COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

135-13-CA

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF THE PROVINCE OF NEW BRUNSWICK

APPELLANT

- and -

BRAD GOULD TRUCKING & EXCAVATING LTD.

RESPONDENT

- and -

BIRD CONSTRUCTION COMPANY

RESPONDENT

Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick v. Brad Gould Trucking & Excavating Ltd. and Bird Construction Company, 2015 NBCA 47

CORAM:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
November 21, 2013

History of Case:

Decision under appeal:
2013 NBQB 374

Preliminary or incidental proceedings:
[2014] N.B.J. No. 96

Appeal heard:
November 18, 2014
December 16, 2014

SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DE LA PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK

APPELANTE

- et -

BRAD GOULD TRUCKING & EXCAVATING LTD.

INTIMÉE

- et –

BIRD CONSTRUCTION COMPANY

INTIMÉE

Sa Majesté la Reine du chef de la Province du Nouveau-Brunswick c. Brad Gould Trucking & Excavating Ltd. et Bird Construction Company, 2015 NBCA 47

CORAM :
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Bell
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 21 novembre 2013

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2013 NBBR 374

Procédures préliminaires ou accessoires :
[2014] A.N.-B. n° 96

Appel entendu :
le 18 novembre 2014
le 16 décembre 2014

Judgment rendered:
July 23, 2015

Official bilingual version :
August 20, 2015

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Bell

Concurred in by:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Green

Counsel at hearing:

For the appellant:
Krista Lynn Colford and Michael Leonard Hynes

For the respondent Brad Gould Trucking & Excavating Ltd.:
Rodney J. Gillis, Q.C.
Gregory L. Englehutt

For the respondent Bird Construction Company:
Thomas G. O'Neil, Q.C.
Richard J. Scott, Q.C.

THE COURT

The appeal is allowed and the cross-appeal is dismissed. The judgment issued in the Court of Queen's Bench is set aside and the action is dismissed, with costs at trial to the Province as calculated using Scale 3 of Tariff A under Rule 59 and on appeal in accordance with Note 1 of the same Tariff.

Jugement rendu :
le 23 juillet 2015

Version officielle bilingue :
le 20 août 2015

Motifs de jugement :
l'honorable juge Bell

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Green

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Krista Lynn Colford et Michael Leonard Hynes

Pour l'intimée Brad Gould Trucking & Excavating Ltd.:
Rodney J. Gillis, c.r.
Gregory L. Englehutt

Pour l'intimée Bird Construction Company :
Thomas G. O'Neil, c.r.
Richard J. Scott, c.r.

LA COUR

L'appel est accueilli et l'appel reconventionnel est rejeté. Le jugement rendu par la Cour du Banc de la Reine est annulé et l'action est rejetée. La Cour accorde à la Province les dépens en première instance, calculés selon l'échelle 3 du tarif « A » de la règle 59, et ceux en appel, conformément à la remarque 1 du même tarif.

The judgment of the Court was delivered by

BELL, J.A.

I. Introduction

[1] This appeal involves the interpretation of the Change in Soil Conditions clause, Article 12(1), set out in a Standard Construction Contract made pursuant to the *Crown Construction Contracts Act*, R.S.N.B. 1973, c. C-36. The relevant portion of that article reads as follows:

> 12(1) No payment, in addition to the payment expressly promised by the contract, shall be made by the Owner to the Contractor on account of any extra expense, loss or damages incurred or sustained by the Contractor including a misunderstanding on the part of the Contractor as to any fact, whether or not such misunderstanding is attributable directly or indirectly to the Owner or any of the Owner's agents or servants, and whether or not any negligence or fraud on the part of the Owner's agents or servants is involved, unless, in the opinion of the Engineer-Architect the extra expense, loss or damage is directly attributable to
>
> > (a) A substantial difference between information relating to soil conditions at the site of the work, or a reasonable assumption of fact based thereon, in the Plans and Specifications or other documents or material communicated by the Owner to the Contractor for his use in preparing his tender and the real soil conditions encountered at the site of the work by the Contractor when executing the work,
>
> [...]

[2] In the present case, the respondents, Bird Construction Company (Bird) and Brad Gould Trucking & Excavating Ltd. (Gould) claimed extra compensation from the Province of New Brunswick due to a change in soil conditions. Essentially, their position was that they expected to excavate soil, the vast majority of which could be removed by excavators, the least expensive means of excavation, but encountered

"stronger" rock, which required mechanical breaking by means of hydraulic rock-breakers, a more expensive means of excavation. The Province's Engineer-Architect rejected the claim because he was of the view the extra expense incurred by the respondents was not the result of a change in soil conditions as contemplated by the clause. Gould sued Bird, and Bird claimed against the Province.

[3] The issues before the trial judge, which are relevant to this appeal, were: (1) Was there a "change" in the soil conditions, from those reasonably assumed during the bid, encountered by the respondents during the excavation of the soil at the Saint John Law Courts project; and, (2) If so, what is the appropriate award of damages. In a decision reported at 2013 NBQB 374, 412 N.B.R (2d) 276, the trial judge concluded there was a change in soil conditions from those reasonably assumed to exist at the time of the bid and awarded damages in the amount of $713,808.19, plus interest and costs to Gould against Bird, and then awarded those same damages to Bird with respect to its third party claim against the appellant Province. The trial judge dismissed a claim by Bird for additional costs incurred for the removal of an increased volume of soil over that anticipated at the time of entering into the contract. He also dismissed Bird's claim for mark-up and additional costs of bonding, insurance and supervision.

[4] The Province appeals on the question of liability. In the event it is unsuccessful in that regard, it seeks a reduction in the award of damages. Bird cross-appeals the dismissal of the claims for mark-up, bonding, insurance and supervision.

[5] For the reasons set out below, I am of the view the Change in Soil Conditions clause was not engaged on the facts of the present case. I would allow the Province's appeal, and would dismiss Bird's cross-appeal on the basis the Province's liability is not engaged. Had I not reached this conclusion on the liability portion of the appeal, I would have reduced the damages awarded by the trial judge from $713,808.19 plus interest and costs to $215,110 plus interest and costs. In that event, I would also have allowed the cross-appeal, and awarded Bird $35,522 against the Province.

[6] Although at trial Gould claimed against Bird, and Bird brought a third party claim against the Province, Gould and Bird take the same position with respect to the issues on appeal. To adopt the words of Bird's counsel, "this is a flow through case" since the trial judge based the success of both respondents on the interpretation and application of Article 12. It is worth noting that the trial judge dismissed an alternate cause of action against Bird founded on an alleged collateral contract, and that this issue was not part of the appeal.

II. Summary of Relevant Facts

[7] In 2008, the Province planned to construct a new courthouse in Saint John (the Saint John Law Courts) through a public-private partnership. In that year, it retained Conquest Engineering Ltd. (Conquest) to prepare a geotechnical report (Conquest Report) to assist its consultant in the design of the foundations for the facility. In 2009, the Province decided not to proceed with the public-private partnership. It decided instead to construct the Saint John Law Courts in the traditional manner by calling for tenders in two phases. The first phase would be for the "Foundations and Steel", and the second phase would be for the completion of the structure. Tenders were called for the foundations and steel in December 2009.

[8] Although the Conquest Report was not listed as a Tender document, it was referred to in the instructions to bidders. While the ability of the respondents to rely upon the Conquest Report in preparing their bid was hotly debated at trial, this is not an issue on appeal. The Province accepts the trial judge's conclusion that the Conquest Report could be relied upon by Bird in preparing its bid, it having been incorporated by reference into the Contract Documents.

[9] Bird's estimator, Mark McGraw, used the Conquest Report to estimate the quantities of material to be excavated, and to categorize two different types of rock to be excavated: fractured shale and solid rock. Mr. McGraw provided this information to

Gould for the purpose of preparing its bid to Bird on the excavation portion of the project.

[10] Bird was awarded the Phase 1 contract with a bid of $6,389,999. Bird and the Province entered into a fixed-sum contract in that amount pursuant to the *Crown Construction Contracts Act* and N.B. Reg. 82-109. Bird and Gould subsequently entered into a fixed-sum contract for the excavation, supply, and installation of all earthworks at a price of $1.25 million. Gould's initial offer to Bird was $1.42 million; however, Gould agreed to the lower amount in hopes of having an increased payment due to "change orders". Gould commenced work on the site near the end of March 2010, and began the excavation of bedrock in early April. By April 7, Gould realized it could not remove the bedrock by digging with excavators and would have to employ rock-breakers. The trial judge concluded that by that time, Gould had "three rock breakers on site breaking rock as it was no longer able to simply dig the rock out due to the harder than anticipated rock conditions" (para. 15). Gould threatened to remove its equipment from the site if it did not receive compensation for the additional work. However, Bird prevailed upon Gould to continue the work in exchange for Bird's assistance in presenting an adjusted soils claim to the Province as contemplated by Article 12, set out above. The respondents submitted the claim and, as indicated, it was rejected by the Province.

III. The Law and Standard of Appellate Review

[11] Change in Soil Conditions clauses are not uncommon in construction matters. In *Corpex (1977) Inc. v. The Queen in Right of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 643, the Court explained the purpose of such a clause is to overcome the difficulties that arise under traditional contract law when unforeseen soil conditions are encountered during construction. Beetz, J. stated:

> A clause like clause 12 of the General Conditions eliminates or at least reduces the problems mentioned above, resulting from a significant mistake as to the nature of the soil. However, by enabling the parties, for all practical purposes, to renegotiate the contract or part of the

> contract on the terms which it stipulates, or to demand that it be renegotiated, it of necessity excludes annulling the contract for mistake, one of the effects of which would be to prevent such renegotiation. One of its objectives is to avoid interrupting the work and encourage its completion. [p. 664].
>
> [Emphasis added.]

[12] Article 12 provides that extra compensation will be payable only where there is a "substantial difference between information relating to soil conditions at the site, or a reasonable assumption of fact based thereon […] and […] the soil conditions encountered at the site […]".

