

**Giffels Associates Limited** (*Defendant*)  
*Appellant*;

and

**Eastern Construction Company Limited**  
(*Defendant*) *Respondent*;

and

**Dominion Chain Company Limited**  
(*Plaintiff*);

and

**Roof Engineering and Inspection Co.**  
**Limited** (*Defendant*).

1977: October 19, 20; 1978: February 7.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson and Beetz JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO**

*Negligence — Contribution — Building contract — Contribution as between general contractor and engineer as joint-tortfeasors — Guarantee period of general contractor — The Negligence Act, R.S.O. 1970, c. 296, s. 2(1).*

The issues before the Supreme Court arose from an action by the plaintiff Dominion against Giffels and Eastern for damages for a defective roof on a new plant constructed by Eastern as general contractor. Giffels was the engineer for the project under a contract with the plaintiff to prepare specifications and to supervise the construction. A separate contract was entered into between the plaintiff and Eastern as the general contractor. The trial judge found that because of certain construction practices by Eastern in the winter of 1964-65 which involved keeping the building as closed in as possible and using artificial heat, high humidity and the resulting condensation adversely affected the roof which blistered or buckled in 1970. He also found that responsibility for this lay with both Giffels and Eastern. Giffels had approved the roof as satisfactory on November 3, 1965, and Eastern's one-year guarantee had expired on September 30, 1966. As to Eastern however he found that the plaintiff had not brought itself within the terms of the contract and that the action against it would have to be dismissed but for *The Negligence Act*. This reservation by the trial judge concerned the liability of Eastern not to the plaintiff but to Giffels for contribution and in the result Eastern, although not directly

**Giffels Associates Limited** (*Défenderesse*)  
*Appelante*;

et

**Eastern Construction Company Limited**  
(*Défenderesse*) *Intimée*;

et

**Dominion Chain Company Limited**  
(*Demanderesse*);

et

**Roof Engineering and Inspection Co.**  
**Limited** (*Défenderesse*).

1977: 19 et 20 octobre; 1978: 7 février.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson et Beetz.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO**

*Responsabilité — Contribution — Contrat de construction de bâtiment — La contribution entre l'entrepreneur général et l'ingénieur s'applique comme entre les co-auteurs d'un délit — Période de garantie de l'entrepreneur général — The Negligence Act, R.S.O. 1970, chap. 296, par. 2(1).*

La question soumise à la Cour suprême résulte d'une action intentée par la demanderesse Dominion contre Giffels et Eastern afin d'obtenir des dommages-intérêts pour vice de construction du toit d'une nouvelle usine qu'elle a fait construire par Eastern, l'entrepreneur général. Giffels était l'ingénieur du projet et devait préparer les devis et surveiller les travaux. Un autre contrat a été conclu entre la demanderesse et Eastern, l'entrepreneur général. Le juge de première instance a conclu que certaines méthodes de construction adoptées par Eastern au cours de l'hiver 1964-1965, dont celle de fermer le bâtiment le plus hermétiquement possible et de le chauffer, était à l'origine du degré élevé d'humidité qui a produit la condensation et fait cloquer et gondoler le toit en 1970. Il était également d'avis que la responsabilité de ces dommages incombaît à Giffels et à Eastern. Giffels a déclaré le toit satisfaisant le 3 novembre 1965 et la garantie d'un an d'Eastern a pris fin le 30 septembre 1966. En ce qui concerne Eastern, il a conclu que la demanderesse ne tombait pas sous le coup des termes du contrat et que l'action aurait dû être rejetée n'eût été *The Negligence Act*. Cette réserve du juge de première instance vise la responsabilité contributive d'Eastern non envers la demanderesse mais envers Giffels et en consé-

liable to the plaintiff was to bear 75 per cent of the damages awarded to the plaintiff against Giffels. The Court of Appeal dismissed Giffels' appeal but allowed by a majority that of Eastern, the majority reasons holding that it was a precondition of Giffels' right to contribution that Eastern be found liable to the plaintiff and that s. 2(1) of the Act applied only as between tortfeasors and that in this case Giffels and Eastern were under a duty of care in a tort sense apart from their liability in contract. On further appeal Giffels contended that (1) the plaintiff could properly pursue a remedy in tort for negligence, despite the existence of contracts with Giffels and Eastern out of which the plaintiff's relationship with them arose; (2) this made s. 2(1) of *The Negligence Act* clearly applicable but, in any event, that provision was wide enough to embrace breach of contractual duty to exercise reasonable care as well as breach of duty in tort of negligence; and (3) it was not a precondition of the right to invoke s. 2(1) for contribution that there be a finding of liability on Eastern's part to the plaintiff.

*Held:* The appeal should be dismissed.

It is not necessary to come to a final determination on whether s. 2(1) is broad enough to embrace contractual liability when other provisions like ss. 3 and 9 clearly do not. It is however difficult to read a contract basis for contribution into one provision of a statute which has interrelated provisions dominated by a reference to tortfeasors. But, even assuming that a tort claim in negligence was open to the plaintiff, two considerations are preclusive against Giffels' right to contribution, namely, the giving of the final certificate in terms of Eastern's contract, and the finding at trial that the guarantee period fixed by that contract had run in Eastern's favour. A contractor protected by a valid contractual limitation of liability cannot in these circumstances be said to have contributed to any actionable loss by the plaintiff, a result which must follow whether the claim for contribution is based on a liability in tort for negligence or on contract.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario allowing an appeal from a judgment of Lerner J. at trial. Appeal dismissed.

