

A-1624-83

A-1624-83

**Best Cleaners and Contractors Ltd. (Appellant)**

v.

**The Queen in right of Canada (Respondent)**

Court of Appeal, Pratte, Mahoney and Hugessen JJ.—Ottawa, March 14, 15 and 27, 1985.

*Evidence — Clerk of Privy Council filing certificate pursuant to Canada Evidence Act s. 36.3 objecting to disclosure of information before Court on ground information confidence of Queen's Privy Council for Canada — Gist of information already produced on discovery — S. 36.3 protecting against compulsion of disclosure of information, not receipt thereof in evidence if available otherwise — To maintain confidentiality solely against Court would imply Parliamentary intention to permit filing of certificate to obstruct justice while serving no apparent legitimate purpose — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 36.3 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4) — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41 (rep. idem, s. 3).*

*Crown — Contracts — Tenders — Call for two-year contract providing for possible two-year extension — After tenders opened, government official telephoned competing tenderer to propose four-year contract — Recommendation to award four-year contract not followed but competing tenderer awarded two-year contract — Issue whether contract sham, being for two years in form but for four years in substance — Trial Judge erred in granting motion for non-suit in view of evidence two-year contract sham — Interest of justice calling for new trial — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 339.*

The appellant was the unsuccessful tenderer for a contract for the operation and maintenance of Frobisher Bay Airport. It was to be a two-year contract, with a possible two-year extension at the price indicated in the tender. After the bids were received, an official of the Department of Transport contacted Tower Arctic Limited, the competing tenderer, to propose a four-year contract, to which Tower agreed. The Department's recommendation to Treasury Board that a four-year contract be entered into was not accepted and only a two-year contract with Tower was authorized even though the appellant's bid for the first two years was lower. The tender documents did say, however, that the lowest or any tender would not necessarily be accepted.

**Best Cleaners and Contractors Ltd. (appelante)**

c.

**La Reine du chef du Canada (intimée)**

Cour d'appel, juges Pratte, Mahoney et Hugessen—Ottawa, 14, 15 et 27 mars 1985.

*Preuve — Le greffier du Conseil privé a déposé, conformément à l'art. 36.3 de la Loi sur la preuve au Canada, un certificat par lequel il s'opposait à la divulgation de renseignements devant la Cour pour le motif qu'ils constituaient des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada — La teneur des renseignements avait déjà été révélée à l'interrogatoire au préalable — L'art. 36.3 protège de la contrainte de divulguer les renseignements et non de leur admission en preuve s'ils sont obtenus autrement — Le fait de préserver la confidentialité uniquement vis-à-vis de la Cour sous-entendrait l'intention du Parlement d'autoriser le dépôt d'un certificat en vue de faire obstruction à la justice et ce, sans aucun motif légitime apparent — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 36.3 (édité par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4) — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 41 (abrogé, idem, art. 3).*

*Couronne — Contrats — Appels d'offres — Appel d'offres au sujet d'un contrat d'une durée de deux ans qui pourrait être prolongé d'une durée additionnelle de deux ans — Après l'ouverture des soumissions, un fonctionnaire a téléphoné à l'un des soumissionnaires afin de lui proposer un contrat de quatre ans — La recommandation d'accorder un contrat pour une période de quatre années n'a pas été suivie mais le soumissionnaire contacté a obtenu un contrat d'une durée de deux années — La question qui se pose est de savoir si le contrat constituait un simulacre, s'il s'agissait d'un contrat de deux ans au plan de la forme mais de quatre ans quant au fond — Le juge de première instance a commis une erreur en accueillant la requête en non-lieu étant donné l'existence d'éléments de preuve tendant à établir que le contrat de deux ans n'était que de la frime — L'intérêt de la justice commande la tenue d'un nouveau procès — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 339.*

L'appelante a présenté, sans succès, une soumission en vue d'obtenir un contrat pour l'exploitation et l'entretien de l'aéroport de Frobisher Bay. Il s'agissait d'un contrat d'une durée de deux ans qui pourrait être prolongé pour une période additionnelle de deux ans au prix indiqué dans la soumission. Après réception des offres, un fonctionnaire du ministère des Transports a communiqué avec Tower Arctic Limited, l'autre soumissionnaire, afin de lui proposer un contrat d'une durée de quatre ans, que Tower a accepté. Le Ministère a recommandé au Conseil du Trésor qu'un contrat de quatre ans soit conclu mais sa recommandation n'a pas été acceptée et un contrat de deux ans seulement avec Tower a été autorisé même si l'offre de l'appelante pour les deux premières années était plus basse. Les documents de soumission prévoyaient toutefois que ni la soumission la plus basse ni aucune des soumissions ne seraient nécessairement acceptées.

The day before the trial of the action for damages against the Crown began, the Clerk of the Privy Council filed a certificate pursuant to subsection 36.3(1) of the *Canada Evidence Act* objecting to the disclosure of certain information already disclosed on discovery, on the ground that it constituted a confidence of the Queen's Privy Council for Canada. As a result, the Trial Judge excluded all this information alleged to be confidential and consequently dismissed the action on a motion of "non-suit".

This is an appeal from that decision.

*Held* (Pratte J. dissenting), the appeal should be allowed.

*Per* Mahoney J. (Hugessen J. concurring): In *Ron Engineering* the Supreme Court of Canada defined the relationship between the owner and a tenderer for a building contract. Two contracts are involved: contract A, arising forthwith upon the submission of the tender and contract B, the construction contract. Here, we are concerned with contract A pursuant to which the respondent is under the obligation not to award a contract except in accordance with the terms of the tender call. The stipulation that the lowest or any tender need not be accepted does not alter that. The issue is whether the contract was a sham, whether it was a two-year contract in form but a four-year contract in substance.

In order to answer the question of whether the Trial Judge could properly grant a non-suit, one must first look at the evidence and the admissibility of information excluded by the Trial Judge because of the filing of the certificate. It is clear that the gist of the information had already and without objection been produced on discovery. Section 36.3 protects against the compulsion of disclosure, not the receipt of information in evidence if it is available otherwise than by court order. In the present case, everyone with a legitimate interest has it except the Court. Maintenance of confidentiality against only the Court in such a case implies a Parliamentary intention to permit the filing of a certificate to obstruct the administration of justice while serving no apparent legitimate purpose. The certificate is not a bar to the admission in evidence of the documents and information in question.

There was, therefore, evidence tending to establish that the two-year contract entered into with Tower was a sham. The Trial Judge erred in construing the pleadings as estopping that contention. It follows that the Trial Judge erred in granting the motion for non-suit. As the practice in the case law allows, the Court finds that the interests of justice here call for a new trial.

*Per* Pratte J. (dissenting): The *Ron Engineering* decision is distinguishable since the Supreme Court there had to deal with rights and obligations that were clearly stipulated in the tender documents, whereas in the present case, terms prohibiting the Crown from negotiating with bidders and changing the terms of the proposed contract are only implied. They derive from an obligation to treat all bidders fairly and equally.

La veille du début de l'instruction de l'action en dommages-intérêts intentée contre la Couronne, le greffier du Conseil privé a déposé, conformément au paragraphe 36.3(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, un certificat dans lequel il s'opposait à la divulgation de certains renseignements déjà révélés à l'interrogatoire au préalable pour le motif qu'ils constituaient des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Par suite de quoi, le juge de première instance a exclu tous ces renseignements qu'on prétendait confidentiels et a, par conséquent, rejeté l'action sur une requête en «non-lieu».

*b* Appel est formé contre cette décision.

*Arrêt* (le juge Pratte dissident): l'appel devrait être accueilli.

Le juge Mahoney (avec l'appui du juge Hugessen): Dans l'arrêt *Ron Engineering*, la Cour suprême du Canada a défini la relation entre le propriétaire et un soumissionnaire dans le cadre d'un contrat d'entreprise. Deux contrats sont en cause: le contrat A qui prend naissance dès la présentation de la soumission et le contrat B qui constitue le contrat d'entreprise. En l'espèce, c'est le contrat A qui nous intéresse, contrat en vertu duquel l'intimée avait l'obligation de n'accorder un contrat qu'en conformité avec les modalités de l'appel d'offres. La stipulation suivant laquelle le Ministère n'acceptera pas nécessairement ni la plus basse ni aucune des soumissions ne vient pas changer cet état de chose. La question qui se pose est celle de savoir si le contrat était un simulacre, s'il s'agissait d'un contrat de deux ans au plan de la forme mais de quatre ans quant au fond.

*e* Afin de répondre à la question de savoir si le juge de première instance pouvait à juste titre accorder un non-lieu, il faut d'abord examiner les éléments de preuve et la recevabilité des renseignements exclus par le juge de première instance par suite du dépôt du certificat. Il est clair que la teneur des renseignements avait déjà été révélée à l'interrogatoire au préalable et ce, sans qu'aucune objection ne soit formulée. L'article 36.3 protège de la contrainte de divulguer ces renseignements et non de leur admission en preuve s'ils sont obtenus autrement que par une ordonnance du tribunal. En l'espèce, tous ceux qui possèdent un intérêt légitime dans ces renseignements les ont en mains sauf la Cour. Le fait de préserver la confidentialité de ces renseignements uniquement vis-à-vis de la Cour dans un tel cas sous-entend l'intention du Parlement d'autoriser le dépôt d'un certificat en vue de faire obstruction à l'administration de la justice et ce, sans aucun motif légitime apparent. Le certificat ne fait pas obstacle à la recevabilité en preuve des documents et des renseignements en cause.

*h* Il y avait donc des éléments de preuve tendant à établir que le contrat de deux ans conclu avec Tower n'était que de la frime. Le juge de première instance a fait erreur en concluant que les plaidoiries écrites empêchaient d'avancer un tel argument. Il s'ensuit qu'il a fait erreur en accueillant la requête en non-lieu. Comme le lui permet la pratique suivie dans la jurisprudence, la Cour estime que l'intérêt de la justice commande en l'espèce la tenue d'un nouveau procès.

*j* Le juge Pratte (dissident): Il faut établir une distinction avec l'arrêt *Ron Engineering* parce que dans cette affaire, la Cour suprême devait examiner des droits et obligations clairement stipulés dans les documents de soumission alors que, en l'espèce, les conditions interdisant à la Couronne d'entamer des négociations avec les soumissionnaires et de modifier les conditions du contrat envisagé ne sont qu'implicites. Elles découlent

There was no allegation and no evidence that this was a simulated transaction. There were no "illegal" negotiations, only a request to Tower asking whether it would agree to a four-year contract, and Tower's affirmative answer.

