

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

142/06/CA

NEW BRUNSWICK POWER CORPORATION

APPELLANT

- and -

WESTINGHOUSE CANADA INC. and ASEA
BROWN BOVERI INC.

RESPONDENTS

New Brunswick Power Corporation v.
Westinghouse Canada. Inc. and Asea Brown
Boveri Inc., 2008 NBCA 70

CORAM:

The Honourable Justice Daigle
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Robertson

Appeal from a decision of the
Court of Queen's Bench:
November 2, 2006

History of Case:

Decision under appeal:
2006 NBQB 370

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
April 22 and 23, 2008

Judgment rendered:
October 2, 2008

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

Concurred in by:
The Honourable Justice Daigle
The Honourable Justice Larlee

SOCIÉTÉ D'ÉNERGIE DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

APPELANTE

- et -

WESTINGHOUSE CANADA INC. et ASEA
BROWN BOVERI INC.

INTIMÉES

Société d'énergie du Nouveau-Brunswick c.
Westinghouse Canada. Inc. and Asea Brown
Boveri Inc., 2008 NBCA 70

CORAM :

L'honorable juge Daigle
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Robertson

Appel d'une décision de la
Cour du Banc de la Reine :
Le 2 novembre 2006

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2006 NBBR 370

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Les 22 et 23 avril 2008

Jugement rendu :
Le 2 octobre 2008

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Daigle
L'honorable juge Larlee

Counsel at hearing:

For the appellant:
Kenneth B. McCulloch, Q.C.
and Jeffrey Parker

For the respondents:
David S. Morritt
and Sonia Bjorkquist

THE COURT

The appeal is dismissed with costs as set out in para. 43 of the reasons for judgment. The cross-appeal is allowed, in part, without costs.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Kenneth B. McCulloch, c.r.
et Jeffrey Parker

Pour les intimées :
David S. Morritt
et Sonia Bjorkquist

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens comme le précise le paragraphe 43 des motifs de jugement. L'appel reconventionnel est accueilli en partie, sans dépens.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

I. Introduction

[1] Between 1972 and 1975, the appellant (hereafter “NB Power”) purchased eight power transformers for approximately \$4 million from the respondent manufacturer (hereafter “Westinghouse”). Each of the sales contracts provided for a one year warranty with respect to all defects and a limitation on liability. The transformers remained in service for some 15 to 25 years before one of the transformers began showing signs of overheating. Since all eight transformers shared a common design feature, over time, NB Power spent \$12.5 million either repairing or replacing the defective products. In 1997, it sued Westinghouse in both contract and tort for the recovery of monies expended. Although the trial judge concluded that Westinghouse was negligent in its design of the transformers and had breached its contract with NB Power by supplying defective transformers, the action was dismissed. Properly interpreted, the trial judge held that the “warranty” and “limitation of liability” clauses insulated Westinghouse from liability in both contract and tort and that the doctrine of fundamental breach did not alter the outcome. Her decision is now reported at (2006), 309 N.B.R. (2d) 299, [2006] N.B.J. No. 471 (QL), 2006 NBQB 370.

[2] Collectively, the parties have managed to isolate no less than 13 issues, some of which are broken down into sub-issues. But as I see it, this appeal revolves around one critical question. Did the trial judge err in concluding that certain contractual provisions, common to each of the sales contracts, immunized Westinghouse from liability in both contract and tort? In my respectful view, she did not err. In the reasons that follow, I conclude that the appeal should be dismissed but would allow the cross-appeal with respect to only one of the seven issues raised. That issue deals with the cost award made at trial.

II. Background

[3] The essential facts of this case involve NB Power's purchase of eight transformers over three years. The first was purchased in September 1972, the last in December 1975. However, not all of the transformers were put into service immediately. As much as four and a half years passed before some were put into service. In 1995, one of the transformers began to overheat. Over the ensuing years, NB Power replaced five of the transformers and repaired the remaining three. NB Power sought to recover the monies expended and framed its action in both contract and tort. The trial judge held that the overheating problem was attributable to a design defect: "a lack of slots in the lockplates". She went on to find that this design defect meant that the transformers did not comply with "CSA Standards" as required under the terms of the underlying sales contracts. Neither of these findings was challenged on appeal. The trial judge also held that at the time of purchase, NB Power could reasonably expect the transformers to have a life span of 30 years. Finally, she held that the design defect did not render the transformers "dangerous" but that NB Power had acted reasonably in either repairing or replacing six of the eight electrical devices.

[4] Westinghouse relied on two contractual provisions, common to each sales contract, with a view to negating liability: (1) the warranty clause; and (2) the limitation of liability of clause. Relying on those clauses, Westinghouse advanced three principal arguments. First, properly interpreted the warranty clause meant that the parties had agreed to a one (1) year warranty with respect to all defects and, correlatively, the defect complained of fell outside the one year limitation period. Second, Westinghouse argued that the limitation of liability clause excluded liability for tortious acts, including negligence. Alternatively, Westinghouse argued that if those arguments failed, its liability under the limitation of liability clause was limited to the amount paid for the transformers (\$4 million) and not the cost or repairs or replacement (\$12.5 million). For good measure, Westinghouse also argued that NB Power's action in contract was statute-barred under the *Limitation of Actions Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-8. NB Power rejected this argument while disputing the validity of Westinghouse's interpretative arguments. Alternatively,

NB Power argued that the contractual provisions were unenforceable because of the application of the doctrine of fundamental breach.

[5] The trial judge rejected Westinghouse’s argument based on the *Limitation of Actions Act*. She went on to hold, however, that the warranty clause “effectively limited Westinghouse’s contractual liability” to one year and that the limitation of liability clause was “effective to protect Westinghouse from the consequences of [its] negligence.” Correlatively, the trial judge concluded that the contractual breach (design defect) did not amount to a fundamental breach of the contract. She summarily rejected NB Power’s argument that all design defects amount to a fundamental breach. Instead, the trial judge asked whether NB Power had been deprived of “substantially the whole benefit” of the contract and answered that question in the negative. However, she also held that it was unnecessary to decide whether there was a fundamental breach because: (1) the contractual provisions excluded the loss being claimed; and (2) NB Power did not allege that the bargain was “unconscionable or unreasonable”.

III. The Doctrine of Fundamental Breach

[6] At the hearing of the appeal, NB Power indicated an intention to no longer rely on the doctrine of fundamental breach. However, as the abandonment of a legal issue before an intermediate court of appeal does not preclude a party from resurrecting it in the Supreme Court, and as this issue was a key component of the underlying litigation it is best that this Court reflect on the trial judge’s understanding of the law of fundamental breach as there remains an element of uncertainty regarding its tenets. As well, there is a pivotal Supreme Court decision, which deals with the doctrine and which on its facts is strikingly similar to those before us: *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, [1989] S.C.J. No. 23 (QL). It is wise to look at that decision as a whole rather than at its constituent parts and, in particular, the approach adopted in regard to the interpretation of exculpatory clauses.

[7]

The doctrine of fundamental breach has had a tortuous if not tumultuous history in the common law. Its history is conveniently summarized in Professor McCamus' incisive text: John D. McCamus, *The Law of Contracts* (Toronto: Irwin Law, 2005) at 754ff. I offer only a synoptic overview. In the early days, the doctrine embraced the notion that exculpatory clauses were ineffective to exclude or limit liability once it was found that the defendant had committed a fundamental breach of the contract. A fundamental breach has been defined in a number of ways, some more helpful than others. A breach that goes to the "root of the contract" was said to qualify. In contracts for the sales of goods, a fundamental breach was defined as one which rendered the goods "different in kind from those contracted for". The prevailing definition, and the one adopted by the trial judge, is to ask whether the innocent party was deprived of "substantially the whole benefit of the contract". Once the breach was classified as "fundamental", any exculpatory clause found in the underlying contract would be held ineffective for purposes of insulating the party in breach from liability. This became known as the "rule of law" approach to the doctrine. The breach itself was sufficient for purposes of rendering the exculpatory clause "inapplicable". Over time, the English courts would continue to wrestle with the proper tenets of the doctrine. Eventually the House of Lords would abandon the rule of law approach and, instead, settle on the "construction of the clause" approach, one that would be influential in the development of Canadian law. The first of the two influential English cases is *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361 (H.L.). However, their Lordships would remain divided as to the precise tenets of the doctrine. Some of their lordships would adhere to the view that an exculpatory clause would be ineffective in cases of fundamental breach provided the innocent party elected to disaffirm the contract so as to bring the contract to an end. This approach attracted criticism on the ground that it confuses the doctrine as it applies to exculpatory clauses with the doctrine of repudiatory breach which entitles the innocent party to disaffirm the contract. The second oft-cited decision is *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.). But once again their Lordships failed to speak with a united voice. For purposes of deciding this appeal, it is sufficient to confirm that the rule of construction approach was not displaced. Since the release of that decision, the only

significant change in the law came about as a result of the decision of the English Parliament to adopt the *Unfair Contract Terms Act 1977* (U.K.), 1977, c. 50. That legislation applies to “consumer” contracts and imposes a requirement of reasonableness before an exculpatory clause will be declared enforceable.

- [8] The doctrine of fundamental breach in Canada has its origins in two Supreme Court decisions. Together, they reflect a common law doctrine in gestation: *BG Linton Construction Ltd. v. Canadian National Railway Company*, [1975] 2 S.C.R. 678, [1974] S.C.J. No. 121 (QL) and *Beaufort Realties et al. v. Chomedey Aluminum*, [1980] 2 S.C.R. 718, [1980] S.C.J. No. 97 (QL). Inevitably, any analysis of the doctrine begins with *Hunter Engineering*. It is a commercial case in which Syncrude had contracted with two separate companies with respect to the purchase of gearboxes (Hunter Engineering and Allis-Chalmers). The contracts contained a warranty clause that began to run from the time of delivery or 12 months from the date the goods were put into service. After the expiry dates, the gearboxes failed as a result of a design defect. Syncrude was successful as against Hunter Engineering, notwithstanding the expiration of the warranty period, because of the implied warranty for fitness contained in s. 15(1) of the Ontario *Sale of Goods Act*, R.S.O. 1970, c. 421. It was held that the implied warranty was not expressly excluded by the terms of the contract, nor was it inconsistent with the contract. Everyone agreed on this point. As to the liability of Allis-Chalmers, it was found that its contract with Syncrude did exclude the implied statutory warranty. This led to the question of whether the Court of Appeal had erred in imposing liability on Allis-Chalmers even though the contractual breach fell within the exclusion (warranty) clause. All of the justices held that Allis-Chalmers was not liable. Regrettably, the Court was divided on the analytical framework to be applied. Two sets of reasons were offered, one prepared by Dickson C.J.C., the other by Wilson J. But of the five justices participating in the decision, only one concurred with each of the justices. The fifth member of the panel declined to choose between what in fact are two irreconcilable approaches. A summary of each follows.

[9] Dickson C.J.C. was anxious to put to rest the doctrine of fundamental breach. In his view, the doctrine had spawned a host of difficulties, the most prevalent being the task of deciding whether a particular breach is fundamental. This reality drove Dickson C.J.C. to the conclusion that the effectiveness of an exculpatory clause for purposes of limiting or excluding liability was dependent on its proper construction. At the same time, he recognized that there may be instances where it would be unjust to permit enforcement of an exculpatory clause and, thus, the law should deny enforcement in circumstances where the contract was unconscionable as might arise from situations of unequal bargaining power. On the facts, he held that the warranty clause, properly interpreted, excluded liability for the defects and that the issue of unconscionability was not in play. There was no evidence that Syncrude was pressured into agreeing to terms to which it did not wish to assent. This finding leads one to believe that Dickson C.J.C. was speaking of unconscionability in the context of “contract formation” as opposed to whether the enforcement of the exculpatory clause would work an unconscionable or unreasonable result. However, Professor McCamus posits that it is unclear from the judgment of Dickson C.J.C. whether the concept of unconscionability was being used to refer to the traditional doctrine which calls for rescission of the entire agreement where there is inequality of bargaining power.