[13] The interpretation of a contract generally raises a question of mixed fact and law: *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp*., 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at para. 50; *1298417 Ontario Ltd. v. Lakeshore (Town)*, 2014 ONCA 802, [2014] O.J. No. 5449 (QL), at para. 3. Since the purpose of contractual interpretation is to ascertain the objective intentions of the parties, the Court must consider the words of the contract in light of the factual matrix. Questions of mixed fact and law attract a standard of review based upon palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 36-37. Though there is arguably an exception to the rule that contractual interpretation is a question of mixed fact and law in the case of standard form contracts that are widely used (see *Vallieres v. Vozniak*, 2014 ABCA 290, [2014] A.J. No. 964 (QL), at paras. 12-13), I am of the view the interpretation of the portion of the contract in dispute in this case is largely fact driven. It is therefore subject to a standard of review based on palpable and overriding error. Absent such error, the decision of the trial judge must stand.

IV. Analysis – Liability (Change in Soil Conditions Clause)

[14] In order to engage the Change in Soil Conditions clause, there must first have been either a substantial difference between the information relating to soil conditions provided by the Province and the actual conditions encountered, or a

substantial difference between the respondents' reasonable assumptions of fact based on the soil conditions and the conditions encountered. The trial judge concluded, and I agree, that the information on soil conditions provided by the Province in the Conquest Report was not misleading. Specifically, the judge stated: "I do not disagree with the Province's submission that nothing in the Conquest Report has been shown to be incorrect" (para. 75). It follows that for the clause to be triggered, the respondents must have made reasonable assumptions based on the soil conditions, which differed from that actually encountered at the site.

[15] The trial judge framed the issue as being whether Bird/Gould were entitled to any additional payment on the contract due to a misunderstanding on their part based on "a reasonable assumption of fact" from the information communicated to them by the Province for their use in preparing their tender (para. 76). The trial judge found "it was reasonable for Bird and Gould, based on the documentation, material and information communicated to them by the Province, including the information provided in the Conquest Report, to assume that the vast majority, if not the entirety, of the bedrock excavation could be accomplished by the use of a mechanical excavator without the necessity of hydraulic rock breaking equipment" (para. 77). With respect, for the reasons I will outline below, I find this conclusion is the result of one or more palpable and overriding error(s).

[16] I conclude that the respondents' assumptions of what would be required to complete the contemplated work, based on the soil conditions contained in the Conquest Report, were not reasonable. In light of this conclusion, the condition precedent was not met, and the Change in Soil Conditions clause was not engaged. As a result, the Province is not liable to pay for extra work.

[17] The Conquest Report constitutes a rather comprehensive geotechnical report. For the purposes of assessing whether the respondents made "reasonable" assumptions of fact based on the soil conditions outlined in the Conquest Report, one must consider the Report as a whole, something the trial judge failed to do. It is

unreasonable to “cherry-pick” portions of the Report and disregard the remainder. As will become apparent from the analysis set out below, the trial judge failed to consider the definitions of “very weak to weak” rock set out in the Conquest Report, and generally overlooked its misinterpretation by Bird and Gould.

A. *Methods and Means Clause and the Impact of Conquest Report Statements that rock strength is “very weak to weak”*

[18] The Conquest Report included, as part of its narrative, what has been referred to by the parties as a “Methods and Means” clause, which states that bedrock excavation may be accomplished using excavators in zones of weaker rock and hydraulic breakers in zones of stronger rock. The clause also states: “blasting methods may also have to be employed where stronger rock proves too difficult to remove with rock breakers”. The trial judge points to the language of the Methods and Means clause to explain his conclusion that the respondents were reasonable to assume they could use excavators for the majority of the bedrock. He did this by contrasting the word “stronger” in the Methods and Means clause with the words “very weak to weak” in the borehole reports attached as an addendum to the narrative report. The trial judge states:

> […] In addition, [the Conquest Report] addressed the ways and means by which the excavation could be accomplished stating that "[b]edrock excavation may be accomplished with large excavators in zones of weaker rock and with hydraulic rock breakers in zones of stronger rock." In those circumstances, I concur with Bird's position that considering that the rock is described in every borehole as "very weak" to "weak" and that the terms "strong" or "stronger" are never used to describe the rock that it was reasonable for Gould and Bird to assume that they could excavate the vast majority of the bedrock with large excavators. [para. 81]

[19] In my view, the trial judge committed a palpable and overriding error in relying on the language in the Methods and Means clause to find the respondents made a reasonable assumption. As pointed out by the trial judge, the Conquest Report describes

the rock strength in each borehole as "very weak to weak". However, the Report also provides a table describing strength classification in terms of Uniaxial Compressive Strength (MPa). "Very Weak" is defined as an MPa of 1 – 5 and "Weak" is defined as an MPa of 5 – 25. The trial judge's conclusion regarding the "strong" and "weak" terminology in the Conquest Report, like the respondents', was made without any reference to the MPa values, which defined those words, and was clearly set out in the Report. Furthermore, he totally ignored the unchallenged evidence of experts who explained MPa values in terms of the "diggability" of the rock.

[20] Mr. Michael Whitford, a geotechnical engineer, testified as follows on cross-examination: "[…] if you got less than one MP[a], for sure you can dig it. If you've got greater than one MP[a], you may be able to dig it; you may not be able to dig it. It goes back to the fracture". Mr. Ross Whitcomb, another geotechnical engineer and author of the Conquest Report, testified that in his opinion "[g]reater than 1 MPa is not diggable". Importantly, none of the MPa readings from the boreholes recorded less than 1 MPa. The trial judge concluded the references to "very weak to weak" rock strength in the Conquest Report justified the respondents' claim for a change in soil conditions. In my view, the MPa values and their impact upon the "diggability" of the bedrock required at least some consideration by the respondents prior to making any assumptions regarding the soil conditions, and prior to making their bid. To the extent the trial judge concluded the respondents' assumption regarding soil conditions was reasonable based upon the words "very weak to weak" without any consideration of the MPa values, he committed a palpable and overriding error. In the event Bird's estimator did not know the meaning of those descriptive terms, he was required, in my view, to inform himself prior to relying upon them, and making consequent assumptions.

[21] I would also note here that the trial judge made no reference to the expert witnesses' testimony regarding MPa values and their impact upon the "diggability" of the rock.

[22] In summary, the Conquest Report described exactly what Gould encountered during excavation. Some rock could be removed with excavators, while other rock required hydraulic breaking; and, although blasting was considered, it was prohibited because of the proximity to other structures. The trial judge held, correctly in my view, that the Conquest Report, including the Methods and Means clause, was not misleading. Through minimal enquiry, Bird could have avoided its own error regarding the "diggability" of the bedrock.

B. *Boreholes and RQD Data*

[23] The Conquest Report describes the results from 15 boreholes, which were drilled into the rock at the site and tested in a laboratory. Under the title "Soil and Bedrock Profile", the Report informed potential readers that soil classification was based on procedures described in ASTM D 2488 (Standard Practice for Description and Identification of Soils, Visual-Manual Procedure) and that the classification of bedrock was based on the International Society of Rock Mechanics Commission on standardization of laboratory and field tests. The Report describes only two types of subsurface conditions: fill and bedrock.

[24] During the trial, Bird's estimator was asked about his knowledge of the ASTM D and the International Society of Rock Mechanics Commission. He was unfamiliar with both standards. The following is an excerpt from his cross-examination in that regard:

> **Q:** Do you agree that soil classification was an important part of what you were looking at when reading this report?
> A: Yes.
> **Q:** And you see the second sentence of the first paragraph under Soil and Bedrock Profile: Soil classification was based on the procedures described in ASTM D 2488?
> **A:** Yes.
> **Q:** You didn't read that did you?
> **A:** No.
> **Q:** So you couldn't have a full understanding of the soil classification?

> **A:** No.
> **Q:** And the next paragraph says the classification of bedrock was based on the International Society of Rock Mechanics Commission, and it goes on. You didn't read that publication either did you?
> **A:** No.
> **Q:** So you couldn't have a full understanding of how bedrock was classified?
> **A:** No.

[25] I am of the view no reasonable assumptions about the soil conditions were possible without some knowledge of, or at least some reference to, the two standards that explain how Conquest described the soil in its Report.

[26] In addition to its failure to refer to the soil standards applied by the Province, Bird misinterpreted another major part of the Conquest Report (this, in addition to the failure to consider MPa values). The Bird estimator was asked how he concluded which bedrock was "diggable" by excavators (the cheaper method of extraction) and which bedrock required mechanical breaking by hydraulic breakers. He replied that he based his analysis upon the Rock Quality Designation (RQD) set out in the Conquest Report. He testified that he assumed rock with an RQD factor less than 50 could be dug by excavators. The remainder of the bedrock was, according to him, "more solid", and would require the use of hydraulic rock breakers. This approach formed the basis of the claim Bird submitted to the Province. It reads in part:

> […] we were, however prudent and allowed for better quality rock in areas where the RQD was found to be over 50%. As indicated in the Table of RQD values above, only 20% of the values exceed an RQD of 50, and only 9% exceed an RQD of 55. […] The vast majority of the rock excavation […] was assumed to be excavated using a large excavator.

[27] The conclusion or assumption on the part of Bird and Gould linking RQD to the rock strength for the purpose~~s~~ of determining what rock could be dug, is as unreasonable as the failure to review the standards set out by ASTM D 2488 and the

International Society of Rock Mechanics Commission, and the failure to consider MPa values.

[28] At least two witnesses called by the Province testified regarding the impossibility of using RQD as a factor to determine whether bedrock is "diggable" by using excavators. Mr. Ross Whitcomb testified that he was consulted by the Province on the Change in Soil Conditions claim submitted by Bird and Gould. He testified the claim was rejected because the respondents primarily used the RQD factor to assess the "hardness of the rock". He then stated that such an approach is not appropriate because "RQD speaks to the degree of fracturing in the rock. It doesn't speak to the strength of the rock". Michael Whitford, who was asked to "review and provide comment on the documentation related to the issue contained in the third party action commenced by Bird", was even more frank about relying upon RQD factors to determine whether rock can be dug with excavators or must be broken using hydraulic breakers. He said: "RQD doesn't really come into it at all". In commenting upon Mr. McGraw's (Bird's estimator) use of RQD to determine rock strength and whether or not it can be dug, Mr. Whitford reported: "These conclusions are flawed in that there is no correlation between RQD and rock strength nor between core recovery and rock strength […] rock quality designation and core recovery are not measures of rock strength and cannot be used to determine the 'dig-ability' of in-tact rock" (Exhibit 41).