With respect to the Trial Judge's decision to exclude information on the basis of the certificate, the Court finds that, in any event, that evidence could not help the appellant. A recommendation that is not followed is not relevant. Documents that precede a proper and legal decision are also irrelevant. Once the decision to enter into a two-year contract had been made, the alleged irregularity could not conceivably be said to be prejudicial to the appellant's interests.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111; 119 D.L.R. (3d) 267; *McCleery v. The Queen*, [1974] 2 F.C. 352 (C.A.); *Hayhurst v. Innisfail Motors Ltd.*, [1935] 1 W.W.R. 385 (Alta. C.A.).

##### REFERRED TO:

*Active Construction Ltd. v. Routledge Gravel Ltd.* (1959), 27 W.W.R. 287 (B.C.C.A.); *McKenzie et al. v. Bergin et al.*, [1937] O.W.N. 200 (C.A.).

##### COUNSEL:

*Michael A. Kelen* for appellant.  
*M. F. Ciavaglia* for respondent.

##### SOLICITORS:

*Michael A. Kelen*, Ottawa, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

PRATTE J. (*dissenting*): This is an appeal from a judgment of the Trial Division [judgment dated October 25, 1983, T-4417-81, not reported] dismissing with costs the action for damages brought by the appellant against Her Majesty.

Early in May, 1981, the Department of Transport published a notice inviting tenders for a contract in respect of the operation and maintenance of the Frobisher Bay Airport, in the North-West Territories. That notice referred to tender docu-

de l'obligation de traiter équitablement et également tous les soumissionnaires.

On n'a pas allégué qu'il s'agissait d'une transaction simulée ni présenté d'éléments de preuve à cet effet. Il n'y a pas eu de négociations «illégales», mais seulement une demande présentée à Tower en vue de savoir si elle accepterait un contrat de quatre ans et la réponse affirmative de cette dernière.

En ce qui concerne la décision du juge de première instance d'exclure les renseignements sur la foi du certificat, la Cour estime que, de toute façon, cette preuve ne pouvait aider l'appelante. Une recommandation qui n'est pas suivie n'est pas pertinente. Les documents qui précèdent une décision juste et conforme à la loi ne sont pas, non plus, pertinents. Une fois prise la décision de conclure un contrat de deux ans, on ne peut imaginer en quoi la prétendue irrégularité pourrait causer préjudice aux intérêts de l'appelante.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. du chef de l'Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111; 119 D.L.R. (3d) 267; *McCleery c. La Reine*, [1974] 2 C.F. 352 (C.A.); *Hayhurst v. Innisfail Motors Ltd.*, [1935] 1 W.W.R. 385 (C.A. Alb.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Active Construction Ltd. v. Routledge Gravel Ltd.* (1959), 27 W.W.R. 287 (C.A.C.-B.); *McKenzie et al. v. Bergin et al.*, [1937] O.W.N. 200 (C.A.).

##### AVOCATS:

*Michael A. Kelen* pour l'appelante.  
*M. F. Ciavaglia* pour l'intimée.

##### PROCUREURS:

*Michael A. Kelen*, Ottawa, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

LE JUGE PRATTE (*dissident*): Appel est interjeté en l'espèce d'un jugement de la Division de première instance [jugement en date du 25 octobre 1983, T-4417-81, non publié] ayant rejeté avec dépens l'action en dommages-intérêts intentée par l'appelante contre Sa Majesté.

Au début de mai 1981, le ministère des Transports a publié un appel d'offres portant sur un contrat d'exploitation et d'entretien de l'aéroport de Frobisher Bay dans les Territoires du Nord-Ouest. Cet appel d'offres renvoyait aux documents

ments which specified, *inter alia*, that the proposed contract was for a period of two years but requested the tenderers to indicate in their tender, in addition to their price for that two-year period, their price for a further period of two years. Indeed, pursuant to the tender documents, the proposed two-year contract was liable to be extended for another period of two years without any further call for tenders if, four months before the expiry of the initial two-year period, the parties agreed that it be so extended at the condition mentioned by the contractor in his tender. The tender documents also stated that Her Majesty would not be bound to accept any tenders.

The Department received only two tenders: one from the appellant, the other from Tower Arctic Limited (Tower). The appellant's bid for the initial two-year period was \$948,000, approximately \$4,500 less than Tower's (\$952,538); but its price for the extension period (\$1,241,890) exceeded Tower's (\$1,180,000) by more than \$60,000.

After the tenders had been opened, an official of the Department of Transport telephoned the President of Tower and asked him whether his company would agree to enter into a four-year contract at the condition mentioned in the tender. The answer was in the affirmative and was later confirmed in writing in the following terms:

With regard to the above project we are herewith pleased to confirm that we are ready to enter into a contract for the duration of four years, starting October 1st, 1981, and ending September 30th, 1985, and we also confirm that our price as tendered will remain unchanged.

We understand that the award of such a contract would be conditional on Treasury Board approval.

The Department then recommended to Treasury Board that the contract be awarded to Tower for a period of four years. The appellant heard of that recommendation. His counsel wrote to the Department which, in his view, had no right to negotiate with one of the tenderers for a change in the terms of the proposed contract. He received an answer reading in part as follows:

de soumission qui précisaient, entre autres choses, que le contrat envisagé était d'une durée de deux ans, mais que les soumissionnaires devaient indiquer dans leur offre, en plus de leur prix pour cette période de deux ans, leur prix pour une période supplémentaire de deux années. En fait, conformément aux documents de soumission, le contrat de deux ans envisagé était susceptible d'être prolongé pendant une période supplémentaire de deux années sans autre appel d'offres si, quatre mois avant la fin de la période initiale de deux ans, les parties convenaient de le prolonger aux conditions mentionnées par l'entrepreneur dans sa soumission. Les documents de soumission stipulaient également que Sa Majesté n'était pas tenue d'accepter aucune soumission.

Le Ministère n'a reçu que deux soumissions. L'une de l'appelante et l'autre de Tower Arctic Limited (Tower). L'offre de l'appelante pour la période initiale de deux ans se chiffrait à 948 000 \$, approximativement 4 500 \$ de moins que celle de Tower's (952 538 \$); par contre son prix pour la période de prolongation (1 241 890 \$) dépassait celui de Tower's (1 180 000 \$) de plus de 60 000 \$.

Après l'ouverture des soumissions, un fonctionnaire du ministère des Transports a téléphoné au président de Tower et lui a demandé si sa compagnie accepterait de conclure un contrat de quatre ans aux conditions mentionnées dans la soumission. Ce dernier a accepté et a par la suite confirmé par écrit sa décision dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Concernant le projet susmentionné, il nous fait plaisir par les présentes de vous confirmer que nous sommes disposés à conclure un contrat d'une durée de quatre années, commençant le 1<sup>er</sup> octobre 1981 pour se terminer le 30 septembre 1985, et nous vous confirmons également que le prix indiqué dans notre soumission restera inchangé.

Nous comprenons que l'attribution d'un tel contrat est sujette à l'approbation du Conseil du Trésor.

Le Ministère a ensuite recommandé au Conseil du Trésor d'accorder le contrat à Tower pour une période de quatre années. L'appelante a eu vent de cette recommandation et son avocat a écrit au Ministère qui, à son avis, n'avait aucunement le droit de négocier avec l'un des soumissionnaires une modification aux modalités du contrat envisagé. Voici certains passages de la réponse qu'on lui fit parvenir:

The tender documents for this work provided that tenderers were to submit firm prices to carry out the specified work for a two-year fixed term and for a two-year optional term, with the exercising of the option for the additional two years being subject to mutual agreement.

In considering the tenders received, it was clear that the offer made by Tower Arctic Limited was financially advantageous providing the firm was agreeable to having the option made effective on award of contract with the effective period of the awarded contract being for the full four-year period. Failure on the firm's part to agree to exercising the option immediately would have the result of the offer by Best Cleaners and Contractors Limited being the most financially acceptable.

Confirmation was received from Tower Arctic Limited that they agreed to having the period of the contract extended to the full four-year term . . . .

It is considered quite clear that there were no negotiations as to the pricing or term of this offer, and the Department fails to see any irregularity in recommending its acceptance as being the lowest.

The recommendation that the contract be awarded for a period of four years was not followed. After having received legal advice, Treasury Board approved the award of the contract to Tower for a period of two years as provided in the tender documents. At the same time, according to the President of the appellant, Treasury Board gave its approval to the eventual extension of that contract for the additional period of two years.

The appellant commenced its action against Her Majesty before the award of the contract at a time when it had reasons to believe that Tower would be given the contract for a period of four years. The statement of claim was later amended so as to take into account the decision of Treasury Board. In its latest version, the statement of claim alleges the substance of the facts that I have just related; it will be sufficient to quote its last three paragraphs:

9. After the commencement of this action, the Treasury Board was advised by its counsel that the Department of Transport recommendation to award the contract to Tower Arctic Limited for a four year period was illegal. Accordingly the Defendant awarded the contract to Tower Arctic Limited for a two year period.

10. The decision to award the contract to Tower Arctic Limited for a two year period was made in bad faith in that the officers of the Defendant chose the tender of Tower Arctic Limited not upon the basis of the relative merits of the tenders or the relative abilities of the Plaintiff and Tower Arctic Limited to perform the contract work, but upon the "illegal" negotiations

[TRADUCTION] Les documents de soumission concernant ce travail prévoyaient que les soumissionnaires devaient soumettre des prix fermes relativement à l'exécution du travail précisé pour la période déterminée de deux ans et pour la prolongation facultative de deux années, la décision de se prévaloir des deux années facultatives supplémentaires devant faire l'objet d'une entente mutuelle entre les parties.

Il est clairement ressorti de l'examen des soumissions présentées que l'offre de Tower Arctic Limited était avantageuse sur le plan financier si la compagnie acceptait de se prévaloir de la période facultative au moment de l'attribution du contrat, ce dernier étant alors conclu pour la période de quatre années dans son ensemble. Le refus de la compagnie d'accepter de se prévaloir sur le champ de la période de prolongation ferait en sorte que l'offre de Best Cleaners and Contractors Limited serait la plus avantageuse sur le plan financier.