[10] Wilson J.’s analysis is an endorsement of the earlier English jurisprudence. She begins by asking whether there was a fundamental breach; that is to say whether there was failure of one party to perform a “primary obligation” which had the effect of depriving the other party of substantially the whole benefit of the contract (see reasons of Lord Diplock in *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*). On the facts of the case, Wilson J. concluded that there had been no fundamental breach of the contract but, that if she were wrong, the warranty clause was effective to exclude liability for the defect. Wilson J. went on to consider whether the law should recognize an exception to an otherwise enforceable exculpatory clause in the form of a “reasonableness” requirement. She rejected, out of hand, the notion that for an exclusion clause to be enforceable, it must be *per se* a fair and reasonable provision at the time it was negotiated. Her reasoning is compelling: “A contractual provision that seems unfair

to a third party may have been the product of hard bargaining between the parties and, in my view, deserves to be enforced by the courts in accordance with its terms.” Wilson J. framed the residual question in terms of whether “it was fair and reasonable to enforce the clause in favour of the party that committed the breach even if the exclusion clause was clear and unambiguous” (at para. 150).

[11] Since *Hunter Engineering*, the Supreme Court has addressed or commented on the doctrine of fundamental breach on three occasions. In *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423, [1999] S.C.J. No. 60 (QL), the Court reverted to the notion that the first step in the analysis is to determine whether there was a fundamental breach of the contract; one that permits the innocent party to elect to terminate the contract and put an end to all of the remaining performance obligations. According to this decision, once a finding of fundamental breach is made, it falls on the court to interpret the exculpatory clause to determine whether it covers the loss. If as a matter of construction the exculpatory clause covers the loss, it falls on the court to determine whether it would be unconscionable or unreasonable to enforce it. At para. 52 the Court writes: “The only limitation placed upon enforcing the contract as written in the event of a fundamental breach would be to refuse to enforce an exclusion of liability in circumstances where to do so would be unconscionable, according to Dickson C.J., or unfair, unreasonable or otherwise contrary to public policy, according to Wilson J.” Ultimately, the Court concluded that so long as the result of enforcement is not unconscionable, unfair, unreasonable or otherwise contrary to public policy, the parties must be held to their agreement. At para. 64, the Court writes: “we conclude that it would not be unconscionable, unfair, unreasonable or otherwise contrary to public policy to uphold the intentions of the parties concerning the operation of the contractual limitation period in these circumstances.”

[12] To this point, it is clear that Dickson C.J.C.’s attempt to put the doctrine of fundamental breach to rest did not prevail over that of Wilson J. However, in *Guarantee Co. of North America*, the Supreme Court did infuse the doctrine with the notions of unconscionability and unreasonableness as grounds for nullifying the effect of an

exculpatory clause which is otherwise effective for purposes of immunizing the defendant from liability for breach of contract. This is true provided the breach qualifies as a “fundamental breach”. At the same time, this understanding of the law is difficult to reconcile with *obiter* comments made in a subsequent decision. In *ABB Inc. v. Domtar Inc.*, [2007] 3 S.C.R. 461, [2007] S.C.J. No. 50 (QL), 2007 SCC 50, the Supreme Court was dealing with the effect of limitation clauses under the *Civil Code of Quebec*. By way of background, the Court referred to the common law position. Reference was made to the doctrine of unconscionability where a limitation of liability clause will be deemed unenforceable where one party to the contract has abused its negotiating power to take undue advantage of the other. The doctrine is said to generally apply to consumer contracts and contracts of adhesion. The Court went on to explain that, in cases where the parties are of equal bargaining power, the doctrine of fundamental breach can apply to have an “unreasonable clause” declared unenforceable. A fundamental breach is said to be one that deprives the non-breaching party of substantially the whole benefit of the agreement. The Court indicates that, once the existence of a fundamental breach has been established, the task of interpretation remains and if the words can be reasonably interpreted in only one way, it will not be open to the court, even on grounds of equity or reasonableness to declare the clause unenforceable, since this would amount to a rewriting of the parties’ contract (see *ABB Inc. v. Domtar Inc.* at para. 84).

[13] The third and most recent pronouncement of the Supreme Court on the doctrine of fundamental breach evinces a subtle modification of the doctrine’s tenets as articulated in *Guarantee Co. of North America*. In *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.* [2003] 1 S.C.R. 450, [2003] S.C.J. No. 23 (QL), 2003 SCC 27, it was held that there was no need to decide whether there had been a fundamental breach of the contract as the “contractual limitation period” was clear and the parties’ bargain was not “unconscionable or unreasonable”. This approach was adopted by the trial judge in this case and yet it would appear to run counter to the understanding that a finding of fundamental breach is a condition precedent to a finding that an otherwise unambiguous exculpatory clause is unenforceable because it would be unconscionable or unreasonable to permit the contractual provision to stand.

[14] Professor McCamus observes that the failure of the Supreme Court to speak with one voice in *Hunter Engineering* has left the precise nature of the Canadian doctrine of fundamental breach in a state of uncertainty. The subsequent jurisprudence of the Supreme Court does not displace this observation. What is certain, however, is the understanding that once an exculpatory clause is properly construed and found to cover the breach then the exculpatory clause is enforceable unless it can be established the breach was “fundamental” and that it would be “unconscionable” or “unreasonable” to enforce the clause in the circumstances. Whether the unconscionability relates to the formation of the contract or unreasonableness relates to the result of the application of the exculpatory clause seems to be of no moment; either is sufficient for purposes of nullifying the clause (see generally *Fraser Jewellers (1982) Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.* (1997), 34 O.R. (3d) 1 (C.A.), [1997] O.J. No. 2359 (QL) and *Plas-Tex Canada Ltd. v. Dow Chemical of Canada Ltd.* (2004), 357 A.R. 139 (C.A.), [2004] A.J. No. 1098 (QL)).

[15] Returning to the present case, it is understandable that NB Power would abandon its argument based on fundamental breach. The trial judge’s finding that NB Power was not deprived of substantially the whole benefit of the contract is largely a question of fact for which appellate deference is owed. The fact that NB Power made use of the transformers for between 15 to 25 years before the defect materialized, coupled with the fact that the transformers had an expected life span of 30 years, fully support the trial judge’s finding that the design defect did not qualify as a “fundamental breach.” Moreover, this is not a case involving an inequality of bargaining power between the parties. Both parties are “billion dollar” litigants who are more than capable of looking after their respective economic interests and of taking steps to allocate against any risk of loss arising from the manufacture of a defective product. Indeed, the sales contracts were the subject of negotiation and Westinghouse refused to extend the length of the warranty period as initially sought by NB Power. Certainly, there is no suggestion that Westinghouse knew of the design defect at the time the transformers were supplied. Nor is there any suggestion that the application of the warranty and limitation of liability clauses leads to an unjust, unfair or unconscionable result. In brief, there is nothing about

the facts of this case that cry out for judicial intervention simply because Westinghouse is relying on the underlying contractual provisions to escape liability with respect to its obligation to provide goods that met with CSA Standards and, correlatively, were free of inherent defects.

IV. Liability in Contract - The Interpretative Issue

[16] By abandoning the argument tied to the doctrine of fundamental breach, NB Power is left to argue that the trial judge erred in finding that the exculpatory clause found in each of the sales contracts immunized Westinghouse from liability for breach of contract and in the tort of negligence. Thus, we are left with the task of deciding whether the trial judge properly interpreted the two contractual provisions that Westinghouse invoked to avoid liability. The first is the “warranty clause” which reads as follows:

Where the product sold by the Company [Westinghouse] is also manufactured by the Company, the Company warrants the product supplied hereunder to be of the kind designated or specified. Unless otherwise expressly agreed in writing, the Company shall repair or replace any defective part or parts, f.o.b. the Company's plant or warehouse, which prove to be defective under normal and proper use within one year from the date of shipment provided that the Purchaser gives the Company immediate written notice of any such defect or defects. On expiration of the Warranty period, any liability of the Company shall terminate.

[17] NB Power’s interpretative argument whittles down to the plea that the above clause should be read disjunctively such that the clause should be read as containing three distinct promises. In effect, NB Power is asking that the warranty clause be redrafted to read as follows:

Where the product sold by the Company [Westinghouse] is also manufactured by the Company, the Company warrants the product supplied hereunder to be of the kind designated or specified.

Unless otherwise expressly agreed in writing, the Company shall repair or replace any defective part or parts, f.o.b. the Company's plant or warehouse, which prove to be defective under normal and proper use within one year from the date of shipment provided that the Purchaser gives the Company immediate written notice of any such defect or defects.

On expiration of the Warranty period, any liability of the Company shall terminate.

[18] NB Power argues that the “primary warranty” is found in the first sentence of the warranty clause. This clause warrants that the transformers are of the kind designated. As a finding of fact, the trial judge found that the obligation of Westinghouse to manufacture and supply transformers that complied with CSA Standards was breached when it supplied goods with an inherent design defect that failed to meet those standards. NB Power argues that the second sentence represents an independent or secondary promise: the promise to repair or replace defective parts that prove to be defective within the stipulated warranty period. According to NB Power, had the transformers proved to be defective within the year then, the obligation to repair or replace the transformers arose. On the other hand, NB Power argues that, if the transformers prove to be defective outside the limitation period, the primary warranty applies and, hence, damages are recoverable for the breach.

[19] Any legal analysis involving the interpretation of an exculpatory clause must begin with an acknowledgment that generally limitation and exclusion clauses are strictly construed against the party seeking to invoke the clause. But this legal directive does not mean that one can ignore interpretative principles. In my view, NB Power’s argument is fatally flawed in two material respects. First, the argument runs afoul of a fundamental principle of interpretation set down in *Hunter Engineering*. The sentences that make up the exculpatory clause(s) are not to be read disjunctively. For example, NB Power’s argument ignores the third sentence of the warranty clause, the one that states that “any” liability of Westinghouse terminates on the expiration of the warranty period. Second, the practical effect of NB Power’s argument leads to an absurd commercial

result. In essence, NB Power argues that it contracted for a “forever warranty”, which is to say, a warranty that has no temporal constraint.

[20] Common sense tells us that most manufacturers or suppliers are not prepared to provide purchasers with a forever warranty. Those who do will impose conditions that reduce the risk of the warranty being exercised. For example, the warranty clause may dictate that only the original purchaser obtains the benefit of the forever warranty and yet it is more likely than not that the product will prove defective when the product is resold (*e.g.*, mufflers, batteries installed on vehicles). Marketing strategists are capable of comparing the expected life span of a product against the likely time the product will be owned to assess the financial consequences of having to provide a replacement product in the event the purchaser defies the statistical norm. But we are not dealing with goods such mufflers or batteries. We are dealing with million dollar products and the thought of the manufacturer assuming liability for an indefinite term and one that could exceed the expected lifespan of a transformer is simply too difficult to accept.

[21] As noted, NB Power’s argument also runs afoul of the interpretative approach espoused in *Hunter Engineering*. The facts of that case bear a striking resemblance to those under appeal. Both cases involved a design defect that materialized outside the warranty period and so too did the party in breach of its contractual obligation rely on a provision of the underlying sales contract to avoid liability. The warranty clause in *Hunter Engineering* reads as follows:

Seller warrants that the goods shall be free from defects in design, material, workmanship, and title, and shall conform in all respects to the terms of this purchase order, and shall be of the best quality, if no quality is specified. If it appears within one year from the date of placing the equipment in service for the purpose for which it was purchased, that the equipment, or any part thereof, does not conform to these warranties and Buyer so notifies Seller within a reasonable time after its discovery, Seller shall thereupon promptly correct such nonconformity as its sole expense Except

as otherwise provided in this purchase order, Seller's liability hereunder shall extend to all damages proximately caused by the breach of any of the foregoing warranties or guarantees, but such liability shall in no event include loss of profit or loss of use.

[22] The first sentence in the warranty clause states that the goods are warranted to be free of design defects. The second sentence states that, if it appears that the goods do not comply with the warranty, Hunter Engineering (the seller) will make good on the warranty at its expense. The third sentence states that liability extends to all damages suffered except for those tied to loss of profit or use. In *Hunter Engineering* the defects did not materialize until after expiration of the one year limitation period. Syncrude advanced two interpretative arguments in an effort to avoid the limitation period. The Supreme Court held that both were unconvincing and could be dismissed with little discussion.

