

Crump Mechanical Contracting Limited
Appellant;

and

Toronto-Dominion Centre Limited
Respondent.

1975: November 4; 1976: January 30.

Present: Laskin C.J. and Judson, Spence, Pigeon and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contract—Appeal—Trial Court's finding of fact disturbed by Court of Appeal—Court of Appeal finding no evidence to justify award on a contractual basis—Court of Appeal varying cut-off date and reducing award—Supreme Court of Canada finding evidence to justify findings of trial judge.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario allowing in part an appeal from a judgment of Hughes J. at trial awarding damages for breach of contract. Appeal allowed in part with costs, Judson and Dickson JJ. dissenting, cross-appeal dismissed with costs.

Nelles Starr, Q.C., and C. E. Woolcombe, Q.C., for the appellant.

George Finlayson, Q.C., and Tom Heintzman, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence and Pigeon JJ. was delivered by

SPENCE J.—I have had the opportunity of reading the reasons for judgment which are being delivered by Mr. Justice Judson herein and I adopt such facts as he has set out with the additions which I shall outline hereafter.

I am concerned particularly with the issue as to whether or not the appellant should have been allowed the amount of \$13,187 for the preparation of the estimate for the Guaranteed Upset Price referred to throughout the appeal as the G.U.P. This amount was allowed by the learned trial

Crump Mechanical Contracting Limited
Appelante;

et

Toronto-Dominion Centre Limited *Intimée.*

1975: le 4 novembre; 1976: le 30 janvier.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence, Pigeon et Dickson.

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

Contrat—Appel—Modification par la Cour d'appel d'une conclusion sur les faits tirée en première instance—La Cour d'appel est d'avis qu'aucune preuve ne justifiait l'octroi d'une indemnité en vertu d'un contrat—Modification par la Cour d'appel de la date d'interruption des travaux et diminution du montant de l'indemnité—La Cour suprême du Canada est d'avis que les conclusions du juge de première instance sont étayées par la preuve.

POURVOI et POURVOI INCIDENT à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli en partie l'appel d'un jugement du juge Hughes accordant des dommages-intérêts pour rupture de contrat. Pourvoi accueilli en partie avec dépens, les juges Judson et Dickson étant dissidents; pourvoi incident rejeté avec dépens.

Nelles Starr, c.r., et C. E. Woolcombe, c.r., pour l'appelante.

George Finlayson, c.r., et Tom Heintzman, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence et Pigeon a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Après avoir lu les motifs du juge Judson dans la présente affaire, je suis d'accord avec les faits qu'il a exposés et j'ajoute les commentaires suivants.

Je m'attache plus particulièrement à la question de savoir si l'appelante est en droit de recevoir la somme de \$13,187 pour la préparation de l'estimation du prix plafond garanti, désigné dans l'appel par le sigle P.P.G. Cette somme a été accordée par le savant juge de première instance, mais refusée

judge but was disallowed by the Court of Appeal upon the basis that there was no evidence to justify any award on a contractual basis. I find such evidence in the testimony of J. J. Pigott, the President of the appellant company and also a director of the Pigott Construction Company. There was produced to him at trial a memorandum under date of May 25, 1967 which he had addressed to L. Cianfarani, a project manager for the mechanical work on the Toronto-Dominion Centre. This memorandum, although dated May 25, 1967, has indicated thereon the fact that it was dictated on May 24, 1967 and speaks of a meeting "today" with Mr. E. Diamond and Mr. John Findlay, both officials of the respondent. Paragraph 4 of that memorandum reads:

When all necessary information is available, we will submit an estimated cost for purposes of making it a guaranteed upset price. The Owner reserves the right, of course, to refuse to execute the final contract with us if they do not approve the guaranteed maximum cost. In this eventuality they would, of course, pay us for all work completed plus a fee of Five and One Half Percent (5½%). Naturally, no one expects this latter circumstance to arise. Nevertheless, I wish to review the summary of your estimated cost with you before it is submitted as a guaranteed maximum cost.