Tower Arctic Limited nous a confirmé qu'elle acceptait de voir prolonger à quatre années la durée du contrat . . .

Il apparaît très clairement qu'il ne s'est tenu aucune négociation quant au prix ou à la durée de cette offre et le Ministère ne voit aucune irrégularité dans le fait d'avoir recommandé l'acceptation de cette offre au motif qu'elle était la plus basse.

La recommandation d'accorder le contrat pour une période de quatre années n'a pas été suivie. Après avoir reçu un avis juridique, le Conseil du Trésor a approuvé l'attribution du contrat à Tower pour une période de deux ans comme le prévoyaient les documents de soumission. Au même moment, au dire du président de l'appelante, le Conseil du Trésor a approuvé la prolongation éventuelle de ce contrat pour la période supplémentaire de deux années.

L'appelante a intenté son action contre Sa Majesté avant l'attribution du contrat, à un moment où elle avait des motifs de croire que Tower se verrait accorder le contrat pour une période de quatre années. La déclaration fut par la suite modifiée pour tenir compte de la décision du Conseil du Trésor. La plus récente version de la déclaration allègue essentiellement les faits que je viens tout juste de relater; qu'il suffise d'en citer les trois derniers paragraphes:

[TRADUCTION] 9. Après le début de la présente action, le Conseil du Trésor a été informé par son conseiller juridique que la recommandation du ministre des Transports d'accorder le contrat à Tower pour une période de quatre ans était illégale. En conséquence, la défenderesse a accordé le contrat à Tower Arctic Limited pour une période de deux ans.

10. La décision d'accorder le contrat à Tower Arctic Limited pour une période de deux ans a été prise de mauvaise foi en ce que les agents de la défenderesse ont choisi la soumission de Tower Arctic Limited non pas en tenant compte des mérites relatifs des soumissions ou des aptitudes relatives de la demanderesse et de Tower Arctic Limited à exécuter le travail prévu

with Tower Arctic Limited for the two year extension period price.

11. The Plaintiff therefore claims from the Defendant as follows:

- (a) damages;
- (b) a declaration that the contract was awarded to Tower Arctic Limited upon improper considerations;
- (c) the costs of this action; and,
- (d) such other relief as this Court deems fit.

The action was tried at Frobisher Bay at the end of September, 1983, approximately a year after counsel for the appellant had examined a representative of the Crown for discovery and obtained from him documents and information relating to the decision of the Treasury Board and the recommendation made by the Minister of Transport, Mr. Jean-Luc Pépin. On the eve of the trial, the Clerk of the Privy Council filed in the Registry of the Court in Ottawa a certificate pursuant to section 36.3 of the *Canada Evidence Act* [R.S.C. 1970, c. E-10 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4)] whereby:

- (a) he certified that "a Submission dated July 21, 1981 from Jean-Luc Pépin to the Ministers of the Treasury Board and a Treasury Board Précis prepared by Treasury Board officials for consideration by Treasury Board Ministers dated September 14, 1981," were documents containing "information constituting confidences of the Queen's Privy Council for Canada"; and
- (b) he objected to the disclosures of those "documents and the information contained therein."

As a result of the filing of this certificate, counsel for the appellant was prevented by the Trial Judge from adducing in evidence information and documents that had been voluntarily given to him during the examination for discovery. He nevertheless established the facts that I have summarized; he also proved that the ability of the appellant to perform the contract had never been questioned. Once counsel for the appellant had closed his case, counsel for Her Majesty elected not to adduce any evidence and presented a motion

au contrat, mais plutôt au terme de négociations «illégalles» avec Tower Arctic Limited relativement au prix de la période de prolongation de deux ans.

11. La demanderesse réclame donc de la défenderesse:

- a) des dommages-intérêts;
- b) un jugement déclaratoire portant que le contrat a été accordé à Tower Arctic Limited sur la foi de facteurs inappropriés;
- c) les dépens de la présente action; et,
- d) tout autre redressement que cette Cour jugera approprié.

L'action a été instruite à Frobisher Bay à la fin de septembre 1983, environ un an après que l'avocat de l'appelante eut interrogé au préalable un représentant de la Couronne et obtenu de ce dernier des documents et des renseignements se rapportant à la décision du Conseil du Trésor et à la recommandation formulée par le ministre des Transports, M. Jean-Luc Pépin. À la veille du procès, le greffier du Conseil privé a déposé au greffe de la Cour à Ottawa, conformément à l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* [S.R.C. 1970, chap. E-10 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4)], un certificat dans lequel:

- a) il attestait qu'«une soumission en date du 21 juillet 1981 présentée par Jean-Luc Pépin aux ministres du Conseil du Trésor de même qu'un résumé du Conseil du Trésor daté du 14 septembre 1981 et préparé par les fonctionnaires de ce ministère pour fins d'examen par les ministres du Conseil du Trésor,» étaient des documents renfermant «des renseignements constituant des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada»; et
- b) il s'est opposé à la divulgation de ces «documents et des renseignements qu'ils renferment.»

À la suite du dépôt de ce certificat, le juge de première instance a empêché l'avocat de l'appelante d'introduire en preuve des renseignements et documents qui lui avaient été fournis volontairement durant l'interrogatoire au préalable. Il a néanmoins établi les faits que j'ai résumés; il a également fait la preuve que l'aptitude de l'appelante à exécuter le contrat n'avait jamais été mise en doute. Dès que l'avocat de l'appelante eut clos sa preuve, l'avocat de Sa Majesté a choisi de ne pas produire de preuve et a présenté une requête

of "non-suit". The Trial Judge granted the motion and dismissed the action with costs.

Counsel for the appellant first argued that, on the basis of the evidence adduced at the trial, the Trial Judge should have dismissed the motion of "non-suit" and given judgment in the appellant's favour. His second and subsidiary contention was that, in any event, a new trial should be ordered because the Trial Judge had, following filing of the certificate of the Clerk of the Privy Council, wrongly excluded evidence that should have been taken under consideration. Counsel therefore raises two questions: did the appellant establish his case at trial and, if he did not, was he prevented from doing so by the exclusion of evidence that should have been admitted?

Before answering these questions, it is necessary to determine the legal basis of the appellant's action. That action, according to appellant's counsel, is based on the judgment of the Supreme Court of Canada in *R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111; 119 D.L.R. (3d) 267. He said that the Supreme Court had decided in that case that, once a bid is received in answer to a call for tenders by an owner, a unilateral contract is formed between the owner and the bidder under which the owner is under an obligation to award no other contract than the one described in the tender documents and to award that contract on the sole basis of the information contained in the tenders without negotiating with any of the contractors. That is, in my view, a wrong interpretation of the decision of the Supreme Court. That decision was rendered in a case where a contractor had answered a call for tenders and, as required by the owner, accompanied his tender with a deposit of \$150,000. The condition of the call for tenders which required that deposit also specified the circumstances in which it could be recovered by the contractor. After realizing that, by mistake, he had mentioned in his tender a price which was much too low, the contractor withdrew his bid and sued the owner for the return of the deposit. Pursuant to the condition of the call for tenders, the circumstances were not such as to entitle the

en «non-lieu». Le juge de première instance a accueilli cette requête et rejeté l'action avec dépens.

a En premier lieu, l'avocat de l'appelante a allégué qu'eu égard à la preuve produite au procès, le juge de première instance aurait dû rejeter la requête en «non-lieu» et prononcer jugement en faveur de l'appelante. En second lieu et de façon subsidiaire, b il a soutenu qu'à tout événement, la tenue d'un nouveau procès devrait être ordonnée puisque le juge de première instance avait, à la suite de la production du certificat du greffier du Conseil privé, erronément exclu des éléments de preuve qui c auraient dû être pris en considération. L'avocat soulève donc deux questions: l'appelante a-t-elle fait la preuve de ses prétentions au procès et, si elle ne l'a pas fait, a-t-elle été empêchée de le faire par l'exclusion d'éléments de preuve qui auraient dû d être reçus?

Avant de répondre à ces questions, il est nécessaire de déterminer quel est le fondement juridique de l'action de l'appelante. Cette action, au dire de e l'avocat de l'appelante, se fonde sur le jugement de la Cour suprême du Canada dans *R. du chef de l'Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111; 119 D.L.R. (3d) 267. Il a déclaré que la Cour suprême f avait décidé dans cette affaire que dès qu'une offre a été reçue à la suite d'un appel d'offres par un propriétaire, il se forme alors entre le propriétaire et le soumissionnaire un contrat unilatéral en vertu duquel le propriétaire a l'obligation de n'accorder g d'autre contrat que celui décrit dans les documents de soumission et d'accorder ce contrat sur la foi seulement des renseignements contenus dans les soumissions sans mener de négociations avec un entrepreneur ou un autre. Il s'agit là, à mon avis, h d'une interprétation erronée de la décision de la Cour suprême. Cette décision a été rendue dans un cas où un entrepreneur avait présenté, à l'occasion d'un appel d'offres, une soumission à laquelle il i avait joint, comme l'exigeait la propriétaire, un dépôt de 150 000 \$. La condition de l'appel d'offres qui exigeait le dépôt précisait également les circonstances dans lesquelles l'entrepreneur pouvait le récupérer. Après s'être aperçu qu'il avait, j par erreur, indiqué dans sa soumission un prix beaucoup trop bas, l'entrepreneur a retiré son offre et pris action contre le propriétaire afin de récupé-

contractor to recover his deposit. The Ontario Court of Appeal nevertheless decided in his favour for the reason that, as he had made an error in determining the amount of his tender, that tender was incapable of being accepted so as to form a valid contract; no contract having been entered into by the parties, nothing prevented the return of the deposit. The Supreme Court reversed that judgment. It held that the right of the contractor to the recovery of the deposit arose from a unilateral contract that had come into being automatically upon the submission of the tender. That unilateral contract, which clearly specified the circumstances in which the contractor was entitled to the return of the deposit, was different from the construction contract for which the tenders had been called and could, therefore, come into existence even if the contractor had committed an error preventing the formation of that construction contract.