*W. H. O. Mueller* and *F. A. Platt*, for the appellant.

*D. K. Laidlaw, Q.C.*, for the respondent.

quence, même si Eastern n'est pas directement responsable envers la demanderesse, elle doit supporter 75 pour cent des dommages accordés à la demanderesse contre Giffels. La Cour d'appel a rejeté l'appel de Giffels et accueilli celui d'Eastern; les motifs majoritaires s'appuyaient sur le motif qu'Eastern devait être trouvée responsable envers la demanderesse pour que Giffels ait droit à une contribution et que le par. 2(1) de la Loi s'appliquait seulement entre co-auteurs du délit et qu'en l'espèce, Giffels et Eastern avaient, du point de vue délictuel, une obligation de diligence, indépendamment de leurs obligations contractuelles. Giffels a soutenu devant la présente Cour (1) que la demanderesse disposait d'un recours fondé sur la négligence, malgré l'existence de contrats qui règlent ces rapports avec Giffels et Eastern; (2) qu'en conséquence, le par. 2(1) de *The Negligence Act* s'appliquait et que, de toute façon, cette disposition était assez large pour comprendre le manquement à l'obligation contractuelle de diligence raisonnable aussi bien que le manquement à un devoir entraînant la responsabilité délictuelle; et (3) qu'il n'était pas nécessaire qu'Eastern soit reconnue responsable envers la demanderesse pour invoquer le droit à une contribution en vertu du par. 2(1).

*Arrêt:* Le pourvoi doit être rejeté.

Il n'est pas nécessaire d'établir de façon décisive si le par. 2(1) est assez large pour comprendre la responsabilité contractuelle lorsqu'il est clair que les autres dispositions de la Loi, comme les art. 3 et 9, ne le sont pas. Il est cependant difficile de trouver un fondement contractuel à la contribution dans un article de loi intimement lié à d'autres articles visant principalement les auteurs de délit. Donc, à supposer que la demanderesse puisse poursuivre, deux motifs empêchent Giffels de recevoir une contribution: la remise du certificat final en vertu des termes du contrat de Giffels et la conclusion du juge de première instance selon laquelle la période de garantie prévue à ce contrat était écoulée. Dans ces circonstances, on ne peut dire que l'entrepreneur qui s'est validement protégé de toute responsabilité contractuelle a contribué à une perte l'exposant aux poursuites de la demanderesse; que la demande de contribution soit fondée sur la responsabilité délictuelle pour négligence ou sur la responsabilité contractuelle, le résultat est le même.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Lerner prononcé en première instance. Pourvoi rejeté.

*W. H. O. Mueller* et *F. A. Platt*, pour l'appelante.

*D. K. Laidlaw, c.r.*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—By an order dated June 1, 1976, the Ontario Court of Appeal gave leave to the appellant Giffels to appeal its judgment dated April 23, 1976 to this Court on six questions, stated to be questions of law, formulated as follows:

- (a) whether the 'contribution' provision of Section 2(1) of The Negligence Act is applicable because both Giffels and Eastern have been 'found to be at fault or negligent', even though Eastern has not been found 'liable' to the plaintiff by reason of a special defence held to be available to Eastern as against the plaintiff alone;
- (b) whether either or both Articles 17 and 28 of the construction contract, being standard terms within such contracts, is or are sufficient to exempt Eastern from liability for negligent construction, subsequent to and consequent upon the giving of Giffels' 'final certificate' as to completion of construction;
- (c) whether Giffels' 'final certificate' may be disregarded, for the purpose of eliminating it as a bar to the bringing of an action for damages for negligent construction, in the event of it being shown that Eastern which is seeking to shield itself from liability by virtue of such certificate, concealed from Giffels material evidence that would have influenced the decision of Giffels in releasing such certificate;
- (d) whether the contribution and indemnity provision of Section 2(1) of the Negligence Act is applicable in respect of contract claims by the plaintiff against both Giffels and Eastern based upon their negligent failure to exercise reasonable care in carrying out their contractual duties requiring simply that reasonable care be exercised;
- (e) alternatively, whether actions against either or both of Giffels as engineers and Eastern as building contractors may be alternatively asserted either in contract or in tort;
- (f) whether Giffels has status to appeal a finding that its co-defendant Eastern is not 'liable' to the plaintiff in order to maintain a right to contribution and indemnity from Eastern (in the event that 'liability' of Eastern is a precondition to contribution).