[23] First, Syncrude argued that the warranty against design defects was not limited in time (that is to say, a forever warranty) because on proper reading of the clause it contained four distinct provisions. Syncrude argued that as the first provision (sentence) makes no mention of time, the warranty was therefore, not limited in duration. The response of Dickson C.J.C. to this argument is found at para. 27 of his reasons: “This seems an incredible interpretation of a warranty provision. As a matter of contractual interpretation it makes sense to read the provision as a whole and not as four disjunctive parts.” In my view, this is a complete answer to NB Power’s argument that it bargained for a “forever warranty”. In short, the trial judge was correct in holding that the warranty clause must be read as a whole and not disjunctively.

[24] Second, Syncrude argued that the reference to the defect “appearing” within the warranty period had to be interpreted to include design defects that appeared in the “original drawings” and that Hunter Engineering had knowledge of the defect, presumably because they were apparent from the design plans, and that Hunter Engineering had knowledge of the defect before the gearboxes were operational. The

trial judge had held that the word “appears” should be given its ordinary meaning, which is to become visible to Syncrude. Dickson C.J.C held: [t]his interpretation must be correct; any other interpretation would be stretching the meaning of the word beyond recognition.”

[25] Syncrude’s second argument bears a striking resemblance to NB Power’s alternative interpretative argument. Assuming that the warranty clause is not a forever warranty and, therefore, it covers only transformers that prove to be defective within the one year, NB Power argues that as a matter of fact the transformers proved to be defective within that period for this reason. It has been established that the transformers were defective the day they were manufactured and delivered. According to the argument, the fact that the defect did not materialize within one year from the date of shipment is an irrelevancy. There was no requirement that the defect manifest itself within one year. In short, NB Power argues that as the design defect was present *ab initio*, the transformers proved to be defective within the applicable warranty period. According to NB Power’s argument, there is no contractual requirement that the defect manifest itself within one year. Of course, if we were to accept the argument, we would have to hold that time-limited warranties do not protect sellers against defects that existed before but are not discovered until after the warranty period expires.

[26] In my view, the argument that the expression “proves to be defective” does not include inherent defects that exist *ab initio* is simply a reworking of the interpretative argument advanced and rejected in *Hunter Engineering*. Moreover, the two cases which NB Power cites in supports of its interpretative argument can be readily distinguished. But even if they could not, they could not trump *Hunter Engineering*. For the sake of completeness, I shall deal briefly with the two cases cited: *Canso Chemicals Ltd. v. Canadian Westinghouse Co. Ltd.* (1974), 10 N.S.R. (2d) 306 (C.A.), [1974] N.S.J. No. 270 (QL) and *Manitoba (Hydro Electric Board) v. John Inglis Co.* (1999), 142 Man. R. (2d) 1, [1999] M.J. No. 506 (QL).

[27] *Canso Chemicals Ltd. v. Westinghouse* was a case in which equipment proved to be defective, due to a design defect, within the one year warranty period. Westinghouse effected the necessary repairs at a cost of \$35,000. However, Canso Chemical sued for damages and Westinghouse defended with two arguments. First, Westinghouse argued that the warranty clause did not apply to design defects and, therefore, the claim in damages could not succeed. Second, Westinghouse argued that the limitation of liability clause excluded liability for indirect loss or damage whether special, consequential or otherwise. The Nova Scotia Court of Appeal was unanimous in rejecting Westinghouse's interpretative argument. They were also unanimous in concluding that the clause did not preclude Canso Chemicals from recovering other monies. The majority found that Canso was entitled to out of pocket expenses and damages for loss of use. The dissenting justice held that Canso could only recover the out of pocket expenses as the limitation of liability clause precluded recovery with respect to loss of use. Against this background, I do not see how this case supports NB Power's interpretative arguments.

[28] *Manitoba Hydro Electric v. John Inglis Co.* was a case in which the defendant provided the plaintiff with three turbines for one of its hydro generating stations. The warranty was for one year but extended by agreement to three years with respect to certain parts. The warranty read in part: "[i]f, within twelve months from the date of [the issuance of a completion certificate] any part of the work becomes broken or defective or fails due to faulty or improper design [etc]." The limitation period began to run in July 1967. In 1992 an explosion occurred severely damaging one of the turbines. The plaintiff sued in contract and tort for \$30 million for loss of use. The issue was whether an extension of time should be granted under the provincial *Limitation of Actions Act* and the sufficiency of proof on the hearing of the motion. In addressing those issues, the Manitoba Court of Appeal recognized that an argument could be advanced to the effect the warranty applied to defects which "occurred" within one year as opposed to defects which "appeared" within a year. The Court went on to state that an interesting comparison could be made with the facts in *Hunter Engineering* which lead the Supreme Court to the opposite conclusion. The Manitoba Court of Appeal held, however, that the

warranty had to be read having regard to the subsequent conduct of the parties and a release document signed in 1970. The Court of Appeal added that at trial the key issue would be whether the plain meaning of the guarantee should prevail or whether it results in an absurdity or whether it defeats the intentions of the parties. Finally, the Court held that the plaintiff had established a *prima facie* argument that the provisions of the warranty should be interpreted in its favour. In my view, the Court of Appeal's decision is neither determinative nor persuasive authority for any of the interpretive issues advanced by NB Power.

[29] In summary, the trial judge did not err in concluding that, on the established facts of the case, the warranty clause was effective for purposes of immunizing Westinghouse from contractual liability for breach of its obligation to provide NB Power with transformers free of design defects. This leaves us to consider whether Westinghouse's liability in tort for negligence was also ousted by a contractual provision.

V. Liability in Tort for Negligence – The Plea of Dangerousness

[30] The trial judge made three key findings with respect to NB Power's claim in negligence: (1) Westinghouse was negligent in the design of the transformers; (2) they were not a "dangerous" product; and (3) the "limitation of liability" clause excluded NB Power's right to sue in tort. I begin this part of my analysis with a cursory review of the governing legal principles.

[31] On several occasions, the Supreme Court has confirmed the general rule emerging from its decision in *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, [1986] S.C.J. No. 52 (QL). The rule is as follows: where a given wrong *prima facie* supports an action in contract and tort, one may sue in either or both, subject to any limit the parties themselves have placed on that right by their contract. In other words, it is always open to the parties to limit or waive the duties which the common law would impose on them for negligence. It is also established that simply because the parties dealt expressly with a

particular matter in the contract (e.g. design defects) the right to sue in tort is not automatically lost. Thus, the question is whether the contract also excludes liability for negligence (see generally *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12, [1993] S.C.J. No. 1 (QL) and *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, [1997] S.C.J. No. 111 (QL)).

[32] The trial judge ruled that the following “Limitation of Liability” clause found in each of the underlying contracts was effective for purposes of negating liability in tort:

Notwithstanding any other provision in this contract or any applicable statutory provisions, neither the Company nor the Purchaser shall be liable to the other for special or consequential damages or damages for loss of use arising directly or indirectly from any breach of this contract, fundamental or otherwise or from any tortuous acts or omissions of their respective employees or agents and in no event shall the liability of the Company exceed the unit price of the defective product or of the product subject to late delivery.

[33] The trial judge held that the words “from any tortuous acts or omissions” were wide enough to preclude liability in tort for negligence. I presume that her finding applies to the negligent design of the transformers and of the failure to warn which, in turn, is predicated on the understanding that the transformers were dangerous. Curiously, NB Power did not appeal the finding that tort liability (negligence) was excluded by virtue of the “limitation of liability” clause. That being so, it should follow that its arguments as to whether Westinghouse had supplied it with dangerous transformers and failed in its duty to warn NB Power are of no moment. For the sake of completeness, however, I shall deal with NB Power’s argument respecting dangerous products.

[34] NB Power seeks to overturn the trial judge’s finding that the transformers were not dangerous for two reasons: (1) recovery for pure economic loss, such as repair

costs, in negligence is only permitted if the product is dangerous; and (2) a duty to warn arises only if the transformers were proven to be dangerous. At the hearing of the appeal, NB Power abandoned its argument tied to the “duty to warn” issue. I presume that it did so for the following reason: even if it could be established that Westinghouse was under a duty to warn of the dangerousness of the transformers, on the facts of the case, the breach of that duty did not give rise to any consequential damages. This is not a case where, for example, Westinghouse learned that the transformers were dangerous and failed to warn NB Power and, subsequently, the transformers exploded causing damage to other property or personal injury to workers. The fact is that NB Power learned of the design defects and the problem of overheating and yet the transformers remained in service for a period of time before being replaced or repaired. This is why the plea of “duty to warn” leads nowhere and this is assuming that there is no contractual provision excluding liability for tortious acts. This also explains why *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85, [1995] S.C.J. No. 2 (QL) is distinguishable from the present case. That case involved repairs to a newly constructed building which had been sold to the plaintiff who was not a party to the construction contract between the former owner and contractor. Consequently, there was no contractual limitation on liability for negligence that bound the plaintiff who was entitled to recover the cost of repairs effected for the purposes of eliminating the risk of harm arising from the presence of a danger (see also *Bow Valley Husky (Bermuda)*).

[35] Turning to NB Power’s argument that the trial judge erred in finding that the design defect did not render the transformers dangerous, once again we are faced with the reality that there is a contractual provision which excludes liability for negligence. Otherwise, it would have been open to NB Power to argue that it is entitled to recover damages with respect to those measures taken to eliminate any subsequent risk of damage to property or personal injury arising from a risk of “catastrophic failure”. But did the trial judge err in concluding the design defect did not render the transformers dangerous? As this question involves a finding of fact or a finding of mixed fact and law, deference is owed to the trial judge’s determination. I have not been persuaded that her determination was infected by a palpable and overriding error, nor was her finding unreasonable. The

trial judge's reasons are as comprehensive as they are compelling and I am not prepared to reweigh the evidence of each witness as if I were entitled to decide the issue afresh. Most telling is the fact that NB Power knew in March 1996 of the overheating problem and yet they left a number of the transformers in service for periods ranging from two to six years before effecting repairs or purchasing replacement transformers. NB Power responds by arguing that it had adopted safety systems and warning devices to eliminate any risk of catastrophic failure. Westinghouse counters by arguing that NB Power recognized the inherent danger in transformer operation and had sophisticated early-warning systems and safety mechanism in place for transformers before and after obtaining knowledge of the alleged defect. These arguments were placed before the trial judge and she ruled in favour of Westinghouse.

[36] In summary, the trial judge's unchallenged finding that Westinghouse's liability in tort was excluded under the terms of the underlying sales contract is sufficient for disposing of NB Power's allegation that the trial judge erred in concluding that the design defect did not render the transformers "dangerous". For greater certainty, I hold that the trial judge did not commit a palpable and overriding error in concluding that the design defect did not render the transformers dangerous. While NB Power abandoned its argument based on a breach of a duty to warn, the argument would have been rejected on the basis that any breach of the duty did not result in consequential damages. For these reasons, the trial judge properly dismissed NB Power's action in tort for negligence.

VI. One Further Argument: Special v. General Damages

[37] NB Power advances one further argument in support of its appeal. Accepting that the limitation of liability clause excludes liability for breach of contract and for tortious acts, it argues that the exclusion applies only to the exclusion of damages that qualify as "special or consequential damages". NB Power goes on to argue that the cost of repairing or replacing the transformers qualifies as "general damages" and, therefore, are not caught by the limitation of liability clause. Hence, it argues that the trial judge erred in finding that the cost of repairing or replacing the transformers

qualified as “special damages” within the meaning of the “limitation of liability” clause. In my view, the argument is of no moment because the warranty clause expressly provides that “any” liability ceases after the expiration of the warranty period. The use of the word “any” is sufficient to embrace damages in both contract and tort and of all types. In any event, I agree with the trial judge in her finding that repair and replacement costs cannot be properly characterized as “general damages” and adopt her reasons for so finding.

[38] The truth of the matter is that the purpose of the limitation of liability clause is to limit the seller’s exposure to liability within the warranty period. If the goods prove defective within the warranty period, the seller does not want to be exposed to a damage award beyond the cost of effecting repairs. Alternately, if the buyer were forced to purchase replacement goods, the seller’s liability is limited to the amount paid for the defective goods. Above all else, the seller does not want to be subject to damage claims based on the rules in *Hadley v. Baxendale* (1854), 156 E.R. 145 or the foreseeability test applicable in negligence law. But to argue that repair and replacement costs qualify as general damages is to pervert the meaning of that term and ignore the clear language of the warranty and limitation of liability clauses. For these reasons, I would reject NB Power’s argument.