In *Ron Engineering*, the Supreme Court had to deal with rights and obligations that were clearly stipulated in the tender documents. Here, the situation is different. The tender documents contained no express provision prohibiting the Crown from entering into negotiations with the bidders and changing the terms of the proposed contract. If the Crown was nevertheless prohibited from doing those things, the source of that prohibition could only be found in some implied terms of the unilateral contract resulting from the making of the tender. Those implied terms were not the subject of the Supreme Court's decision. In my opinion, they do nevertheless exist. I would not however describe them in the same manner as counsel for the appellant. In my view, they simply impose on the owner calling the tenders the obligation to treat all bidders fairly and not to give any of them an unfair advantage over the others.

The first argument put forward on behalf of the appellant was that the Trial Judge, on the evidence before him, should have given judgment in the appellant's favour. I see no merit in that contention. In my opinion, there was nothing in the evidence that could have justified a judgment for

rer son dépôt. Eu égard à la condition de l'appel d'offres, les circonstances n'étaient pas telles qu'elles autorisaient l'entrepreneur à récupérer son dépôt. La Cour d'appel d'Ontario s'est néanmoins prononcée en faveur de ce dernier au motif que, comme il avait fait erreur en fixant le montant de sa soumission, celle-ci ne pouvait être acceptée pour former un contrat valide; comme aucun contrat n'avait été conclu entre les parties, rien n'empêchait la remise du dépôt. La Cour suprême a infirmé ce jugement. Elle a conclu que le droit de l'entrepreneur de récupérer le dépôt découlait d'un contrat unilatéral ayant pris naissance automatiquement au moment de la présentation de la soumission. Ce contrat unilatéral, qui précisait expressément les circonstances dans lesquelles l'entrepreneur avait droit de récupérer son dépôt, se distinguait du contrat d'entreprise pour lequel les soumissions avaient été demandées et pouvaient donc prendre naissance même si l'entrepreneur avait commis une erreur empêchant la formation de ce contrat d'entreprise.

Dans l'affaire *Ron Engineering*, la Cour suprême devait examiner des droits et obligations clairement stipulés dans les documents de soumission. En l'espèce, la situation est différente. Les documents de soumission ne renfermaient aucune disposition interdisant expressément à la Couronne d'entamer des négociations avec les soumissionnaires et de modifier les conditions du contrat envisagé. Si ces gestes étaient néanmoins interdits à la Couronne, cette interdiction ne pouvait provenir que de quelques conditions implicites du contrat unilatéral résultant de la présentation de la soumission. Ces conditions implicites n'ont pas fait l'objet de la décision de la Cour suprême. Je suis néanmoins d'avis qu'elles existent bel et bien. Toutefois, je ne les décrirais pas de la même façon que l'avocat de l'appelante. Selon moi, elles ne font qu'imposer au propriétaire qui présente un appel d'offres l'obligation de traiter équitablement tous les soumissionnaires et de n'accorder à aucun d'entre eux un avantage indu sur les autres.

Suivant le premier argument présenté au nom de l'appelante, le juge de première instance aurait dû, à la lumière de la preuve portée à sa connaissance, rendre jugement en faveur de cette dernière. Cet argument ne m'apparaît aucunement fondé. À mon avis, rien dans la preuve n'aurait pu justifier



the appellant. The statement of claim alleged and the evidence established that the contract had been awarded for a period of two years. There was no allegation and no evidence that this was a simulated transaction. In this respect, the fact that Tower's offer of a four-year contract was not expressly rejected by the Crown is without significance since that offer was impliedly rejected when the Crown entered into a two-year contract. Moreover, contrary to what was argued by counsel for the appellant, the allegation contained in paragraph 10 of the statement of claim is not an allegation of sham. It is merely an allegation that the decision to award the two-year contract to Tower was based upon an improper consideration because it was made on the basis of something that transpired during the "illegal" negotiations with Tower. That allegation becomes meaningless once it is known that, as the evidence shows, these illegal negotiations were nothing more than a request to Tower (asking whether it would agree to a four-year contract) and Tower's affirmative answer.

The appellant's subsidiary submission was that, in any event, the judgment under attack must be set aside on the ground that the Trial Judge erred in excluding evidence relating to the documents mentioned in the certificate filed by the Clerk of the Privy Council. I would also reject that argument.

I am ready to assume, for the sake of discussion, that the decision of the Trial Judge to exclude documentary and other evidence on the basis of the certificate was wrong. In my opinion, that evidence could not help the appellant. It related to the two documents mentioned in the certificate. I do not see how the recommendation made by the Minister of Transport could be relevant since it is common ground that it was not followed. As to the document prepared by Treasury Board officials, it is also irrelevant in my opinion since what matters is the decision that was actually made by Treasury Board, which decision, it is common ground, was to approve the award of a two-year contract to Tower.

un jugement en faveur de l'appelante. Comme on l'allègue dans la déclaration et comme la preuve l'a démontré, le contrat avait été accordé pour une période de deux ans. On n'a pas allégué qu'il s'agissait d'une transaction simulée ni présenté d'éléments de preuve à cet effet. À cet égard, le fait que l'offre de Tower portant sur un contrat de quatre années n'ait pas été refusée de façon expresse par la Couronne n'a aucune importance puisque cette offre a été implicitement rejetée lorsque la Couronne a conclu un contrat de deux ans. Au surplus, contrairement aux prétentions de l'avocat de l'appelante, le paragraphe 10 de la déclaration ne renferme pas d'allégation de simule. On y allègue tout simplement que la décision d'accorder le contrat de deux ans à Tower reposait sur un facteur inapproprié et qu'elle a été prise sur la foi de quelque chose qui a transpiré des négociations «illégalles» avec Tower. Cette allégation perd tout son sens lorsqu'on s'aperçoit, à la lumière de la preuve, que ces négociations illégales n'étaient rien de plus qu'une demande présentée à Tower (en vue de savoir si elle accepterait un contrat de quatre ans) et la réponse affirmative de cette dernière.

Subsidiairement, l'appelante a prétendu qu'à tout événement, le jugement attaqué doit être écarté au motif que le juge de première instance a fait erreur en excluant les éléments de preuve se rapportant aux documents mentionnés dans le certificat produit par le greffier du Conseil privé. Je rejetterais également cet argument.

Je suis prêt à supposer, pour les fins de la discussion, que la décision du juge de première instance d'exclure, sur la foi du certificat, la preuve documentaire et autre était erronée. À mon avis, cette preuve ne pouvait aider l'appelante. Elle se rapportait aux deux documents mentionnés dans le certificat. Je ne vois pas en quoi la recommandation du ministre des Transports aurait pu être pertinente puisqu'il est établi qu'elle n'a pas été suivie. Pour ce qui est du document préparé par les fonctionnaires du Conseil du Trésor, selon moi, il est également dénué de pertinence car ce qui compte, c'est la décision qu'a effectivement prise le Conseil du Trésor et qui, il est bien établi, a été d'approuver l'attribution d'un contrat de deux ans à Tower.

In my opinion, this appeal cannot succeed for a reason that can be shortly put. The only irregularity allegedly committed by the respondent was to elicit from Tower, behind the back of the appellant, an offer of a four-year contract. However, the respondent did not accept that offer but chose, instead, to enter into a two-year contract. Once that decision had been made, the alleged irregularity could not conceivably be said to be prejudicial to the appellant's interests.

I would dismiss the appeal with costs.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

MAHONEY J.: This is an appeal from a decision of the Trial Division which dismissed the appellant's action with costs on a motion of "non-suit", entertained on condition that the respondent would call no evidence. The appellant had been the unsuccessful tenderer for a contract entitled "Operation and maintenance of the Frobisher Bay Airport, Frobisher Bay, North-West Territories." Certain documents had been produced by the respondent on the examination for discovery of its designated officer and questions regarding them had been answered, all without objection or reservation. The trial began in Frobisher Bay at 10:00 a.m., September 28, 1983. On September 27, at 5:00 p.m., the Clerk of the Privy Council filed, in the Court's Registry at Ottawa, a certificate pursuant to subsection 36.3(1) of the *Canada Evidence Act*, in respect of information disclosed on discovery. As a result, the learned Trial Judge refused to receive in evidence certain documents and the questions and answers on discovery that dealt with them.

The appellant submits that the learned Trial Judge erred in dismissing its action and that, on the evidence, the motion for non-suit should have been dismissed and judgment given for it. In the alternative, it submits that he erred in excluding all or, in the further alternative, some of the evidence tendered by the appellant on the author-

À mon avis, le présent appel ne peut être accueilli et ce, pour un motif qui peut se résumer en peu de mots. La seule irrégularité présumément commise par l'intimée fut d'obtenir de Tower, à l'insu de l'appelante, une offre portant sur un contrat de quatre ans. Toutefois, l'intimée n'a pas accepté cette offre, mais a plutôt choisi de conclure un contrat de deux ans. Une fois cette décision prise, on ne peut imaginer en quoi la prétendue irrégularité pourrait causer préjudice aux intérêts de l'appelante.

Je rejeterais l'appel avec dépens.

\* \* \*

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

LE JUGE MAHONEY: Appel est interjeté en l'espèce d'une décision de la Division de première instance ayant rejeté avec dépens l'action de l'appelante sur une requête en «non-lieu» entendue sous réserve que l'intimée ne présente pas de preuve. L'appelante avait présenté, sans succès, une soumission en vue d'obtenir un contrat intitulé «Exploitation et entretien de l'aéroport de Frobisher Bay, Frobisher Bay, Territoires du Nord-Ouest». Certains documents avaient été produits par l'intimée lors de l'interrogatoire au préalable de son représentant désigné et on avait répondu à certaines questions à leur sujet, le tout sans qu'aucune objection ne soit formulée ou prise en réserve. L'instruction a débuté à Frobisher Bay à 10 h le 28 septembre 1983. Le 27 septembre, à 17 h, le greffier du Conseil privé a déposé au greffe de la Cour à Ottawa, conformément au paragraphe 36.3(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, un certificat concernant les renseignements divulgués à l'interrogatoire au préalable. À la suite de ce geste, le savant juge de première instance a refusé d'admettre en preuve certains documents ainsi que les questions et réponses de l'interrogatoire au préalable les concernant.

L'appelante soutient que le savant juge de première instance a fait erreur en rejetant son action et qu'à la lumière de la preuve, la requête en non-lieu aurait dû être rejetée et jugement aurait dû être prononcé en sa faveur. Subsidiairement, elle prétend qu'il a fait erreur lorsqu'il a écarté, en s'appuyant sur le certificat, l'ensemble ou, subsi-

ity of the certificate. Finally, it submits that he erred in his assessment of damages.