[29] What is significant for purposes of this appeal is that neither expert was challenged upon his statement that RQD factors should not be used to determine the strength or "diggability" of bedrock. The trial judge made no reference to the testimony of Mr. Whitford and Mr. Whitcomb regarding the inapplicability of RQD data to determining the strength of rock. Because Bird relied heavily upon RQD data in making its assumptions about which rock could be dug and which would require excavating by way of hydraulic breakers, the trial judge should have expressly dealt with the only evidence that addressed that issue.

C. *Misinterpretation of "very severely fractured" rock by Bird's Estimator*

[30] The fact that "very severely fractured to fractured grey laminated shale" was encountered at higher elevations than anticipated was an integral component of Bird's claim based upon a change in soil conditions. It claimed the more "solid" rock at a higher elevation forced it to start using hydraulic breakers earlier than anticipated. Bird presumed that fractured shale could be more easily excavated than "solid rock". Here, I would make two observations: (1) As already indicated, the Conquest Report described only two types of soil: fill and bedrock; and (2) the words "solid rock" are not found in the Report. The trial judge, in adopting Bird's language, explained Gould's position in these terms:

> In preparing his bid, Mr. Gould adopted Bird's calculations for the volume of material to be excavated and priced the job for the estimated 15,786 cubic meters for the MAJORITY SHALE ROCK, FRACTURED ROCK EXCAVATION portion which he understood could be excavated with large excavators at $22.00 per cubic foot for a price of $347,292.00 and for the estimated 2,355 cubic meters for the SOLID ROCK portion that would require mechanical breaking of the rock at $75.00 per cubic meter for a price of $176,625.00. Gould's total price for this portion of the contract was $523,917.00. [Emphasis in original]

[31] Importantly, the trial judge concluded that Bird's assumption that fractured shale bedrock could more easily be excavated was "reasonable". In making such a conclusion regarding the reasonableness of Bird's assumption, the trial judge ignored the evidence of Mr. Whitford, which, once again, was unchallenged. Mr. Whitford described fractured shale as similar to the pages of a book. Whether rock featuring such fractures can be excavated by digging, or requires the more expensive process of hydraulic breaking, is not determined by the presence of the fractures but by "[…] the joints and the condition of the joints". He said:

> […] and in order for me to determine whether the – whether that would be rip[p]able, dig[g]able or whatever,

> I'd have to know if the joints were tight, loose, filled with soil, filled with water, heater locked, cemented or whatever and it would all – The thing about, you know, if you just take one of these examples here, one of these books, you think of that as the rock mass and that's and let's say that the – you know it's sitting like that and these are the joints. Well, we can open these pages fairly easily, fairly straight forwardly because there's nothing between them. But, if in the same token I took those pages and glued them all together like interlock them or had a lot of friction between them, you couldn't open them. So, that would make the whole thing much, much more difficult […]

[32] In fairness to Bird and Gould, Mr. Whitford testified that, in his opinion, there was insufficient information in the Conquest Report to determine the characteristics of the joints. Had he been consulted, he would have recommended going to the site with the "back hoe you're going to use […] do a few test bits and see what you see".

[33] I am of the view that Bird's and Gould's assumptions regarding the depth at which the "solid rock" started were unreasonable. Those assumptions had nothing to do with the fact the shale was fractured. The assumptions in that regard were as unreasonable as failing to inform oneself about the use of the standards applied by Conquest, and the impact of MPa values and RQD data on whether the bedrock could be dug with an excavator or would require the use of hydraulic breakers.

D. *Cost of properly informing oneself regarding the contents of the Conquest Report*

[34] Counsel for the respondents contend that bidders in the position of the respondents should not be required to conduct independent geotechnical assessments. They argue that such a requirement would add to the cost of bidding and would unnecessarily limit the pool of bidders. The result would be less competitive bids. This same argument was made before the trial judge, who agreed with their contention. He stated:

> Further, it was reasonable, if not necessary, for Bird and Gould to consider the information in the report [Conquest

> Report] to prepare their tenders. It was the only geotechnical soils information available at the time. In hindsight, it might have been prudent for Bird and/or Gould to engage their own expert to either prepare a separate report for them or to review the Conquest report or to dig a test pit on site to confirm whether or not the rock could be dug by a large excavator, however, the costs of obtaining a geotechnical report are significant, estimated to be up to $15,000.00 for one in a case such as this. [para. 79]

[35] The trial judge's conclusion that potential costs prohibited Bird and Gould from informing themselves regarding the proper interpretation of the Conquest Report is, in my view, simply not supported by the evidence. There was no evidence the errors Bird, a large Canada-wide construction corporation, made in assessing the Conquest Report could only have been avoided by obtaining its own $15,000 geotechnical report. With respect, it is self-evident that a summary review by a geotechnical engineer or someone with experience in the field could have informed Bird about the meaning and impact of RQD and MPa data without the need for a full-blown investigation. In fact, the following exchange between Mr. Whitford and the Province's counsel puts this whole issue of the cost of obtaining a "proper interpretation" of the Conquest Report in perspective:

> **Q:** If Bird Construction had come to you and requested a review of the Conquest report and asked your comments on the method of excavation, what would you have charged them?
> **A:** For Bird?
> **Q:** For that kind of review?
> **A:** Nothing.
> **Q:** Why is that?
> **A:** They're basically a good client.

[36] Thus, I find the trial judge erred in choosing to rely upon the potential cost of a full-blown geotechnical report to excuse Bird's errors in interpreting the Report. That error, to the extent it was used to justify the reasonableness of the assumptions made by Bird and Gould about the soil conditions, was palpable and overriding.

[37] Here, I wish to add that the respondents aggressively advanced the position that any requirement for bidders to conduct their own soil investigation or inquiry would result in less competitive bidding and increased costs to the Province. I find such a position does not "square" with the fact that Gould initially offered to perform its sub-contract for $1.42 million, but was encouraged by Bird to reduce it to $1.25 million on Bird's suggestion that the difference could be made up via "change orders". I also note that, according to the evidence, the next highest bid for the earthwork component (that performed by Gould) was $1.37 million. While the implications of Bird's suggestion that Gould might increase its revenue by means of "change orders" was not argued before us, I would simply observe that bidding based upon planned change orders does nothing to ensure bids are competitive.

E. *Conclusion regarding liability*

[38] *Waxman v. Waxman*, [2004] O.J. No. 1765 (C.A.) (QL), leave to appeal refused [2004] S.C.C.A. No. 291 (QL), is instructive regarding the type of error that is alleged in this appeal: "the mere absence of any reference to evidence in reasons for judgment does not establish that the trial judge failed to consider that evidence. The appellants must point to something in the trial record, usually in the reasons, which justifies the conclusion that the trial judge failed to consider certain evidence" (para. 343). The Court provides an approach to deal with this type of error:

> When assessing an argument that a trial judge failed to consider relevant evidence, it is helpful to begin with an overview of the reasons provided by the trial judge. If that overview demonstrates a strong command of the trial record and a careful analysis of evidence leading to detailed findings of fact, it will be difficult for an appellant to suggest that the mere failure to refer to a specific piece of evidence demonstrates a failure to consider that evidence. The failure to refer to evidence in the course of careful and detailed reasons for judgment suggests, not that the trial judge ignored that evidence, but rather that she did not regard that evidence as significant. [para. 344]

[39] With respect, a review of the trial judge's reasons reveals he simply lifted two unrelated excerpts, those being the references to "very weak to weak" rock and the method of excavation for "stronger" rock, from a lengthy and technical report to justify the change in soil conditions claim. The reasons do not reveal a "careful analysis of evidence leading to detailed findings of fact" (*Waxman*, at para. 344), but rather demonstrate conclusions premised primarily, if not exclusively, on a cursory analysis of one excerpt from the Conquest Report. The reasons do not explain how Bird and Gould's assumptions could be reasonable in light of the expert witnesses' testimony regarding MPa values and their impact upon the "diggability" of the rock; they do not address the respondents' failure to take steps to inform themselves of the soil standards applied by the Province; they do not deal with the Province's response to Bird's reliance on the RDQ data; and, they do not address Mr. Whitford's unchallenged testimony regarding the impact of the nature of the fractures upon the method of excavation. The conclusion the trial judge reached is one that endorses the approach taken by Bird's engineers and estimators, which was to make assumptions that were not only erroneous, but which could have been tested by a simple phone call to a geotechnical engineer. In all of these circumstances, I am convinced he failed to consider critical evidence, and that his conclusion on the reasonableness of the assumptions is one that is tainted with palpable and overriding error.

[40] In my respectful view, when the Methods and Means clause is considered not in isolation, but in the context of the entire Conquest Report, together with the rest of the evidence adduced at trial, much of which was unchallenged or uncontradicted, the inescapable conclusion is that the assumptions made by Bird and Gould regarding the "diggability" of the rock are simply unreasonable. Thus, the Change in Soil Conditions clause was not engaged, and the Province bears no liability for the additional costs.

[41] For these reasons, I would allow the appeal and set aside the judgment issued in the Court of Queen's Bench.

V. Analysis – Damages

[42] In view of my conclusion the Province is not liable, it is not necessary to deal with the appeal against the damage assessment. However, I opt to do so in any event.

[43] Every plaintiff has a two-fold duty with respect to damages: he or she must first prove them, and then must take reasonable steps to mitigate them. If it is alleged the plaintiff has failed to mitigate, the defendant must prove that mitigation is possible and that the plaintiff has failed to make reasonable efforts to do so: *Southcott Estates Inc. v. Toronto Catholic District School Board*, 2012 SCC 51, [2012] 2 S.C.R 675, at para. 24.

[44] A trial judge's conclusion with respect to damages is entitled to deference in the absence of: (1) an error of principle of law, (2) a misapprehension of evidence, (3) a conclusion based on an absence of evidence, (4) a failure to consider relevant factors, (5) a consideration of irrelevant factors, or, (6) a wholly erroneous or palpably incorrect assessment: see *Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd*., 2001 SCC 58, [2001] 2 S.C.R. 943, at para. 80; *AMEC Americas Limited v. MacWilliams*, 2012 NBCA 46, 388 N.B.R. (2d) 254, at para. 54, leave to appeal refused [2012] S.C.C.A. No. 304 (QL); and *Covered Bridge Golf and Country Club v. Schurman*, 2009 NBCA 1, 340 N.B.R. (2d) 168, at para. 30. In this case, I am satisfied the trial judge erred in applying the principles of law as they relate to damages arising from Crown construction contracts, thereby requiring appellate intervention (see *Consolidated Development Co. Ltd. v. Evariste M. Diotte and E.M. Diotte Construction Inc.*, 2014 NBCA 55, 425 N.B.R. (2d) 271, at para. 10).