VII. The Cross-Appeal

[39] Westinghouse raises no less than seven issues on its cross-appeal. They are as follows: the trial judge erred (1) in finding that NB Power’s action in contract was not statute-barred under the *Limitation of Actions Act*; (2) in finding that Westinghouse knew in 1979 that the formula it used to calculate heat in the lockplates was inaccurate and significantly underestimated the heat; (3) in finding that it was reasonable for NB Power to expect the transformers to operate for 30 years; (4) in finding that it would have been reasonable for NB Power to repair the spare Point Lepreau transformer; (5) in finding that Westinghouse admitted that Mr. Tarrel’s (NB Power’s expert) damage calculations were accurate; (6) in failing to address the contractual cap on damages in the

agreement between Westinghouse and NB Power; and (7) in failing to allow submissions with respect to costs, failing to provide reasons for her costs decision, and finding that Westinghouse was only entitled to costs of \$35,000 plus disbursements for the five-week trial.

[40] Once the trial judge’s findings with respect to the enforceability and applicability of the exculpatory clauses are confirmed, it is no longer necessary to address issues (1) to (6). For greater certainty, I offer the following comments. Issue (1) involves a question of law that I am not prepared to address at this time. That issue is whether the discoverability rule applies to actions in contract, having regard to ss. 6, 7 and 9 of the *Limitation of Actions Act*. While I am attracted to the trial judge’s positive response to the question, it is best that this issue be left for another day. There are numerous cases cited in support of each side of the debate and, as well, a number of interpretative arguments to be addressed. Issues (2) to (4) inclusive, involve issues of fact for which deference is owed. Westinghouse was unable to establish palpable and overriding error and was informed as much on the hearing of the appeal. Issue (5) is of no moment. Westinghouse did admit that Mr. Tarrel’s calculations were correct, but this admission was made on the understanding that his assumptions were also correct. The trial judge was alert to this nuanced admission. With respect to issue (6), Westinghouse is correct. In short, I cannot accept NB Power’s interpretative argument that the clause limiting liability to the “unit price of the defective unit” could equally “refer to the replacement or repair costs of each transformer.” Finally, I am left with issue (7). In my view, this issue warrants our intervention.

[41] At para. 122 of her reasons, the trial judge closes with the following statement: “The Plaintiff’s case is dismissed with costs of \$35,000 plus disbursements.” Westinghouse now argues as follows: “It is respectfully submitted that the Court failed to exercise its discretion judicially by denying counsel an opportunity to make submissions on costs, failing to provide reasons, and making an award of costs [...] that is markedly below the cost of the five-week trial.” Westinghouse goes on to say that it is common practice for trial judges to request submissions for costs at the hearing or after the

decision on the merits has been rendered. Finally, Westinghouse posits that had it been given the opportunity to make submissions, it would have asked the trial judge to consider, among other things, the following factors: (1) NB Power claimed a significant amount of damages and was ultimately unsuccessful; (2) the proceeding was complex and required expert testimony; (3) the issues in the case were important and involved multi-million dollar contract and tort claims; and (4) Westinghouse took significant steps to shorten the proceedings by declining to call witnesses whose potential testimony was rendered redundant by the testimony of previous witnesses.

[42] Having regard to the fact that the trial judge gave no reasons for her cost award and having regard to the fact that she departed from Tariff “A” under Rule 59 of the *Rules of Court*, this is a proper case for remitting the matter to the trial judge for her consideration. It has not escaped my attention that nearly three years elapsed between the end of the trial and the rendering of judgment. This may help explain why the parties were not asked to make submissions with respect to the cost issue.

[43] In conclusion, I would allow the cross–appeal as it pertains to the cost award made at trial, set aside that cost award and remit the matter to the trial judge for full consideration, subject to one caveat. Should Westinghouse elect not to pursue the cost issue before the trial judge, the award of \$35,000 plus disbursements stands. In all other respects, the cross-appeal is dismissed. There should be no order as to costs on the cross-appeal.

VIII. Conclusion

[44] The appeal should be dismissed with costs. In accordance with Note 1 of Tariff “A” of Rule 59 of the *Rules of Court*, Westinghouse is entitled to costs on appeal equal to 40% of those awarded at trial. If, however, Westinghouse elects not to pursue its right to argue the matter of costs before the trial judge, costs on appeal should be fixed at

40% of \$35,000 (\$14,000). The cross-appeal is allowed but only with respect to the cost award made at trial. Otherwise, the cross-appeal is dismissed without costs.

LE JUGE ROBERTSON

I. Introduction

[1] Entre 1972 et 1975, l'appelante (ci-après appelée « Énergie NB ») a acquis auprès du fabricant intimé (ci-après appelé « Westinghouse ») huit transformateurs de puissance pour la somme d'environ quatre millions de dollars. Chacun des contrats de vente était assorti d'une garantie d'un an relativement à toutes les déficiences et d'une limitation de responsabilité. Les transformateurs sont restés en service pendant quelque 15 à 25 années avant que l'un d'eux ne commence à donner des signes de surchauffe. Comme les huit transformateurs avaient tous la même particularité technique, au fil des ans, Énergie NB a dépensé 12,5 millions de dollars pour réparer ou remplacer les produits défectueux. En 1997, elle a intenté contre Westinghouse une poursuite en responsabilité tant délictuelle que contractuelle pour obtenir le recouvrement des sommes dépensées. La juge du procès est arrivée à la conclusion que Westinghouse avait fait preuve de négligence dans la conception des transformateurs et rompu le contrat qui la liait à Énergie NB en lui livrant des transformateurs défectueux, mais elle a rejeté l'action. Si on l'interprète correctement, la juge du procès a statué que les clauses de « garantie » et de « limitation de responsabilité » exonéraient Westinghouse de sa responsabilité tant contractuelle que délictuelle et que la doctrine de la rupture fondamentale ne modifiait pas l'issue du procès. Sa décision est maintenant publiée au volume (2006), 309 R.N.-B. (2^e) 299, [2006] A.N.-B. n^o 471 (QL), 2006 NBBR 370.

[2] Collectivement, les parties sont parvenues à isoler pas moins de 13 questions, dont certaines se décomposent en sous-questions. Cependant, à mes yeux, l'issue du présent appel tourne autour d'une seule question clé. La juge du procès a-t-elle commis une erreur en concluant que certaines dispositions contractuelles, communes à chacun des contrats de vente, exonéraient Westinghouse de sa responsabilité tant contractuelle que délictuelle? Je suis respectueusement d'avis qu'elle n'a commis aucune

erreur. Dans les motifs qui suivent, je conclus que l'appel devrait être rejeté, mais je n'accueillerais l'appel reconventionnel que relativement à une seule des sept questions soulevées. Cette question a trait aux dépens adjugés en première instance.

II. Contexte

[3] Les faits essentiels de la présente instance visent l'achat par Énergie NB de huit transformateurs sur une période de trois ans. Le premier a été acquis en septembre 1972 et le dernier en décembre 1975. Cependant, tous les transformateurs n'ont pas été mis en service immédiatement. Il s'est parfois écoulé jusqu'à quatre ans et demi avant que certains n'entrent en service. En 1995, l'un des transformateurs s'est mis à surchauffer. Au cours des années suivantes, Énergie NB a remplacé cinq des transformateurs et réparé les trois autres. Cherchant à recouvrer les sommes dépensées, Énergie NB a intenté une poursuite en responsabilité tant contractuelle que délictuelle. Le juge du procès a statué que la surchauffe était attribuable à un vice de conception : « l'absence de fentes dans les plaques de boulonnage ». Elle a ensuite conclu que ce vice de conception signifiait que les transformateurs n'étaient pas conformes à la « norme de la CSA », comme l'exigeaient les modalités des contrats de vente sous-jacents. Aucune de ces conclusions n'a été contestée en appel. Le juge du procès a également statué qu'au moment de l'achat, Énergie NB pouvait raisonnablement s'attendre à ce que les transformateurs fonctionnent pendant 30 ans. Finalement, elle a statué que le vice de conception ne rendait pas les transformateurs « dangereux » mais qu'Énergie NB avait agi de façon raisonnable en réparant ou en remplaçant six des huit appareils électriques.

[4] Westinghouse s'est fondée sur deux dispositions contractuelles communes à chaque contrat de vente pour écarter sa responsabilité : (1) la clause de garantie et (2) la clause de limitation de responsabilité. Sur le fondement de ces clauses, Westinghouse a invoqué trois grands arguments. Premièrement, si on l'interprète correctement, la clause de garantie signifiait que les parties avaient convenu d'une (1) année de garantie relativement à toutes les déficiences et, corrélativement, le délai d'une année était écoulé en ce qui concernait la déficience en cause. Deuxièmement, Westinghouse a fait

valoir que la clause de limitation de responsabilité excluait la responsabilité résultant d'actes délictuels, dont la négligence. Subsidiairement, Westinghouse a plaidé que si ces arguments n'étaient pas retenus, sa responsabilité au titre de la clause de limitation de responsabilité ne pouvait excéder le prix d'achat des transformateurs (quatre millions de dollars) et ne couvrait pas le coût des réparations ou de remplacement (12,5 millions de dollars). Pour faire bonne mesure, Westinghouse affirmait également que l'action en responsabilité contractuelle intentée par Énergie NB était prescrite en vertu de la *Loi sur la prescription*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-8. Énergie NB a rejeté cet argument tout en contestant la validité des arguments en matière d'interprétation de Westinghouse. Subsidiairement, Énergie NB a soutenu que les dispositions contractuelles étaient inexécutables en raison de l'application de la doctrine de la rupture fondamentale.

- [5] La juge du procès a rejeté l'argument de Westinghouse fondé sur la *Loi sur la prescription*. Par contre, elle a par ailleurs statué que la clause de garantie avait « effectivement limité la responsabilité contractuelle de Westinghouse » à une année et que la clause de limitation de responsabilité avait « pour effet de protéger Westinghouse contre les conséquences de [sa] négligence ». Corrélativement, la juge du procès a conclu que la rupture de contrat (vice de conception) ne constituait pas une rupture fondamentale du contrat. Elle a sommairement rejeté l'argument d'Énergie NB selon lequel tous les vices de conception équivalent à une rupture fondamentale. La juge du procès s'est plutôt demandée si Énergie NB avait été privée de « substantiellement la totalité du bénéfice » qu'elle était censée obtenir aux termes du contrat et a répondu à cette question par la négative. Toutefois, elle a aussi statué qu'il était superflu de déterminer s'il y avait eu une rupture fondamentale parce que (1) les dispositions contractuelles excluaient la perte faisant l'objet de la réclamation et (2) Énergie NB n'avait pas allégué que le marché était « inique ou déraisonnable ».

III. La doctrine de la rupture fondamentale

- [6] Lors de l'audition de l'appel, Énergie NB a indiqué qu'elle n'avait plus l'intention de se fonder sur la doctrine de la rupture fondamentale. Cependant, étant

donné que l'abandon d'une question de droit devant une cour d'appel intermédiaire n'empêche pas une partie de la réintroduire devant la Cour suprême, et que cette question était un élément clé du litige sous-jacent, il vaut mieux que notre Cour se penche sur l'interprétation, faite par la juge du procès, du droit en matière de rupture fondamentale étant donné qu'une incertitude entoure encore les principes de cette doctrine. De plus, il existe au sujet de cette doctrine une décision clé de la Cour suprême dans laquelle les faits sont remarquablement analogues à ceux de l'affaire dont nous sommes saisis : *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 426, [1989] A.C.S. n° 23 (QL). Il est sage d'examiner cette décision dans sa globalité plutôt que de s'arrêter aux éléments qui la constituent, et d'étudier notamment l'approche adoptée en matière d'interprétation des clauses exonératoires de responsabilité.