The tender documents provided in their material parts:

2.2 PERIOD OF CONTRACT

The contract for operation and maintenance of Frobisher Airport, Frobisher, N.W.T., will be for a period of two (2) years starting at 00:01 hours, August 1, 1981.

However, the Department reserves the right to extend the contract for an additional period of two (2) years, subject to the following conditions:

- 1) The extending agreement being mutually agreed to and duly executed by both parties four (4) months prior to original expiration of the contract.
- 2) Retention of the terms and conditions of the original contract.

(1) CONTRACT EXTENSION

The contract for the operation and maintenance of the Frobisher Bay Airport, Frobisher Bay, North-West Territories, will be for a period of two (2) years commencing August 1st, 1981. However, the Department reserves the right to extend the contract for an additional period of two (2) years.

Such extension to the contract shall materialize in accordance with the conditions stipulated in Article 2.2 of the specification document attached herewith, only if both the Department and the Contractor reach an agreement to that effect. In view of a possible extension for two (2) years tenderers shall indicate their tender prices for this additional period, on pages 5A to 5F.

In the event that an agreement is reached upon by both parties pertaining to an extension for 1983-84 and 1984-85, the prices inserted on pages 5A to 5F shall be used to amend the original contract only these prices shall be used.

Furthermore, all other terms and conditions of the original contract shall remain unchanged and in force for all duration of the contract extension, if any.

It was also stipulated that:

The lowest or any tender will not necessarily be accepted.

There were two bidders, the appellant and Tower Arctic Limited, the incumbent contractor, hereinafter "Tower". Their bids were:

	<u>Appellant</u>	<u>Tower</u>
Contract period	\$ 948,600	\$ 952,538
Extension period	\$1,241,890	\$1,180,000
Total	<u>\$2,190,490</u>	<u>\$2,132,538</u>

diairement, une partie de la preuve qu'elle a soumise. En dernier lieu, elle soutient qu'il a fait erreur dans l'évaluation des dommages-intérêts.

Les passages pertinents des documents de soumission prévoyaient:

2.2 DURÉE DU CONTRAT

Le contrat concernant l'exploitation et l'entretien de l'aéroport de Frobisher Bay, Frobisher Bay, T.N.-O., sera d'une durée de deux (2) ans commençant à 00:01 heure le 1<sup>er</sup> août 1981.

Toutefois, le Ministère se réserve le droit de prolonger le contrat d'une durée additionnelle de deux (2) années sous réserve des conditions suivantes:

- 1) Que l'entente de prolongation soit convenue mutuellement et dûment exécutée entre les deux parties, quatre (4) mois avant la date d'expiration originale du contrat.
- 2) Que les termes et conditions du contrat original demeurent inchangés.

(1) PROLONGATION DU CONTRAT

Le contrat pour l'exploitation et l'entretien de l'aéroport de Frobisher Bay, Territoires du Nord-Ouest, sera d'une durée de deux (2) années commençant le 1<sup>er</sup> août 1981. Cependant, le Ministère se réserve le droit de prolonger le contrat pour une durée additionnelle de deux (2) années.

Une telle prolongation se fera seulement après entente mutuelle entre l'Entrepreneur et le Ministère, conformément aux conditions stipulées à l'article 2.2 du devis ci-joint. Dans l'éventualité d'une prolongation, les soumissionnaires doivent insérer leurs prix de soumission pour les deux (2) années supplémentaires aux pages 5A à 5F.

Advenant que le Ministère et l'Entrepreneur en viennent à une entente relativement à la prolongation du contrat pour les années 1983-84 et 1984-85, les prix indiqués aux pages 5A à 5F serviront à établir la modification officielle au contrat et seulement ces prix serviront.

De plus, tous les autres termes et conditions du contrat original demeureront inchangés et en vigueur pendant la durée de toute prolongation au contrat, s'il en est.

Était également stipulé que:

Le ministère n'acceptera pas nécessairement ni la plus basse ni aucune des soumissions.

Deux soumissionnaires présentèrent des offres, l'appelante et Tower Arctic Limited, l'entrepreneur titulaire du contrat, désignée ci-après «Tower». Voici quelles étaient leurs offres:

	<u>Appelante</u>	<u>Tower</u>
Durée du contrat	948 600\$	952 538\$
Période de prolongation	1 241 890\$	1 180 000\$
Total	<u>2 190 490\$</u>	<u>2 132 538\$</u>

After the bids were received, the Ministry of Transport negotiated with Tower and obtained the following commitment, signed by Tower's President:

... we are herewith pleased to confirm that we are ready to enter into a contract for the duration of four years, starting October 1st, 1981 and ending September 30th, 1985 and we also confirm that our price as tendered will remain unchanged.

We understand that the award of such a contract would be conditional on Treasury Board approval.

The Ministry recommended to Treasury Board that a four-year contract be entered into with Tower. Treasury Board, in fact, only authorized a two-year contract with Tower. Tower's commitment as to the extension period was never revoked. The Ministry acknowledged that, had Tower not agreed to a full four years at its bid price, the appellant's bid would have been "the most financially acceptable". The appellant's ability to perform the contract appears never to have been in question and the Trial Judge so found. It appears that, at the date of trial, the initial two-year contract had not expired and that no tenders for a future contract had been published. The appellant's counsel stated, in argument before this Court, that Tower is presently, in fact, performing the contracted services. The only evidence as to the basis upon which it may be doing so is that elicited from the appellant's President during cross-examination by the respondent's counsel and the learned Trial Judge.

BY MR. CIAVAGLIA:

Q. ... what were you advised by Transport with respect to the decision of the Treasury Board?

THE COURT: Could you give us the answer to that?

THE WITNESS: Yes.

THE COURT: What were you told?

THE WITNESS: I was told that Treasury Board did not accept the recommendation to avoid the contract for four years to Tower Arctic. However, in their wisdom, they decided to authorize a contract for two years, and set aside funds for the next two years based on the prices quoted by Tower for the next two-year period and permitted Department of Transport to negotiate a further extension based on the money available

Après réception des offres, le ministre des Transports a, au terme de négociations avec Tower, obtenu l'engagement suivant, signé par le président de Tower:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] ... il nous fait plaisir par les présentes de vous confirmer que nous sommes disposés à conclure un contrat d'une durée de quatre années, commençant le 1<sup>er</sup> octobre 1981 pour se terminer le 30 septembre 1985, et nous vous confirmons également que le prix indiqué dans notre soumission restera inchangé.

<sup>b</sup> Nous comprenons que l'attribution d'un tel contrat est sujette à l'approbation du Conseil du Trésor.

Le Ministre a recommandé au Conseil du Trésor qu'un contrat de quatre ans soit conclu avec Tower. Dans les faits, le Conseil du Trésor n'a autorisé qu'un contrat de deux ans avec Tower. L'engagement pris par Tower relativement à la période de prolongation n'a jamais été retiré. Le Ministre a reconnu que si Tower n'avait pas accepté de signer pour l'ensemble des quatre années au prix prévu dans sa soumission, c'est l'offre de l'appelante qui se serait avérée [TRADUCTION] «la plus avantageuse sur le plan financier». L'aptitude de l'appelante à exécuter le contrat semble n'avoir jamais été mise en doute, conclusion à laquelle est arrivé le juge de première instance. Il semble qu'à la date du procès, le contrat initial de deux ans n'avait pas pris fin et qu'aucun appel d'offres concernant un contrat éventuel n'avait été publié. L'avocat de l'appelante a déclaré, durant sa plaidoirie devant cette Cour, que dans les faits, Tower exécute présentement les services faisant l'objet du marché. Les seuls éléments de preuve concernant ce qui permet à Tower d'exécuter ainsi le travail sont ressortis lors du contre-interrogatoire du président de l'appelante par l'avocat de l'intimée et le savant juge de première instance.

<sup>h</sup> [TRADUCTION] PAR M. CIAVAGLIA:

Q. ... que vous a dit Transport à l'égard de la décision du Conseil du Trésor?

LA COUR: Pourriez-vous répondre à cette question?

LE TÉMOIN: Oui.

<sup>i</sup> LA COUR: Que vous a-t-on dit?

<sup>j</sup> LE TÉMOIN: On m'a dit que le Conseil du Trésor n'avait pas accepté la recommandation de ne pas accorder le contrat à Tower Arctic pour quatre années. Toutefois, dans leur sagesse, ils ont décidé d'autoriser un contrat de deux ans et mis de côté des fonds pour les deux années suivantes en tenant compte des prix mentionnés par Tower pour la période subséquente de deux ans et autorisé le ministère des Transports à négocier une

now, if and when the time for that point was suitable, or whatever.

THE COURT: You were told that the Treasury Board had advised Transport that they would not give the contract . . .

THE WITNESS: For four years.

THE COURT: . . . to the present incumbent for a period of four years.

THE WITNESS: For four years.

THE COURT: But in lieu of that . . .

THE WITNESS: They said, "We will allow—we will give the contract to the incumbent for two years."

THE COURT: Yes.

THE WITNESS: And then they also immediately set aside funds equal to the amount set out in years three and four on the Tower bid . . .

THE COURT: Yes.

THE WITNESS: . . . and permit Transport to either—in their wisdom, to negotiate then the affirmation of the option and go into a second two-year contract, or, if that wouldn't materialize, instructed Transport to retender in a competitive manner.

The witness was then referred to a document apparently produced by the respondent on discovery which, the transcript indicates, was the source of his information. Counsel were prepared to have it marked as an exhibit immediately, but the Judge refused in the light of the respondent's undertaking to call a witness who would be able to identify it properly. In view of the successful motion to non-suit, that witness was never called and the document is not on the record.

The learned Trial Judge made no finding whatever as to credibility. He made no express finding as to the weight to be given the foregoing evidence.

In its second amended statement of claim, the appellant pleaded:

9. After the commencement of this action, the Treasury Board was advised by its counsel that the Department of Transport recommendation to award the contract to Tower Arctic Limited for a four year period was illegal. Accordingly the Defendant awarded the contract to Tower Arctic Limited for a two year period.