Mr. Pigott identified that memorandum and after reading the memorandum counsel for the appellant continued:

and so on. This paragraph 4, you speak of—that all necessary information is available and if you don't get the job, nevertheless this is eventually—in this eventuality, they would of course pay you for all work completed plus a fee of five and a half percent.

Q. Did anybody say that?

A. Yes sir, that was agreed upon by Mr. Findlay and Mr. Diamond that we would be paid all costs plus a fee of five and one half percent.

Q. When was that?

A. That was at the meeting of May 24th and in fact it was my suggestion that this be introduced because I felt that this would put the executive committee a little more at ease knowing that they were not locked in inevitably and if they chose not to approve, they could terminate by paying all costs incurred by us to date plus five and a half percent.

par la Cour d'appel parce qu'aucune preuve ne justifiait l'octroi d'une indemnité en vertu d'un contrat. Je conclus à l'existence d'une telle preuve à la lumière du témoignage de J. J. Pigott, président de la compagnie appelante et administrateur de Pigott Construction Company. On a produit en première instance une lettre datée du 25 mai 1967 qu'il avait adressée à L. Cianfarani, chef du projet pour les travaux mécaniques du Toronto-Dominion Centre. Il apparaît à la lecture de cette lettre qu'elle a été dictée le 24 mai 1967, bien que datée du 25 mai 1967, et elle mentionne une réunion prévue «le jour même» avec MM. E. Diamond et John Findlay, administrateurs de la compagnie intimée. Voici le texte du paragraphe 4 de la lettre:

[TRADUCTION] Lorsque nous aurons tous les renseignements nécessaires, nous soumettrons un prix estimatif afin d'établir le prix plafond garanti. Le propriétaire se réserve évidemment le droit de refuser de signer le contrat final avec nous s'il n'approuve pas le prix maximum garanti. Dans ce cas, il est entendu qu'il nous payera pour les travaux exécutés et nous versera un honoraire de cinq et demi pour cent (5½%). Bien sûr, ceci ne devrait pas se produire. Néanmoins, j'aimerais revoir avec vous le résumé de vos coûts estimatifs avant que nous le soumettions comme prix maximum garanti.

M. Pigott a reconnu cette lettre et, après l'avoir lue, l'avocat de l'appelante a poursuivi:

[TRADUCTION] ... et cætera. Au paragraphe 4, vous parlez de—tous les renseignements nécessaires disponibles et de l'éventualité que vous n'obteniez pas le contrat—dans cette éventualité, on vous paierait évidemment pour tous les travaux exécutés, plus des honoraires de cinq et demi pour cent.

Q. Vous a-t-on dit ça?

R. Oui maître, MM. Findlay et Diamond ont accepté d'un commun accord de payer tous les frais plus des honoraires de cinq et demi pour cent.

Q. A quelle occasion?

R. Lors de la réunion du 24 mai. En fait, c'est moi qui l'ai suggéré, car j'estimais que le comité exécutif serait plus à l'aise s'il avait une porte de sortie, car s'il décidait de ne pas approuver il pourrait mettre fin au contrat en nous payant les frais engagés jusqu'à ce jour plus cinq et demi pour cent.

We have, therefore, definite evidence from Mr. Pigott that the agreement set out in paragraph 4 of that memorandum was made on May 24, 1967 between authorized representatives of the appellant and the respondent. The learned trial judge having heard that evidence was entitled to accept it and base an award upon it. I am of the opinion that he did so when he said:

Quite apart from custom, I think that J. J. Pigott was led to believe that these costs would be paid for by the Centre whether or not the contract was awarded, and that they should be chargeable to the Centre.

This constituted a finding of fact by the learned trial judge which, with respect, I do not think should have been disturbed in the Court of Appeal.

I would, therefore, allow the appeal to the extent only of restoring paragraph 1 of the judgment of the learned trial judge which read as follows:

1. THIS COURT DOTH ORDER AND ADJUDGE that the Plaintiff do recover from the Defendant the sum of \$13,187.00 for the preparation of the estimate for the G.U.P.

