

**V.K. Mason Construction Ltd.** (*Plaintiff*)  
*Appellant*;

and

**The Bank of Nova Scotia** (*Defendant*)  
*Respondent*;

and

**Courtot Investments Limited** (*Defendant*);

and between

**The Bank of Nova Scotia** (*Defendant*)  
*Appellant*;

and

**V.K. Mason Construction Ltd.** (*Plaintiff*)  
*Respondent*;

and

**Bregman and Hamann** (*Defendants*).

File Nos.: 17437 and 17435.

1984: June 14; 1985: April 4.

Present: Dickson C.J. and Ritchie\*, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Contracts — Unilateral contract — Bank advised contractor that developer adequately financed — Developer unable to meet payments — Whether or not Bank liable for breach of contract.*

*Torts — Negligent misrepresentation — Bank advised contractor that developer adequately financed — Financial agreement only to fixed amount — Cost overruns — Neither extended terms nor new credit advanced — Whether or not Bank liable to contractor for misrepresentation.*

*Interest — Mortgage contained in demand debenture — Interest rate calculated on 360-day year — Whether or not meaning of "mortgage on real estate" in s. 4 of Interest Act different from meaning in any other context — Whether or not s. 4 breached — Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18, s. 4.*

**V.K. Mason Construction Ltd.**  
(*Demanderesse*) *Appelante*;

et

<sup>a</sup> **La Banque de Nouvelle-Écosse**  
(*Défenderesse*) *Intimée*;

et

<sup>b</sup> **Courtot Investments Limited** (*Défenderesse*);

et entre

<sup>c</sup> **La Banque de Nouvelle-Écosse**  
(*Défenderesse*) *Appelante*;

et

**V.K. Mason Construction Ltd.**  
(*Demanderesse*) *Intimée*;

<sup>d</sup> et

**Bregman et Hamann** (*Défendeurs*).

N<sup>os</sup> du greffe: 17437 et 17435.

<sup>e</sup>

1984: 14 juin; 1985: 4 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Ritchie\*, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

<sup>f</sup>

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

*Contrats — Contrat unilatéral — Avis de la Banque à l'entrepreneur que le financement du promoteur est suffisant — Promoteur incapable de faire les paiements — La Banque est-elle responsable d'une rupture de contrat?*

*Responsabilité délictuelle — Déclaration inexacte faite par négligence — Avis de la Banque à l'entrepreneur que le financement du promoteur est suffisant — Accord financier limité au montant fixé — Coûts supplémentaires — Aucune condition ni crédit nouveaux — La Banque est-elle responsable envers l'entrepreneur de la déclaration inexacte faite par négligence?*

<sup>i</sup> *Intérêts — Hypothèque incluse dans une débenture à vue — Taux d'intérêt calculé à 360 jours — L'expression «hypothèque sur les biens-fonds» a-t-elle un sens différent de celui qu'elle a dans d'autres contextes? — Violation ou non de l'art. 4 — Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 4.*

\* Ritchie J. took no part in the judgment.

\* Le juge Ritchie n'a pas pris part au jugement.

The two appeals in this consolidated action arose out of the financing and construction of an office and retail complex. Courtot was the owner and developer; Mason was the general contractor; and the Bank provided bridge financing for the construction, taking a mortgage in a demand debenture on the property as part of its security. The first action, brought by Mason against the Bank, was based on the alternative footing of contract and tort. The second action involved a claim by Mason under *The Mechanics' Lien Act* against Courtot and the Bank but, as Courtot and Mason settled, only the latter claim was before the Court.

Mason signed a fixed price construction contract with Courtot, but only when fully satisfied by a letter from the Bank, over and above its own knowledge of Courtot's financing, that Courtot was adequately financed to meet its payments. Construction went ahead and was substantially completed. Before completion, however, both Courtot and the Bank were aware that the Bank's loan to Courtot would not cover the cost of completion. The Bank refused to extend the due date or to extend more money. Mason was not informed of the situation and, faced with excuses to delay payment and vexatious litigation, lodged mechanics' liens against the property. The Bank later exercised its power of sale as mortgagee under the demand debenture and asserted its priority as mortgagee over the proceeds of sale. The remainder was not sufficient to satisfy fully the settlement reached in Mason's mechanics' lien action with Courtot.

The trial judge in the first action found the Bank liable to Mason in both contract and tort, and, in the second held that s. 4 of the *Interest Act* applied, with the result that the Bank's claim was reduced to the extent that Mason could be paid in full out of the proceeds of sale. The Court of Appeal dismissed the Bank's appeal with respect to the breach of contract claim and did not comment on the negligent misrepresentation issue. It allowed the Bank's appeal in the second action, however, holding s. 4 of the *Interest Act* to be inapplicable. The Court of Appeal also found the Bank was not estopped from asserting its priority as mortgagee.

The issues in the two actions involved (1) contract; (2) negligent misrepresentation; (3) s. 4 of the *Interest Act*; and (4) estoppel.

Les deux pourvois réunis dans cette action découlent du financement et de la construction d'un ensemble de bureaux et de boutiques. Courtot en était le propriétaire et le promoteur; Mason était l'entrepreneur général et la Banque assurait le financement provisoire de l'ensemble, en prenant à titre de sûreté une hypothèque incluse dans une débenture à vue. La première action intentée par Mason contre la Banque constitue une poursuite en responsabilité contractuelle et subsidiairement en responsabilité délictuelle. La seconde action comporte une poursuite de Mason contre Courtot et la Banque en vertu de *The Mechanics' Lien Act*, mais comme Courtot et Mason ont réglé leur différend, seule l'action contre la Banque est soumise à la Cour.

Mason a conclu un contrat de construction à prix fixe avec Courtot, mais seulement après avoir reçu l'assurance écrite de la Banque, en plus de sa propre connaissance des arrangements financiers conclus par Courtot, que Courtot disposait de fonds suffisants pour faire face à ses paiements. Les travaux de construction ont été substantiellement achevés. Toutefois, avant l'achèvement des travaux, Courtot et la Banque savaient toutes deux que le prêt bancaire accordé à Courtot ne suffirait pas. La Banque a refusé de repousser l'échéance ou d'investir plus de fonds. Mason n'a pas été avisée de la situation et, réagissant aux excuses pour reporter les paiements et à une poursuite vexatoire, elle a enregistré des privilèges contre la propriété. La Banque a alors exercé son pouvoir de créancier hypothécaire en vertu de la débenture pour vendre la propriété et a fait valoir son droit de priorité sur le produit de la vente. Le solde ne suffisait pas pour acquitter complètement les montants prévus au règlement intervenu entre Mason et Courtot dans l'action sur privilège.

Dans la première action, le juge de première instance a conclu que la Banque était responsable envers Mason à la fois contractuellement et délictuellement et, dans la seconde, que l'art. 4 de la *Loi sur l'intérêt* s'appliquait, ce qui faisait que la réclamation de la Banque était réduite jusqu'à concurrence du montant nécessaire pour rembourser Mason sur le produit de la vente. La Cour d'appel a rejeté l'appel de la Banque relativement à la rupture de contrat sans parler de la question de la déclaration inexacte faite par négligence. Elle a cependant accueilli l'appel de la Banque dans la seconde action, déclarant l'art. 4 de la *Loi sur l'intérêt* inapplicable. La Cour d'appel a également conclu que rien n'empêchait la Banque de faire valoir sa priorité en tant que créancier hypothécaire.