10. The decision to award the contract to Tower Arctic Limited for a two year period was made in bad faith in that the officers of the Defendant chose the tender of Tower Arctic Limited not upon the basis of the relative merits of the tenders or the relative abilities of the Plaintiff and Tower Arctic Limited to perform the contract work, but upon the "illegal" negotiations

prolongation supplémentaire grâce aux fonds alors disponibles, au moment opportun et si cela s'avérait avantageux.

a LA COUR: On vous a dit que le Conseil du Trésor avait informé Transport qu'il n'accorderait pas le contrat . . .

LE TÉMOIN: Pour quatre années.

LA COUR: . . . au titulaire actuel pour une période de quatre années.

LE TÉMOIN: Pour quatre années.

b LA COUR: Mais qu'au lieu de cela . . .

LE TÉMOIN: On a dit, «Nous accorderons—nous donnerons le contrat au titulaire pour deux ans.»

LA COUR: Oui.

c LE TÉMOIN: . . . et ensuite ils ont immédiatement mis de côté des fonds équivalents au montant prévu dans l'offre de Tower pour les troisième et quatrième années . . .

LA COUR: Oui.

d LE TÉMOIN: . . . et autorisé Transport à soit—dans leur sagesse, négocier alors la confirmation de l'option et conclure un second contrat de deux ans, soit, si cela ne se concrétisait pas, ordonner à Transport de présenter un nouvel appel d'offres.

On a ensuite montré au témoin un document, apparemment produit par l'intimée à l'interrogatoire au préalable, et d'où, comme l'indique la transcription, ce dernier tirait ses renseignements. Les avocats étaient prêts à faire coter cette pièce sur le champ, mais le juge a refusé étant donné l'engagement de l'intimée d'assigner un témoin qui serait en mesure de l'identifier adéquatement. Comme la requête en non-lieu a été accueillie, ce témoin n'a jamais été assigné et le document n'est pas au dossier.

e Le savant juge de première instance n'a tiré aucune conclusion quant à la crédibilité. Il ne s'est pas prononcé de façon expresse sur le poids à accorder à l'élément de preuve susmentionné.

f Dans sa seconde déclaration amendée, l'appelante a plaidé:

9. Après le début de la présente action, le Conseil du Trésor a été informé par son conseiller juridique que la recommandation du ministère des Transports d'accorder le contrat à Tower pour une période de quatre ans était illégale. En conséquence, la défenderesse a accordé le contrat à Tower Arctic Limited pour une période de deux ans.

10. La décision d'accorder le contrat à Tower Arctic Limited pour une période de deux ans a été prise de mauvaise foi en ce que les agents de la défenderesse ont choisi la soumission de Tower Arctic Limited non pas en tenant compte des mérites relatifs des soumission ou des aptitudes relatives de la demanderesse et de Tower Arctic Limited à exécuter le travail prévu

with Tower Arctic Limited for the two year extension period price.

After reciting paragraph 9 above, but not 10, the learned Trial Judge held:

In answer to this the defendant pleaded in paragraph 8:

8. In response to paragraph 9 of the second amended statement of claim, he says that Transport Canada and Treasury Board were advised that the contract should be awarded for the initial two-year period only in order to comply with the terms and conditions of the tender documents and specifications.

This pleading by the plaintiff acquiesced in by the defendant's pleading estops each of the parties from now contending otherwise. It follows from this that the Treasury Board never acted on any recommendation contrary thereto. If the committee of Lanthier, Imbeault and St. Pierre breached any obligation to the plaintiff by asking Tower if it would undertake to abide by the figures it had placed in its tender for the third and fourth year, that was a factor which caused no harm to the plaintiff because the Treasury Board refused to act on it and awarded the contract to Tower for a two-year period only.

With respect, the appellant's pleading that a two-year contract was awarded has been taken by the Trial Judge in complete isolation from its context: the allegation of bad faith. That is an allegation with which he simply did not deal.

In *R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111; 119 D.L.R. (3d) 267, the Supreme Court of Canada dealt with the relationship between the owner and a tenderer for a building contract. I see no distinction arising out of the subject matter of the contract in issue here. Estey J., for the Court, referred, at pages 121-122 S.C.R.; 274 D.L.R., to "Contract A (being the contract arising forthwith upon the submission of the tender)" and to "Contract B (the construction contract, the form of which is set out in the documents relating to the call for tenders)". Here, as there, we are concerned with contract A. The respondent's obligation under contract A was not to award a contract except in accordance with the terms of the tender call. The stipulation that the lowest or any tender need not be accepted does not alter that. The respondent might award no contract at all or it might award contract B to Tower,

au contrat, mais plutôt au terme de négociations «illégalles» avec Tower Arctic Limited relativement au prix de la période de prolongation de deux ans.

Après avoir cité le paragraphe 9 susmentionné mais non le paragraphe 10, le savant juge de première instance a déclaré:

En réponse à cet argument, la défenderesse a allégué au paragraphe 8:

[TRADUCTION] 8. En réponse au paragraphe 9 de la seconde déclaration amendée, elle déclare que Transports Canada et le Conseil du Trésor ont été avisés du fait que le contrat devait être accordé uniquement pour la période initiale de deux ans afin de respecter les conditions des documents de la soumission et du cahier des charges.

Cet allégué de la demanderesse auquel a acquiescé la défenderesse empêche désormais l'une et l'autre des parties de soutenir autre chose. Il s'ensuit que le Conseil du Trésor n'a jamais agi sur la foi de quelque recommandation contraire à ces conditions. Si le comité composé de Lanthier, Imbeault et St. Pierre a manqué à quelque obligation envers la demanderesse en demandant à Tower si elle s'engagerait à s'en tenir aux chiffres avancés dans sa soumission pour la troisième et la quatrième année, il s'est agi là d'un facteur qui n'a causé aucun préjudice à la demanderesse puisque le Conseil du Trésor a refusé d'en tenir compte et n'a accordé le contrat à Tower que pour deux ans.

Respectueusement, le juge de première instance a examiné la prétention de l'appelante suivant laquelle un contrat de deux ans fut accordé en faisant totalement abstraction de son contexte: l'allégation de mauvaise foi. Il s'agit là d'une allégation dont il n'a tout simplement pas traité.

Dans *R. du chef de l'Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111; 119 D.L.R. (3d) 267, la Cour suprême du Canada a examiné la relation entre le propriétaire et un soumissionnaire dans le cadre d'un contrat d'entreprise. Je ne vois aucune distinction découlant de l'objet du contrat en litige en l'espèce. Le juge Estey, parlant pour la Cour, a fait état, aux pages 121 et 122 R.C.S.; 274 D.L.R., du «contrat A (celui qui prend naissance dès la présentation de la soumission)» et du «contrat B (le contrat d'entreprise dont la formule fait partie des pièces de l'appel d'offres)». En l'espèce, tout comme dans cette décision, c'est le contrat A qui nous intéresse. En vertu du contrat A, l'intimée avait l'obligation de n'accorder un contrat qu'en conformité des modalités de l'appel d'offres. La stipulation suivant laquelle le Ministère n'acceptera pas nécessairement ni la plus basse ni aucune des soumissions ne vient pas changer cet état de

but it was under a contractual obligation to the appellant not to award Tower something other than contract B.

The evidence established clearly that the Minister of Transport, on the advice of his officials, recommended to Treasury Board that the respondent breach contract A by awarding Tower a four-year contract. The pleadings established that a two-year contract had been entered into in fact. What is in issue is whether that two-year contract was entered into in good faith, that is to say: whether it was a sham, whether it was a two-year contract in form but a four-year contract in substance.

Section 36.3 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, as amended by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4, Schedule III provides:

36.3 (1) Where a Minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body.

(2) For the purpose of subsection (1), "a confidence of the Queen's Privy Council for Canada" includes, without restricting the generality thereof, information contained in

(a) a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council;

(b) a discussion paper the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions;

(c) an agenda of Council or a record recording deliberations or decisions of Council;

(d) a record used for or reflecting communications or discussions between Ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;

(e) a record the purpose of which is to brief Ministers of the Crown in relation to matters that are brought before, or are proposed to be brought before, Council or that are the subject of communications or discussions referred to in paragraph (d); and

(f) draft legislation.

(3) For the purposes of subsection (2), "Council" means the Queen's Privy Council for Canada, committees of the Queen's Privy Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

chose. L'intimée pouvait n'accorder aucun contrat du tout ou encore accorder le contrat B à Tower, mais elle avait une obligation contractuelle envers l'appelante, soit celle de ne pas accorder autre chose à Tower que le contrat B.

La preuve établit clairement que le ministre des Transports a, sur l'avis de ses fonctionnaires, recommandé au Conseil du Trésor que l'intimée contrevienne au contrat A en accordant à Tower un contrat de quatre ans. Les plaidoiries écrites ont établi que, dans les faits, un contrat de deux ans avait été conclu. La question qui se pose est celle de savoir si le contrat de deux ans a été conclu de bonne foi, c'est-à-dire: s'agissait-il d'un simulacre, s'agissait-il d'un contrat de deux ans au plan de la forme mais de quatre ans quant au fond.

L'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, modifié par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4, Annexe III, porte:

36.3 (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre de la Couronne ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), «un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada» s'entend notamment d'un renseignement contenu dans:

a) une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;

b) un document de travail destiné à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;

c) un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal de ses délibérations ou décisions;

d) un document employé en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres de la Couronne sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;

e) un document d'information à l'usage des ministres de la Couronne sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);

f) un avant-projet de loi.

(3) Pour l'application du paragraphe (2), «Conseil» s'entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Cabinet et de leurs comités respectifs.

The exceptions of subsection 36.3(4) are not in play. The Treasury Board is a committee of the Queen's Privy Council for Canada: the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10, subsection 3(1). The documents specified are documents described in paragraph 36.3(2)(a).

The full text of the certificate follows:

I, the undersigned, Gordon Francis Osbaldeston, public servant, residing in the City of Nepean in the Regional Municipality of Ottawa-Carleton in the Province of Ontario, do certify and say:

1. I am the Clerk of the Privy Council for Canada and the Secretary to the Cabinet.

2. I have personally examined and carefully considered a Submission dated July 21, 1981 from Jean-Luc Pépin to the Ministers of the Treasury Board and a Treasury Board Précis prepared by Treasury Board officials for consideration by Treasury Board Ministers dated September 14, 1981, for the purpose of determining whether they contain information constituting confidences of the Queen's Privy Council for Canada.