[7] La doctrine de la rupture fondamentale a connu un cheminement tortueux, sinon tumultueux, au sein de la common law. Son histoire est bien résumée dans l'ouvrage pénétrant du professeur John D. McCamus, *The Law of Contracts* (Toronto: Irwin Law, 2005), au paragraphe 754ff. Je n'en présente que les grandes lignes. À l'origine, la doctrine acceptait la notion que les clauses exonératoires étaient inopérantes pour exclure ou limiter la responsabilité une fois qu'il était conclu que le défendeur avait commis une rupture fondamentale du contrat. Il existe un certain nombre de définitions de la rupture fondamentale, certaines plus utiles que d'autres. On disait par exemple qu'une rupture qui atteint « l'essence du contrat » réunissait les conditions requises. Dans les contrats de vente d'objets, on définissait la rupture fondamentale comme étant celle qui rendait les objets [TRADUCTION] « différents en nature de ceux qui font l'objet du contrat ». La définition la plus largement admise, et celle que la juge du procès a adoptée, consistait à se demander si la partie innocente a été privée de [TRADUCTION] « substantiellement la totalité du bénéfice qu'elle était censée obtenir aux termes du contrat ». Une fois que la rupture était qualifiée de « fondamentale », toute clause exonératoire figurant dans le contrat sous-jacent était déclarée inopérante aux fins d'exonérer la partie qui était l'auteur de cette rupture. Au fil du temps, on a qualifié d'interprétation axée sur la « règle de droit » cette conception de la doctrine. La rupture en soi suffisait pour rendre la clause exonératoire « inapplicable ». Par la suite, les

tribunaux anglais ont continué à se débattre avec les principes légitimes de la doctrine. Finalement, la Chambre des lords a abandonné la démarche axée sur la règle de droit pour adopter plutôt celle de « l'interprétation de la clause », dont le rôle a été déterminant dans l'évolution du droit canadien. La première de ces deux causes anglaises qui font autorité est *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. c. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] A.C. 361 (Ch. des lords). Cependant, leurs Seigneuries devaient rester divisées au sujet des principes précis de la doctrine. Une partie d'entre elles adhéraient à l'opinion voulant qu'une clause exonératoire était inopérante dans les cas de rupture fondamentale à condition que la partie innocente ait choisi de dénoncer le contrat de façon à y mettre un terme. Ce point de vue a fait l'objet de critiques au motif qu'en matière de clauses exonératoires, il confondait la doctrine avec celle de la rupture répudiatoire qui habilite la partie innocente à dénoncer le contrat. La seconde décision souvent citée est *Photo Production Ltd. c. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (Ch. des lords). Là encore, toutefois, leurs Seigneuries n'ont pas parlé d'une seule voix. Aux fins du présent appel, il suffit de confirmer que la démarche axée sur la règle d'interprétation n'a pas été supplantée. Depuis que cette décision a été rendue publique, la seule modification importante du droit a résulté de la décision du Parlement britannique d'adopter la *Unfair Contract Terms Act 1977* (R.-U.), 1977, ch. 50. Cette mesure législative s'applique aux contrats dits de « consommation » et impose l'exigence du caractère raisonnable avant qu'une clause exonératoire ne puisse être déclarée exécutoire.

- [8] Au Canada, la doctrine de la rupture fondamentale tire ses origines de deux décisions de la Cour suprême. Ensemble, elles reflètent une doctrine de common law en gestation : *BG Linton Construction Ltd. c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1975] 2 R.C.S. 678, [1974] A.C.S. n° 121 (QL) et *Beaufort Realities (1964), Inc. c. Belcourt Construction (Ottawa) Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 718, [1980] A.C.S. n° 97 (QL). Inévitablement, toute analyse de la doctrine commence par l'arrêt *Hunter Engineering*. Il s'agit d'une affaire de nature commerciale dans laquelle Syncrude avait passé un contrat d'achat de boîtes d'engrenage avec deux sociétés distinctes (Hunter Engineering et Allis-Chalmers). Les contrats renfermaient une clause de garantie qui

commençait à courir à compter de la date de livraison ou douze mois à partir de la date à laquelle les boîtes étaient mises en service. Après les dates d'expiration, un vice de conception a provoqué le bris des boîtes d'engrenage. Syncrude a obtenu gain de cause contre Hunter Engineering malgré l'expiration de la période de garantie en raison de la garantie implicite d'adaptation des objets vendus à l'usage auquel ils sont destinés, prévue au par. 15(1) de la *Sale of Goods Act*, R.S.O. 1970, ch. 421. Il a été statué que la garantie implicite n'avait pas été expressément exclue par les termes mêmes du contrat et qu'elle n'était pas incompatible avec la garantie inscrite au contrat. Il y a eu unanimité sur ce point. S'agissant de la responsabilité d'Allis-Chalmers, il a été conclu que le contrat que cette société avait passé avec Syncrude écartait bel et bien la garantie légale implicite. Cela a ensuite amené la Cour suprême à se demander si la Cour d'appel avait commis une erreur en imposant une responsabilité à Allis-Chalmers, alors même que la rupture du contrat était couverte par la clause d'exclusion (de garantie). Tous les juges ont statué que la responsabilité d'Allis-Chalmers n'était pas engagée. Malheureusement, la Cour a été divisée au sujet du cadre analytique applicable. Deux séries de motifs ont été proposés, l'une préparée par le juge en chef Dickson et l'autre par la juge Wilson. Cependant, sur les cinq juges qui ont pris part à la décision, un seul a souscrit aux motifs de chacun des juges. Le cinquième membre de la Cour a refusé de choisir entre deux points de vue qui étaient effectivement inconciliables. Voici un résumé de chacun de ces points de vue.

- [9] Le juge en chef Dickson souhaitait vivement donner le coup de grâce à la doctrine de la rupture fondamentale. À ses yeux, cette doctrine avait entraîné un grand nombre de difficultés, la plus répandue étant celle de décider si une rupture donnée pouvait être qualifiée de fondamentale. Cette réalité a amené le juge en chef Dickson à la conclusion que la mesure dans laquelle une clause exonératoire pouvait limiter ou exclure efficacement la responsabilité dépendait de sa bonne interprétation. En même temps, il a reconnu qu'il y avait peut-être des cas dans lesquels il serait injuste de permettre l'exécution d'une clause exonératoire et que le droit devrait donc en empêcher l'application dans des circonstances où le contrat est inique, comme cela pourrait se produire dans le cas où il y a inégalité de pouvoir de négociation entre les parties. En se

fondant sur les faits de l'instance, il a statué que la clause de garantie, convenablement interprétée, excluait toute responsabilité relativement aux vices constatés et que l'iniquité n'était pas en cause. On ne laissait pas entendre que Syncrude avait été contrainte à consentir à des conditions qu'elle ne voulait pas accepter. Cette conclusion porte à croire que le juge en chef Dickson parlait de l'iniquité dans le contexte de la « formation du contrat » par opposition à la question de savoir si l'exécution de la clause exonératoire aboutirait à un résultat inique ou déraisonnable. Toutefois, le professeur McCamus émet l'hypothèse que les motifs du juge en chef Dickson ne permettent pas de savoir clairement si la notion d'iniquité était utilisée dans le sens de la doctrine classique qui impose l'anéantissement de toute la convention en cas d'inégalité de pouvoir de négociation.

- [10] Dans son analyse, la juge Wilson souscrit à la jurisprudence anglaise antérieure. Elle commence en se demandant s'il y a eu rupture fondamentale, c'est-à-dire si une partie a omis de s'acquitter d'une « obligation première », privant ainsi l'autre partie de la quasi-totalité du bénéfice que devait lui procurer le contrat (voir les motifs de Lord Diplock dans l'arrêt *Photo Production Ltd. c. Securicor Transport Ltd.*). D'après les faits de l'instance, la juge Wilson a conclu qu'il n'y avait pas eu de rupture fondamentale du contrat mais que si elle avait tort, la responsabilité pour les vices était exclue par la clause de garantie. La juge Wilson a ensuite examiné si le droit devait reconnaître une exception à une clause exonératoire par ailleurs exécutoire sous la forme d'une exigence de « caractère raisonnable ». Elle a rejeté carrément la notion voulant qu'une clause d'exclusion ne puisse être exécutoire que si elle constitue en soi une stipulation juste et raisonnable au moment où elle a été négociée. Son raisonnement est convaincant : « Une stipulation contractuelle qui semble injuste à une tierce personne peut être le résultat de négociations serrées entre les parties de sorte qu'elle mérite, selon moi, d'être appliquée textuellement par les tribunaux ». La juge Wilson a formulé la question résiduelle en se demandant s'« il était juste et raisonnable d'appliquer la clause en faveur de la partie coupable de l'inexécution, même si la clause d'exclusion était claire et nette » (au par. 150).

[11] Depuis *Hunter Engineering*, la Cour suprême est revenue ou a fait des observations sur la doctrine de la rupture fondamentale à trois reprises. Dans l'arrêt *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, [1999] A.C.S. n° 60 (QL), la Cour est revenue à la notion voulant que la première étape de l'analyse consiste à déterminer s'il y a eu rupture fondamentale du contrat permettant à la partie innocente de choisir de mettre fin au contrat et à toutes les obligations non encore exécutées par les parties. Selon cette décision, une fois qu'il a été conclu qu'il y a eu rupture fondamentale, il appartient au tribunal d'interpréter la clause exonératoire afin de déterminer si elle couvre la perte. Si, sur le plan de l'interprétation, la clause d'exonération couvre la perte, il incombe alors au tribunal de déterminer s'il serait inique ou déraisonnable de l'exécuter. Au paragraphe 52, la Cour écrit ce qui suit : « En cas d'inexécution fondamentale, la seule restriction à l'exécution du contrat tel que rédigé consisterait à refuser d'appliquer une exonération de responsabilité dans le cas où il serait inique de le faire, selon le juge en chef Dickson, ou injuste, déraisonnable ou par ailleurs contraire à l'ordre public, selon le juge Wilson. » Finalement, la Cour a conclu que tant que le résultat de l'exécution n'est pas inique, injuste, déraisonnable ou par ailleurs contraire à l'ordre public, les parties doivent être tenues de respecter leur convention. Au paragraphe 64, la Cour écrit ce qui suit : « [...] [N]ous croyons qu'il ne serait pas inique, injuste, déraisonnable ou par ailleurs contraire à l'ordre public de respecter l'intention des parties concernant l'application du délai de prescription contractuel dans les présentes circonstances ».

[12] À ce stade, il est clair que la tentative du juge en chef Dickson de donner le coup de grâce à la doctrine de la rupture fondamentale ne l'a pas emporté sur la thèse de la juge Wilson. Cependant, dans l'arrêt *Guarantee Co. of North America*, la Cour suprême a insufflé dans la doctrine les notions d'iniquité et de caractère déraisonnable comme motifs permettant d'annuler les effets d'une clause exonératoire par ailleurs opérante pour soustraire le défendeur à sa responsabilité en cas de rupture de contrat. Cela vaut à condition que la rupture réunisse les conditions d'une « rupture fondamentale ». En même temps, cette interprétation du droit est difficile à concilier avec les observations incidentes qui ont été faites dans une décision postérieure. Dans *ABB*

Inc. c. Domtar Inc., [2007] 3 R.C.S. 461, [2007] A.C.S. n° 50 (QL), 2007 CSC 50, la Cour suprême se penchait sur l'effet des clauses limitatives de responsabilité sous le régime du *Code civil du Québec*. En toile de fond, la Cour a procédé à un survol des règles de common law. Elle a fait état de la doctrine de l'iniquité qui rend inapplicable une clause limitative de responsabilité lorsqu'une partie abuse de son pouvoir de négociation pour tirer un avantage indu de son cocontractant. Cette doctrine s'applique généralement dans le cadre d'un contrat de consommation ou d'adhésion. La Cour a ensuite expliqué que, dans les cas où les parties ont un pouvoir égal de négociation, la doctrine de la rupture fondamentale peut demander qu'une « clause déraisonnable » soit déclarée inapplicable. Une rupture est dite fondamentale lorsqu'elle prive la partie innocente de la quasi-totalité du bénéfice du contrat. La Cour a indiqué qu'une fois la rupture fondamentale constatée, le travail d'interprétation demeure, et si les termes sont raisonnablement susceptibles d'une seule interprétation, le tribunal ne pourra déclarer la clause limitative de responsabilité inapplicable, même pour des motifs d'équité ou de raisonabilité, puisque cela reviendrait à réécrire le contrat négocié entre les parties (voir *ABB Inc. c. Domtar Inc.* au par. 84).