Les questions en litige dans les deux actions visent (1) le contrat; (2) la déclaration inexacte faite par négligence; (3) l'art. 4 de la *Loi sur l'intérêt* et (4) l'irrecevabilité.

*Held:* The appeal of the Bank of Nova Scotia should be dismissed and the cross-appeal of V.K. Mason Construction Ltd. should be allowed (in the contract/tort action). The appeal of V.K. Mason Construction Ltd. should be dismissed (in the mechanics' lien action).

No contractual relationship existed between the Bank and Mason. A unilateral contract—the only one possible in the circumstances—could not be implied as the certainty of intention necessary as a foundation for implying such a contract out of the documents and conduct did not exist. Much would have to be implied into the conduct of the parties and the exact nature of the Bank's obligation was left undefined. Reasonable business people would not have construed the Bank's letter as an absolute and unqualified guarantee.

All the requirements for negligent misrepresentation were met here: (1) an untrue statement (2) was negligently made and there was (3) a special relationship giving rise to a duty of care and (4) a reliance that was foreseeable. Mason sought an assurance from the Bank that Courtot would have adequate financing at a time when it knew the terms of the Bank's loan to Courtot and found that loan to be an inadequate assurance. The Bank knew its letter would be construed as an assurance over and above the loan and yet persisted in giving the assurance based on the loan and the hope that certain costs would not be incurred. In doing so the Bank acted negligently. The Bank had a special relationship with Mason because it was inducing Mason to sign a contract with Courtot in reliance on the Bank's assurance of adequate financing. Mason relied on that assurance and that reliance was foreseeable by the Bank.

In calculating damages for misrepresentation, anticipated profit is not to be subtracted from contract damages. It could be assumed that Mason would have found a profitable means of employing itself had it not been induced to work on the Courtot project by the Bank's misrepresentation. The estimated profit on the Courtot project was a reasonable evaluation of what Mason likely would have made had it abandoned the project and found other work: lost profit on this contract represented lost opportunity for profit on any contract.

Mason was similarly entitled to prejudgment interest. It was reasonable to assume that Mason would have put the amount of outlay and the profits to profitable use. Interest is the Court's way of compensating Mason for the loss of the opportunity to invest the money.

*Arrêt:* Le pourvoi de la Banque de Nouvelle-Écosse est rejeté et le pourvoi incident de V.K. Mason Construction Ltd. est accueilli (dans l'action en responsabilité contractuelle et délictuelle). Le pourvoi de V.K. Mason Construction Ltd. est rejeté (dans l'action sur privilège).

Il n'existait pas de lien contractuel entre la Banque et Mason. On ne peut déduire l'existence d'un contrat unilatéral—le seul possible dans les circonstances—puisque ni les pièces ni la conduite des parties ne constituent une manifestation suffisamment certaine d'intention. Trop de choses devraient être déduites de leur conduite et la nature exacte de l'obligation de la Banque n'était pas définie. Des personnes raisonnables dans les affaires n'auraient pas interprété la lettre de la Banque comme une garantie absolue.

Toutes les conditions nécessaires à l'existence de la déclaration inexacte faite par négligence sont réunies ici: (1) une déclaration fautive (2) faite par négligence (3) avec un lien spécial donnant lieu à une obligation de diligence et (4) à laquelle il était prévisible qu'on se fierait. Mason cherchait à obtenir une assurance de la Banque que Courtot aurait suffisamment d'argent à une époque où elle connaissait les conditions du prêt fait par la Banque à Courtot et estimait que ce n'était pas une assurance suffisante. La Banque savait que sa lettre serait interprétée comme une assurance de quelque chose qui dépassait les conditions du prêt, mais elle a néanmoins donné l'assurance fondée sur le prêt et l'espoir que certains coûts ne se concrétiseraient pas. Ce faisant, la Banque a agi avec négligence. La Banque avait un lien spécial avec Mason parce qu'elle l'incitait à signer un contrat avec Courtot en l'assurant qu'il y aurait un financement suffisant. Mason s'est fiée à cette assurance, ce que la Banque pouvait prévoir.

Dans le calcul des dommages-intérêts pour déclaration inexacte, on ne doit pas soustraire le profit anticipé des dommages-intérêts pour responsabilité contractuelle. On peut estimer que Mason aurait trouvé une activité profitable si la déclaration inexacte de la Banque ne l'avait pas amenée à construire le centre Courtot. Le profit estimé sur le centre Courtot constitue une évaluation raisonnable de ce que Mason aurait vraisemblablement réalisé si elle avait abandonné la construction et trouvé un autre chantier: le manque à gagner sur ce contrat représente l'occasion manquée de tirer un profit de tout autre contrat.

Mason a également droit à l'intérêt avant jugement. Il est raisonnable de penser que Mason aurait utilisé le montant correspondant aux dépenses et aux profits de façon profitable. La Cour a recours à l'intérêt pour indemniser Mason relativement à la possibilité perdue d'investir cet argent.

The transaction between the Bank and Courtot could not be characterized as something other than a mortgage on real estate simply because the Bank took other security in addition to the mortgage contained in the demand debenture. The meaning of a "mortgage on real estate" in s. 4 of the *Interest Act* is no different from its meaning in any other context. Section 4 is consumer protection law in the sense that, with respect to loans other than real estate mortgages, consumers are entitled to know the annual rate of interest they are paying. Courtot was a sophisticated commercial borrower in scant need of protection by being informed of the annual rate of interest rather than the 360 day rate. Since the section allows a borrower to escape from what would otherwise be a valid arm's length financial transaction, it would be unfair to adopt a construction that did not take into account the legitimate interests of the lender.

This was not a case for the application of promissory estoppel simply on the ground that the Bank never represented that it would not rely on its priority as mortgagee. Mason therefore could not make out a case of detrimental reliance with respect to its mechanics' lien.

#### Cases Cited

*Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*, [1893] 1 Q.B. 256; *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Patrick L. Roberts Ltd. v. Solinger Industries Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 44; *Re Tudale Explorations Ltd. and Bruce* (1978), 88 D.L.R. (3d) 584; *Elmvale Lumber Co. v. Laurin* (1977), 16 O.R. (2d) 241, referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Interest Act*, R.S.C. 1970, c. I-18, s. 4.

#### Authors Cited

McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 14th ed., London, Sweet & Maxwell Ltd., 1980.

APPEAL AND CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (in the contract/tort action) (1982), 39 O.R. (2d) 630, dismissing the appeal of the Bank of Nova Scotia, allowing the cross-appeal of V.K. Mason Construction Ltd., and varying the judgment of O'Leary J. Appeal dismissed; cross-appeal allowed.

L'opération intervenue entre la Banque et Courtot ne peut être considérée comme autre chose qu'une hypothèque sur des biens-fonds du seul fait que la Banque a pris d'autres sûretés en plus de l'hypothèque incluse dans la débenture à vue. Le sens de l'expression «hypothèque sur des biens-fonds» à l'art. 4 de la *Loi sur l'intérêt* n'est pas différent de celui qu'elle a dans un autre contexte. L'article 4 vise la protection du consommateur dans le sens qu'à l'égard des prêts autres que les hypothèques immobilières, le consommateur a le droit de connaître le taux annuel d'intérêt. Un emprunteur commercial rompu aux affaires comme Courtot a fort peu besoin d'être protégé en étant avisé du taux d'intérêt annuel plutôt que du taux d'intérêt à 360 jours. Puisque l'article permet à un emprunteur de se dégager de ce qui serait autrement une opération financière sans lien de dépendance et valide, il serait injuste d'adopter une interprétation qui ne tient pas compte des intérêts légitimes du prêteur.