I would not interfere with the judgment of the Court of Appeal as set out in paragraph 1(1) directing a reference nor with its reservation of costs in paragraph 1(2). Since the appellant's success in this Court is divided, I would allow the appellant only one-half of its costs upon this appeal. As does my brother Judson, I would dismiss the respondent's cross-appeal with costs.

The judgment of Judson and Dickson JJ. was delivered by

JUDSON J. (*dissenting*)—The plaintiff, Crump Mechanical Contracting Limited, a wholly owned subsidiary of Pigott Construction Company Limited, sued the defendant, Toronto-Dominion Centre Limited for \$97,236. Crump had been the mechanical contractor for the first tower of the Toronto-Dominion Centre. The work for which payment is claimed in this action was wholly in connection with a proposed second tower, for which Crump hoped to get the contract for the mechanical work. It was not given this contract.

M. Pigott nous a donc fourni une preuve manifeste que l'entente décrite au paragraphe 4 de la lettre a été conclue le 24 mai 1967 entre les représentants autorisés de l'appelante et l'intimée. Le savant juge de première instance, après avoir entendu ce témoignage, était en droit de l'accepter pour justifier une indemnité. A mon avis, c'est ce qu'il a fait lorsqu'il a déclaré:

[TRADUCTION] Sans tenir compte de la pratique, je crois que J. J. Pigott a été amené à croire que le Centre le défrayerait, peu importe que le contrat soit accordé, et que ces frais seraient à la charge du Centre.

Cet énoncé représente une conclusion de fait du savant juge de première instance et, avec déférence, j'estime que la Cour d'appel n'aurait pas dû la modifier.

J'accueille donc le pourvoi à la seule fin de rétablir le paragraphe 1 du jugement du savant juge de première instance, dont voici le texte:

[TRADUCTION] 1. LA COUR SUSDITE STATUE que la défenderesse est tenue de payer à la demanderesse la somme de \$13,187.00 pour l'estimation du P.P.G.

Je ne modifie par le paragraphe 1(1), ordonnant un renvoi, ni le paragraphe 1(2), relatif à l'attribution des dépens, de l'arrêt de la Cour d'appel. La Cour n'étant pas unanime, je n'accorde à l'appelante que la moitié de ses dépens pour ce pourvoi. A l'instar de mon collègue le juge Judson, je rejette l'appel incident de l'intimée avec dépens.

Le jugement des juges Judson et Dickson a été rendu par

LE JUGE JUDSON (*dissident*)—La demanderesse, Crump Mechanical Contracting Limited, filiale à part entière de Pigott Construction Company Limited, poursuit la défenderesse, Toronto-Dominion Centre Limited, pour un montant de \$97,236. Crump était l'entrepreneur en mécanique de la première tour du Toronto-Dominion Centre. Les travaux que vise la réclamation en l'espèce, portent uniquement sur une seconde tour prévue et pour laquelle Crump espérait obtenir le contrat d'exécution des travaux mécaniques. Ce ne fut pas le cas.

The basis for the claim is set out in a letter from Toronto-Dominion to Crump, dated July 6, 1967. It reads as follows:

July 6, 1967.

Mr. L. Cianfarani,
Crump Mechanical Contracting Limited,
P.O. Box 4057, Terminal "A",
Toronto, Ontario.

Dear Mr. Cianfarani:

SECOND TOWER

Further to our discussion of July 4th, this will confirm that you are to proceed immediately with the underground drainage required for the Second Tower, commensurate, of course, with the General Contractor's requirements and schedules. It is also understood that your Drawing Office is to proceed with all work on the Second Tower, working from the drawings now in your possession for tendering. It is further understood that job overhead for the Second Tower is to start 1st July 1967 and that the credits, if any, which will accrue from the overlap between Tower #1 and Tower #2, will be agreed as and when possible. It is further understood that this letter does not constitute a Letter of Intent insofar as the Second Tower is concerned, and that if we do not reach a satisfactory conclusion on the total contract for the Second Tower such work as is carried out under the above instructions will be paid for at agreed rates and costs.

Yours very truly,

(sgd.)