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le 1<sup>er</sup> juin 1976, la Cour d'appel de l'Ontario a autorisé l'appelante Giffels à se pourvoir devant cette Cour de sa décision du 23 avril 1976, sur les six questions suivantes, considérées comme des questions de droit:

[TRADUCTION]

- (a) le paragraphe 2(1) de The Negligence Act sur la contribution de chaque partie s'applique-t-il parce que Giffels et Eastern ont toutes deux «commis une faute ou une négligence», même si Eastern n'est pas «responsable» envers la demanderesse en raison d'une défense spéciale qu'Eastern a pu invoquer uniquement contre la demanderesse?
- (b) les articles 17 et 28 du contrat de construction, qui sont des clauses type dans ce genre de contrat, peuvent-ils, ensemble ou séparément, exonérer Eastern de toute responsabilité pour vice de construction vu la remise, par Giffels, d'un «certificat final» constatant l'achèvement des travaux?
- (c) le «certificat final» de Giffels peut-il être écarté, afin d'éliminer tout obstacle à une action en dommages-intérêts pour vice de construction s'il est possible d'établir qu'Eastern, qui cherche à se soustraire à toute responsabilité en se fondant sur le certificat, a dissimulé à Giffels quelque preuve pertinente qui aurait pu lui faire décider de ne pas délivrer le certificat?
- (d) le paragraphe 2(1) de The Negligence Act, qui porte sur la contribution et l'indemnité, s'applique-t-il aux réclamations visant les obligations contractuelles de Giffels et d'Eastern que, selon la demanderesse, elles n'ont pas exécutées avec la diligence raisonnable minimum?
- (e) subsidiairement, les actions contre Giffels en tant qu'ingénieur et contre Eastern en tant qu'entrepreneur ou contre l'une ou l'autre peuvent-elles être fondées indifféremment sur le contrat ou sur la responsabilité délictuelle?
- (f) Giffels a-t-elle qualité pour interjeter appel de la conclusion que sa co-défenderesse Eastern n'est pas «responsable» envers la demanderesse, afin de conserver son recours en contribution contre Eastern (dans la mesure où la «responsabilité» de cette dernière est une condition préalable à l'obligation de contribuer)?

There is one peculiarity about the order for leave on which I must comment. Question (f) raises an issue which was not canvassed by the Ontario Court of Appeal, being, indeed, one which was not originally raised in the appellant's notice of appeal to that Court. After the Ontario Court of Appeal gave judgment in the appeal on April 23, 1976, the appellant Giffels moved to amend its notice of appeal to that Court to raise the point taken in question (f). Leave to do so was given *nunc pro tunc* by an order of May 21, 1976 but the Ontario Court of Appeal then refused to rehear the appeal in respect of that point. Instead, it has purported to allow the appellant to argue the point here. I do not think that this was either a regular or a proper thing to do. It is for this Court alone to determine whether it will give leave to argue here a point not taken or argued or considered by the Court appealed from. If the Ontario Court of Appeal was not prepared to rehear the appellant, there was no reason for allowing an amendment to the notice of appeal after judgment was delivered, and less reason to add the point of the amendment to the questions to be argued in this Court.

In my opinion, question (f) of the order for leave to come to this Court is not open for consideration here. Moreover, the point taken in the question goes beyond mere status to challenge the dismissal of the plaintiff's action against Eastern and involves a claim to argue the propriety of the trial judge's dismissal of the plaintiff's action against the respondent Eastern. This Court would necessarily be caught up in a reassessment or review of questions of fact, and I would be unwilling to undertake this in the present case.

The issues brought to this Court by the appellant Giffels arise out of an action instituted by the plaintiff Dominion Chain Company Limited against Giffels and Eastern to recover damages for a defective roof on a new plant constructed for the plaintiff by Eastern, the general contractor for the building. The roof was constructed by a sub-contractor but nothing turns on this in this case. Giffels was the engineer for the project under a contract with the plaintiff to prepare the specifica-

Je dois faire d'abord un commentaire sur une singularité de l'autorisation. La question (f) soulève un point qui n'a pas été débattu en Cour d'appel de l'Ontario, car il n'était pas contenu à l'origine dans l'avis d'appel déposé par l'appelante devant elle. Après la décision de la Cour d'appel de l'Ontario rendue le 23 avril 1976, l'appelante Giffels a demandé l'autorisation de modifier l'avis d'appel déposé devant cette cour-là afin de soulever le point couvert par la question (f). Par un ordre *nunc pro tunc* du 21 mai 1976, la Cour d'appel de l'Ontario lui a accordé cette autorisation mais elle a refusé d'accorder une nouvelle audition sur ce point. Elle visait à permettre à l'appelante de plaider ce point devant cette Cour. Je pense que cette façon de faire n'est ni régulière ni convenable. Il appartient à cette Cour seule de décider si elle accorde l'autorisation de faire valoir un point qui n'a pas été entendu ni étudié par la Cour d'appel dont la décision est attaquée. Si la Cour d'appel de l'Ontario n'était pas disposée à entendre de nouveau l'appelante, elle n'avait aucune raison d'autoriser la modification de l'avis d'appel après le prononcé du jugement et encore moins d'ajouter ce point aux autres questions soumises à cette Cour.

A mon avis, la question (f) de l'autorisation du pourvoi ne doit pas être étudiée. Du reste, le point soulevé va au-delà de la question de la qualité pour contester le rejet de l'action intentée par la demanderesse contre Eastern et entraîne la discussion du point de savoir si le juge de première instance a rejeté à bon droit l'action de la demanderesse contre l'intimée Eastern. La Cour devrait nécessairement procéder à nouveau à l'appréciation des faits, ce que je ne suis pas disposé à faire en l'espèce.