Il ne s'agit pas d'une affaire où l'irrecevabilité fondée sur une promesse peut s'appliquer au motif que la Banque n'a jamais déclaré qu'elle ne ferait pas valoir sa priorité comme créancier hypothécaire. Mason ne pouvait donc pas démontrer avoir agi à son détriment sur la foi d'une promesse à l'égard de son privilège de constructeur.

#### Jurisprudence

*Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*, [1893] 1 Q.B. 256; *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Patrick L. Roberts Ltd. v. Solinger Industries Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 44; *Re Tudale Explorations Ltd. and Bruce* (1978), 88 D.L.R. (3d) 584; *Elmvale Lumber Co. v. Laurin* (1977), 16 O.R. (2d) 241.

#### Lois et règlements cités

*Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 4.

#### Doctrines citées

McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 14th ed., London, Sweet & Maxwell Ltd., 1980.

POURVOI ET POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (dans l'action en responsabilité contractuelle et délictuelle) (1982), 39 O.R. (2d) 630, qui a rejeté l'appel de la Banque de Nouvelle-Écosse, accueilli l'appel incident de V.K. Mason Construction Ltd. et modifié le jugement du juge O'Leary. Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (in the mechanics' lien action) (1982), 39 O.R. (2d) 630, allowing the appeal of the Bank of Nova Scotia and varying the judgment of O'Leary J., and, dismissing the cross-appeal of V.K. Mason Construction Ltd. Appeal dismissed.

*John D. Brownlie, Q.C., and James A. Hodgson,* for the appellant V.K. Mason Construction Ltd.

*John J. Robinette, Q.C., John Sopinka, Q.C., D. B. Houston, and Barry W. Earle,* for the respondent the Bank of Nova Scotia.

*John Sopinka, Q.C., and Barry W. Earle, Q.C.,* for the appellant the Bank of Nova Scotia.

*John D. Brownlie, Q.C., and James A. Hodgson,* for the respondent V.K. Mason Construction Ltd.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The Court is confronted in this case with appeals in two lawsuits which have been consolidated. The first lawsuit involved an action on the alternative footing of contract and tort brought by V.K. Mason Construction Ltd. ("Mason") against the Bank of Nova Scotia ("the Bank"). The second action involved a claim by Mason under *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1970, c. 267, as amended, against Courtot Investments Ltd. ("Courtot") and the Bank. The claim against Courtot was settled but the claim against the Bank is before us.

The principal source of dispute in the case is on the facts. There is relatively little disagreement over the applicable legal principles and presentations of counsel were substantially directed to the application of those principles to the facts as they saw them. Fortunately, the Court has the advantage of a very thorough and competent judgment by the trial judge, Mr. Justice O'Leary. Despite this the parties, and particularly the Bank in the contract/tort action, spent considerable time referring us to the record in an attempt to undermine his findings of fact. I am satisfied, as was the Ontario Court of Appeal, that these findings are amply supported by the evidence and I therefore

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (dans l'action sur privilège) (1982), 39 O.R. (2d) 630, qui a accueilli l'appel de la Banque de Nouvelle-Écosse et modifié le jugement du juge O'Leary, et rejeté l'appel incident de V.K. Mason Construction Ltd. Pourvoi rejeté.

*John D. Brownlie, c.r., et James A. Hodgson,* pour l'appelante V.K. Mason Construction Ltd.

*John J. Robinette, c.r., John Sopinka, c.r., D.B. Houston, et Barry W. Earle,* pour l'intimée la Banque de Nouvelle-Écosse.

*John Sopinka, c.r., et Barry W. Earle, c.r.,* pour l'appelante la Banque de Nouvelle-Écosse.

*John D. Brownlie, c.r., et James A. Hodgson,* pour l'intimée V.K. Mason Construction Ltd.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—En l'espèce, la Cour doit se prononcer sur les pourvois dans deux actions qui ont été réunies. La première action constitue une poursuite en responsabilité contractuelle et subsidiairement en responsabilité délictuelle intentée par V.K. Mason Construction Ltd. («Mason») contre la Banque de Nouvelle-Écosse («la Banque»). La seconde comporte une poursuite par Mason en vertu de *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1970, chap. 267, et modifications, contre Courtot Investments Ltd. («Courtot») et la Banque. L'action contre Courtot a fait l'objet d'un règlement, mais l'action contre la Banque nous est soumise.

En l'espèce le litige porte principalement sur les faits. Il y a relativement peu de désaccord sur les principes juridiques applicables et les plaidoiries des avocats ont surtout porté sur l'application de ces principes aux faits tels qu'ils les percevaient. La Cour a heureusement l'avantage de pouvoir s'appuyer sur un jugement très bien motivé et très complet du juge de première instance, le juge O'Leary. Malgré tout, les parties, notamment la Banque dans l'action en responsabilité contractuelle et délictuelle, ont consacré beaucoup de temps à nous renvoyer au dossier dans l'espoir d'ébranler ses conclusions de fait. Je suis convaincue, comme l'a été la Cour d'appel de l'Ontario,

approach the case on the basis of the facts as found by the learned trial judge.

### 1. The Facts

Both actions arose out of the financing and construction of an office and retail shopping complex in Toronto known as the "Courtot Centre". The owner and developer of the complex was Courtot, the general contractor in charge of construction was Mason and the Bank provided bridge financing for the construction, taking as part of its security a mortgage contained in a demand debenture on the property.

Courtot was a valued client of the Bank but was inexperienced in the field of property development. It was also shortsighted in its planning for financial contingencies and failed to obtain adequate funding to cope with rising interest rates and costly architectural changes implemented subsequent to the project's getting underway. As a consequence the litigation between Mason and the Bank took place in the aftermath of the commercial failure of the Courtot Centre project and the inability of Courtot to raise sufficient financing to meet its indebtedness to its general contractor.

The story commences in March 1972 when Mason submitted a tender for construction of the project containing the following stipulation:

Our tender and any contract entered into following acceptance of our tender are conditional upon production to us prior to execution of any construction contract, satisfactory evidence of the ability of the Owner to meet the payments as they become due under such contract.

By July 17, 1972 Mason was prepared to sign a fixed price construction contract with Courtot provided it was satisfied of Courtot's ability to meet the payments. Mason had begun construction before a contract was signed but Mr. Justice O'Leary expressly found at trial that it would not have signed the contract had it not been for assurances from the Bank. The reason for his conclusion on this point was that Mason's investment in the project up to the time of the signing of the contract was small enough that it would have been able, if

que la preuve justifie amplement ces conclusions et j'aborde l'affaire en considérant les faits établis selon les conclusions du juge de première instance.

### a 1. Les faits

Les deux actions découlent du financement et de la construction d'un ensemble de bureaux et de boutiques à Toronto, appelé «Courtot Centre». Le propriétaire et promoteur de l'ensemble était Courtot, l'entrepreneur général chargé de la construction était Mason et la Banque fournissait le financement provisoire pour la construction, en prenant à titre de sûreté une hypothèque incluse dans une débeture à vue.

