or by some person acting for him or for Her Majesty.

As already indicated, I am not inclined to adopt the view of the learned Trial Judge that this section does not apply to the branch of public business involved in this appeal. In my view, however, the section cannot be accepted as a good defence to the claim involved in this appeal because

(a) having regard to the dictum of Taschereau J. in *The Queen v. Henderson*,²² at pages 432-33, it is only applicable to a "written contract" and the contract in this case being con-

²⁰ [1922] 1 A.C. 457.

²¹ [1949] 2 D.L.R. 17 (Ex.) and [1950] S.C.R. 211.

* If there were a statutory necessity for Treasury Board or Governor in Council authority as a condition precedent to a valid contract that had been properly raised by the pleadings, I should have grave doubt that the Crown could have been estopped from relying on it as suggested by the learned Trial Judge. Compare *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King* [1950] S.C.R. 211, per Rand J. at page 220: "... there can be no estoppel in the face of an express provision of a statute", and *Gooderham & Worts Ltd. v. C.B.C.* [1947] A.C. 66.

²² (1898) 28 S.C.R. 425.

*cureur-général de la Colombie-Britannique*²⁰ et *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. Le Roi*.²¹*

L'autre argument qui n'a pas été soulevé dans les plaidoiries est que le contrat n'est pas valable en vertu de l'article 15 de la *Loi sur le ministère des Transports* que je reproduis à nouveau pour plus de commodité:

15. Nul titre, contrat, document ou écrit se rattachant à quelque affaire sous la direction ou la gestion du Ministre ou relevant de lui, ne lie Sa Majesté, à moins qu'il ne soit signé par le Ministre, ou à moins qu'il ne soit signé par le sous-ministre et contresigné par le secrétaire du ministère, ou à moins qu'il ne soit signé par quelque personne que le Ministre a spécialement autorisée par écrit à cet effet; et cette autorisation du Ministre à une personne qui prétend agir en son nom ne peut être contestée que par le Ministre ou par une personne qui agit en son nom ou au nom de Sa Majesté.

Comme je l'ai déjà dit, je ne suis pas favorable au point de vue du savant juge de première instance selon lequel cet article ne s'applique pas au genre d'affaires publiques dont il est question dans cet appel. Cependant à mon avis, on ne peut se fonder sur cet article pour s'opposer à la réclamation qui fait l'objet du présent appel parce que

a) compte tenu de la déclaration faite en passant par le juge Taschereau dans l'arrêt *La Reine c. Henderson*²² aux pages 432 et 433, il ne s'applique qu'aux «contrats écrits» et le

²⁰ [1922] 1 A.C. 457.

²¹ [1949] 2 D.L.R. 17 (C.É.) et [1950] R.C.S. 211.

* Si une loi avait prescrit l'autorisation du conseil du Trésor ou du gouverneur en conseil comme condition préalable à la validité du contrat et que ce point ait été régulièrement invoqué dans les plaidoiries, je doute fort que l'on pût empêcher la Couronne de s'en prévaloir comme l'a déclaré le savant juge de première instance. Comparer avec l'arrêt *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club c. Le Roi* [1950] R.C.S. 211, où le juge Rand déclarait à la page 220: [TRADUCTION] «... il ne peut y avoir de déchéance en présence d'une disposition de loi expresse», et avec *Gooderham & Worts Ltd. c. C.B.C.* [1947] A.C. 66.

²² (1898) 28 R.C.S. 425.

stituted by an oral acceptance of a written "bid" is not such a contract,²³ and

(b) it has not been pleaded or established that the officer by whom the bid was accepted was not a "person specially authorized in writing by the Minister for that purpose" and "such authority from the Minister to any person professing to act for him" cannot, by virtue of section 15, "be called in question except by the Minister or some person acting for him or for Her Majesty"; when such a challenge, which is of a factual nature, was not made when the facts were being litigated, it is, in my view, too late to make it on an appeal.

* * *

THURLOW J.: I concur.

* * *

HYDE D.J.: I concur.

contrat en l'espèce, formé par l'acceptation orale d'une «offre» écrite, n'en est pas un²³, et

b) on n'a pas soutenu ni établi que le fonctionnaire qui a accepté l'offre n'était pas une «personne que le Ministre a spécialement autorisée par écrit à cet effet» et que «cette autorisation du Ministre à une personne qui prétend agir en son nom» ne peut, en vertu de l'article 15, «être contestée que par le Ministre ou par une personne qui agit en son nom ou au nom de Sa Majesté»; lorsqu'on n'a pas soulevé un tel moyen, qui est une question de fait, au moment où les faits ont été débattus, il est, à mon avis trop tard pour le faire en appel.

* * *

LE JUGE THURLOW: J'y souscris.

* * *

LE JUGE SUPPLÉANT HYDE: J'y souscris.

²³ See also *Dominion Building Corporation v. The King* [1933] A.C. 533. I realize that there was evidence that Mr. Jacques Fortier had authority to sign documents on behalf of the Minister but my impression was that such documents were of a formal character and that such evidence did not exclude the possibility of others having authority to sign informal documents in the ordinary course of departmental business.

²³ Voir aussi l'arrêt *Dominion Building Corporation c. Le Roi* [1933] A.C. 533. Je me rends compte qu'il était établi que Jacques Fortier avait le pouvoir de signer des documents au nom du Ministre mais j'avais l'impression qu'il s'agissait de documents de nature officielle et que la preuve n'excluait pas que d'autres personnes pouvaient détenir le pouvoir de signer les documents ordinaires pour les affaires courantes du ministère.