John Findlay
Vice-President

I note here that because of strikes, no work was done in connection with the underground drainage mentioned in the first sentence of this letter. This matter requires no further mention. Also, when this letter was written, Crump had already engaged F. C. Hume & Co., an outside firm, to produce detailed drawings and had agreed to pay Hume if it did not get the contract. This fact was unknown to Findlay when he wrote his letter.

After a lengthy trial, the following judgment was delivered:

1. THIS COURT DOTH ORDER AND ADJUDGE that the Plaintiff do recover from the Defendant the sum of \$13,187.00 for the preparation of the estimate for the G.U.P.

Le fondement de la demande se trouve dans une lettre de Toronto-Dominion à Crump, datée du 6 juillet 1967. En voici le texte:

[TRADUCTION] Le 6 juillet 1967

Monsieur L. Cianfarani
Crump Mechanical Contracting Limited
C.P. 4057, succursale «A»
Toronto (Ontario)

Monsieur,

SECONDE TOUR

Suite à notre discussion du 4 juillet, la présente confirme que vous devez commencer immédiatement le drainage souterrain de la seconde tour en conformité, bien sûr, des exigences et des délais d'exécution de l'entrepreneur général. Il est entendu également que votre Bureau des plans s'occupera de tous les travaux de la seconde tour, à partir des plans actuellement en votre possession aux fins de soumission. Par ailleurs, nous considérons que les frais généraux de la seconde tour commencent à s'accumuler à partir du 1^{er} juillet 1967 et que les crédits, le cas échéant, résultant du chevauchement des travaux de la première et de la seconde tour seront fixés en conséquence et en temps voulu. En outre, il est entendu que la présente lettre ne constitue pas une lettre d'intention quant à la seconde tour et que si nous ne parvenons pas à un accord satisfaisant sur le contrat dans son ensemble pour cette dernière, les travaux exécutés en vertu des directives susmentionnées seront payés selon le taux et le coût convenus.

Veuillez agréer, Monsieur, mes salutations distinguées.

(signature)

John Findlay,
Vice-président

Je souligne qu'en raison de grèves, aucuns travaux relativement au drainage souterrain mentionné dans la première phrase de la lettre n'ont pas été exécutés. Il est inutile de s'étendre davantage sur ce sujet. De plus, lorsque la lettre a été écrite, Crump avait déjà retenu les services de F.C. Hume & Co., entreprise tiers, pour dresser les plans détaillés et avait convenu de la payer même si elle n'obtenait pas le contrat. Findlay ignorait ce fait lorsqu'il a rédigé sa lettre.

Après un très long procès, le jugement suivant a été rendu:

[TRADUCTION] 1. LA COUR SUSDITE STATUE que la défenderesse est tenue de payer à la demanderesse la somme de \$13,187.00 pour l'estimation du P.P.G.

2. AND THIS COURT DOTH FURTHER ORDER AND ADJUDGE that it be referred to the Master of this Court at Toronto to inquire and determine what amount of the Plaintiff's indirect costs the Defendant ought to pay during the period July 1st, 1967 to September 30th, 1967, according to the basis of computation set out in the reasons for judgment given at trial and what amount of costs to the Plaintiff for design and drafting performed by F. C. Hume Limited relates to the proposed prefabrication of duct-work and its installation in the second tower, and that the Plaintiff do recover from the Defendant the amount so found by the Master together with a fee of 5.5% thereon, upon confirmation of the said Master's report.

The first paragraph of this judgment awarding \$13,187 for the preparation of the estimate for the G.U.P. needs explanation. G.U.P. means guaranteed upset price which, in turn, means that Toronto-Dominion would not pay for any costs in excess of this price and would receive the benefit of any saving below the price. The Court of Appeal set aside this award of \$13,187 on the grounds that there was no evidence to justify any award on a contractual basis for the preparation of this estimate and that there was no basis for any award on the ground of unjust enrichment.