Courtot était une bonne cliente de la Banque, mais manquait d'expérience dans le domaine de l'aménagement immobilier. Elle a également mal planifié les aléas financiers et ne s'est pas procuré le financement nécessaire pour faire face à l'augmentation des taux d'intérêts et aux coûts des changements apportés après le début de la construction. Il s'en est suivi un procès entre Mason et la Banque, après l'échec commercial du Courtot Centre et l'incapacité de Courtot de financer son endettement envers l'entrepreneur général.

L'affaire a débuté en mars 1972 quand Mason a présenté, pour la construction de l'ensemble immobilier, une offre qui comportait la clause suivante:

[TRADUCTION] Notre offre et tout contrat qui pourra intervenir à la suite de son acceptation sont faits sous condition qu'on nous fournisse, avant la signature de tout contrat de construction, une preuve satisfaisante de la capacité du propriétaire d'effectuer les paiements au fur et à mesure qu'ils deviendront échus en vertu du contrat.

Le 17 juillet 1972, Mason était prête à signer avec Courtot un contrat de construction à prix fixe à condition qu'elle soit convaincue de la capacité de Courtot de faire face aux paiements. Mason avait commencé la construction avant que le contrat soit signé, mais le juge O'Leary a expressément conclu, en première instance, qu'elle n'aurait pas signé le contrat n'eussent été les assurances de la Banque. La justification de sa conclusion à cet égard tient au fait que la mise de fonds de Mason dans l'entreprise à l'époque de la signature du

it had abandoned the project, to recover its investment from Courtot on a *quantum meruit* basis under *The Mechanics' Lien Act* or otherwise.

Courtot meanwhile had been trying to arrange financing for the project from the Bank. In October 1971 the Bank rejected his application for bridge financing and in January 1972 it turned down a further application for a loan of \$865,500 to cover pre-construction costs. In February 1972, however, the latter decision was reversed and by July 6, 1972 the Branch Manager, Mr. Hway, was prepared to recommend a loan of \$9,000,000 to provide bridge financing. By August the Bank decided to loan Courtot \$8,850,000 U.S., one of the bases for that decision being the fact that Courtot had been able to arrange a fixed price construction contract with Mason for \$6,100,000. The Bank's commitment to Courtot, expressed in the form of a letter approving the loan in principle, was conveyed to Mason but this was not sufficient to convince Mason of Courtot's ability to meet the payments.

The events of August 30 through September 12 are crucial to the case and are covered in detail by Mr. Justice O'Leary. Mason through its solicitor sought assurances from the Bank that Courtot had sufficient financing. There was an exchange of telephone conversations and, although the oral evidence is unclear about the outcome of these conversations, the documentary evidence indicates that as of September 7, 1972 Mason was still not satisfied that Courtot was able to pay the contract price. Mr. Justice O'Leary found that, if Mason had continued to be unsatisfied about Courtot's ability to pay, it would not have continued with the project. He further found that the Bank knew or ought to have known this and that it was apparent that further assurances would be necessary.

Mr. Hway, the Branch Manager, on September 8, 1972 drafted a letter to Mason giving those assurances. He did not send it immediately but discussed the wording of the letter with the Bank's solicitor on September 11 or 12. The solicitor did not recommend any changes and on September 12,

contrat était assez peu importante qu'elle aurait pu, si elle avait abandonné l'entreprise, la récupérer de Courtot sur une base *quantum meruit* en vertu de *The Mechanics' Lien Act* ou autrement.

Entre temps, Courtot négociait le financement de l'entreprise par la Banque. En octobre 1971, la Banque avait rejeté sa demande de financement provisoire et avait, en janvier 1972, rejeté une autre demande de prêt de 865 500 \$ pour couvrir les frais préalables à la construction. En février 1972, la Banque changeait d'avis et, le 6 juillet 1972, le directeur de la succursale, M. Hway, consentait à recommander un prêt de 9 000 000 \$ pour assurer le financement provisoire. En août, la Banque a décidé de prêter 8 850 000 \$ U.S. à Courtot; un des motifs de cette décision était que Courtot avait pu obtenir de Mason un contrat de construction à prix fixe de 6 100 000 \$. L'engagement de la Banque envers Courtot, énoncé dans une lettre d'approbation en principe du prêt, a été communiqué à Mason, mais cela n'a pas suffi pour convaincre Mason de la capacité de Courtot de faire face aux paiements.

Les événements survenus entre le 30 août et le 12 septembre sont cruciaux et sont analysés en détail par le juge O'Leary. Par l'entremise de son procureur, Mason a demandé à la Banque des assurances que Courtot avait des fonds suffisants. Il y a eu plusieurs conversations téléphoniques et, bien que les témoignages n'indiquent pas clairement le résultat de ces conversations, la preuve documentaire indique que le 7 septembre 1972 Mason n'était toujours pas convaincue que Courtot était en mesure de payer le prix du contrat. Le juge O'Leary a conclu que, si Mason n'avait pas été convaincue de la capacité de Courtot de payer, elle aurait abandonné l'entreprise. Il a de plus conclu que la Banque le savait ou aurait dû le savoir et qu'il était clair qu'il faudrait d'autres assurances.

Le 8 septembre 1972, M. Hway, le directeur de la succursale, a rédigé une lettre à l'intention de Mason pour donner ces assurances. Il ne l'a pas envoyée immédiatement, mais en a discuté la formulation avec le procureur de la Banque le 11 ou le 12 septembre. Ce dernier n'a conseillé aucun

1972 the letter was delivered to Mason. It read as follows:

We wish to advise that we have accorded Courtot Investments Limited interim financing sufficient to cover the construction of the subject complex. We shall therefore provide funds for your progress billings as they occur against architects' certificates (Bregman & Hamann) of work completed subject to the usual search for liens by our solicitor.

Acting upon the strength of this assurance, Mason signed the construction contract with Courtot on September 14, 1972. Construction went ahead and Mason performed its part of the bargain, substantially completing construction in August 1974. The completion of construction had originally been scheduled for December 31, 1973 but changes in the specifications by Courtot had both added to the cost of construction (which resulted in an agreed increase in the contract price) and delayed the completion date. Mr. Justice O'Leary expressly exonerated Mason from any responsibility for the construction delays.

By April 19, 1974 it had become apparent both to Courtot and to the Bank that the amount of the Bank's loan to Courtot would not cover the cost of construction. The Bank did not, however, offer to extend Courtot more money or agree to Courtot's request for an extension of the due date of the loan. By July 31, 1974 Courtot had called down \$8,413,000 U.S. of the \$8,850,000 U.S. which the Bank had agreed to lend it. Rather than call for the rest of the money in order to provide at least part payment to Mason, Courtot tried to find excuses in order to delay paying Mason and then engaged in vexatious litigation against Mason for this purpose. The Bank at no point informed Mason that Courtot had insufficient funds to cover the cost of construction.