[13] Le troisième avis de la Cour suprême sur la doctrine de la rupture fondamentale, qui est également le plus récent, présente une très légère modification des principes de la doctrine qui étaient énoncés dans l'arrêt *Guarantee Co. of North America*. Dans *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450, [2003] A.C.S. n° 23 (QL), 2003 CSC 27, il a été statué qu'il n'était pas nécessaire de décider s'il y avait eu rupture fondamentale du contrat étant donné que le délai de prescription contractuel était clair et que l'entente intervenue entre les parties n'était « ni inique ni déraisonnable ». C'est ce point de vue que la juge du procès a adopté en l'espèce et il semblerait pourtant aller à l'encontre de la notion selon laquelle un tribunal doit avoir conclu, au préalable, à l'existence d'une rupture fondamentale avant de pouvoir statuer qu'une clause exonératoire par ailleurs claire est inapplicable au motif qu'il serait inique ou déraisonnable de permettre l'exécution de la disposition contractuelle.

[14] Le professeur McCamus a affirmé qu'en ne parlant pas d'une seule voix dans l'arrêt *Hunter Engineering*, la Cour suprême a laissé la nature exacte de la doctrine canadienne en matière de rupture fondamentale dans un état d'incertitude. Les arrêts postérieurs de la Cour suprême n'ont rien changé à cette observation. Ce qui est certain, toutefois, c'est la compréhension qu'une fois qu'un tribunal a bien interprété une clause exonératoire et conclu qu'elle couvrait la rupture, cette clause est alors applicable à moins qu'il ne puisse être établi que la rupture était « fondamentale » et qu'il serait « inique » ou « déraisonnable » de l'appliquer dans les circonstances. La question de savoir si l'iniquité vise la formation du contrat ou si la déraisonnabilité résulte de l'application de la clause exonératoire semble sans importance; l'une ou l'autre suffit pour annuler la clause (voir, en général, *Fraser Jewellers (1982) Ltd. c. Dominion Electric Protection Co. et al.* (1997), 34 O.R. (3d) 1 (C.A.), [1997] O.J. No. 2359 (QL) et *Plas-Tex Canada Ltd. c. Dow Chemical of Canada Ltd.* (2004), 357 A.R. 139 (C.A.), [2004] A.J. No. 1098 (QL)).

[15] Si l'on revient à la présente instance, il est compréhensible qu'Énergie NB ait abandonné son argument fondé sur la rupture fondamentale. La conclusion de la juge du procès selon laquelle Énergie NB n'a pas été privée de substantiellement la totalité du bénéfice qu'elle était censée obtenir aux termes du contrat est surtout une question de fait à l'égard de laquelle les tribunaux d'appel doivent faire preuve de retenue. Le fait qu'Énergie NB a utilisé les transformateurs pendant une période allant de 15 à 25 ans avant que le vice de conception n'apparaisse, ajouté au fait que la durée de vie prévue des transformateurs était de 30 ans, étaye pleinement la conclusion de la juge du procès voulant que le vice de conception ne puisse être qualifié de « rupture fondamentale ». De plus, il ne s'agit pas d'un cas où il y avait inégalité de pouvoir de négociation entre les parties. En effet, les deux parties sont des litigants dont le chiffre d'affaires dépasse le milliard de dollars qui sont parfaitement capables de défendre leurs intérêts économiques respectifs et de prendre des mesures pour se protéger contre tout risque de perte découlant de la fabrication d'un produit défectueux. De fait, les contrats de vente ont fait l'objet de négociations et Westinghouse a refusé de prolonger la durée de la période de garantie comme le demandait initialement Énergie NB. Assurément, nul ne laisse entendre que

Westinghouse était au courant du vice de conception au moment de la livraison des transformateurs. Personne n'avance non plus que l'application des clauses de garantie et de limitation de responsabilité mène à un résultat injuste, inéquitable ou inique. Bref, il n'y a rien dans les faits de la présente affaire qui exige une intervention judiciaire simplement parce que Westinghouse se fonde sur les dispositions contractuelles sous-jacentes pour échapper à sa responsabilité relativement à son obligation de livrer des marchandises conformes à la norme de la CSA et, corrélativement, exemptes de vices inhérents.

IV. Responsabilité contractuelle – La question d'interprétation

[16] Ayant renoncé à l'argument fondé sur la doctrine de la rupture fondamentale, il ne reste plus à Énergie NB qu'à plaider que la juge du procès a commis une erreur en concluant que la clause exonératoire que renferme chacun des contrats de vente a soustrait Westinghouse à sa responsabilité pour rupture de contrat et pour le délit civil de négligence. Par conséquent, il nous reste à décider si la juge du procès a interprété à bon droit les deux clauses contractuelles que Westinghouse a invoquées pour écarter sa responsabilité. La première est la « clause de garantie » dont voici le texte :

[TRADUCTION]

Dans le cas où le produit vendu par la Compagnie [Westinghouse] est également fabriqué par celle-ci, la Compagnie garantit que le produit fourni conformément aux présentes est du genre indiqué ou spécifié. À moins d'une entente écrite indiquant expressément le contraire, la Compagnie réparera ou remplacera, FAB usine ou entrepôt de la Compagnie, toute pièce qui se sera montrée défectueuse dans des conditions d'utilisation normale et adéquate pendant l'année suivant la date d'expédition, pourvu que l'Acheteur donne immédiatement à la Compagnie un avis écrit d'une telle défectuosité. La responsabilité de la Compagnie prend fin à l'expiration de la période de garantie.

[17] L'argument en matière d'interprétation d'Énergie NB peut être ramené à la prétention voulant que la clause susmentionnée doive être lue de manière disjonctive, de sorte qu'elle devrait être interprétée comme contenant trois promesses distinctes. De fait, Énergie NB demande que la clause de garantie soit reformulée comme suit :

[TRADUCTION]

Dans le cas où le produit vendu par la Compagnie [Westinghouse] est également fabriqué par celle-ci, la Compagnie garantit que le produit fourni conformément aux présentes est du genre indiqué ou spécifié.

À moins d'une entente écrite indiquant expressément le contraire, la Compagnie réparera ou remplacera, FAB usine ou entrepôt de la Compagnie, toute pièce qui se sera montrée défectueuse dans des conditions d'utilisation normale et adéquate pendant l'année suivant la date d'expédition, pourvu que l'Acheteur donne immédiatement à la Compagnie un avis écrit d'une telle défectuosité.

La responsabilité de la Compagnie prend fin à l'expiration de la période de garantie.

[18] Énergie NB soutient que la « garantie principale » se trouve dans la première phrase de la clause. Elle garantit que les transformateurs sont du genre spécifié. La juge du procès a tiré comme conclusion de fait que Westinghouse avait manqué à son obligation de fabriquer et de fournir des transformateurs conformes à la norme de la CSA en livrant des marchandises qui ne répondaient pas à la norme en raison d'un vice de conception. Énergie NB affirme que la deuxième phrase représente une promesse indépendante ou secondaire : celle de réparer ou de remplacer les pièces qui se seront montrées défectueuses pendant la période de garantie stipulée. Selon Énergie NB, si les transformateurs s'étaient révélés défectueux dans les douze mois qui ont suivi, l'obligation de les réparer ou de les remplacer se serait alors appliquée. Par contre, Énergie NB fait valoir que si les transformateurs se révèlent défectueux en dehors de la période de garantie, la garantie principale s'applique, et des dommages-intérêts peuvent alors être recouvrés au titre de la rupture de contrat.

[19] Toute analyse juridique portant sur l'interprétation d'une clause exonératoire doit commencer par une reconnaissance que, généralement, les clauses de limitation ou d'exclusion sont interprétées de façon stricte à l'encontre de la partie qui les invoque. Toutefois, cette directive juridique ne signifie pas qu'il faut passer outre aux principes d'interprétation. Selon moi, l'argument d'Énergie NB est irrémédiablement défectueux à deux égards importants. Premièrement, l'argument va à l'encontre d'un principe d'interprétation fondamental énoncé dans l'arrêt *Hunter Engineering*. Les phrases qui composent la ou les clauses exonératoires ne doivent pas être lues de manière disjonctive. Par exemple, l'argument d'Énergie NB ne tient pas compte de la troisième phrase de la clause de garantie, celle qui stipule que la [« any » dans la version anglaise] responsabilité de la Westinghouse prend fin à l'expiration de la période de garantie. Deuxièmement, en pratique, l'argument d'Énergie NB aboutit à un résultat commercial absurde. Fondamentalement, Énergie NB plaide qu'elle a obtenu par contrat une « garantie perpétuelle », c'est-à-dire une garantie qui n'a aucune limite temporelle.

[20] Le simple bon sens nous dit que la plupart des fabricants ou des fournisseurs ne sont pas prêts à accorder une garantie permanente aux acheteurs. Ceux qui le font imposent des conditions qui réduisent le risque que la garantie soit exercée. Par exemple, la clause de garantie pourra stipuler que seul l'acheteur initial peut se prévaloir de la garantie perpétuelle et pourtant, il est vraisemblable que le produit se révélera défectueux après avoir été revendu (par ex., les silencieux, les batteries installées sur les véhicules). Les spécialistes du marketing sont en mesure de comparer la durée de vie prévue d'un produit avec la période probable pendant laquelle l'acheteur initial le conservera pour évaluer les conséquences financières de l'obligation de fournir un produit de remplacement dans le cas où l'acheteur s'écarterait de la norme statistique. Toutefois, la présente instance ne porte pas sur des produits comme des silencieux ou des batteries. Des marchandises valant des millions de dollars sont en cause et l'idée que la responsabilité du fabricant soit engagée pendant une période indéfinie susceptible de dépasser la durée de vie prévue d'un transformateur est simplement trop difficile à accepter.

[21] Comme nous l'avons indiqué plus haut, l'argument d'Énergie NB va aussi à l'encontre de la démarche d'interprétation qui a été adoptée dans l'arrêt *Hunter Engineering*. Les faits de cette affaire ont une ressemblance frappante avec ceux du présent appel. Dans les deux cas, il s'agit d'un vice de conception qui est apparu une fois la période de garantie expirée et la partie qui a manqué à son obligation contractuelle s'est fondée sur une clause du contrat de vente sous-jacent pour tenter d'échapper à sa responsabilité. La clause de garantie est ainsi libellée dans *Hunter Engineering* :

Le vendeur garantit que les marchandises seront exemptes de vices de conception, de matériau, de fabrication et de titre et qu'elles seront à tous les égards conformes aux conditions stipulées au présent bon de commande et, si aucune mention n'est faite de la qualité, elles seront de la meilleure qualité. S'il appert, dans l'année qui suit la date de sa mise en service aux fins pour lesquelles il a été acquis, que l'équipement ou une partie de l'équipement n'est pas conforme aux présentes garanties et que l'acheteur en avise le vendeur dans un délai raisonnable après que la non-conformité a été constatée, le vendeur est alors tenu de corriger sans tarder et à ses propres frais cette situation [...] Sauf disposition contraire du présent bon de commande, le vendeur est responsable de tous les dommages causés directement par la violation des garanties susmentionnées, mais il n'est nullement responsable du manque à gagner, ni des pertes résultant de la mise hors service.

[22] La première phrase de la clause garantit que les marchandises seront exemptes de vices de conception. La deuxième indique que s'il appert que les marchandises ne sont pas conformes à la garantie, *Hunter Engineering* (le vendeur) corrigera la situation conformément à la garantie, et ce à ses frais. La troisième phrase prévoit que la responsabilité s'étend à la totalité des dommages subis à l'exception de ceux qui sont liés à un manque à gagner ou à une perte résultant de la mise hors service. Dans *Hunter Engineering*, les vices ne sont apparus qu'après l'expiration de la période de garantie d'un an. Syncrude a invoqué deux arguments en matière d'interprétation dans le but de contourner la période de garantie. La Cour suprême a statué qu'aucun des deux

n'était convaincant et qu'ils pouvaient être rejetés sans qu'il soit nécessaire d'en discuter longuement.