[45] In this part of my judgment, I intend to address 3 questions: (1) Did Gould properly prove the damages claimed by him; to which I respond in the negative; (2) Did Gould take steps to mitigate its damages; to which I respond in the positive; and (3) What is the appropriate award of damages in the circumstances.

A. *Gould's proof of the damages claimed*

[46] When Bird was preparing the adjusted soils claim, it twice requested "breakdown information" on the extra costs incurred by Gould. Essentially, Bird requested Gould provide the breakdown of the costs of the extra rock-breakers required to accomplish the excavation arising out of the perceived change in soil conditions.

[47] The following sets out the exchange between Mr. Gould and the Province's counsel on this issue:

> **Q:** […] Do you recall that information being requested from you at the meeting?
> **A:** I can't remember.
> **Q**: Then there were at least two e-mails sent to you requesting that information?
> **A:** There might have been. I can't remember.
> **Q:** Well let's take a look at Exhibit 33, Tab B, page 55.
>
> […]
>
> **Q:** Sixty-five.
> **A:** Sixty-five. Okay.
> **Q:** Okay, the e-mail at the bottom was sent first?
> **A:** You (inaudible) as discussed, can you forward the breakdown information to us on excavator – is that the one you're referring to?
> **Q:** Yes. For backup to the claim.
> **A:** Okay.
> **Q:** To DSS, that's Department of Supply and Services, who have been asking for this information, so it would be prudent to get working on this.
> **A:** Yes.
> **Q:** So did you get working on it?
> **A:** I don't know.
> **Q:** Did you ever supply the information to Bird?
> **A:** I don't think we did.
> **Q:** Why not?
> **A:** I don't know.
> **Q:** Okay. And on June the 30th, Mr. DeWinter again wrote to you and said any updates on this information.
> **A:** Okay.

> **Q:** So did you update Mr. DeWinter and supply the information to him?
> **A:** I don't know if I did or not to be honest with you. Probably not because I never really actually – I mean we submitted – we agreed on the cubic meter number. We put the bill in at the cubic meter. He's requesting this stuff, we were busy on site, year, probably I should have, but yeah, I don't think I did. No.

[48] I would note that the reference to an agreement on the "cubic meter number" (hereinafter referred to as "unit price basis") has nothing to do with any agreement with the Province. Bird decided to forward the claim to the Province on a unit price basis, in part, because Gould did not or could not provide the "breakdown" of actual additional costs, as requested.

[49] General Condition 47 of the contract required Bird to maintain records of the actual cost of the additional work. While Bird made its best effort in June 2010 to obtain those records from Gould, they were not provided. Gould claims it could not provide the information at trial because it lost its records during a fire at Mr. Gould's residence in October 2010. However, the fire loss does not explain why the information was not forwarded to Bird at the time it was requested in June 2010.

[50] General Condition 43, which prescribes an assessment of damages based upon a "unit price table", does not apply in circumstances involving lump sum contracts. Bird does not contest that it bid the contract on a lump sum basis and Gould does not contest that it contracted with Bird for the lump sum amount of $1.25 million. In *Goodfellow's Trucking Ltd. v. Province of New Brunswick*, 2005 NBCA 73, 288 N.B.R. (2d) 97, at para. 35, the Court held that a claim under General Condition 12 must be assessed on the basis of the provisions of the contract. In that case, the Court upheld an assessment based upon a cost-plus analysis pursuant to General Condition 45. This is the same approach that was adopted in *Miller Contracting Ltd. v. Canada*, [1996] F.C.J. No. 1292 (C.A.) (QL), where the Court concluded that since the construction contract "was a lump sum contract with no unit prices specified, the method of calculating the cost of

work qualifying for extra payment" (para. 11) in accordance with the soil condition clause should be determined by the cost plus clauses in the standard contract.

[51] Gould and Bird failed to prove damages based on a "cost-plus basis". As a consequence, the trial judge applied a unit price basis in assessing the damages. Based upon the language of the contract and the law set out in *Goodfellow's Trucking Ltd*., I am of the view he erred in law. If damages were not proven on a cost-plus basis, it was not open for the trial judge to automatically default to a "unit price" basis for their assessment. If the cost-plus approach is not employed, the defendant is entitled to the least burdensome award of damages

B. *Did Gould take steps to mitigate its Damages?*

[52] The answer to this question is evident. Mr. Gould has a long-standing business relationship with Andrew Simpson, another contractor in the Saint John area. Mr. Simpson needed shale and trucks with which to haul it. Gould needed rock-breakers. Gould had access to shale and owned trucks. Mr. Simpson owned rock-breakers. The two made an exchange. As a result of their barter, Gould was able to limit its losses.

C. *Assessment of Damages*

[53] The cost-plus approach referred to in the Contract and adopted in *Goodfellow's Trucking Ltd*. is informed by the principle that the amount of damages to be awarded constitutes the smallest amount payable by the defendant to the plaintiff. In other words, once Bird failed to prove its claim on a cost-plus basis, the trial judge was required to make an award that was the least burdensome on the Province. Such an approach finds support in the text Thomas G. Heintzman & Immanuel Goldsmith, *Canadian Building Contracts*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 1988) (loose-leaf updated 2013, release 3), where the authors state:

> In calculating the damages to which a party to a contract is entitled, the court will assume that the defendant could

> have insisted upon a method of performance least onerous to him, in that it results in the smallest amount of damages payable by him. [ch. 6 at 10.2]

[54] See also *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd*., 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303, at para. 11, in which the Court quoted with approval the following excerpt from *Cockburn v. Alexander* (1848), 6 C.B. 791, where Maule, J. states:

> Generally speaking, where there are several ways in which the contract might be performed, that mode is adopted which is the least profitable to the plaintiff, and the least burthensome to the defendant.

[55] Not only did the trial judge err in adopting a unit price approach to damages, in the absence of proof of damages based upon a cost-plus analysis, he failed to adopt an approach which would be the least burdensome for the defendant.

[56] Given that the trial judge applied the wrong legal principles to the assessment of damages, and the record is sufficient to decide the issue, this Court may proceed with its own assessment pursuant to Rules 62.21(1) and 1.02.1 of the *Rules of Court of New Brunswick*, N.B. Reg. 82-73: see *Leger v. G & G Carnival Amusements Inc. et al*., 2015 NBCA 20, [2015] N.B.J. No 79 (QL), at para. 19; *Johnson v. State Farm Fire and Casualty Company*, 2015 NBCA 4, [2015] N.B.J. No. 13 (QL), at paras. 19-20; *J.H. v. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 N.B.R. (2d) 388, at para. 11.

[57] In the event the Change in Soil Conditions clause applies, there is no doubt that some award of damages is appropriate. The Province appears to admit as much when it attempted, at trial, to estimate Gould's losses. It made its estimate based upon : (i) Bird's daily progress reports, (ii) evidence from its own engineer who was on site for much of the time, (iii) photographic evidence of equipment that was on site at various times, and (iv) the equipment rental rates set out in the *Machine Rental Regulation*, N.B. Reg. 82-113 under the *Crown Construction Contracts Act*. However, rather than apply the Province's estimate of Gould's losses, I prefer to rely on the most sound evidence of

damages which was before the trial judge; namely, the evidence from Mr. Gould and Mr. Simpson regarding their exchange of trucks and shale for the use of rock-breakers.

[58] Mr. Gould testified that Gould rented extra rock-breaking equipment from Mr. Simpson due to the unforeseen "stronger" rock. Mr. Gould denied that Mr. Simpson's provision of rock-breakers was the result of an exchange for the excavated shale, but he also testified that he could not remember whether or how Mr. Simpson was paid for the breakers. Mr. Simpson, on the other hand, testified that he provided the rock-breaking equipment and operators to Gould in exchange for the shale delivered by Gould's trucks to Mr. Simpson's property, for which there was no invoice from him to Gould. Mr. Simpson considered the exchange to be "fair". He also testified that the delivered shale was worth $5 per ton ($3 to $4 per ton for delivery, leaving the rock itself worth $1 to $2 per ton). The total "stronger" rock excavation, applying the industry standard to convert shale rock to tonnage, amounted to 43,022 tons. I note that this amount of 43,022 tons presumes the Change in Soil Conditions clause applies to all of the "stronger" rock. This presumption clearly favours Gould, who entered into its contract with Bird on the assumption that the excavation of some of the bedrock would require the use of mechanical rock-breaking equipment. Applying the $5 per ton value of the shale delivered to Mr. Simpson, the damages suffered by Gould total $215,110. I would therefore award damages to Gould in that amount.

VI. Cross-Appeal

[59] Bird cross-appeals from the trial judge's decision to disallow its claim for mark-up, supervision costs, bonds and insurance. It contends the evidence in support of those amounts was unchallenged and is therefore sufficient to prove the additional claims. Again, although I do not need to address the cross-appeal in light of how I would dispose of the appeal, I opt to state that, on this point, I would agree with Bird. The trial judge appears to have disregarded the evidence of Bird's manager, Durck deWinter in this regard. As has already been indicated, ignoring unchallenged evidence amounts to palpable and overriding error where that evidence has an impact upon the outcome. But

for how I would dispose of the appeal, I would have allowed the cross-appeal based upon the following amounts which I have rounded to the nearest dollar:

General Condition 45(1)(b) mark-up of 5%:	$10,756.00
Supervision (General Conditions) for 3 weeks	$21,544.00
Bonds	$1,611.00
Insurance	$1,611.00
TOTAL:	**$35,522.00**

VII. Conclusion

[60] I would allow the Province's appeal, set aside the judgment, and dismiss the action, with costs at trial to the Province as calculated using Scale 3 of Tariff A under Rule 59 using $715,000 as the amount involved. It follows that I would dismiss the cross-appeal. In accordance with Note 1 of Tariff A under Rule 59, I would order the respondents to pay costs on appeal to the Province in the amount corresponding to 40% of the sum determined to be payable as trial costs.

[61] Since the hearing of this appeal, I have been appointed to another Court. According to s. 8(6.1) of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, I may continue to exercise my powers as a judge of the Court of Appeal of New Brunswick for six months from the date of my appointment. To ensure this time frame is respected, I would order pursuant to s. 24(2) of the *Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5, that the English version of these reasons be published first, with the French version to follow.