By August 30, 1974 Mason had substantially completed construction and had not been paid on architects' certificates dating back as far as July 10, 1974. Mason took out mechanics' liens on the property for \$1,057,941.98 in work for which it had not been paid. In August 1975 the Bank

changement et le 12 septembre 1972 la lettre était livrée chez Mason. Elle est ainsi conçue:

[TRADUCTION] Nous désirons vous aviser que nous avons accordé à Courtot Investments Limited un financement provisoire suffisant pour couvrir la construction de l'ensemble immobilier en question. Nous débourserez donc les fonds d'après votre facturation selon l'avancement des travaux attesté par les architectes (Bregman & Hamann) sous réserve de la vérification habituelle par nos procureurs de l'existence de privilèges.

Forté de cette assurance, Mason a signé le contrat de construction avec Courtot le 14 septembre 1972. La construction s'est poursuivie et Mason a rempli sa part du marché, terminant l'ensemble de la construction en août 1974. La fin des travaux avait d'abord été prévue pour le 31 décembre 1973, mais des changements aux devis apportés par Courtot avaient ajouté au coût de construction (qui a amené une augmentation convenue du prix du contrat) et avaient retardé la fin des travaux. Le juge O'Leary a expressément exonéré Mason de toute responsabilité pour les retards de construction.

Le 19 avril 1974, tant Courtot que la Banque se sont rendus compte que le montant du prêt bancaire accordé à Courtot ne couvrirait pas le coût de construction. La Banque n'a cependant pas offert à Courtot de lui avancer plus d'argent et n'a pas accédé à la demande de cette dernière de reporter l'échéance du prêt. Le 31 juillet 1974, Courtot avait retiré 8 413 000 \$ U.S. des 8 850 000 \$ U.S. que la Banque avait convenu de lui prêter. Plus tôt que de retirer le solde de la somme en vue de payer au moins une partie du montant dû à Mason, Courtot a cherché des excuses pour retarder le paiement à Mason et s'est engagée dans des poursuites vexatoires contre Mason à cette fin. La Banque n'a jamais indiqué à Mason que Courtot n'avait pas suffisamment d'argent pour couvrir le coût de la construction.

Le 30 août 1974, Mason avait, à toutes fins utiles, terminé la construction et n'avait pas été payée pour les travaux attestés par les architectes depuis le 10 juillet 1974. Mason a enregistré des privilèges sur l'immeuble totalisant 1 057 941,98 \$ pour travaux impayés. En août 1975, la Banque a

demanded payment from Courtot on its loans and exercised its power of sale of the Courtot Centre as mortgagee under the demand debenture. On February 9, 1976 the complex was sold for \$11,000,000.

In December 1977 Mason settled its mechanics lien action against Courtot and Courtot acceded to the entry of judgment in favour of Mason in the amount of \$1,427,487.17. The Bank asserted its priority as mortgagee over the proceeds of the sale and, after it had been paid, there were insufficient funds to pay Mason in full. In the mechanics' lien action, therefore, Mason asserted that by virtue of s. 4 of the *Interest Act*, R.S.C. 1970, c. I-18, the Bank was limited to interest at the rate of 5 per cent. The learned trial judge agreed with this submission and the result was that, by reducing the amount of the Bank's claim, Mason would be enabled to have its claim satisfied out of the proceeds of the sale. Mason had also argued that the Bank was estopped from asserting its priority as mortgagee but, in light of his ruling on the *Interest Act* point, the learned trial judge did not find it necessary to make a ruling on this issue.

Returning to the contract and tort action, Mr. Justice O'Leary found on the facts as stated above that there was a contract between Mason and the Bank and that the Bank had breached that contract. He awarded damages in the amount of \$1,057,941.98. The trial judge also found that the Bank was liable to Mason on the alternative basis of negligent misrepresentation. Specifically, he found that the representation in the Bank's letter of September 8, 1972 was false in that the Bank had not committed itself to provide sufficient funds to Courtot to complete the project but only a specified sum of money toward the financing of the project. Furthermore, Mr. Justice O'Leary found that, even at the date the statement was made, the amount of the Bank's loan to Courtot was significantly less than the projected cost of the project, a fact known to the Bank. The learned trial judge awarded damages of \$897,941.98 for negligent misrepresentation, this sum being cal-

exigé de Courtot le remboursement de son prêt et a exercé son droit de faire vendre le Courtot Centre à titre de créancier hypothécaire en vertu de la débeture à vue. Le 9 février 1976, l'ensemble immobilier était vendu 11 000 000 \$.

En décembre 1977, Mason a réglé l'action sur privilège intentée à Courtot et celle-ci a consenti à l'inscription d'un jugement en faveur de Mason au montant de 1 427 487,17 \$. La Banque a exercé sa priorité à titre de créancier hypothécaire sur le produit de la vente et, après qu'elle eut été payée, il n'y avait plus suffisamment d'argent pour désintéresser complètement Mason. Dans l'action sur privilège, Mason a donc soutenu qu'en vertu de l'art. 4 de la *Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1970, chap. I-18, la Banque était limitée à un intérêt au taux de 5 pour 100. Le juge de première instance a fait droit à cette prétention et il en est résulté que, par la diminution du montant dû à la Banque, Mason pouvait obtenir le paiement de la totalité de sa réclamation sur le produit de la vente. Mason a aussi soutenu que la Banque était irrecevable à faire valoir sa priorité en tant que créancier hypothécaire, mais à cause de sa décision sur le point relatif à la *Loi sur l'intérêt*, le juge de première instance n'a pas estimé nécessaire de se prononcer sur ce point.

Pour ce qui est de l'action en responsabilité contractuelle et délictuelle, le juge O'Leary a conclu, vu les faits mentionnés ci-dessus, qu'un contrat était intervenu entre Mason et la Banque et que la Banque avait violé ce contrat. Il a accordé des dommages-intérêts de 1 057 941,98 \$. Le juge de première instance a également conclu que subsidiairement la Banque était responsable envers Mason en raison de la déclaration inexacte faite par négligence. Plus précisément, il a conclu que la déclaration contenue dans la lettre de la Banque du 8 septembre 1972 était fautive en ce sens que la Banque ne s'était pas engagée à avancer suffisamment d'argent à Courtot pour qu'elle termine le centre, mais seulement une somme précise pour le financer. De plus, le juge O'Leary a conclu que, même à l'époque où la déclaration a été faite, le montant du prêt bancaire fait à Courtot était largement inférieur au coût projeté du centre et que la Banque le savait pertinemment. Le

culated by removing Mason's projected profit of \$160,000 from the value of the contract damages.

The Bank's appeal in both actions was heard by Houlden, Goodman and Cory JJ.A. At the conclusion of argument Houlden J.A. gave an oral judgment for the court. With respect to the contract/tort action, he dismissed the Bank's appeal with respect to the breach of contract claim and did not find it necessary to comment on the negligent misrepresentation issue. With respect to the mechanics' lien case, he allowed the Bank's appeal, holding that s. 4 of the *Interest Act* was inapplicable in this case because the Bank's loan was a mortgage on real estate and therefore expressly excluded from the operation of the section. He further held that the Bank was not estopped from asserting its priority as mortgagee over Mason under *The Mechanics' Lien Act*.

## 2. The Issues

The issues in the two actions may be conveniently dealt with under four main headings namely: (1) contract; (2) negligent misrepresentation; (3) s. 4 of the *Interest Act*; and (4) estoppel.