Les questions soumises à la présente Cour par l'appelante Giffels résultent d'une action intentée par la demanderesse Dominion Chain Company Limited contre Giffels et Eastern afin d'obtenir des dommages-intérêts pour vice de construction du toit d'une nouvelle usine qu'elle a fait construire par Eastern, l'entrepreneur général. Le toit a été construit par un sous-traitant, mais ceci n'est pas pertinent en l'espèce. Aux termes d'un contrat conclu avec la demanderesse, Giffels était l'ingé-

tions and to supervise the construction. A separate contract was entered into between the plaintiff and Eastern as the general contractor for the building. The trial judge, Lerner J., found that because of certain construction practices by Eastern in the winter of 1964-1965, which involved keeping the building as closed-in as possible and using artificial heat, high humidity with resulting condensation adversely affected the roof which blistered or buckled in 1970, five years after its construction. He also found that responsibility for the substantial injury to the roof lay with both Giffels and Eastern.

The contract between the plaintiff and Eastern, which was prepared by Giffels, contained, *inter alia*, the following provisions:

Article 10. Engineer and Contractor. The Engineer is, in the first instance, the interpreter of the Contract and the judge of its performance; he shall use his powers under the Contract to enforce its faithful performance by both parties hereto. The Contractor shall however have complete control, subject to Article 12, of his organization.

Article 11. The Engineer's Decisions. The Engineer shall decide on questions arising under the contract documents, whether as to the performance of the work or the interpretation of the specifications and drawings; but should the Contractor hold such decisions to be at variance with the contract documents, or to involve changes in work already built, fixed, ordered or in hand in excess of the contract, or to be given in error, he shall notify the Engineer before proceeding to carry them out. The Engineer has authority to stop the work whenever such stoppage may be necessary to ensure the proper execution of the Contract.

Article 17. Correction after Final Payment. Neither the final certificate nor payment thereunder, nor any provision in the contract documents shall relieve the Contractor from responsibility for faulty materials or workmanship, which appear within a period of one year from the date of substantial completion of the work, and he shall remedy any defects due thereto and pay for any damage to other work resulting therefrom which appear within such period of one year. The Owner shall give notice of observed defects promptly. Questions arising under this Article shall be decided as provided in Article 11. Notwithstanding the provisions of this Article, if any section of the Quebec Civil Code in the case of work

nieur du projet et devait préparer les devis et surveiller les travaux. Un autre contrat a été conclu entre la demanderesse et Eastern, l'entrepreneur général. Le juge Lerner de première instance a conclu que certaines méthodes de construction adoptées par Eastern au cours de l'hiver 1964-1965, dont celles de fermer le bâtiment le plus hermétiquement possible et de le chauffer, étaient à l'origine du degré élevé d'humidité qui a produit de la condensation et fait cloquer et gondoler le toit en 1970, cinq ans après sa construction. Il était également d'avis que la responsabilité des dommages importants causés au toit incombait à Giffels et à Eastern.

Le contrat conclu entre la demanderesse et Eastern et préparé par Giffels contient, entre autres, les dispositions suivantes:

[TRADUCTION] Article 10. Ingénieur et entrepreneur. L'ingénieur interprète au premier chef le contrat et en juge l'exécution; en utilisant les pouvoirs que lui confère le contrat, il s'assure que les deux parties l'exécutent fidèlement. Sous réserve de l'article 12, l'entrepreneur conserve cependant la direction de son entreprise.

Article 11. Décisions de l'ingénieur. L'ingénieur tranche toute question relative aux documents contractuels, que ce soit au sujet de l'exécution des travaux ou de l'interprétation des plans et devis. Mais si l'entrepreneur est d'avis que ces décisions modifient les documents contractuels ou entraînent des modifications aux travaux réalisés, arrêtés, commandés ou en chantier qui ne sont pas prévus au contrat ou qui présentent une erreur, il doit en informer l'ingénieur avant d'exécuter ces modifications. L'ingénieur peut interrompre les travaux si cela est nécessaire pour assurer la bonne exécution du contrat.

Article 17. Rectifications après paiement final. Ni le certificat final, ni le paiement, ni aucune disposition des documents contractuels ne dégagent l'entrepreneur de sa responsabilité pour les matériaux défectueux et les vices de construction qui apparaissent dans l'année qui suit la date de l'achèvement des travaux; il doit remédier à ces vices et payer la réparation de tout dommage, causé par ces vices à d'autres travaux, qui apparaît dans un délai d'un an. Le propriétaire doit l'informer rapidement de tout vice qu'il a observé. Les questions soulevées par cet article sont résolues de la façon prévue à l'article 11. Nonobstant les dispositions du présent article, si des travaux sont effectués dans la province de Québec, le

performed in the Province of Quebec, creates a more extended liability for faulty materials or workmanship, then that section of the Civil Code shall apply.

**Article 28. Certificates and Payments.** If and so often as the Contractor has made application for payment by submitting to the Engineer the invoice provided for in Article III of the Agreement, the Engineer shall, within Ten (10) days of receipt of the application, approve the account for payment or advise the Contractor promptly in writing why the account is amended or disapproved. Such approval may provide for holdbacks sufficient to protect the Owner against all liens and may be withheld if the Engineer has not received information that payments due to sub-contractors have not been made.