[23] Premièrement, Syncrude a plaidé que la garantie contre les vices de conception n'avait pas de durée d'application limitée (c'est-à-dire qu'il s'agissait d'une garantie perpétuelle) au motif qu'une bonne interprétation de la clause montrait qu'elle renfermait quatre dispositions distinctes. Syncrude a prétendu que comme la première disposition (phrase) ne mentionne aucun délai, la garantie s'applique donc indéfiniment. La réponse du juge en chef Dickson à cet argument se trouve au par. 27 de ses motifs : « Cette interprétation d'une disposition portant garantie paraît invraisemblable. Selon les règles d'interprétation des contrats, il est normal de considérer l'article comme un tout plutôt que comme quatre dispositions disjonctives. » À mon avis, cela répond complètement à l'argument d'Énergie NB selon lequel elle a négocié une « garantie perpétuelle ». Bref, la juge du procès a eu raison de statuer que la clause de garantie doit être lue comme un tout et non de manière disjonctive.

[24] Deuxièmement, Syncrude a plaidé que la mention voulant que le vice doive « apparaître » pendant la période de garantie devait être interprétée de façon à inclure les vices de conception qui apparaissaient dans les « dessins originaux » et elle a allégué que Hunter Engineering était au courant de l'existence du vice, probablement parce qu'il était déjà apparent au stade de la conception, et que Hunter Engineering en connaissait l'existence avant que les boîtes d'engrenage ne soient mises en service. Le juge du procès avait statué que le mot « appert » devait s'interpréter selon son sens ordinaire, qui est devenir apparent pour Syncrude. Le juge en chef Dickson s'est exprimé en ces termes : « Cette interprétation est correcte; toute autre interprétation revient à donner à ce mot un sens qu'il n'a pas. »

[25] Le second argument de Syncrude ressemble de façon frappante à l'argument en matière d'interprétation qu'Énergie NB a présenté à titre subsidiaire. À supposer que la clause de garantie ne soit pas une clause de garantie perpétuelle et que, par conséquent, elle ne couvre que les transformateurs qui se révèlent défectueux dans le

délai d'un an, Énergie NB affirme qu'il est un fait que les transformateurs se sont révélés défectueux avant l'expiration de ce délai pour cette raison. Il a été établi que les transformateurs étaient défectueux au moment où ils ont été fabriqués et livrés. Selon l'argument, le fait que le vice ne soit pas apparu dans les douze mois qui ont suivi la date d'expédition n'est aucunement pertinent. En effet, rien n'exigeait que le vice se manifeste dans un délai d'une année. En résumé, Énergie NB plaide qu'étant donné que le vice de conception était présent *ab initio*, les transformateurs se sont révélés défectueux pendant la période de garantie applicable. Selon l'argument d'Énergie NB, aucune clause du contrat ne stipule que le vice doit apparaître dans un délai d'un an. Naturellement, si nous devions accepter cet argument, nous devrions alors statuer que les garanties de durée limitée ne protègent pas les vendeurs contre les vices qui existaient déjà mais qui n'ont été découverts qu'après l'expiration de la période de garantie.

[26] À mon avis, l'argument selon lequel l'expression « se sera montrée défectueuse » ne couvre pas les vices inhérents qui existent *ab initio* est simplement un remaniement de l'argument en matière d'interprétation avancé et rejeté dans l'arrêt *Hunter Engineering*. De plus, il est facile d'établir une distinction entre les deux décisions qu'Énergie NB invoque à l'appui de son argument en matière d'interprétation et la présente instance. Si ce n'était pas le cas, ces deux décisions ne sauraient éclipser *Hunter Engineering*. Par souci d'exhaustivité, je vais examiner brièvement les deux décisions qui ont été citées : *Canso Chemicals Ltd. c. Canadian Westinghouse Co. Ltd.* (1974), 10 N.S.R. (2d) 306 (C.A.), [1974] N.S.J. No. 270 (QL) et *Manitoba (Hydro Electric Board) c. John Inglis Co.* (1999), 142 Man. R. (2d) 1, [1999] M.J. No. 506 (QL).

[27] *Canso Chemicals Ltd. c. Westinghouse* était une affaire dans laquelle de l'équipement s'était révélé défectueux en raison d'un vice de conception au cours de la période de garantie d'un an. Westinghouse avait effectué les réparations nécessaires au coût de 35 000 \$. Cependant, Canso Chemical avait intenté une action en dommages-intérêts à laquelle Westinghouse avait opposé deux arguments. Premièrement, Westinghouse avait fait valoir que la clause de garantie ne s'appliquait pas à un vice de conception et que, par conséquent, la demande en dommages-intérêts ne pouvait être

accueillie. Deuxièmement, Westinghouse avait soutenu que la clause de limitation de responsabilité excluait toute responsabilité relativement aux pertes ou dommages, qu'ils soient particuliers, indirects ou autres. Les juges de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse ont été unanimes dans leur rejet de l'argument en matière d'interprétation de Westinghouse. Ils ont également conclu à l'unanimité que la clause n'empêchait pas Canso Chemicals de recouvrer d'autres sommes d'argent. La majorité d'entre eux a conclu que Canso avait droit au recouvrement de ses débours et à des dommages-intérêts au titre de la privation de jouissance. Le juge dissident a statué que Canso ne pouvait recouvrer que ses débours car la clause de limitation de responsabilité empêchait tout dédommagement au titre de la perte de jouissance. Dans ce contexte, je ne vois pas comment cette cause peut étayer les arguments en matière d'interprétation d'Énergie NB.

[28] Dans l'affaire *Manitoba Hydro Electric c. John Inglis Co.*, la défenderesse avait fourni à la demanderesse trois turbines pour une de ses stations hydroélectriques. La période de garantie d'un an avait été portée à trois ans pour certaines pièces par convention des parties. La garantie était ainsi libellée en partie [TRADUCTION] : « Si, dans les douze mois de [la délivrance d'un certificat d'achèvement], toute partie des travaux subit un bris ou une défectuosité ou tombe en panne en raison de défauts dans les plans ou la conception [etc.]. » Le délai de prescription a commencé à courir à compter du mois de juillet 1967. En 1992, une explosion a gravement endommagé l'une des turbines. La demanderesse a intenté une action en responsabilité contractuelle et délictuelle dans laquelle elle a revendiqué la somme de 30 millions de dollars pour perte de jouissance. Il s'agissait de déterminer si une prolongation pouvait être accordée en vertu de la *Loi sur la prescription* de la province et si la preuve présentée lors de l'audition de la motion était suffisante. En traitant ces questions, la Cour d'appel du Manitoba a reconnu que l'on pourrait invoquer comme argument que la garantie s'appliquait aux vices qui « se produisaient » dans un délai de douze mois par opposition aux vices qui « apparaissaient » dans les douze mois. La Cour a ensuite déclaré qu'une comparaison intéressante pouvait être faite avec les faits de l'arrêt *Hunter Engineering* qui avaient amené la Cour suprême à la conclusion opposée. La Cour d'appel du

Manitoba a cependant statué qu'il fallait lire la garantie en tenant compte de la conduite postérieure des parties et d'un acte de libération signé en 1970. La Cour d'appel a ajouté qu'au procès, la question clé serait de déterminer si le sens ordinaire de la garantie devrait l'emporter, s'il conduirait à une absurdité ou s'il allait à l'encontre des intentions des parties. Finalement, la Cour a statué que la demanderesse avait établi une preuve suffisante à première vue que les dispositions de la garantie devaient être interprétées en sa faveur. À mes yeux, la décision de la Cour d'appel n'est ni déterminante, ni convaincante relativement à l'une quelconque des questions d'interprétation soulevées par Énergie NB.

[29] En résumé, la juge du procès n'a commis aucune erreur en concluant, sur la base des faits établis, que la clause de garantie s'appliquait de façon à exonérer Westinghouse de sa responsabilité contractuelle au titre du manquement à son obligation de fournir à Énergie NB des transformateurs exempts de vices de conception. Il nous reste donc à examiner si une disposition contractuelle a également dégagé Westinghouse de sa responsabilité délictuelle pour négligence.

V. Responsabilité délictuelle pour négligence – L'argument de la dangerosité

[30] La juge du procès a tiré trois conclusions clés relativement à la réclamation pour cause de négligence d'Énergie NB : (1) Westinghouse a fait preuve de négligence dans la conception des transformateurs; (2) ils ne constituaient pas des produits « dangereux »; et (3) la clause de « limitation de responsabilité » empêchait Énergie NB d'intenter une action en responsabilité délictuelle. Je commence cette partie de mon analyse par un survol des principes juridiques pertinents.

[31] À plusieurs occasions, la Cour suprême a confirmé la règle qui s'est dégagée de la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, [1986] A.C.S. n° 52 (QL). La règle est la suivante : lorsqu'un préjudice permet à première vue d'étayer une action en responsabilité contractuelle et une action en responsabilité délictuelle, la partie peut exercer l'un ou l'autre recours ou les deux, sous

réserve de toute restriction que les parties ont elles-mêmes prévue dans leur contrat. Autrement dit, les parties peuvent toujours limiter ou écarter les obligations que la common law leur impose en matière de négligence. Il est aussi établi que le simple fait que les parties aient traité expressément une question dans leur contrat (par ex. les vices de conception) ne signifie pas que le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle est automatiquement perdu. Par conséquent, il s'agit de déterminer si le contrat exclut également la responsabilité pour négligence (voir, en général, *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12, [1993] A.C.S. n° 1 (QL) et *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, [1997] A.C.S. n° 111 (QL)).

[32] La juge du procès a statué que la clause de « limitation de responsabilité » que renferme chacun des contrats sous-jacents avait effectivement pour effet d'écarter la responsabilité en matière délictuelle :

Nonobstant toute autre disposition du présent contrat ou toute disposition législative applicable, ni la Compagnie ni l'Acheteur n'est tenu de verser à l'autre des dommages-intérêts particuliers ou pour préjudice indirect ou encore pour la perte d'usage résultant directement ou indirectement d'une rupture, fondamentale ou autre, du présent contrat, ou résultant d'un acte ou d'une omission délictuels de la part de leurs employés ou de leurs mandataires respectifs et en aucun cas la responsabilité de la Compagnie ne dépassera le prix unitaire du produit défectueux ou du produit non livré dans les délais prévus.

[33] La juge du procès a statué que les termes « résultant [...] d'un acte ou d'une omission délictuels » étaient suffisamment larges pour écarter la responsabilité délictuelle pour négligence. Je présume que sa conclusion s'applique à la négligence dans la conception des transformateurs et à l'omission de mettre en garde qui, à son tour, est fondée sur la prémisse voulant que les transformateurs aient été dangereux. Curieusement, Énergie NB n'a pas interjeté appel de la conclusion selon laquelle la responsabilité délictuelle (la négligence) était exclue en vertu de la clause de « limitation

de responsabilité ». Cela étant, il devrait en découler que ses arguments sur la question de savoir si Westinghouse lui avait fourni des transformateurs dangereux et avait omis de s'acquitter de son obligation de mettre en garde Énergie NB n'ont aucune importance. Par souci d'exhaustivité, toutefois, j'examinerai l'argument d'Énergie NB au sujet des produits dangereux.

[34] Énergie NB cherche à infirmer la conclusion de la juge du procès selon laquelle les transformateurs n'étaient pas dangereux pour deux raisons : (1) l'indemnisation d'une perte purement économique, comme les coûts de réparation, dans une action en négligence n'est permise que si le produit est dangereux; et (2) une obligation de mise en garde ne naît que s'il a été prouvé que les transformateurs étaient dangereux. Lors de l'audition de l'appel, Énergie NB a abandonné son argument lié à l'« obligation de mise en garde ». Je présume qu'elle l'a fait pour la raison suivante : même s'il pouvait être établi que Westinghouse avait une obligation de la mettre en garde de la dangerosité des transformateurs, les faits de la présente instance montrent que la violation de cette obligation n'a pas donné lieu à des dommages indirects quelconques. Il ne s'agit pas d'un cas où, par exemple, Westinghouse ayant appris que les transformateurs étaient dangereux et ayant omis de mettre en garde Énergie NB, les transformateurs auraient par la suite explosé, causant des dommages à d'autres biens ou des dommages corporels à des travailleurs. Le fait est qu'Énergie NB a appris l'existence des vices de conception et du problème de surchauffe et que les transformateurs sont pourtant restés en service pendant un certain temps avant d'être remplacés ou réparés. C'est la raison pour laquelle l'argument de l'« obligation de mise en garde » ne mène nulle part, et ce en supposant qu'aucune clause contractuelle n'écarte la responsabilité pour des actes délictueux. Cela explique également pourquoi il est possible d'établir une distinction entre l'arrêt *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85, [1995] A.C.S. n° 2 (QL) et la présente instance. Dans cette affaire, des réparations avaient été faites à un bâtiment neuf qui avait été vendu à la demanderesse, laquelle n'était pas partie au contrat de construction passé entre l'ancien propriétaire et l'entrepreneur. Par conséquent, la demanderesse n'était liée par aucune restriction contractuelle en matière de responsabilité pour négligence et elle était donc en

droit de recouvrer le coût des réparations effectuées dans le but d'éliminer le risque de préjudice découlant de la présence d'un danger (voir également *Bow Valley Husky (Bermuda)*).