It might however be useful at the outset to put the case in perspective. This is not a simple situation in which a bank makes a representation about the creditworthiness of one of its clients to a third party. This is a case in which the Bank made a representation to a third party for the specific purpose of inducing the third party to enter into a contract with one of the Bank's own clients, thereby enabling that client to enter into a substantial loan transaction with the Bank. I do not think it is realistic to portray the Bank Manager, Mr. Hway, as an inexperienced person who had no motive or intention to mislead anyone. It is quite clear that Mr. Hway wished to check the letter with the Bank's solicitor precisely because he realized that

juge de première instance a accordé 897 941,98 \$ à titre de dommages-intérêts pour déclaration inexacte, cette somme étant établie en déduisant le profit projeté de 160 000 \$ du montant des dommages-intérêts dans l'action en responsabilité contractuelle.

L'appel de la Banque dans les deux actions a été entendu par les juge Houlden, Goodman et Cory. À la fin des plaidoiries, le juge Houlden a prononcé le jugement pour la cour à l'audience. Quant à l'action en responsabilité contractuelle et délictuelle, il a rejeté l'appel de la Banque à l'égard de la réclamation pour rupture de contrat et n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur la question de la déclaration inexacte faite par négligence. Quant à l'action sur privilège, il a accueilli l'appel de la Banque, statuant que l'art. 4 de la *Loi sur l'intérêt* ne s'appliquait pas en l'espèce parce que le prêt de la Banque constituait une hypothèque sur des biens-fonds et qu'en conséquence il était expressément exclu de l'application de l'article. Il a de plus conclu que la Banque n'était pas irrecevable à faire valoir sa priorité sur Mason à titre de créancier hypothécaire en vertu de *The Mechanics' Lien Act*.

## 2. Les questions en litige

Il y a lieu de procéder à l'analyse des questions en litige dans les deux actions en quatre chapitres: (1) le contrat; (2) la déclaration inexacte faite par négligence; (3) l'art. 4 de la *Loi sur l'intérêt*; et (4) l'irrecevabilité.

Il serait cependant utile au début de situer l'affaire dans son contexte. Il ne s'agit pas d'une simple affaire dans laquelle une banque fait une déclaration à propos du crédit de l'un de ses clients à un tiers. Il s'agit d'un cas dans lequel la Banque a fait une déclaration à un tiers dans le but précis de l'amener à conclure un contrat avec un client de la Banque, permettant ainsi à ce client de contracter un prêt important auprès de la Banque. Je ne crois pas qu'il est réaliste de dire que le directeur de la Banque, M. Hway, était une personne sans expérience et qui n'avait pas l'intention d'induire qui que ce soit en erreur. Il est tout à fait manifeste que M. Hway a voulu soumettre la lettre au procureur de la Banque précisément parce qu'il se

the Bank was inducing Mason to enter into a contract and he wanted to avoid the prospect of the Bank's incurring a liability to Mason.

Mr. Hway, like Courtot, no doubt thought that the transaction would be a profitable one. Had Courtot been able to arrange permanent mortgage financing or find a buyer for the building there would have been no problem about the shortfall in the Bank's bridge financing. Unfortunately for all concerned, the market for commercial properties in that part of Toronto was soft at the time Courtot was looking for commercial tenants for the Centre. Also, Courtot was caught by having a floating interest loan at a time when interest rates were rising, thereby significantly increasing the amount of interest which it owed to the Bank. Furthermore, having taken out a loan in U.S. funds Courtot was hurt by currency fluctuations which resulted from the strength of the Canadian dollar as compared to the American dollar. Finally, Mr. Courtot was, as already mentioned, an inexperienced developer and he had not allowed himself sufficient flexibility by taking contingencies of this kind into account in arranging his financing. As a result the project, from Courtot's perspective at least, was a failure and the contest among the creditors was on.

### (1) Contract

Mr. Sopinka, counsel for the Bank, put forward three main lines of argument against the existence of a contract in this case namely: (1) absence of an intention on the part of the Bank and Mason to create legal relations between themselves; (2) absence of offer and acceptance; and (3) absence of consideration. He submitted, moreover, that even if there were a contract between Mason and the Bank there was no breach of it by the Bank.

It seems to me that if there were a contract in existence between these two parties it must be characterized, in terms of traditional contract analysis, as a unilateral contract. The Bank's letter to Mason would, on this analysis, be construed as

rendait compte que la Banque incitait Mason à conclure un contrat et qu'il voulait éviter la possibilité que la Banque encoure une responsabilité envers Mason.

<sup>a</sup> Il n'y a pas de doute que M. Hway, comme Courtot, a cru que l'opération serait rentable. Si Courtot avait pu obtenir le financement hypothécaire à long terme ou trouver un acheteur pour <sup>b</sup> l'ensemble immobilier, l'insuffisance du financement provisoire de la Banque n'aurait pas causé de problème. Malheureusement pour les intéressés, le marché de l'immeuble commercial dans ce secteur de Toronto était faible à l'époque où Courtot <sup>c</sup> cherchait des locataires commerciaux pour le centre. De plus, Courtot a été coincée parce qu'elle avait contracté un prêt à taux d'intérêt variable à une époque où les taux d'intérêt étaient à la <sup>d</sup> hausse, ce qui a augmenté de façon importante les montants d'intérêt qu'elle devait à la Banque. De plus, ayant contracté un emprunt en dollars U.S., Courtot était désavantagée par la fluctuation des <sup>e</sup> changes qu'entraînait la fermeté du dollar canadien par rapport au dollar américain. Enfin, comme je l'ai déjà mentionné, Courtot n'avait pas d'expérience de promoteur immobilier et ne s'était pas laissée suffisamment de marge de manoeuvre <sup>f</sup> pour tenir compte des aléas de ce genre en négociant son financement. En conséquence, l'entreprise a été, du moins du point de vue de Courtot, un échec et les litiges entre les créanciers ont commencé.

### <sup>g</sup> 1) Le contrat

Le procureur de la Banque, M<sup>c</sup> Sopinka, a avancé trois catégories d'arguments à l'encontre de l'existence d'un contrat en l'espèce, savoir: (1) <sup>h</sup> l'absence d'intention de la part de la Banque et de Mason d'établir des liens juridiques entre eux; (2) l'absence d'offre et d'acceptation et (3) l'absence de contrepartie. Il a de plus prétendu que, même <sup>i</sup> s'il existait un contrat entre Mason et la Banque, celle-ci ne l'avait pas violé.

Il me semble que s'il existe un contrat entre ces deux parties, il s'agit, selon l'analyse classique des contrats, d'un contrat unilatéral. Selon cette analyse, la lettre adressée par la Banque à Mason serait interprétée comme une offre selon laquelle,

an offer that, if Mason would sign a fixed price contract with Courtot, the Bank would supply Courtot with sufficient interim financing to complete the project. Mason was entitled to accept this offer either by communication or by performance, *i.e.* by signing the contract with Courtot; see *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*, [1893] 1 Q.B. 256 (C.A.) The consideration which passed to the Bank would be that Mason had obligated itself to Courtot to enter into a fixed price contract, thereby giving the Bank the assurance that the project was sufficiently sound that it could lend money to Courtot.