Having set aside the award of \$13,187 in paragraph 1 of the judgment at trial, the Court of Appeal was left only with the matter of the reference. It dealt with it in the following terms:

THIS COURT DOTH ORDER AND ADJUDGE that it be referred to the Master of this Court at Toronto to inquire and determine what was the amount of the Plaintiff's indirect costs for the period July 1st, 1967 to August 31st, 1967, related to Tower No. 2, based upon the computation of costs plus fee, less credit to the owner for overlapping which costs shall include the cost of personnel, if any, held for exclusive employment on Tower No. 2, although not actually employed thereon, and what proportion of the total account of \$51,741.55 was incurred by the Plaintiff for design and drafting performed prior to August 31st, 1967; further, that the Plaintiff do recover from the Defendant the total of the amounts so found by the Master together with a fee of 5.5% thereon, upon confirmation of the said Master's report.

2. LA COUR SUSDITE ORDONNE EN OUTRE le renvoi de l'affaire devant le conseiller-maître de la présente Cour à Toronto afin qu'il étudie la question et statue sur le montant des frais indirects de la demanderesse, que la défenderesse doit lui payer pour la période du 1^{er} juillet 1967 au 30 septembre 1967, conformément aux calculs établis dans les motifs du jugement de première instance, et sur le montant des frais de la demanderesse pour les plans et devis exécutés par F.C. Hume Limited relativement au projet de prefabrication et d'installation des conduits de la seconde tour. De plus, la défenderesse est tenue de payer à la demanderesse les montants déterminés par le conseiller-maître ainsi que des honoraires de 5.5%, sur confirmation du rapport de ce dernier.

Le premier paragraphe de ce jugement accordant \$13,187 pour l'estimation du P.P.G. mérite une explication. P.P.G. désigne le prix plafond garanti, ce qui signifie que Toronto-Dominion ne paiera aucun montant excédant ce prix et pourra bénéficier de toute réduction du prix. La Cour d'appel a rejeté la décision accordant les \$13,187 parce qu'aucune preuve ne justifiait l'octroi d'une indemnité en vertu d'un contrat pour la préparation de l'estimation et parce qu'il n'y avait aucun fondement à une indemnité pour enrichissement sans cause.

Après avoir rejeté l'indemnité de \$13,187 du paragraphe 1 du jugement de première instance, la Cour d'appel n'avait plus qu'à examiner la question du renvoi. Elle a décidé ce qui suit:

[TRADUCTION] LA COUR SUSDITE ORDONNE le renvoi de l'affaire devant le conseiller-maître de la Cour à Toronto afin qu'il étudie la question et statue sur le montant des frais indirects de la demanderesse pour la période du 1^{er} juillet 1967 au 31 août 1967, relativement à la Tour n° 2, calculés en fonction du prix de revient, plus les honoraires, tout en tenant compte, en faveur du propriétaire, du chevauchement des travaux; ces frais doivent comprendre, le cas échéant, les frais relatifs au personnel affecté exclusivement à la Tour n° 2, même si ce personnel n'y a pas effectivement travaillé. Il statuera aussi sur la partie de la somme de \$51,741.55 engagée par la demanderesse pour les plans et devis réalisés avant le 31 août 1967; en outre, la défenderesse est tenue de payer à la demanderesse la totalité du montant déterminé par le conseiller-maître, plus des honoraires de 5.5%, sur confirmation du rapport de ce dernier.

The only difference between the judgment at trial and that of the Court of Appeal is that of the cut-off date. The trial judge fixed September 30, 1967, the Court of Appeal August 31, 1967. Obviously the Court of Appeal's date is going to lessen the amount of the award. On August 25, 1967, Findlay, on behalf of Toronto-Dominion stopped the work with a letter in the following terms:

With reference to the proposal submitted by you for Mechanical work on the Second Tower, which cost proposal was delivered to this office on Thursday, August 17th, by Mr. Cianfarani, I have to advise you that we have considered the proposal and have decided that we will make other arrangements for the execution of the work.

Findlay's reason for stopping this work was that he thought that the estimate for the guaranteed upset price was grossly excessive.