No payment made to the Contractor and no partial or entire use or occupancy of the work by the Owner shall be construed as an acceptance of any work or material not in accordance with this contract. The issuance of the final certificate shall constitute a waiver of all claims by the Owner otherwise than under Articles 17 and 29 [dealing with liens] of these conditions and the acceptance of such final certificate by the Contractor shall constitute a waiver by him of all claims except those previously made and still unsettled if any. Should the Owner fail to pay the sum named in any certificate of the Engineer upon demand when due, the Contractor shall receive, in addition to the sum named in the certificate, interest thereon at the rate of 6%....

I need not dwell on the evidence or findings of the trial judge that Giffels, in the words of the trial judge, "failed in its contractual obligations or duties and was negligent in the performance of its professional skills" in respect of the damage to the roof. Giffels had approved the roof as satisfactory on November 3, 1965, and Eastern's one year guarantee expired on September 30, 1966, this being accepted (according to the trial judge) by all parties at trial as a fact. As to Eastern, although the failure of the roof was the result of its faulty construction procedures, the findings of the trial judge were that the plaintiff had not brought itself within article 17 of the contract, and that since Giffels itself had delivered to Eastern on April 15, 1967 the final certificate contemplated by article 28 of the contract, the action against it would have to be dismissed "but for *The Negligence Act*". This reservation by the trial judge concerned the liability of Eastern not to the plaintiff but to

Code civil s'applique s'il prévoit une responsabilité plus étendue dans le cas de matériaux défectueux ou de vices de construction.

**Article 28. Certificat et paiement.** Sur demande de paiement présentée à l'ingénieur par l'entrepreneur sous la forme d'une facture prévue à l'article III de l'entente, l'ingénieur doit, dans les dix (10) jours de la réception de la demande, approuver le paiement du compte ou faire savoir rapidement à l'entrepreneur, par écrit, pourquoi le compte est modifié ou refusé. Cette approbation peut prévoir des retenues suffisantes pour protéger le propriétaire contre tout privilège et peut être refusée si l'ingénieur n'a pas été informé que les paiements dus aux sous-traitants n'ont pas été versés.

Le versement d'une somme d'argent à l'entrepreneur ou l'utilisation ou l'occupation, totale ou partielle, du site des travaux par le propriétaire ne doit pas être interprété comme une acceptation de travaux ou de matériaux non conformes au présent contrat. En délivrant le certificat final, le propriétaire renonce à toute réclamation autre que celles prévues aux articles 17 et 29 de ce contrat [qui traitent des priviléges]. Si l'entrepreneur accepte ce certificat final, il renonce à toute réclamation, sauf, s'il y a lieu, celles qui sont déjà faites et sont encore en instance. Si, sur demande, le propriétaire ne paie pas à l'échéance la somme indiquée au certificat de l'ingénieur, un intérêt au taux de 6% sera versé à l'entrepreneur en plus de la somme indiquée au certificat....

Je n'insisterai pas sur la preuve ni sur la conclusion du juge de première instance selon lequel, pour ce qui est des dommages causés au toit, Giffels (je cite) [TRADUCTION] «n'a pas respecté ses obligations ou devoirs contractuels et a été négligente dans l'exécution de travaux relevant de sa compétence professionnelle». Giffels a déclaré le toit satisfaisant le 3 novembre 1965 et la garantie d'un an d'Eastern a pris fin le 30 septembre 1966; selon le juge de première instance, toutes les parties ont admis ces faits. En ce qui concerne Eastern, même si la détérioration du toit est imputable aux vices de construction, le juge de première instance a conclu que la demanderesse ne tombait pas sous le coup de l'article 17 du contrat et que, puisque Giffels avait elle-même remis à Eastern, le 15 avril 1967, le certificat final prévu à l'article 28 du contrat, l'action aurait dû être rejetée [TRADUCTION] «n'eût été *The Negligence Act*». Cette réserve du juge de première instance vise la res-

Giffels for contribution. The trial judge found that *The Negligence Act*, R.S.O. 1970, c. 296, provided a basis for apportioning liability between Giffels and Eastern *inter se*, and that Eastern, although not itself liable to the plaintiff, must bear 75 per cent of the damages awarded to the plaintiff against Giffels.

Lerner J. arrived at this conclusion by holding, first, that *The Negligence Act* could be invoked only as between tortfeasors; second, by finding that both Giffels and Eastern were negligent in a tort sense in the carrying out of their respective obligations, apart from breach of contract; and, third, that it was not necessary under s. 2(1) of *The Negligence Act*, as it was under s. 3, that each tortfeasor be found liable to the plaintiff as a precondition of liability to make contribution to the other.