Version française de la décision rendue par

LE JUGE BELL

I. Introduction

[1] Le présent appel concerne l'interprétation de la clause relative au changement dans les conditions du sol, savoir le paragraphe 12(1), énoncée dans un contrat type de construction passé conformément à la *Loi sur les contrats de construction de la Couronne*, L.R.N.-B. 1973, ch. C-36. Les parties pertinentes de cette clause sont ainsi rédigées :

> [TRADUCTION]
> 12(1) Nul paiement ne sera versé à l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage en sus du paiement expressément promis par le contrat, du fait de dépenses supplémentaires engagées ou de pertes ou dommages subis par l'entrepreneur, pour quelque raison que ce soit, y compris tout malentendu de la part de ce dernier, qu'il soit ou non directement ou indirectement attribuable au maître de l'ouvrage ou à l'un quelconque de ses agents ou employés et que soit en cause ou non toute fraude ou négligence de la part de ceux-ci, à moins que, de l'avis de l'ingénieur-architecte, ces dépenses, pertes ou dommages ne soient directement attribuables
>
> > a) à un écart considérable entre les renseignements afférents aux conditions du sol à l'emplacement des travaux ou une hypothèse raisonnable fondée sur lesdits renseignements, consignés dans les Plans et Devis ou autres documents ou éléments d'information communiqués à l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage pour servir à l'établissement de sa soumission, et les conditions réelles du sol constatées par l'entrepreneur au moment de l'exécution des travaux […]

[2] En l'espèce, les intimées, Bird Construction Company (Bird) et Brad Gould Trucking & Excavating Ltd. (Gould), ont demandé une rémunération

supplémentaire à la Province du Nouveau-Brunswick en raison d'un changement dans les conditions du sol. Essentiellement, elles ont prétendu qu'elles s'attendaient à creuser le sol et à ce que celui-ci puisse être en très grande partie enlevé par des excavatrices, le moyen le moins coûteux d'effectuer des travaux d'excavation, mais qu'elles se sont trouvées en présence de roche ayant une résistance [TRADUCTION] « plus élevée » qu'il a fallu briser mécaniquement au moyen de brise-roche hydrauliques, méthode plus coûteuse d'effectuer des travaux d'excavation. L'ingénieur-architecte de la Province a rejeté la demande parce qu'il était d'avis que les dépenses supplémentaires supportées par les intimées n'étaient pas attribuables à un changement dans les conditions du sol envisagé dans la clause en question. Gould a poursuivi Bird et Bird a présenté une demande contre la Province.

[3] Les questions dont le juge du procès était saisi, et qui sont pertinentes pour ce qui concerne le présent appel, sont les suivantes : (1) Les intimées ont-elles constaté un [TRADUCTION] « changement » dans les conditions du sol, par rapport à l'hypothèse raisonnable qui avait servi à l'établissement de la soumission, pendant les travaux d'excavation effectués sur les lieux du projet de construction du palais de justice de Saint John? (2) Dans l'affirmative, quels dommages-intérêts convient-il d'accorder? Dans une décision publiée à 2013 NBBR 374, 412 R.N.-B. (2e) 276, le juge du procès a conclu qu'il y avait eu un changement dans les conditions du sol par rapport à l'hypothèse raisonnable qui avait servi à l'établissement de la soumission et il a condamné Bird à verser à Gould des dommages-intérêts s'établissant à 713 808,19 $, plus les intérêts et les dépens, et a ensuite accordé ces mêmes dommages-intérêts à Bird relativement à sa mise en cause contre la Province appelante. Le juge du procès a rejeté une demande présentée par Bird en recouvrement des dépenses supporté au titre de l'enlèvement d'un volume plus important de sol par rapport au volume prévu au moment de la passation du contrat. Il a également rejeté la demande de Bird au titre d'une majoration des coûts et de frais additionnels ressortissant au cautionnement, à l'assurance et à la surveillance.

[4] La Province interjette appel sur la question de la responsabilité. Pour le cas où elle n'aurait pas gain de cause à cet égard, elle sollicite la réduction du montant des dommages-intérêts accordés. Bird forme un appel reconventionnel à l'encontre du rejet des demandes au titre de la majoration, du cautionnement, de l'assurance et de la surveillance.

[5] Pour les motifs exposés ci-dessous, j'estime que la clause relative au changement dans les conditions du sol ne s'appliquait pas d'après les faits de la présente instance. Je suis d'avis d'accueillir l'appel de la Province et de rejeter l'appel reconventionnel de Bird pour le motif que la responsabilité de la Province n'est pas engagée. Si je n'en étais pas arrivé à cette conclusion en ce qui concerne la partie de l'appel se rapportant à la responsabilité, j'aurais ramené le montant des dommages-intérêts que le juge du procès a accordés de 713 808,19 $, plus les intérêts et les dépens, à 215 110 $, plus les intérêts et les dépens. Dans ce cas, j'aurais aussi accueilli l'appel reconventionnel et condamné la Province à verser 35 522 $ à Bird.

[6] Bien qu'au procès Gould ait déposé une demande contre Bird, et Bird ait déposé une mise en cause contre la Province, Gould et Bird adoptent la même position en ce qui concerne les questions à trancher en appel. Pour reprendre les propos de l'avocat de Bird, [TRADUCTION] « il s'agit d'une instance intermédiaire » puisque le juge du procès s'est appuyé sur l'interprétation et l'application de l'article 12 pour donner gain de cause aux deux intimées. Il est à remarquer que le juge du procès a rejeté une cause d'action subsidiaire contre Bird fondée sur un prétendu contrat accessoire et que cette question ne fait pas partie de l'appel.

II. Résumé des faits pertinents

[7] En 2008, la Province avait l'intention de construire un nouveau palais de justice à Saint John (le palais de justice de Saint John) grâce à un partenariat public-privé. Cette année-là, elle a retenu les services de la société Conquest Engineering Ltd. (Conquest) pour qu'elle rédige un rapport géotechnique (le rapport de Conquest) afin

d'aider son expert-conseil dans la conception des fondations de l'installation. En 2009, la Province a décidé de ne pas donner suite à son projet de partenariat public-privé. Elle a plutôt décidé de construire le palais de justice de Saint John de la manière traditionnelle en lançant un appel d'offres en deux phases. La première phase devait consister dans la construction [TRADUCTION] « des fondations et de la charpente d'acier » et la deuxième, dans l'achèvement de la structure. L'appel d'offres pour les fondations et la charpente d'acier a été lancé en décembre 2009.

[8] Le rapport de Conquest ne faisait pas partie du dossier d'appel d'offres, mais il y était renvoyé dans les instructions aux soumissionnaires. Bien que la capacité des intimées de s'appuyer sur le rapport Conquest pour préparer leur soumission ait été chaudement débattue au procès, ce n'est pas une question à trancher en appel. La Province accepte la conclusion du juge du procès selon laquelle Bird pouvait s'appuyer sur le rapport de Conquest pour préparer sa soumission puisque celui-ci avait été incorporé par renvoi dans le dossier contractuel.

[9] Le préposé aux devis de Bird, Mark McGraw, s'est servi du rapport de Conquest pour évaluer les quantités de matériaux à extraire et catégoriser deux genres de roches à creuser : du schiste fracturé et de la roche solide. M. McGraw a fourni ces renseignements à Gould afin qu'elle puisse préparer la soumission qu'elle devait présenter à Bird relativement à la partie du projet consistant dans les travaux d'excavation.

[10] Le contrat au titre de la phase 1 a été attribué à Bird, dont la soumission s'établissait à 6 389 999 $. Bird et la Province ont passé un contrat à prix forfaitaire pour le montant de la soumission, conformément à la *Loi sur les contrats de construction de la Couronne* et au Règlement du Nouveau-Brunswick 82-109. Bird et Gould ont subséquemment passé un contrat à prix forfaitaire pour les travaux d'excavation, la fourniture des remblais et l'ensemble des travaux de terrassement pour le montant de 1,25 million de dollars. L'offre initiale que Gould avait faite à Bird était de 1,42 million de dollars; toutefois, Gould a accepté une somme moins élevée dans l'espoir d'obtenir un

paiement majoré par suite des [TRADUCTION] « ordres de modification ». Gould a commencé les travaux sur le chantier vers la fin de mars 2010 et les travaux d'excavation du sous-sol rocheux au début d'avril. Le 7 avril, Gould s'est rendue compte qu'elle ne pouvait pas extraire le sous-sol rocheux en creusant avec des excavatrices et qu'il lui faudrait utiliser des brise-roche. Le juge du procès a conclu qu'à ce moment-là, Gould avait [TRADUCTION] « trois brise-roche sur les lieux en train de briser la roche parce qu'elle n'était plus en mesure de tout simplement creuser la roche pour l'extraire parce que celle-ci était plus résistante que ce à quoi elle s'attendait » (par. 15). Gould a menacé d'enlever son équipement du chantier si elle n'obtenait pas d'indemnité pour les travaux supplémentaires. Toutefois, Bird a persuadé Gould de poursuivre les travaux en échange de l'aide que Bird lui apporterait pour présenter à la Province une demande rajustée au titre des conditions du sol comme le prévoyait l'article 12 cité ci-dessus. Les intimées ont présenté la demande et, comme nous l'avons vu, celle-ci a été rejetée par la Province.

III. Droit et norme de contrôle applicable en appel

[11] Les clauses relatives au changement dans les conditions du sol ne sont pas rares en matière de construction. Dans l'arrêt *Corpex (1977) Inc. c. La Reine du chef du Canada,* [1982] 2 R.C.S. 643, la Cour a expliqué qu'une clause de cette nature a pour but de permettre de surmonter les difficultés qui se font jour en droit traditionnel des contrats lorsque des conditions du sol imprévues sont constatées pendant la construction. Le juge Beetz a dit ce qui suit :

> Or une clause comme celle de l'article 12 des Conditions générales supprime ou du moins amoindrit les inconvénients mentionnés ci-haut et qui découlent d'une erreur importante sur la nature du sol. Mais en permettant à toutes fins pratiques aux parties de renégocier le contrat ou une partie du contrat aux conditions qu'elle prescrit, ou d'exiger sa renégociation, elle exclut nécessairement l'annulation pour cause d'erreur dont l'un des effets serait précisément d'empêcher une telle renégociation. L'un de ses buts est d'éviter l'interruption des travaux et de favoriser leur parachèvement. [p. 664]
>
> [Je souligne.]