The problem with this analysis is that it requires a great deal to be implied into the course of conduct of the parties. By implying a contract into this course of conduct one is left unsure of the exact nature of the Bank's obligations. Was the Bank obliged to advance money to Courtot so that Mason would be paid even if Courtot did not demand the money? The trial judge held, in effect, that it was, but I find it difficult to say that sophisticated business people, taking into account the course of conduct leading up to the Bank's statement, would construe the September 8, 1972 letter as imposing that kind of obligation. It is, of course, always a matter of judgment whether the requisite certainty of intention exists as a foundation for implying a contract out of a combination of documents and a course of conduct. I tend to view this as a case which falls on the far side of the line in the sense that I do not believe that reasonable business people would have construed the Bank's letter as an absolute and unqualified guarantee, which is what the courts below have effectively held.

Negligent misrepresentation is, in my view, the appropriate basis of liability in this case. The disadvantage in implying a contract in a commercial context like this is that much of the value of commercial contracts lies in their ability to produce certainty. Parties are enabled to regulate their relationship by means of words rather than by means of their understanding of what each other's actions are intended to imply. I think this is one reason why the common law imposes an objec-

si Mason passait un contrat à prix fixe avec Courtot, la Banque avancerait à Courtot le financement provisoire suffisant pour terminer le centre. Mason pouvait accepter cette offre soit expressément, soit <sup>a</sup> par sa conduite, c.-à-d. en signant le contrat avec Courtot; voir *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*, [1893] 1 Q.B. 256 (C.A.) La contrepartie dont aurait bénéficié la Banque serait que Mason s'est obligée envers Courtot à signer un contrat à prix fixe fournissant ainsi à la Banque l'assurance que l'entreprise était suffisamment saine pour qu'elle puisse prêter l'argent à Courtot.

<sup>c</sup> Le problème que soulève cette analyse est qu'elle exige qu'on déduise beaucoup de choses de la conduite des parties. Conclure à l'existence d'un contrat d'après la conduite des parties renseigne <sup>d</sup> très imparfaitement sur la nature exacte des obligations de la Banque. La Banque était-elle tenue d'avancer l'argent à Courtot de sorte que Mason soit payée même si Courtot ne demandait pas l'avance? Le juge de première instance a conclu <sup>e</sup> qu'elle y était en effet tenue, mais je trouve difficile d'affirmer que des personnes rompues aux affaires, compte tenu de la conduite des parties qui a amené la Banque à faire la déclaration, verraient dans la lettre du 8 septembre 1972 l'imposition de <sup>f</sup> ce genre d'obligation. C'est évidemment toujours une question d'opinion de savoir si un ensemble de pièces et la conduite des parties constituent une manifestation suffisamment certaine d'intention <sup>g</sup> pour conclure à l'existence d'un contrat. Je suis portée à penser que cette affaire-ci est très loin du compte puisque je ne crois pas que des gens d'affaires raisonnables auraient interprété la lettre de la Banque comme une garantie absolue, ce que les <sup>h</sup> cours d'instance inférieure ont en réalité conclu.

La responsabilité en l'espèce découle plutôt, quant à moi, de la déclaration inexacte faite par négligence. Conclure à l'existence d'un contrat <sup>i</sup> dans une affaire commerciale comme celle-ci va à l'encontre de l'utilité principale des contrats commerciaux qui est de procurer une certitude. Les parties sont en mesure de déterminer leurs rapports au moyen d'écrits plutôt qu'en essayant de déchiffrer ce que l'autre a voulu signifier par ses actes. Je crois que c'est l'une des raisons pour

tive rather than a subjective test for the creation of an agreement. The objective test is important because it prevents parties from avoiding obligations which a reasonable person would assume they had undertaken, simply on the ground that there is no document embodying the precise nature of the obligation. On the other hand, if too broad a view is taken of what a reasonable person assumes will give rise to an agreement or obligation, the certainty which is one of the principal virtues of contract may be undermined. Obviously, there are circumstances in which a Bank's conduct could give rise to contractual liability as a guarantor, but I do not believe that this case falls into that category. I conclude therefore that there was no contractual relationship between the Bank and Mason.

## (2) Negligent Misrepresentation

It seems to me that a negligent misrepresentation analysis properly focusses attention on the gravamen of the cause of action in this case, namely the fact that the Bank's representation to Mason was false. The parties are in agreement that the applicable law is to be found in the decision of the House of Lords in *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.) Mr. Sopinka sums up the requirements for liability as follows: (a) there must be an untrue statement; (b) it must have been made negligently; (c) there must be a special relationship giving rise to a duty of care; and (d) there must be reliance which is foreseeable. His submission to the Court comprised a reconstruction of the facts to show that none of these prerequisites was present. His problem is that Mr. Justice O'Leary made very clear findings of fact against the Bank on all four requirements.

The main difficulty I have with Mr. Sopinka's approach to the facts is that he attempts to isolate them from their context when it is the context that gives them meaning. For example, with respect to the falsity of the September 8, 1972 letter Mr. Sopinka attempts to show that, on the basis of Courtot's estimates of total project costs minus soft costs, the Bank was justified in representing

laquelle la *common law* impose un critère objectif plutôt qu'un critère subjectif pour qu'il y ait formation d'un contrat. Le critère objectif est important parce qu'il empêche les parties de se soustraire aux obligations que toute personne raisonnable croirait qu'elles ont assumées simplement parce qu'il n'y a pas d'écrit qui précise la nature exacte de l'obligation. D'autre part, si on adopte une opinion trop générale de ce qu'une personne raisonnable croit nécessaire pour qu'il y ait contrat ou obligation, la certitude, qui est un des avantages principaux des contrats, en souffrira. Manifestement il y a des circonstances dans lesquelles la conduite d'une banque peut donner lieu à une responsabilité contractuelle en tant que garant, mais je ne crois pas que l'espèce appartienne à cette catégorie. Je conclus donc qu'il n'y a pas de lien contractuel entre la Banque et Mason.

## d) 2) La déclaration inexacte faite par négligence

Il me semble qu'une analyse fondée sur la déclaration inexacte faite par négligence touche exactement le coeur de la cause d'action en l'espèce, savoir la fausseté de la déclaration faite par la Banque à Mason. Les parties sont d'accord pour dire que le droit applicable est énoncé dans l'arrêt de la Chambre des lords *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.) M<sup>e</sup> Sopinka résume les conditions de la responsabilité de la façon suivante: a) il doit y avoir une déclaration fautive, b) elle doit avoir été faite par négligence, c) il doit y avoir un lien spécial qui donne lieu à une obligation de diligence et d) il faut qu'il soit prévisible qu'on s'y fierait. Sa plaidoirie devant la Cour a comporté une reconstitution des faits qui démontre qu'aucune de ces conditions préalables n'était présente. Le problème qu'il rencontré est que le juge O'Leary est très précisément arrivé à des conclusions de fait défavorables à la Banque à l'égard des quatre conditions.