Both Giffels and Eastern appealed to the Court of Appeal, the former from the judgment of Lerner J. holding it liable to the plaintiff and the latter from the judgment against it for contribution in favour of Giffels. The Court of Appeal disposed of Giffels' appeal adversely to it in oral reasons and reserved judgment on Eastern's appeal. This appeal was allowed but the Court was not unanimous in its reasons. The majority reasons of Jessup J.A., Zuber J.A. concurring, proceeded on the ground that it was a precondition of Giffels' right to contribution that Eastern be found liable to the plaintiff, but in the course of arriving at this conclusion, the learned judge also held that s. 2(1) of *The Negligence Act* applied only as between tortfeasors and that in the present case Giffels and Eastern were under a duty of care in a tort sense, apart from their liability in contract. Madame Justice Wilson was of the opinion that any liabilities of Giffels and Eastern arose only in contract and that no separate cause of action lay through the tort of negligence.

In its appeal to this Court, Giffels through its counsel, in a wide ranging argument, contended that (1) the plaintiff could properly pursue a

ponsabilité contributive d'Eastern non envers la demanderesse mais envers Giffels. Le juge de première instance était d'avis que *The Negligence Act*, R.S.O. 1970, chap. 296, permet de partager la responsabilité entre Giffels et Eastern et que, même si cette dernière n'est pas responsable envers la demanderesse, elle doit supporter 75 pour cent des dommages accordés à la demanderesse contre Giffels.

Le juge Lerner est arrivé à cette conclusion en posant en principe, premièrement, que *The Negligence Act* ne peut être invoquée qu'entre les co-auteurs du délit; deuxièmement, que Giffels et Eastern avaient toutes deux été négligentes du point de vue délictuel dans l'exécution de leurs obligations respectives, l'inexécution du contrat mise à part; troisièmement, qu'en vertu du par. 2(1) de *The Negligence Act*, il n'est pas nécessaire, comme c'est le cas aux termes de l'art. 3, que chaque auteur du délit soit trouvé responsable du préjudice subi par la demanderesse pour qu'il soit appelé à verser une contribution à l'autre.

Giffels et Eastern ont toutes deux interjeté appel devant la Cour d'appel, la première, de la décision du juge Lerner qui l'a jugée responsable envers la demanderesse et la deuxième, de la décision l'obligeant à verser une contribution à Giffels. La Cour d'appel a rejeté oralement l'appel de Giffels et a pris celui d'Eastern en délibéré. Cet appel a été accueilli, mais la Cour n'était pas unanime. Les motifs majoritaires du juge Jessup, auxquels a souscrit le juge Zuber, s'appuient sur le motif qu'Eastern devait être trouvée responsable envers la demanderesse pour que Giffels ait droit à une contribution. Toutefois, dans le processus, le savant juge a également conclu que le par. 2(1) de *The Negligence Act* ne s'applique qu'entre co-auteurs du délit et qu'en l'espèce, Giffels et Eastern avaient, du point de vue délictuel, une obligation de diligence, indépendamment de leurs obligations contractuelles. Mme le juge Wilson a estimé que la responsabilité de Giffels et d'Eastern ne résulte que du contrat et qu'il n'existe aucune cause distincte d'action fondée sur la négligence.

Giffels, par la voix de son avocat, soutient devant cette Cour dans une argumentation très générale (1) que la demanderesse dispose d'un

remedy in tort for negligence, despite the existence of contracts with Giffels and Eastern out of which the plaintiff's relationship with them arose; (2) this made s. 2(1) of *The Negligence Act* clearly applicable but, in any event, that provision was wide enough to embrace breach of contractual duty to exercise reasonable care as well as breach of duty in tort for negligence; and (3) it was not a precondition of the right to invoke s. 2(1) for contribution that there be a finding of liability on Eastern's part to the plaintiff.

Sections 2(1) and 3 of *The Negligence Act* read as follows:

2.(1) Where damages have been caused or contributed to by the fault or neglect of two or more persons, the court shall determine the degree in which each of such persons is at fault or negligent, and, except as provided by subsections 2, 3 and 4, where two or more persons are found at fault or negligent, they are jointly and severally liable to the person suffering loss or damage for such fault or negligence, but as between themselves, in the absence of any contract express or implied, each is liable to make contribution and indemnify each other in the degree in which they are respectively found to be at fault or negligent.

3. A tort feasor may recover contribution or indemnity from any other tort feasor who is, or would if sued have been, liable in respect of the damage to any person suffering damage as a result of a tort by settling with the person suffering such damage, and thereafter commencing or continuing action against such other tort feasor, in which event the tort feasor settling the damage shall satisfy the court that the amount of the settlement was reasonable, and in the event that the court finds the amount of the settlement was excessive it may fix the amount at which the claim should have been settled.

The history of the Act, of the changes and additions to it since its original enactment as a simple contributory negligence statute in 1924 (see 1924 (Ont.) c. 32) were fully canvassed by the appellant's counsel and as well by respondent's counsel. The former laid particular stress on the substitution in 1935 of the words in the opening lines of s. 2(1), "except as provided by subsection 2, where two or more persons are found at fault or negligent", for the words "where two or more persons

recours fondé sur la négligence, malgré l'existence de contrats qui règlent ses rapports avec Giffels et Eastern; (2) qu'en conséquence, le par. 2(1) de *The Negligence Act* s'applique et que, de toute façon, cette disposition est assez large pour comprendre le manquement à l'obligation contractuelle de diligence raisonnable aussi bien que le manquement à un devoir entraînant la responsabilité délictuelle; et (3) qu'il n'est pas nécessaire qu'Eastern soit reconnue responsable envers la demanderesse pour invoquer le droit à une contribution en vertu du par. 2(1).