[12] L'article 12 dispose qu'une rémunération supplémentaire ne sera versée que s'il y a [TRADUCTION] « un écart considérable entre les renseignements afférents aux conditions du sol à l'emplacement des travaux ou une hypothèse raisonnable fondée sur lesdits renseignements […] et les conditions réelles du sol constatées […] ».

[13] L'interprétation d'un contrat soulève généralement une question mixte de fait et de droit : *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, au par. 50; et *1298417 Ontario Ltd. c. Lakeshore (Town)*, 2014 ONCA 802, [2014] O.J. No. 5449 (QL), au par. 3. Puisque le but de l'interprétation d'un contrat consiste à déterminer l'intention objective des parties, la Cour doit examiner les termes du contrat à la lumière du fondement factuel. Les questions mixtes de fait et de droit sont assujetties à une norme de contrôle fondée sur l'erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, aux par. 36 et 37. Bien qu'on puisse soutenir qu'il existe une exception à la règle selon laquelle l'interprétation des contrats est une question mixte de fait et de droit dans le cas des contrats types dont l'utilisation est répandue (voir l'arrêt *Vallieres c. Vozniak*, 2014 ABCA 290, [2014] A.J. No. 964 (QL), aux par. 12 et 13), je suis d'avis que l'interprétation de la partie du contrat qui est en litige en l'espèce est en grande partie fonction des faits. Elle est donc assujettie à une norme de contrôle fondée sur l'erreur manifeste et dominante. En l'absence d'une erreur de cette nature, la décision du juge du procès ne peut être modifiée.

IV. Analyse – la responsabilité (clause relative au changement dans les conditions du sol)

[14] Pour que la clause relative au changement dans les conditions du sol s'applique, il doit tout d'abord y avoir eu soit un écart considérable entre les renseignements afférents aux conditions du sol fournis par la Province et les conditions réelles du sol constatées au moment de l'exécution des travaux, soit un écart considérable entre les hypothèses raisonnables des intimées fondées sur les conditions du sol et les conditions réelles du sol constatées au moment de l'exécution des travaux. Le juge du

procès a conclu, et je souscris à sa conclusion, que les renseignements concernant les conditions du sol que la Province avait fournis dans le rapport de Conquest n'étaient pas trompeurs. Plus précisément, le juge a dit ceci : [TRADUCTION] « Je ne suis pas en désaccord avec la prétention de la Province selon laquelle il n'a pas été établi qu'une partie quelconque du rapport de Conquest aurait été incorrecte » (par. 75). Il s'ensuit que pour que la clause s'applique, les intimées doivent avoir formulé des hypothèses raisonnables fondées sur les conditions du sol, lesquelles étaient différentes de celles réellement constatées au moment de l'exécution des travaux.

[15] Le juge du procès a formulé ainsi la question à trancher : Bird et Gould avaient-elles droit à un paiement additionnel au titre du contrat en raison d'un malentendu de leur part fondé sur [TRADUCTION] « une hypothèse raisonnable » formée à partir des renseignements que la Province leur avait communiqués pour servir à l'établissement de leur soumission (par. 76)? Le juge du procès a conclu [TRADUCTION] « [qu']il était raisonnable que Bird et Gould, s'appuyant sur les documents, éléments d'information et renseignements que la Province leur avait fournis, y compris les renseignements contenus dans le rapport de Conquest, formulent l'hypothèse que la grande majorité, sinon la totalité, de l'excavation du sous-sol rocheux pouvait être effectuée au moyen d'une excavatrice mécanique sans qu'il soit nécessaire d'utiliser des brise-roche hydrauliques » (par. 77). En toute déférence, pour les motifs que j'exposerai ci-dessous, j'estime que cette conclusion est le résultat d'une ou de plusieurs erreurs manifestes et dominantes.

[16] Je conclus que les hypothèses des intimées relativement à ce qui serait nécessaire pour achever les travaux envisagés, compte tenu des conditions du sol consignées dans le rapport de Conquest, n'étaient pas raisonnables. Étant donné cette conclusion, la condition préalable n'a pas été remplie et la clause relative au changement dans les conditions du sol ne s'appliquait pas. Il s'ensuit que la Province n'est pas tenue de payer les travaux supplémentaires.

[17] Le rapport de Conquest constitue un rapport géotechnique assez exhaustif. Afin d'évaluer si les intimées ont formulé des hypothèses de fait [TRADUCTION] « raisonnables » fondées sur les conditions du sol exposées dans le rapport de Conquest, il faut examiner le rapport dans son ensemble, ce que le juge du procès n'a pas fait. Il n'est pas raisonnable de « sélectionner » certaines parties du rapport et de ne pas tenir compte des autres parties. Comme le montrera l'analyse qui est faite ci-dessous, le juge du procès n'a pas examiné la définition de l'expression roche de résistance [TRADUCTION] « très faible à faible » qui est donnée dans le rapport de Conquest et a dans l'ensemble fait peu de cas du fait que Bird et Gould l'ont mal interprétée.

A. *La clause relative aux méthodes et moyens et l'incidence de l'énoncé contenu dans le rapport de Conquest selon lequel la roche était de résistance [TRADUCTION] « très faible à faible »*

[18] Le rapport de Conquest contenait, dans le corps du texte, ce que les parties ont appelé la clause relative aux [TRADUCTION] « méthodes et moyens » qui précise que l'excavation du sous-sol rocheux peut se faire en utilisant des excavatrices dans les zones où la roche a une résistance plus faible et des brise-roche hydrauliques dans les zones où la roche a une résistance plus élevée. Cette clause dit également [TRADUCTION] « [qu']il faudra peut-être recourir à des méthodes d'abattage à l'explosif là où la roche d'une résistance plus élevée se révélera trop difficile à enlever au moyen de brise-roche ». Le juge invoque le libellé de la clause relative aux méthodes et moyens pour expliquer sa conclusion selon laquelle il était raisonnable de la part des intimées de tenir pour acquis qu'elles pourraient utiliser des excavatrices sur la plus grande partie du sous-sol rocheux. Pour ce faire, il a mis en contraste l'expression résistance [TRADUCTION] « plus élevée » employée dans la clause relative aux méthodes et moyens avec l'expression résistance [TRADUCTION] « très faible à faible » employée dans le rapport sur les trous de forage qui était joint comme addenda au rapport détaillé. Le juge du procès a peint la situation :

> [TRADUCTION]
> […] De plus, [le rapport de Conquest] faisait état des

> méthodes et moyens par lesquels les travaux d'excavation pourraient être effectués et on y lit que [TRADUCTION] « [l]'excavation du sous-sol rocheux pourra s'effectuer au moyen de grosses excavatrices dans les zones où la roche a une résistance plus faible et au moyen de brise-roche hydrauliques dans les zones où la roche a une résistance plus élevée ». Dans ces circonstances, je souscris à la position de Bird voulant que puisque la roche est décrite dans chaque trou de forage comme étant de résistance [TRADUCTION] « très faible » à [TRADUCTION] « faible » et que les expressions résistance [TRADUCTION] « élevée » ou [TRADUCTION] « plus élevée » ne sont jamais employées pour décrire la roche, il était raisonnable que Gould et Bird tiennent pour acquis qu'elles pourraient utiliser de grosses excavatrices pour creuser la plus grande partie du sous-sol rocheux. [par. 81]

[19] J'estime que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante en s'appuyant sur le libellé de la clause relative aux méthodes et moyens pour conclure que les intimées avaient formulé une hypothèse raisonnable. Comme l'a souligné le juge du procès, le rapport de Conquest dit de la résistance de la roche dans chaque trou de forage qu'elle va de [TRADUCTION] « très faible à faible ». Toutefois, le rapport contient également un tableau décrivant la classification de la résistance en fonction de la résistance à la compression uniaxiale (MPa). La résistance [TRADUCTION] « très faible » y est définie comme ayant un MPa de 1 à 5 et la résistance [TRADUCTION] « faible » comme ayant un MPa de 5 à 25. La conclusion du juge du procès concernant l'emploi des expressions résistance [TRADUCTION] « élevée » et résistance [TRADUCTION] « faible » dans le rapport de Conquest, tout comme celle des intimées, a été tirée sans aucune mention des valeurs MPa, qui définissaient ces expressions et étaient clairement énoncées dans le rapport. De plus, il n'a tenu aucun compte des témoignages non contestés des experts qui ont expliqué les valeurs MPa en fonction de la [TRADUCTION] « creusabilité » de la roche.

[20] M. Michael Whitford, ingénieur en géotechnique, a rendu le témoignage suivant en contre-interrogatoire : [TRADUCTION] « [S]i vous avez moins d'un MP[a], il est certain que vous pouvez creuser. Si vous avez une valeur supérieure à un MP[a], il se

peut que vous puissiez creuser; mais il se peut que vous ne puissiez pas creuser. Cela remonte jusqu'à la fracture ». M. Ross Whitcomb, lui aussi ingénieur en géotechnique et auteur du rapport de Conquest, a témoigné qu'à son avis [TRADUCTION] « une valeur supérieure à 1 MPa n'est pas creusable ». Chose importante, aucune des valeurs MPa des trous de forage qui ont été inscrites n'était inférieure à 1 MPa. Le juge du procès a conclu que la mention de la résistance [TRADUCTION] « très faible à faible » de la roche dans le rapport de Conquest justifiait la demande des intimées au titre du changement dans les conditions du sol. À mon avis, les intimées auraient à tout le moins dû prendre en considération les valeurs MPa ainsi que leur incidence sur la [TRADUCTION] « creusabilité » du sous-sol rocheux avant de formuler des hypothèses concernant les conditions du sol et avant de présenter leur soumission. Dans la mesure où le juge du procès a conclu que l'hypothèse des intimées concernant les conditions du sol était raisonnable en s'appuyant sur l'emploi de l'expression [TRADUCTION] « très faible à faible » et sans tenir aucun compte des valeurs MPa, il a commis une erreur manifeste et dominante. Si le préposé aux devis de Bird ne connaissait pas le sens de ces termes descriptifs, il avait l'obligation, selon moi, de s'informer avant de s'appuyer sur ces termes et de formuler des hypothèses en résultant.

[21] Je soulignerais également à cette étape-ci que le juge du procès n'a pas fait mention du témoignage des témoins experts concernant les valeurs MPa et leur incidence sur la [TRADUCTION] « creusabilité » de la roche.