3. I certify to this Honourable Court pursuant to subsection 36.3(1) and 36.3(2)(a) of the Canada Evidence Act R.S.C. 1970, c. E-10, as amended by 1980-81-82 (Can.) c. 111, that the documents referred to and described in paragraph 2, above, contain information constituting confidences of the Queen's Privy Council for Canada and I object to the disclosure of the documents and the information contained therein.

The record is not clear whether the submission and précis had, themselves, actually been produced on discovery. Their gist certainly had, and without objection. Other documents actually produced were:

(a) memorandum, dated June 30, 1981, from the Ministry's regional office to its head office said by respondent's counsel to contain "verbatim reproductions from the Treasury Board submission";

(b) memorandum dated July 8, 1981, to the Minister from an official which conveyed to him the contents of memorandum (a);

(c) the third paragraph of a letter dated July 30, 1981, from the Ministry to the appellant's counsel advising him of the gist of the Minister's submission to Treasury Board; and

Les exceptions prévues au paragraphe 36.3(4) ne s'appliquent pas. Le Conseil du Trésor est un comité du Conseil privé de la Reine pour le Canada: *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, chap. F-10, paragraphe 3(1). Les documents précisés sont les documents décrits à l'alinéa 36.3(2)a).

Voici le texte complet du certificat:

[TRADUCTION] Je, soussigné, Gordon Francis Osbaldeston, fonctionnaire, résidant dans la cité de Nepean, dans la Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton, dans la province d'Ontario, certifie et déclare:

1. Je suis le greffier du Conseil privé pour le Canada et le secrétaire du Cabinet.

2. J'ai personnellement examiné et étudié avec soin une soumission en date du 21 juillet 1981 présentée par Jean-Luc Pépin aux Ministres du Conseil du Trésor de même qu'un résumé du Conseil du Trésor daté du 14 septembre 1981 et préparé par les fonctionnaires de ce ministère pour fins d'examen par les ministres du Conseil du Trésor, aux fins de déterminer si ces documents renferment des renseignements constituant des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

3. Je certifie à cette honorable Cour, conformément au paragraphe 36.3(1) et à l'alinéa 36.3(2)a) de la Loi sur la preuve au Canada S.R.C. 1970, chap. E-10, modifié par 1980-81-82 (Can.) chap. 111, que les documents mentionnés et décrits au paragraphe 2 ci-dessus, renferment des renseignements constituant des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada et je m'oppose à la divulgation de ces documents et des renseignements qu'ils renferment.

Il n'est pas clair, à la lumière du dossier, si la soumission et le résumé avaient effectivement été produits à l'interrogatoire au préalable, mais leur teneur avait certainement été révélée et cela, sans qu'aucune objection ne soit formulée. Voici d'autres documents qui ont effectivement été produits:

(a) une note de service, en date du 30 juin 1981, envoyée au bureau principal par le bureau régional du Ministère et renfermant, au dire de l'avocat de l'intimée, certains [TRADUCTION] «passages repris textuellement de la soumission du Conseil du Trésor»;

(b) une note de service en date du 8 juillet 1981 envoyée par un fonctionnaire au Ministre pour lui faire part de la teneur de la note de service (a);

(c) le troisième paragraphe d'une lettre datée du 30 juillet 1981 envoyée par le Ministère à l'avocat de l'appelante, l'informant de la teneur de la soumission du Ministre au Conseil du Trésor; et



(d) a letter, dated September 30, 1981, from the Deputy Secretary of Treasury Board, presumably to the Minister or Ministry, communicating Treasury Board's decision.

The learned Trial Judge also refused to receive extracts from the examination for discovery dealing with any of the documents and the information they contain.

Document (d) is the document which was to have been introduced by the witness the respondent undertook to call. The information contained in it might have been amenable to a proper certificate referring to the decision by virtue of paragraph 36.3(2)(c). No objection was, however, taken to the disclosure of the Treasury Board's decision and, accordingly, on that ground alone, document (d) was admissible. That it was not received in evidence may have been due to confusion rather than an intention to exclude it.

As to documents (a) and (b), I have considerable difficulty accepting that documents antedating the submission can be said to contain "verbatim reproductions from the Treasury Board submission". If anything, the reverse may be true. The question is whether the information contained in memoranda prepared by officials with the intent that their contents form the basis of a Minister's submission, whether the memorandum is directed to the Minister or by one official to another, ought to be characterized as "information contained in a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council". In my view, it ought to be so characterized. However, unless its purpose appears on its face, it will be difficult to establish that purpose. There must be a myriad of memoranda circulated among the public service not directed at the presentation of proposals or recommendations to Council whose information is not protected from disclosure by section 36.3.

There is no doubt that document (c) does contain "information contained in the Treasury Board submission". An uncensored copy of the letter appears in the Appeal Book.

(d) une lettre datée du 30 septembre 1981 expédiée par le sous-secrétaire du Conseil du Trésor présumément au Ministre ou au Ministère pour lui communiquer la décision du Conseil du Trésor.

Le savant juge de première instance a également refusé d'admettre en preuve certains passages de l'interrogatoire au préalable portant sur ces documents et sur les renseignements qu'ils renferment.

Le document (d) est le document qui devait être présenté par le témoin que l'intimée s'est engagée à assigner. Les renseignements qu'ils renfermaient auraient pu faire l'objet d'un certificat en règle se rapportant à la décision en vertu de l'alinéa 36.3(2)c). Aucune objection n'a toutefois été formulée à l'encontre de la divulgation de la décision du Conseil du Trésor et, en conséquence, pour ce seul motif, le document (d) était recevable. Le fait que ce document n'a pas été admis en preuve est peut-être davantage imputable à la confusion qu'à une intention de l'exclure.

Pour ce qui est des documents (a) et (b), j'éprouve énormément de difficulté à admettre qu'on puisse dire que des documents antérieurs à la soumission renferment «des passages repris textuellement de la soumission du Conseil du Trésor». En fait, ce serait plutôt le contraire. La question qui se pose est celle de savoir si les renseignements contenus dans les notes préparées par les fonctionnaires dans l'intention que leur contenu soit à la base d'une présentation du Ministre, que les notes en question soient adressées au Ministre ou d'un fonctionnaire à un autre, devraient être qualifiés de «renseignement[s] contenu[s] dans une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil». À mon avis, une telle qualification s'impose. Cependant, à moins que le but du document ressorte à sa face même, il sera difficile de l'établir. Il y a sûrement une pléiade de notes de service qui circulent au sein de la Fonction publique à des fins autres que la présentation de propositions ou recommandations au Conseil et dont la divulgation n'est pas interdite par l'article 36.3.

Il ne fait aucun doute que le document (c) renferme [TRADUCTION] «des renseignements contenus dans la présentation au Conseil du Trésor». Le dossier d'appel renferme une copie intouchée de la lettre.

In so far as the information of the two documents specified in the certificate and documents (a), (b) and (c) is concerned, the issue now becomes whether, in the circumstances, the certificate is effective to bar its receipt in evidence by the Court. We are not, here, considering information which has been improperly or illegally disclosed by or to anyone. We are considering information which could, and perhaps should, have been kept confidential but, as between the parties to this action, it was not. The information in document (c) was an admission made knowingly to the appellant's solicitor by a responsible official of the Ministry on September 30, 1981, after the action had been commenced. Documents (a) and (b) were certainly disclosed on discovery in the action.

I am unaware of any authoritative decisions respecting section 36.3. We were referred to none. With a single exception, I found the judgments dealing with the repealed section 41 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 (rep. by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 3)] and the English decisions singularly unhelpful except in their articulation of the public policy rationale for non-disclosure, whether based in statute or common law. Section 36.3 and its companion sections present a new and comprehensive statutory scheme.

The exception is the decision in *McCleery v. The Queen*, [1974] 2 F.C. 352, when this Court was asked to restrict public access to documents in respect of which privilege might have been claimed, but was not, under subsection 41(1). The documents had been delivered to the Court's Registry, under a "Top Secret" classification, as part of a tribunal's record in a section 28 application. The Court, at page 356, said:

... it will be a rare case in which the Court will ever have occasion of its own motion to hold any of such documents privileged from production upon grounds of public interest, especially where, as here, the documents in question have already been disclosed to the opposite party.

Pour ce qui est des renseignements des deux documents précisés dans le certificat et des documents (a), (b), et (c), la question consiste maintenant à déterminer si, dans les circonstances, le certificat empêche effectivement la Cour de les admettre en preuve. Nous n'examinons pas en l'espèce des renseignements qui auraient été divulgués ou obtenus de façon irrégulière ou illégale. Il s'agit plutôt de renseignements dont on aurait pu, et peut-être même dû, préserver la confidentialité, ce qui n'a toutefois pas été le cas entre les parties à la présente action. Les renseignements contenus au document (c) constituaient un aveu, fait en toute connaissance de cause, au procureur de l'appelante par un fonctionnaire compétent du Ministère, le 30 septembre 1981, après que l'action eut été intentée. Les documents (a) et (b) ont certainement été divulgués à l'enquête au préalable tenue dans le cadre de l'action.

Je ne connais aucun précédent portant sur l'article 36.3 et on ne nous en a cité aucun. À l'exception d'une seule décision, les jugements traitant de l'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10 (abrogé par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 3)] maintenant abrogé de même que la jurisprudence britannique me sont apparus singulièrement peu utiles, si ce n'est par la façon dont ils expliquent comment la non-divulgaration, qu'elle se fonde sur la Loi ou sur la *common law*, peut servir l'intérêt public. L'article 36.3 et les articles connexes offrent un cadre législatif nouveau et exhaustif.

L'exception susmentionnée est la décision dans l'arrêt *McCleery c. La Reine*, [1974] 2 C.F. 352, où cette Cour s'est vue demander de restreindre l'accès du public à des documents dont on aurait pu invoquer le caractère confidentiel, ce qui n'a toutefois pas été fait, en vertu du paragraphe 41(1). Ces documents avaient été produits au greffe de la Cour sous la classification «Très secret» pour faire partie du dossier de la Cour dans le cadre d'une demande fondée sur l'article 28. La Cour a déclaré à la page 356:

... il s'agit alors, me semble-t-il, d'un cas rare où la Cour a la possibilité de décider de son propre chef que de tels documents ne doivent pas être produits pour des motifs d'intérêt public, en particulier lorsque les documents en cause ont déjà été communiqués à la partie adverse, comme c'est le cas en l'espèce.