[35] En ce qui concerne l'argument d'Énergie NB selon lequel la juge du procès a commis une erreur en concluant que le vice de conception ne rendait pas les transformateurs dangereux, encore une fois, nous sommes placés devant le fait qu'il existe une disposition contractuelle qui exclut la responsabilité pour négligence. Autrement, Énergie NB aurait pu faire valoir qu'elle était en droit de recouvrer des dommages-intérêts relativement aux mesures prises afin d'éliminer tout risque ultérieur de dommages matériels ou corporels découlant d'une éventuelle « défaillance catastrophique ». Cependant, la juge du procès a-t-elle fait fausse route en concluant que le vice de conception ne rendait pas les transformateurs dangereux? Étant donné que cette question met en cause une conclusion de fait ou une conclusion mixte de fait et de droit, il faut faire preuve de retenue devant la décision de la juge du procès. Je n'ai pas été convaincu que cette décision était entachée d'une erreur manifeste et dominante, et sa conclusion n'était pas déraisonnable. Les motifs de la juge du procès sont aussi exhaustifs que convaincants et je ne suis pas disposé à réévaluer la déposition de chaque témoin comme si j'étais habilité à trancher la question à nouveau. Le fait le plus éloquent est qu'Énergie NB était au courant du problème de surchauffe dès mars 1996 et a pourtant laissé en service un certain nombre de transformateurs pendant des périodes allant de deux à six ans avant d'effectuer des réparations ou d'acquérir des transformateurs de remplacement. Énergie NB répond en faisant valoir qu'elle avait mis en place des systèmes de sécurité et des dispositifs d'alarme afin d'éviter tout risque de défaillance catastrophique. Westinghouse réplique qu'Énergie NB reconnaissait le danger inhérent à l'exploitation de transformateurs et disposait à cet effet de systèmes d'alerte avancée et de mécanismes de sécurité de pointe aussi bien avant d'avoir pris connaissance du vice allégué qu'après. Ces arguments ont été présentés à la juge du procès et elle a tranché en faveur de Westinghouse.

[36] En résumé, la conclusion non contestée de la juge du procès selon laquelle la responsabilité délictuelle de Westinghouse était écartée en vertu des modalités du contrat de vente sous-jacent est suffisante pour rejeter l'allégation d'Énergie NB voulant que la juge du procès ait conclu à tort que le vice de conception ne rendait pas les transformateurs « dangereux ». Plus précisément, je statue que la juge du procès n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en concluant que le vice de conception ne rendait pas les transformateurs dangereux. Bien qu'Énergie NB ait abandonné son argument fondé sur le manquement à l'obligation de mise en garde, cet argument aurait été rejeté au motif que tout manquement à une telle obligation n'avait pas entraîné de dommages indirects. Pour ces raisons, c'est à bon droit que la juge du procès a rejeté l'action en responsabilité délictuelle pour négligence intentée par Énergie NB.

VI. Un dernier argument : les dommages-intérêts spéciaux ou particuliers par opposition à généraux

[37] Énergie NB invoque un dernier argument à l'appui de son appel. Acceptant que la clause de limitation de responsabilité exclue la responsabilité pour rupture de contrat et pour des actes délictueux, elle fait valoir que l'exclusion ne s'applique qu'aux dommages-intérêts qui peuvent être qualifiés de « dommages-intérêts spéciaux ou indirects ». Énergie NB soutient ensuite que les coûts de réparation ou de remplacement des transformateurs constituent des « dommages-intérêts généraux » et que par conséquent, la clause de limitation de responsabilité ne leur est pas applicable. Sur ce fondement, elle plaide que la juge du procès a commis une erreur en concluant que les coûts de réparation ou de remplacement des transformateurs constituaient des « dommages-intérêts spéciaux » au sens de la clause de « limitation de responsabilité ». Selon moi, l'argument n'a aucune portée car la clause de garantie prévoit expressément que la [« any » dans la version anglaise] responsabilité prend fin à l'expiration de la période de garantie. L'emploi du mot « any » est suffisant pour englober tous les types de dommages-intérêts, dont les dommages-intérêts contractuels et délictuels. Quoiqu'il en soit, je souscris à la conclusion de la juge du procès selon laquelle les coûts de réparation et de remplacement ne peuvent être qualifiés à bon droit de « dommages-intérêts généraux » et j'adopte les motifs pour lesquels elle a tiré cette conclusion.

[38] En vérité, la clause de limitation de responsabilité a pour objet de restreindre la responsabilité possible du vendeur pendant la période de garantie. Si les marchandises se révèlent défectueuses avant l'expiration de cette période, le vendeur ne veut pas courir le risque de se voir condamner à des dommages-intérêts dont le montant est supérieur au coût des réparations. Par ailleurs, advenant que l'acheteur soit contraint d'acquiescer des marchandises de remplacement, la responsabilité du vendeur serait limitée au montant payé pour les marchandises défectueuses. Par-dessus tout, le vendeur ne veut en aucun cas s'exposer à des demandes en dommages-intérêts fondées sur les règles énoncées dans *Hadley c. Baxendale* (1854), 156 E.R. 145 ou sur le critère de prévisibilité applicable en droit de la négligence. Cependant, soutenir que les coûts de réparation et de remplacement peuvent être considérés comme des dommages-intérêts généraux revient à détourner le sens de cette expression et à ne tenir aucun compte du libellé très clair des clauses de garantie et de limitation de responsabilité. Pour ces motifs, je rejetterais l'argument d'Énergie NB.

VII. L'appel reconventionnel

[39] Westinghouse ne soulève pas moins de sept questions dans son appel reconventionnel. Elles sont les suivantes : la juge du procès a commis une erreur (1) en concluant que l'action contractuelle intentée par Énergie NB n'était pas prescrite en vertu de la *Loi sur la prescription*; (2) en concluant que Westinghouse savait en 1979 que la formule qu'elle utilisait pour calculer la chaleur dans les plaques de boulonnage était inexacte et sous-estimait fortement la chaleur; (3) en concluant qu'il était raisonnable pour Énergie NB d'espérer que les transformateurs en question fonctionneraient pendant 30 ans; (4) en concluant qu'il aurait été raisonnable pour Énergie NB de réparer le transformateur de rechange de Point Lepreau; (5) en concluant que Westinghouse avait admis que les calculs des dommages effectués par M. Tarrel (l'expert d'Énergie NB) étaient exacts; (6) en omettant d'examiner le plafond contractuel en matière de dommages-intérêts que renfermait la convention passée par Westinghouse et Énergie NB; et (7) en omettant de permettre aux parties de présenter des observations au sujet des dépens, en omettant de donner des raisons à l'appui de sa décision en matière de dépens

et en concluant que Westinghouse n'avait droit qu'à 35 000 \$ de dépens plus les débours pour un procès qui avait duré cinq semaines.

[40] Une fois que les conclusions de la juge du procès au sujet de la force exécutoire et de l'applicabilité des clauses exonératoires ont été confirmées, il n'est plus nécessaire de statuer sur les questions (1) à (6). Pour plus de certitude, je ferai les observations suivantes. La question (1) vise une question de droit que je ne suis pas disposé à examiner à ce stade. Il s'agit de déterminer si la règle du moment où le préjudice aurait dû être découvert s'applique aux actions contractuelles, compte tenu des articles 6, 7 et 9 de la *Loi sur la prescription*. Bien que la réponse positive de la juge du procès attire mon intérêt, il vaut mieux que l'examen de cette question soit reporté à une autre occasion. Chacune des parties a cité de nombreux précédents à l'appui de sa thèse, et un certain nombre d'arguments en matière d'interprétation doivent par ailleurs être tranchés. Les questions (2) à (4) inclusivement visent des questions de fait pour lesquelles il faut faire preuve de retenue. Westinghouse a été incapable d'établir l'existence d'une erreur manifeste et dominante et en a été informée lors de l'audition de l'appel. La question (5) n'a aucune pertinence. Westinghouse a bel et bien admis que les calculs de M. Tarrel étaient exacts, mais cet aveu tient pour acquis que ses hypothèses étaient également exactes. La juge du procès était consciente de cet aveu nuancé. En ce qui concerne la question (6), Westinghouse a raison. En un mot, je ne peux accepter l'argument en matière d'interprétation d'Énergie NB selon lequel la clause limitant la responsabilité au « prix unitaire du produit défectueux » pouvait également « viser les coûts de remplacement ou de réparation de chaque transformateur ». Finalement, il ne me reste que la question (7). À mon avis, cette question nécessite notre intervention.

[41] Au paragraphe 122 de ses motifs, la juge du procès conclut en faisant la déclaration suivante : « La demande est rejetée avec dépens de 35 000 \$ plus les débours ». Westinghouse fait maintenant valoir ce qui suit : [TRADUCTION] « Nous faisons respectueusement valoir que la Cour a omis d'exercer son pouvoir discrétionnaire de façon judiciaire en refusant de permettre aux avocats de présenter des observations relativement aux dépens, en omettant de fournir les motifs pour lesquels elle avait agi

ainsi et en adjugeant des dépens [...] dont le montant était très inférieur au coût d'un procès de cinq semaines. » Westinghouse affirme ensuite qu'il est pratique courante pour les juges du procès de demander des observations au sujet des dépens soit lors de l'audience, soit après que la décision sur le fond a été rendue. Finalement, Westinghouse prétend que si elle avait eu la possibilité de présenter des observations, elle aurait demandé à la juge du procès de prendre en considération, entre autres, les facteurs suivants : (1) Énergie NB a revendiqué un montant important de dommages-intérêts et a finalement été déboutée; (2) les procédures étaient complexes et ont nécessité des témoignages d'experts; (3) les questions en litige étaient importantes et visaient des demandes en responsabilité contractuelle et délictuelle de plusieurs millions de dollars; et (4) Westinghouse a pris des mesures importantes pour réduire la durée des procédures en s'abstenant d'appeler à la barre des témoins dont les dépositions avaient été rendues superflues par celles de témoins antérieurs.

[42] Étant donné que la juge du procès n'a donné aucune raison pour expliquer son ordonnance en matière de dépens et compte tenu du fait qu'elle n'a pas suivi le tarif "A" prévu par la règle 59 des *Règles de procédure*, il est indiqué en l'espèce de renvoyer l'affaire à la juge du procès. Il ne m'a pas échappé que près de trois ans se sont écoulés entre la fin du procès et le prononcé de la décision. Ceci pourrait expliquer pourquoi les parties n'ont pas été invitées à présenter des observations sur la question des dépens.

[43] En conclusion, j'accueillerais l'appel reconventionnel en ce qui concerne l'ordonnance relative aux dépens rendue au procès, j'annulerais cette ordonnance et je renverrais la question à la juge du procès pour qu'elle la réexamine pleinement, avec toutefois une mise en garde. Advenant que Westinghouse décide de ne pas revenir sur la question des dépens devant la juge du procès, les 35 000 \$ adjugés, plus les débours, resteront applicables. À tous les autres égards, l'appel reconventionnel est rejeté. Aucune ordonnance relativement aux dépens au titre de l'appel reconventionnel ne devrait être rendue.

VIII. Conclusion

[44] L'appel devrait être rejeté avec dépens. Conformément à la remarque 1 du tarif "A" de la règle 59 des *Règles de procédure*, Westinghouse a droit en appel à des dépens correspondant à 40 % de ceux qui lui ont été adjugés au procès. Cependant, si Westinghouse choisit de ne pas présenter d'arguments à la juge du procès sur la question des dépens, les dépens en appel devraient être fixés à 40 % de 35 000 \$ (14 000 \$). L'appel reconventionnel est accueilli, mais seulement en ce qui concerne les dépens adjugés au procès. Autrement, l'appel reconventionnel est rejeté sans dépens.