[22] En résumé, le rapport de Conquest décrivait exactement ce que Gould a constaté pendant les travaux d'excavation. Une partie de la roche pouvait être enlevée au moyen d'excavatrices alors qu'une autre partie devait être brisée hydrauliquement; de plus, bien que l'abattage à l'explosif ait été envisagé, le recours à cette méthode était interdit en raison de la proximité d'autres structures. Le juge du procès a conclu, à bon droit à mon avis, que le rapport de Conquest, y compris la clause relative aux méthodes et moyens, n'était pas trompeur. En faisant un minimum de recherches, Bird aurait pu éviter l'erreur qu'elle a commise en ce qui concernait la [TRADUCTION] « creusabilité » du sous-sol rocheux.

B. *Les trous de forage et les données de la RQD (désignation de la qualité de la roche)*

[23] Le rapport de Conquest fait état des résultats obtenus à partir de quinze trous de forage qui ont été creusés dans la roche sur les lieux et testés en laboratoire. Sous la rubrique [TRADUCTION] « Profil pédologique et rocheux », le rapport informait les lecteurs éventuels que la classification des sols était fondée sur les procédures décrites dans la norme indiquant la pratique courante de description et de désignation des sols par la méthode de visuelle-manuelle, soit la norme ASTM D2488 (*Standard Practice for Description and Identification of Soils, Visual-Manual Procedure*) et que la classification du sous-sol rocheux était fondée sur les conclusions de la commission sur la normalisation des essais en laboratoire et sur le terrain (*Commission on standardization of laboratory and field tests*) de la société internationale de mécanique des roches (*International Society of Rock Mechanics*). Le rapport ne décrit que deux genres de conditions du sous-sol : le remblai et le sous-sol rocheux.

[24] Pendant le procès, on a demandé au préposé aux devis de Bird s'il connaissait la norme ASTM D et celle de la commission de la société internationale de mécanique des roches. Ces deux normes lui étaient inconnues. Voici un extrait de son contre-interrogatoire à cet égard :

> [TRADUCTION]
> **Q :** Reconnaissez-vous que la classification des sols était une partie importante de ce que vous étiez en train d'envisager en lisant ce rapport?
> **R :** Oui.
> **Q :** Et, voyez-vous, la deuxième phrase du premier paragraphe sous la rubrique Profil pédologique et rocheux : sols, la classification des sols était fondée sur les procédures décrites dans la norme ASTM D2488?
> **R :** Oui.
> **Q :** Vous n'avez pas lu cela, n'est-ce pas?
> **R :** Non.
> **Q :** Donc vous ne pouviez comprendre entièrement la classification des sols?

> **R :** Non.
> **Q :** Et on lit au paragraphe suivant que la classification du sous-sol rocheux était fondée sur les conclusions de la commission de la société internationale de mécanique des roches, et ainsi de suite. Vous n'avez pas lu cette publication non plus, n'est-ce pas?
> **R :** Non.
> **Q :** Donc vous ne pouviez comprendre entièrement la façon dont le sous-sol rocheux était classifié?
> **R :** Non.

[25] J'estime qu'il n'était pas possible de formuler une hypothèse raisonnable sur les conditions du sol sans une certaine connaissance, ou du moins une certaine consultation, des deux normes qui expliquent la façon dont Conquest a décrit le sol dans son rapport.

[26] Outre le fait qu'elle a omis de se reporter aux normes pédologiques appliquées par la Province, Bird a mal interprété une autre partie importante du rapport de Conquest (ce qui s'ajoute à l'omission de tenir compte des valeurs MPa). On a demandé au préposé aux devis de Bird comment il avait déterminé quelle partie du sous-sol rocheux pouvait être [TRADUCTION] « creusée » par des excavatrices (la méthode d'extraction la moins coûteuse) et quelle partie devait être brisée mécaniquement au moyen de brise-roche hydrauliques. Il a répondu qu'il avait fondé son analyse sur la désignation de la qualité de la roche (RQD) énoncée dans le rapport de Conquest. Il a témoigné avoir tenu pour acquis qu'une roche ayant un indice RQD inférieur à 50 pouvait être creusée au moyen d'excavatrices. Le reste du sous-sol rocheux était, selon lui, [TRADUCTION] « plus solide » et nécessiterait l'utilisation de brise-roche hydrauliques. Cette méthode fonde la demande que Bird a présentée à la Province. La demande est en partie rédigée ainsi :

> [TRADUCTION]
> [N]ous avons toutefois été prudents été avons prévu une roche de qualité supérieure dans les secteurs où la RQD dépassait 50 %. Comme l'indique le tableau des valeurs RQD qui précède, seulement 20 % des valeurs excédaient une RQD de 50 et seulement 9 % excédaient une RQD de 55. […] Nous avons tenu pour acquis […] que la grande

> majorité des travaux d'excavation […] pouvaient être effectués au moyen d'une grosse excavatrice.

[27] La conclusion ou l'hypothèse formulée par Bird et Gould qui établit un rapport entre la RQD et la résistance de la roche aux fins de déterminer quelle roche pouvait être creusée est aussi déraisonnable que l'omission d'examiner la norme ASTM D2488 et celle de la commission de la société internationale de mécanique des roches et que l'omission de tenir compte des valeurs MPa.

[28] Au moins deux témoins cités par la Province ont rendu témoignage à propos de l'impossibilité de se servir de la RQD comme d'un indice permettant de déterminer si le sous-sol rocheux peut être [TRADUCTION] « creusé » au moyen d'excavatrices. M. Ross Whitcomb a témoigné avoir été consulté par la Province à propos de la demande présentée par Bird et Gould au titre du changement dans les conditions du sol. Il a témoigné que la demande a été rejetée parce que les intimées s'étaient principalement appuyées sur l'indice RQD pour évaluer la [TRADUCTION] « dureté de la roche ». Il a ensuite dit que cette méthode n'est pas appropriée parce que [TRADUCTION] « la RQD concerne le degré de fracturation dans la roche. Elle ne concerne pas la résistance de la roche ». Michael Whitford, à qui on a demandé [TRADUCTION] « d'examiner et de commenter la documentation se rapportant à la question énoncée dans la mise en cause déposée par Bird », a été encore plus franc à propos du fait que l'on puisse s'appuyer sur l'indice RQD pour déterminer si la roche peut être creusée au moyen d'excavatrices ou si elle doit être brisée au moyen de brise-roche hydrauliques. Il a dit : [TRADUCTION] « La RQD n'intervient pas du tout dans le processus, en fait ». Pendant qu'il commentait le fait que M. McGraw (le préposé aux devis de Bird) s'était appuyé sur la RQD pour évaluer la résistance de la roche et déterminer si elle pouvait ou non être creusée, M. Whitford a dit ceci : [TRADUCTION] « Ces conclusions sont défectueuses en ce sens qu'il n'y a aucune corrélation entre la RQD et la résistance de la roche non plus qu'entre la récupération des carottes et la résistance de la roche […] la désignation de la qualité de la roche et la récupération des carottes ne sont pas des mesures de la résistance de la roche et elles ne peuvent servir à déterminer la [TRADUCTION] 'creusabilité' de la roche intacte » (pièce n° 41).

[29] Ce qui importe pour les besoins du présent appel, c'est que la déclaration de l'un et l'autre de ces témoins voulant que l'on ne doive pas recourir à l'indice RQD pour déterminer la résistance ou la [TRADUCTION] « creusabilité » du sous-sol rocheux n'a pas été contestée. Le juge du procès n'a pas mentionné les témoignages de MM. Whitford et Whitcomb concernant l'inapplicabilité des données de la RDQ pour déterminer la résistance de la roche. Parce que Bird s'est fortement appuyée sur les données de la RQD pour formuler ses hypothèses quant à savoir quelle roche pouvait être creusée et quelle roche devrait être excavée au moyen de brise-roche hydrauliques, le juge du procès aurait dû examiner expressément les seuls éléments de preuve qui traitaient de cette question.

C. *L'interprétation erronée de l'expression roche « très fortement fracturée » par le préposé aux devis de Bird*

[30] Le fait que l'on a trouvé du [TRADUCTION] « schiste carton gris de nature très fortement fracturée à fracturée » à des hauteurs plus élevées que prévues a constitué une composante intégrante de la demande présentée par Bird au titre du changement dans les conditions du sol. Celle-ci a prétendu que la présence de roche plus [TRADUCTION] « solide » à une hauteur plus élevée l'a forcée à commencer à utiliser des brise-roche hydrauliques plus tôt que prévu. Bird a tenu pour acquis que le schiste fracturé serait plus facile à excaver que la [TRADUCTION] « roche solide ». Je ferais, à cet égard, deux observations : (1) comme nous l'avons vu, le rapport de Conquest ne décrivait que deux genres de sol : le remblai et le sous-sol rocheux; et (2) l'expression [TRADUCTION] « roche solide » ne figure pas dans le rapport. Le juge du procès, reprenant les propos de Bird, a ainsi expliqué la position de Gould :

> [TRADUCTION]
> Pour préparer sa soumission, M. Gould a adopté les calculs de Bird relativement au volume de matériaux à excaver et a établi le prix des travaux d'excavation des 15 786 m^3, environ, CONSTITUÉS en MAJORITÉ DE SCHISTE et DE ROCHE FRACTURÉE et qui selon ce qu'il avait

> compris pouvaient être excavés au moyen de grosses excavatrices, à 22 $ le pied cube, soit un prix de 347 292 $, et pour les 2 355 m^3 constitués de ROCHE SOLIDE devant être brisée mécaniquement, à 75 $ le mètre cube, soit un prix de 176 625 $. Le prix total fixé par Gould pour cette partie du contrat s'établissait à 523 917 $. [En majuscules dans l'original.]