The application to restrict public access was refused. The principle is not entirely impertinent in the present circumstances.

Section 36.3 is predicated on the notion that Her Majesty's Privy Council for Canada will be astute in not divulging information it deems confidential and that it requires a statutory right to maintain confidentiality only in the face of "a court, person or other body with jurisdiction to compel the production of information". On a fair reading of the section, it is the compulsion of the disclosure of the information that is protected against, not the receipt of the information in evidence if it is available otherwise than by exercise of the tribunal's power to compel its production.

There is a large measure of unreality in the proposition that the filing of a certificate has the effect of undoing the disclosure of information already lawfully disclosed to the opposing party in a legal proceeding. Everyone with a legitimate interest in the information has it except the Court. Maintenance of confidentiality against only the Court in such a case implies a Parliamentary intention to permit the filing of a certificate to obstruct the administration of justice while serving no apparent legitimate purpose. No such intention is expressed by Parliament; to infer it is repugnant.

In my opinion, the certificate filed in this action is not a bar to the admission in evidence of documents (a), (b), (c) or (d), nor to the admission of the documents specified in the certificate if they were, in fact, produced on discovery, nor to the admission of the examination for discovery dealing with such of those documents as are admissible.

The evidence that Treasury Board approved funding for the third and fourth years and gave the Ministry of Transport permission, in its discretion, to negotiate a firm contract for the third and fourth years on the basis of Tower's outstanding commitment is to be weighed in light of the recommendation the Minister of Transport actually

La demande en vue de restreindre l'accès du public fut rejetée. Le principe n'est pas entièrement dénué de pertinence dans les présentes circonstances.

L'article 36.3 repose sur le principe suivant lequel le Conseil privé de sa Majesté pour le Canada sera suffisamment avisé pour ne pas divulguer les renseignements qu'il juge confidentiels et suivant lequel ce n'est que devant «le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements» qu'il est nécessaire d'invoquer le droit à la confidentialité prévu par la Loi. Une lecture objective de cet article révèle qu'il protège de la contrainte de divulguer ces renseignements et non de leur admission en preuve si ils sont obtenus autrement que par l'exercice, par le tribunal, de son pouvoir de contraindre à leur production.

C'est faire preuve de beaucoup d'irréalisme que de prétendre que le dépôt d'un certificat a pour effet d'effacer la production de renseignements déjà légalement divulgués à la partie adverse dans une procédure judiciaire. Tous ceux qui possèdent un intérêt légitime dans ces renseignements les ont en mains sauf la Cour. Le fait de préserver la confidentialité de ces renseignements uniquement vis-à-vis de la Cour, dans un tel cas, sous-entend l'intention du Parlement d'autoriser le dépôt d'un certificat en vue de faire obstruction à l'administration de la justice et ce, sans aucun motif légitime apparent. Le Parlement n'a pas exprimé une telle intention et la lui prêter est tout simplement choquant.

À mon avis, le certificat produit dans le cadre de la présente action ne fait pas obstacle à la recevabilité en preuve des documents (a), (b), (c) ou (d) ni à la recevabilité de documents précisés dans le certificat si ils ont dans les faits été produits à l'interrogatoire au préalable, ni à la recevabilité de l'interrogatoire au préalable traitant de ces documents recevables.

L'élément de la preuve suivant lequel le Conseil du Trésor a approuvé le financement pour les troisième et quatrième années et a autorisé le ministère des Transports à négocier, à sa discrétion, un contrat ferme pour les troisième et quatrième années sur la base de l'engagement non encore exécuté pris par Tower, doit être soupesé à

made to Treasury Board and the absence of any apparent reason for awarding a two-year contract to the high bidder. The respondent had the right to do that arbitrarily but, if it did, it departed from the norms of its published guidelines. In my opinion, there was evidence tending to establish that the two-year contract entered into with Tower was a sham. The learned Trial Judge erred in construing the pleadings as estopping that contention. It follows that, in my opinion, the learned Trial Judge erred in granting the motion for non-suit.

A motion for non-suit in a civil non-jury trial strikes me as a rather odd procedure. Nevertheless, there is precedent for it, although none I have found reported in the past several years. The only reference to non-suit in the Rules of Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] appears to be in Rule 339 and it is of no assistance here. Likewise the two cases referred to in argument before the Trial Judge are not particularly pertinent. In *Active Construction Ltd. v. Routledge Gravel Ltd.* (1959), 27 W.W.R. 287, the British Columbia Court of Appeal was dealing with the right of the defendant to call evidence when its motion to non-suit had been refused and the condition that it not later call evidence had not been imposed. In *McKenzie et al. v. Bergin et al.*, [1937] O.W.N. 200 (C.A.), the non-suit had been granted in a jury trial.

The Alberta Court of Appeal, in *Hayhurst v. Innisfail Motors Ltd.*, [1935] 1 W.W.R. 385, dealt with a non-suit in a non-jury civil trial. All of the defendants moved for and were granted a non-suit. In the result, the Court of Appeal held that the non-suit had been properly granted in respect of all defendants except one. The Court, unanimous on the point, adopted what it identified as the practice in Ontario, as stated by the Chief Justice at page 391:

... for the future when a defendant applies for a dismissal at the close of the plaintiff's case he does so at the risk of not

la lumière de la recommandation qu'a effectivement faite le ministre des Transports au Conseil du Trésor et de l'absence de tout motif apparent justifiant l'attribution d'un contrat de deux ans au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus élevée. L'intimée avait le droit d'agir arbitrairement, mais, si elle l'a fait, elle a dérogé aux normes publiées dans ses directives. Je suis d'avis qu'il y avait des éléments de preuve tendant à établir que le contrat de deux ans conclu avec Tower n'était que de la frime. Le savant juge de première instance a fait erreur en concluant que les plaidoiries écrites empêchaient d'avancer un tel argument. Il s'ensuit, à mon avis, que le savant juge de première instance a fait erreur en accueillant la requête en non-lieu.

Une requête en non-lieu dans un procès civil sans jury m'apparaît une procédure assez inhabituelle. Il existe néanmoins des précédents bien que je n'en ai trouvé aucun dans les rapports judiciaires des dernières années. La seule mention concernant le non-lieu dans les Règles de la Cour [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] se trouve à l'article 339 des Règles et cette disposition n'est d'aucun secours en l'espèce. De même, les deux arrêts cités durant les plaidoiries devant le juge de première instance ne sont pas particulièrement pertinents. Dans *Active Construction Ltd. v. Routledge Gravel Ltd.* (1959), 27 W.W.R. 287, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique traitait du droit d'un défendeur de présenter sa preuve après le rejet de sa requête en non-lieu dans un cas où on ne lui avait pas imposé la condition de s'abstenir de présenter sa preuve par la suite. Dans *McKenzie et al. v. Bergin et al.*, [1937] O.W.N. 200 (C.A.), le non-lieu avait été accordé dans le cadre d'un procès devant jury.

La Cour d'appel de l'Alberta, dans *Hayhurst v. Innisfail Motors Ltd.*, [1935] 1 W.W.R. 385, a examiné une requête en non-lieu dans le cadre d'un procès civil sans jury. Tous les défendeurs ont demandé et obtenu un non-lieu. En définitive, la Cour d'appel a jugé que la décision d'accorder le non-lieu était fondée à l'égard de tous les défendeurs sauf un. La Cour, unanime sur cette question, a adopté ce qui lui est apparu être la pratique en Ontario, comme l'a souligné le juge en chef à la page 391:

[TRADUCTION] ... à l'avenir, lorsqu'un défendeur sollicite le rejet de la demande, une fois la preuve du demandeur close, il

having the right to give any evidence on his own behalf for if the trial Judge grants his application and the Appellate Court comes to the conclusion that he was wrong it will feel itself at liberty to finally dispose of the case on the evidence already given and will do so unless in its discretion it considers that in the interests of justice some other course should be taken.

A new trial was ordered as to the one defendant.

In my view, the interests of justice here call for a new trial.

It is a matter of sheer speculation whether the motion for non-suit would have been made or granted had the learned Trial Judge appreciated the effect properly to be given the certificate. His errors in that respect were probably in large part attributable to its intrusion at the last possible moment. It is obvious from the record that Frobisher Bay afforded no adequate library, that counsel for the appellant was taken by surprise and that reality, mainly geographic, rendered impractical an adjournment to permit all concerned adequately to consider its effect.

I would allow the appeal with costs of the appeal and costs thrown away in the trial to be taxed and payable forthwith as between solicitor and client. Other costs in the Trial Division should be in the discretion of the judge presiding at the new trial. In the circumstances, it is unnecessary to consider the appeal against the assessment of damages.

HUGESSEN J.: I agree.

le fait au risque de se voir priver du droit de présenter quelque élément de preuve que ce soit en sa faveur, car si le juge du procès accueille sa demande et que la Cour d'appel en vient à la conclusion que ce dernier était dans l'erreur, elle se sentirait libre de statuer définitivement sur le cas à la lumière de la preuve déjà produite et elle agira ainsi à moins qu'elle ne juge, dans l'exercice de sa discrétion, qu'il y va de l'intérêt de la justice de procéder autrement.

On a ordonné la tenue d'un nouveau procès dans le cas de l'un des défendeurs.

Je suis d'avis que l'intérêt de la justice commande en l'espèce la tenue d'un nouveau procès.

Ce n'est que pure spéculation que de se demander si la requête en non-lieu aurait été présentée ou accueillie si le savant juge de première instance avait bien évalué l'effet du certificat. Ses erreurs sur ce point étaient probablement imputables, dans une large mesure, au fait que ce document a été produit au tout dernier moment. Il ressort clairement du dossier que Frobisher Bay ne disposait pas d'une bibliothèque adéquate, que l'avocat de l'appelante a été pris par surprise et que la situation, principalement sur le plan géographique, a fait en sorte qu'il était pratiquement impossible d'ajourner afin de permettre aux intéressés d'examiner à fond l'effet du certificat.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel et, les dépens de l'appel de même que ceux accordés en première instance seront taxés et payables sur le champ entre procureur et client. Les autres dépens devant la Division de première instance devraient être laissés à la discrétion du juge qui présidera le nouveau procès. Dans les circonstances, il n'est pas nécessaire d'examiner l'appel interjeté à l'encontre de l'évaluation des dommages-intérêts.

LE JUGE HUGESSEN: Je souscris aux présents motifs.