Le paragraphe 2(1) et l'art. 3 de *The Negligence Act* prévoient:

[TRADUCTION] 2.(1) Lorsque la faute ou la négligence de deux ou plusieurs personnes ont causé des dommages ou y ont contribué, le tribunal détermine la part de chacun dans la faute ou dans la négligence; sous réserve des cas prévus aux paragraphes 2, 3 et 4, lorsque deux ou plusieurs personnes ont commis une faute ou une négligence, elles sont conjointement et solidairement responsables envers la personne qui a subi une perte ou un préjudice imputable à cette faute ou à cette négligence; mais, entre elles, en l'absence de contrat exprès ou implicite, elles sont tenues de faire une contribution et de s'indemniser mutuellement dans la mesure de leur participation respective à la faute ou à la négligence.

3. L'auteur du délit peut recouvrer toute contribution ou indemnité de tout autre co-auteur du délit qui est, ou serait s'il avait été poursuivi, responsable du préjudice subi par toute personne à la suite de ce délit, en transigeant d'abord avec la victime et en se retournant ensuite contre ledit co-auteur du délit; l'auteur du délit devra prouver au tribunal l'adéquation de la transaction et, si le tribunal trouve le montant excessif, il pourra fixer le montant qui aurait dû être accordé aux termes de la transaction.

L'historique de cette loi, des modifications et des additions qui y ont été apportées, depuis sa première adoption en 1924 comme simple loi sur la négligence contributive (voir 1924 (Ont.) chap. 32), a été abondamment commenté par l'avocat de l'appelante aussi bien que par celui de l'intimée. Le premier a particulièrement insisté sur la substitution, en 1935, des mots [TRADUCTION] «sous réserve des cas prévus au paragraphe 2, lorsque deux ou plusieurs personnes ont commis une faute

are found liable". For him, this change fortified his contention that a finding of liability or proof that liability could have been found was not an essential basis for a claim of contribution. Respondent's counsel urged on his part that an appraisal of the Act as a whole in the light of its history made it abundantly clear that the Act was concerned with tort liability and not with contractual liability.

In my opinion, it is not necessary in this case to come to a final determination on whether s. 2(1) of *The Negligence Act* is broad enough to embrace contractual liability when other provisions of the Act, like ss. 3 and 9, clearly do not. I incline, however, to the view advanced by counsel for the respondent in this respect. I think it difficult to see how a contract basis for contribution can be read into one provision of a statute which has interrelated provisions dominated by a reference to tortfeasors. Similarly, I am of the view that it is a precondition of the right to resort to contribution that there be liability to the plaintiff. I am unable to appreciate how a claim for contribution can be made under s. 2(1) by one person against another in respect of loss resulting to a third person unless each of the former two came under a liability to the third person to answer for his loss. Hence, even assuming that a tort claim in negligence was open to the plaintiff against Giffels and Eastern in the present case—and I need not come to a determination on this issue here—there are two considerations which are preclusive against Giffels' right to contribution under s. 2(1). They are, first, the giving of the final certificate under article 28 of Eastern's contract and, second, the finding by the trial judge that the guarantee period fixed by article 17 of that contract has run in Eastern's favour.

I do not think that any comfort is available to Giffels from the "exculpatory clause" cases which hold that, unless negligence is expressly mentioned, exculpation from liability will not cover liability for negligent conduct if there is subject matter for the clause without reference to negligence. Faulty material or workmanship is expressly

ou une négligence», aux mots [TRADUCTION] «lorsque deux ou plusieurs personnes sont responsables», du début du par. 2(1). Selon lui, cette modification appuie sa prétention que, pour demander une contribution, il n'est pas nécessaire de conclure à la responsabilité ni de prouver que pareille conclusion aurait pu être tirée. L'avocat de l'intimée a fait valoir pour sa part que l'analyse de l'historique de cette loi montre clairement qu'elle porte sur la responsabilité délictuelle et non sur la responsabilité contractuelle.

A mon avis, il n'est pas nécessaire en l'espèce d'établir de façon décisive si le par. 2(1) de *The Negligence Act* est assez large pour comprendre la responsabilité contractuelle lorsqu'il est clair que les autres dispositions de la Loi, comme les art. 3 et 9, ne le sont pas. Cependant, je penche pour le point de vue de l'avocat de l'intimée. Je vois difficilement comment on peut trouver un fondement contractuel à la contribution dans un article de loi intimement lié à d'autres articles visant principalement les auteurs de délits. De la même façon, j'estime qu'il faut d'abord établir la responsabilité envers la demanderesse pour pouvoir réclamer la contribution. Je ne vois pas comment une personne pourrait, en vertu du par. 2(1), réclamer à une autre personne une contribution relativement à la perte subie par un tiers sans que chacune des deux premières personnes soit responsable envers le tiers de la perte qu'il a subie. Donc, à supposer qu'en l'espèce, la demanderesse puisse poursuivre Giffels et Eastern en responsabilité délictuelle pour négligence,—et je n'ai pas à trancher cette question—deux motifs empêchent Giffels de recevoir une contribution aux termes du par. 2(1). Le premier est la remise du certificat final en vertu de l'article 28 du contrat d'Eastern et le deuxième, la conclusion du juge de première instance selon laquelle la période de garantie prévue à l'article 17 du contrat était écoulée.