The trial judge thought that Crump needed until September 30, 1967, to enable it to rearrange its own staff and to enable its sub-contractor, F. C. Hume & Co., to do the same. The Court of Appeal was of a different opinion. They thought that an immediate stop work order was needed both in Crump's own office and that of its sub-contractor. They appreciated the fact that Toronto-Dominion knew nothing of the sub-contractor but held also, correctly in my opinion, that there was nothing in Findlay's letter of July 6, 1967, which disentitled Crump from hiring an outside agency to do the mechanical drawings.

I would not interfere with the decision of the Court of Appeal on the cut-off date. They recognized that both dates were in a sense arbitrary but they felt if Crump did not move promptly to stop its own workforce and that of its sub-contractor after receiving Toronto-Dominion's letter of August 25, 1967, it failed to do so at its own risk.

My opinion, therefore, is that the judgment of the Court of Appeal in disallowing the item of \$13,187 and changing the cut-off date should be affirmed and that this appeal should be dismissed with costs.

La seule différence entre le jugement de première instance et celui de la Cour d'appel est la date d'interruption des travaux. Le juge de première instance l'a fixée au 30 septembre 1967 et la Cour d'appel, au 31 août 1967. Il ne fait aucun doute que la date fixée par la Cour d'appel a pour effet de diminuer le montant de l'indemnité. Dans une lettre datée du 25 août 1967, Findlay, a, au nom de Toronto-Dominion, mis fin aux travaux:

[TRADUCTION] Suite à votre offre concernant les travaux mécaniques relatifs à la seconde tour, pour lesquels M. Cianfarani a déposé un devis à notre bureau le mardi 17 août, je dois vous aviser qu'après étude, nous avons décidé de prendre d'autres dispositions pour leur exécution.

C'est au motif qu'il jugeait l'estimation du prix plafond garanti excessive que Findlay a fait arrêter les travaux.

Le juge de première instance a estimé qu'il fallait à Crump et à son sous-traitant, F.C. Hume & Co. jusqu'au 30 septembre 1967 pour réorganiser leur personnel respectif. Telle n'est pas l'opinion de la Cour d'appel. Cette dernière a jugé qu'un ordre d'arrêt immédiat des travaux suffisait à Crump et à son sous-traitant. Elle s'est attardée au fait que Toronto-Dominion ignorait tout de l'embauche du sous-traitant, mais a également conclu, à juste titre à mon avis, que rien dans la lettre de Findlay du 6 juillet 1967 n'interdisait à Crump d'engager un tiers pour tirer les plans.

Je ne modifierai pas la décision de la Cour d'appel au sujet de la date d'interruption des travaux. Elle a reconnu que les deux dates étaient, dans un certain sens, arbitraires, mais elle a estimé que si Crump, sur réception de la lettre de Toronto-Dominion en date du 25 août 1967, n'avait pas aussitôt retiré son personnel ni celui de son sous-traitant, elle avait agi à ses propres risques.

En conséquence, je confirmerais l'arrêt de la Cour d'appel rejetant le montant de \$13,187 et modifiant la date d'interruption et je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Toronto-Dominion filed and argued in this Court a cross-appeal asking for a complete dismissal of the action. The findings of fact both at trial and in the Court of Appeal destroy the basis for any such cross-appeal. There was an agreement to pay something. The amount is to be determined in accordance with the reference directed by the Court of Appeal. The cross-appeal is dismissed with costs.

Appeal allowed in part with costs, JUDSON and DICKSON JJ. dissenting; cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Day, Wilson, Campbell, Toronto.

Solicitors for the respondent: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Toronto-Dominion a déposé et plaidé un appel incident devant la présente Cour demandant le rejet complet de l'action. Les conclusions du tribunal de première instance et de la Cour d'appel ne permettent pas de fonder un appel de ce genre. Toronto-Dominion s'est entendu avec Crump pour lui verser un certain montant qui doit être déterminé conformément au renvoi ordonné par la Cour d'appel. L'appel incident est rejeté avec dépens.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens, les juges JUDSON et DICKSON dissidents; pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Day, Wilson, Campbell, Toronto.

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