La difficulté principale que me pose l'analyse des faits proposée par M<sup>e</sup> Sopinka tient à ce qu'il tente de les isoler de leur contexte alors que c'est le contexte qui leur donne un sens. Par exemple, pour ce qui est de la fausseté de la lettre du 8 septembre 1972, M<sup>e</sup> Sopinka tente de démontrer que, d'après les estimations que Courtot a faites du coût total du centre moins les coûts accessoires, la Banque

that it was loaning Courtot sufficient money to complete the project. This seems to me to completely overlook the fact that what Mason was seeking was an assurance that Courtot would have sufficient funds at a time when Mason already knew the basic terms of the Bank's loan to Courtot. In other words, the September 8, 1972 letter would, as the Bank knew, be construed as an assurance of something over and above the terms of the loan, yet the Bank went ahead and gave that assurance relying solely on the terms of the loan and Courtot's cost estimates. Mr. Hway may have felt at the time that he was justified in his hope that the soft costs would not materialize before permanent financing had been secured, but he was not justified in assuring Mason that there would be sufficient funds without informing them that his assurance was based on the assumption that soft costs would not be incurred.

The same general comment can be made with respect to Mr. Sopinka's submissions on negligence, particularly in relation to special relationship and reliance. The Bank had a special relationship with Mason because it was inducing Mason to sign a contract with Courtot in reliance on the Bank's assurance of adequate financing. The statement was negligent because it was made without revealing that the Bank was giving an assurance based solely on a loan arrangement which Mason had already said was insufficient assurance to it of the existence of adequate financing.

Not only was the Bank's misrepresentation made negligently but it is clear from the finding of fact of Mr. Justice O'Leary that Mason relied on it and that such reliance was foreseeable by the Bank. I believe therefore that all the requirements for negligent misrepresentation are met in this case.

One of the interesting legal issues with respect to negligent misrepresentation is the issue of damages. Mason cross-appealed on this issue. The Bank concedes that in principle the proper aim of a damage award is to restore the plaintiff to the

était justifiée de déclarer qu'elle prêtait à Courtot suffisamment d'argent pour terminer le projet. Cela me semble ne pas tenir compte du tout du fait que Mason cherchait à obtenir l'assurance que Courtot aurait suffisamment d'argent à une époque où Mason connaissait déjà les conditions essentielles du prêt fait par la Banque à Courtot. En d'autres termes, la lettre du 8 septembre 1972 allait être interprétée, et la Banque le savait, comme une assurance de quelque chose qui dépassait les conditions du prêt, ce qui n'a pas empêché la Banque de donner cette assurance en fonction des seules conditions du prêt et des estimations de coûts de Courtot. M. Hway peut avoir cru à l'époque qu'il était justifié d'espérer que les coûts accessoires ne se concrétiseraient pas avant qu'on puisse obtenir le financement permanent, mais il n'était pas justifié de garantir à Mason qu'il y aurait suffisamment d'argent sans lui dire que sa garantie reposait sur l'hypothèse qu'il n'y aurait pas de coûts accessoires.

On peut faire le même genre de commentaire à l'égard des prétentions de M<sup>e</sup> Sopinka relatives à la négligence, plus précisément quant au lien spécial et au fait d'avoir ajouté foi à la déclaration. La Banque avait un lien spécial avec Mason parce qu'elle l'incitait à signer un contrat avec Courtot en l'assurant qu'il y avait un financement suffisant. La déclaration a été faite avec négligence parce que la Banque n'a pas révélé qu'elle donnait cette assurance en fonction des seules conditions du prêt que Mason avait déjà considérées comme une garantie insuffisante de l'existence d'un financement adéquat.

Non seulement la déclaration inexacte de la Banque a été faite par négligence, mais il ressort clairement des conclusions de fait du juge O'Leary que Mason s'y est fiée et que la Banque pouvait prévoir qu'elle s'y fierait. En conséquence, je crois que toutes les conditions nécessaires à l'existence de la déclaration inexacte faite par négligence sont réunies en l'espèce.

Une des questions juridiques intéressantes soulevée par la déclaration inexacte faite par négligence est celle des dommages-intérêts. Mason a formé un pourvoi incident sur cette question. La Banque admet qu'en principe le but des dommages-intérêts

position in which he would have been if the negligent misrepresentation had never been made: see *McGregor on Damages* (14th ed., 1980), at p. 996. The Bank argues that Mason would have lost money in any event even if the misrepresentation had not been made because it would have lost money in severing its relationship with Courtot. The problem with this submission is that the trial judge made an express finding to the contrary. What we have to assume, I believe, is that but for the misrepresentation Mason would have ceased work for Courtot, recovered its expenses for work already done and found another construction project to work on.

The learned trial judge awarded damages for misrepresentation on the basis that they were equal to contract damages minus Mason's anticipated profit. Counsel for Mason submits that the trial judge was wrong in subtracting the anticipated profit because damages in contract and tort are the same. He also submitted that interest should have been awarded on the damages at 12 per cent from the completion of the project on October 7, 1974. While I tend to the view that there is a conceptual difference between damages in contract and in tort, I believe that in many instances the same quantum will be arrived at, albeit by somewhat different routes.

I agree with the submission of counsel for Mason that the trial judge was wrong in subtracting profit. I believe that in principle one is entitled to assume that Mason would have found a profitable means of employing itself had it not been induced to work on the Courtot project by the Bank's misrepresentation. This in my view is a reasonably foreseeable head of damage: see *Patrick L. Roberts Ltd. v. Sollinger Industries Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 44 (Ont. C.A.) In equating Mason's lost profit with the profit estimated on the Courtot project we are simply saying that this is a reasonable estimate of what

est de rétablir le demandeur dans la situation dans laquelle il se serait trouvé sans la déclaration inexacte faite par négligence: voir *McGregor on Damages* (14th ed., 1980), à la p. 996. La Banque soutient que Mason aurait perdu de l'argent de toute façon, même si la déclaration inexacte n'avait pas été faite, parce qu'elle aurait subi des pertes en mettant fin à ses relations avec Courtot. Le problème que présente cette prétention est que le juge de première instance a expressément conclu le contraire. Nous devons donc présumer, je crois, que sans la déclaration inexacte, Mason aurait mis fin à ses travaux pour Courtot, aurait recouvré ses frais pour les travaux déjà faits et aurait trouvé un autre chantier de construction.

Le juge de première instance a accordé des dommages-intérêts pour déclaration inexacte et les a calculés en soustrayant du montant des dommages-intérêts pour responsabilité contractuelle les profits espérés par Mason. L'avocat de Mason a prétendu que le juge de première instance avait commis une erreur en soustrayant les profits espérés parce que les dommages-intérêts sont les mêmes en matière de responsabilité contractuelle et délictuelle. Il a aussi prétendu qu'il aurait fallu accorder un intérêt sur le montant accordé au taux de 12 pour 100 à compter du 7 octobre 1974, date de l'achèvement du centre. Bien que je sois portée à penser qu'il y a une différence de concept entre des dommages-intérêts pour responsabilité contractuelle et ceux pour responsabilité délictuelle, je crois que dans nombre de cas le montant auquel on arrive est le même, quoiqu'on y arrive par des moyens quelque peu différents.

J'accepte l'argument de l'avocat de Mason selon lequel le juge de première instance a eu tort de soustraire les profits. Je crois qu'en principe on doit estimer que Mason aurait trouvé une activité profitable, si elle n'avait pas été amenée à construire le centre Courtot par la déclaration inexacte de la Banque. C'est à mon sens une cause raisonnablement prévisible de préjudice: voir *Patrick L. Roberts Ltd. v. Sollinger Industries Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 44 (C.A. Ont.) En considérant que le manque à gagner est égal au profit anticipé dans le centre Courtot, nous disons simplement qu'il s'agit d'une appréciation raisonnable de ce que Mason