Je ne pense pas que Giffels puisse invoquer les affaires portant sur une «clause d'exonération» où l'on a jugé que, à moins que la négligence ne soit expressément mentionnée, l'exonération de responsabilité ne comprend pas la responsabilité pour conduite négligente si la cause s'applique sans référence à la négligence. L'utilisation de maté-

covered in article 17 and article 28 must be read to exclude all claims under or in respect of the performance of the contract, and hence it is immaterial whether they arise in contract or in tort. In the present case, it was the same negligence, whether regarded as a breach of contract or as a basis for an independent tort claim, which lay at the base of any claim by the plaintiff against Eastern for damages.

Moreover, whether Giffels bases its claim for contribution on s. 2(1) or outside of that provision, the same result adverse to Giffels must follow. I am prepared to assume, for the purposes of this case, that where there are two contractors, each of which has a separate contract with a plaintiff who suffers the same damage from concurrent breaches of those contracts, it would be inequitable that one of the contractors bear the entire brunt of the plaintiff's loss, even where the plaintiff chooses to sue only that one and not both as in this case. It is, however, open to any contractor (unless precluded by law) to protect itself from liability under its contract by a term thereof, and it does not then lie in the mouth of the other to claim contribution in such a case. The contractor which has so protected itself cannot be said to have contributed to any actionable loss by the plaintiff. This result must follow whether the claim for contribution is based on a liability to the plaintiff in tort for negligence or on contractual liability. In either case there is a contractual shield which forecloses the plaintiff against the protected contractor, and the other contractor cannot assert a right to go behind it to compel the former to share the burden of compensating the plaintiff for its loss.

What we have here is a case where the immunity of Eastern from liability did not arise from some independent transaction or settlement made after an actionable breach of contract or duty, but rather it arose under the very instrument by which Eastern's relationship with the plaintiff was established. Giffels had no cross-contractual relationship with Eastern upon which to base a claim for

rieux défectueux ou les vices de construction sont expressément mentionnés à l'article 17, et l'article 28 doit être interprété comme excluant toute réclamation relative à l'exécution du contrat; il est donc inutile de rechercher si la réclamation est fondée sur le contrat ou sur la responsabilité délictuelle. Il s'agit en l'espèce de la même négligence, qu'elle soit considérée comme l'inexécution du contrat ou comme le fondement d'un recours délictuel distinct, qui a fait naître la demande de dommages-intérêts par la demanderesse contre Eastern.

D'ailleurs, que Giffels fonde son recours en contribution sur le par. 2(1) ou non, la décision lui reste défavorable. Je suis disposé à admettre, pour les besoins de cette cause, que lorsque deux entrepreneurs ont l'un et l'autre conclu un contrat avec la demanderesse qui a subi un dommage unique du fait de la double inexécution de ces contrats, il ne serait pas équitable que l'un des entrepreneurs soit seul à indemniser la demanderesse pour les pertes subies, même si celle-ci n'en poursuit qu'un seul et non les deux comme c'est le cas en l'espèce. Cependant, un entrepreneur peut (à moins que ce ne soit interdit par une loi) se protéger de toute responsabilité contractuelle en insérant une clause à cet effet; dans ce cas, l'autre entrepreneur ne peut se retourner contre lui. On ne peut pas dire que l'entrepreneur qui s'est ainsi protégé a contribué à une perte l'exposant aux poursuites de la demanderesse. Que la demande de contribution soit fondée sur la responsabilité délictuelle pour négligence ou sur la responsabilité contractuelle envers la demanderesse, le résultat est le même. Dans les deux cas, il y a une clause du contrat qui empêche la demanderesse de poursuivre l'entrepreneur protégé, et l'autre entrepreneur n'a aucunement le droit d'écartier cette clause pour obliger le premier à contribuer à l'indemnisation des pertes que la demanderesse a subies.

En l'espèce l'exonération d'Eastern ne résulte pas d'un règlement ou d'une transaction indépendante conclue après l'inexécution du contrat ou de l'obligation, mais bien du document même qui fixe les rapports entre Eastern et la demanderesse. Il n'y a aucun lien contractuel réciproque sur lequel Giffels peut se fonder pour demander une contribution à Eastern; et une fois qu'il est bien établi,

contribution; and once it was clear, as it was here, that Eastern could not be held accountable to the plaintiff for the latter's loss, any ground upon which Giffels could seek to burden Eastern with a share of that loss disappeared.

I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Outerbridge, Manning & Mueller, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: McCarthy & McCarthy, Toronto.*

comme c'est le cas en l'espèce, qu'Eastern ne peut être tenue responsable envers la demanderesse des pertes que celle-ci a subies, tout motif sur lequel Giffels pourrait s'appuyer pour imputer à Eastern une part de la perte subie, est réduit à néant.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Outerbridge, Manning & Mueller, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée: McCarthy & McCarthy, Toronto.*