[31] Chose importante, le juge du procès a conclu que l'hypothèse de Bird selon laquelle le sous-sol rocheux constitué de schiste fracturé serait plus facile à excaver était [TRADUCTION] « raisonnable ». Lorsqu'il a tiré cette conclusion concernant le caractère raisonnable de l'hypothèse formulée par Bird, le juge du procès n'a tenu aucun compte du témoignage de M. Whitford, qui, je le répète, n'avait pas été contesté. Selon la description qu'en a faite M. Whitford, le schiste fracturé est semblable aux pages d'un livre. Ce n'est pas la présence des fractures qui détermine si une formation de roche comportant des fractures peut être excavée par creusage ou doit plutôt être brisée hydrauliquement, processus qui est plus coûteux, mais bien [TRADUCTION] « […] les joints et l'état des joints ». Voici ce qu'il a dit :

> [TRADUCTION]
> [E]t pour que je puisse déterminer si le – sa rippabilité, sa creusabilité, ou tout ce que vous voulez, il faudrait que je sache si les joints étaient étanches, lâches, remplis de terre, remplis d'eau, scellés par la chaleur, cimentés ou quoi que ce soit d'autre et tout cela – Ce qu'il y a, vous savez, c'est que si vous ne prenez qu'un seul de ces exemples, un de ces livres, voyez-le comme une masse rocheuse et disons que – vous savez, elle repose comme cela et les joints sont ici. Eh bien, il est assez facile d'ouvrir et de tourner les pages, cela ne présente pas de difficulté parce qu'il n'y a rien entre elles. Si, dans le même ordre d'idées, je prenais ces pages et les collais toutes ensemble de façon qu'elles soient solidaires ou qu'il y ait beaucoup de friction entre elles, vous ne pourriez pas les ouvrir. Donc, cela rendrait toute l'opération beaucoup, beaucoup plus difficile […]

[32] En toute justice pour Bird et Gould, M. Whitford a témoigné qu'à son avis, il n'y avait pas suffisamment de renseignements dans le rapport de Conquest pour connaître les caractéristiques des joints. S'il avait été consulté, il aurait recommandé de

se rendre sur les lieux avec la [TRADUCTION] « rétrocaveuse que vous allez utiliser […], de faire quelques essais et de voir le résultat ».

[33] J'estime que les hypothèses de Bird et de Gould concernant la profondeur à laquelle la [TRADUCTION] « roche solide » commençait étaient déraisonnables. Ces hypothèses n'avaient rien à voir avec le fait que le schiste était fracturé. Les hypothèses formulées à cet égard étaient aussi déraisonnables que l'omission de se renseigner sur l'utilisation des normes retenues par Conquest ainsi que sur l'incidence des valeurs MPa et des données de la RQD sur la question de savoir si le sous-sol rocheux pouvait être creusé au moyen d'une excavatrice ou nécessitait l'utilisation de brise-roche hydrauliques.

D. *Ce qu'il en aurait coûté de se renseigner convenablement sur le contenu du rapport de Conquest*

[34] Les avocats des intimées prétendent que des soumissionnaires se trouvant dans la situation des intimées ne devraient pas être tenus d'effectuer leurs propres évaluations géotechniques. Ils font valoir qu'une obligation de cette nature accroîtrait le coût de la soumission et limiterait inutilement le nombre des soumissionnaires. Il en résulterait des soumissions moins concurrentielles. Ce même argument a été formulé devant le juge du procès qui a souscrit à leur prétention. Voici ce qu'il a dit :

> [TRADUCTION]
> De plus, il était raisonnable, sinon nécessaire, que Bird et Gould tiennent compte des renseignements contenus dans le rapport [le rapport de Conquest] pour préparer leurs soumissions. C'étaient là les seuls renseignements d'ordre géotechnique disponibles à ce moment-là. Avec le recul, Bird et Gould auraient peut-être dû se montrer prudentes et retenir les services de leur propre expert afin que soit il prépare un rapport distinct à leur intention, soit il examine le rapport de Conquest, ou creuser une fosse sur les lieux pour confirmer si la roche pouvait ou non être creusée au moyen d'une grosse excavatrice; toutefois, le coût d'un rapport géotechnique est considérable, et peut aller jusqu'à

> 15 000 $, selon les estimations, dans un cas comme celui-ci. [par. 79]

[35] La conclusion du juge du procès voulant que ces coûts éventuels aient empêché Bird et Gould de se renseigner en ce qui concerne la façon dont il fallait interpréter le rapport de Conquest n'est, à mon avis, tout simplement pas appuyée par la preuve. Il n'existait aucun élément de preuve établissant que les erreurs que Bird, une importante société de construction pancanadienne, a commises dans l'examen du rapport de Conquest n'auraient pu être évitées que par l'obtention de son propre rapport géotechnique au coût de 15 000 $. En toute déférence, il va de soi qu'un examen sommaire effectué par un ingénieur en géotechnique ou quelqu'un ayant de l'expérience dans ce domaine aurait pu renseigner Bird sur la signification et l'incidence des données de la RQD et des valeurs MPa sans qu'il soit nécessaire de mener une reconnaissance des sols complète. En fait, l'échange suivant entre M. Whitford et l'avocat de la Province replace dans son contexte toute la question des coûts qu'il aurait fallu supporter pour obtenir une [TRADUCTION] « interprétation convenable » du rapport de Conquest :

> [TRADUCTION]
> **Q :** Si Bird Construction était venue à vous et vous avait demandé d'examiner le rapport Conquest et de faire des commentaires sur la méthode d'excavation, quel montant lui auriez-vous facturé?
> **R :** À Bird?
> **Q :** Pour ce genre d'examen?
> **R :** Rien.
> **Q :** Pour quelle raison?
> **R :** Elle est essentiellement une bonne cliente.

[36] Par conséquent, je conclus que le juge du procès a commis une erreur en choisissant de se fonder sur le coût éventuel d'un rapport géotechnique complet pour excuser les erreurs que Bird a commises dans l'interprétation du rapport. Cette erreur, dans la mesure où elle a servi à justifier le caractère raisonnable des hypothèses formulées par Bird et Gould à propos des conditions du sol, était manifeste et dominante.

[37] Je souhaite ajouter ici que les intimées ont énergiquement fait valoir que si l'on obligeait les soumissionnaires à effectuer leur propre reconnaissance des sols ou étude du terrain, il en résulterait des soumissions moins concurrentielles et une augmentation des coûts à la Province. Je conclus que cette position ne [TRADUCTION] « cadre » pas avec le fait que Gould a initialement offert d'exécuter son contrat de sous-traitance pour la somme de 1,42 million de dollars, mais que Bird l'a encouragée à ramener ce montant à 1,25 million de dollars en lui laissant entendre que la différence pourrait être comblée grâce aux [TRADUCTION] « ordres de modification ». Je souligne également que, d'après la preuve, la deuxième soumission la plus avantageuse pour les travaux de terrassement (ceux effectués par Gould) s'établissait à 1,37 million de dollars. Bien que les conséquences du fait que Bird a laissé entendre à Gould qu'elle pourrait augmenter ses revenus au moyen des [TRADUCTION] « ordres de modification » n'aient pas été débattues devant nous, je ferais simplement observer qu'une soumission fondée sur des ordres de modification prévus ne contribue nullement à garantir le caractère concurrentiel des soumissions.

E. *Conclusion concernant la responsabilité*

[38] L'arrêt *Waxman c. Waxman*, [2004] O.J. No. 1765 (C.A.) (QL), autorisation de pourvoi refusée [2004] C.S.C.R. n° 291 (QL), est instructif en ce qui concerne le genre d'erreur qui est avancée dans le présent appel : [TRADUCTION] « [L]e simple fait qu'un élément de preuve ne soit pas mentionné dans les motifs de jugement n'établit pas que le juge du procès n'a pas examiné cet élément de preuve. Les appelants doivent faire état d'un élément dans le dossier, habituellement dans les motifs, qui justifie la conclusion que le juge du procès n'a pas examiné certains éléments de preuve » (par. 343). La Cour a exposé une façon d'aborder ce genre d'erreur :

> [TRADUCTION]
> Au moment de soupeser un argument voulant que la juge du procès ait omis de prendre en considération un élément de preuve pertinent, il est utile de commencer par un survol des motifs qu'elle a donnés. Si ce survol démontre une solide maîtrise du dossier et une analyse attentive de la

> preuve donnant lieu à des conclusions de fait détaillées, il sera difficile à l'appelant de laisser entendre que la simple omission de mentionner un élément de preuve précis établit une omission d'examiner cet élément de preuve. Le défaut de mentionner un élément de preuve dans ses motifs de décision minutieux et détaillés donne à penser, non pas que la juge du procès n'a tenu aucun compte de cet élément de preuve, mais plutôt qu'elle n'a pas estimé qu'il était important. [par. 344]

[39] En toute déférence, l'examen des motifs du juge du procès révèle qu'il a tout simplement relevé deux extraits sans rapport, savoir la mention de la résistance [TRADUCTION] « très faible à faible » de la roche et la mention de la méthode d'excavation dans la zone où la roche a une résistance [TRADUCTION] « plus élevée », d'un rapport long et technique afin de justifier la demande au titre du changement dans les conditions du sol. Les motifs ne révèlent pas la présence d'une [TRADUCTION] « analyse attentive de la preuve donnant lieu à des conclusions de fait détaillées » (*Waxman*, au par. 344), mais démontrent plutôt la présence de conclusions fondées principalement, sinon exclusivement, sur une analyse superficielle d'un extrait du rapport de Conquest. Les motifs n'expliquent pas en quoi les hypothèses de Bird et de Gould pouvaient être raisonnables à la lumière du témoignage des témoins experts concernant les valeurs MPa et leur incidence sur la [TRADUCTION] « creusabilité » de la roche; ils n'abordent pas l'omission des intimées de prendre des mesures afin de se renseigner sur les normes pédologiques appliquées par la Province; ils ne traitent pas de la réponse de la Province au fait que Bird s'est appuyée sur les données de la RQD; et ils n'évoquent pas le témoignage non contredit de M. Whitford concernant l'incidence de la nature des fractures sur la méthode d'excavation. La conclusion à laquelle le juge du procès est arrivé est une conclusion qui souscrit à la méthode retenue par les ingénieurs et préposés aux devis de Bird, laquelle a consisté à formuler des hypothèses qui non seulement étaient erronées, mais qui auraient pu être vérifiées au moyen d'un simple appel téléphonique à un ingénieur en géotechnique. Étant donné les circonstances dans leur ensemble, je suis convaincu qu'il a omis de prendre en considération des éléments de preuve cruciaux et que sa conclusion sur le caractère raisonnable des hypothèses formulées relève de l'erreur manifeste et dominante.

[40] Je suis respectueusement d'avis que lorsque l'on examine la clause relative aux méthodes et moyens non pas séparément, mais dans le contexte de l'intégralité du rapport de Conquest, et à la lumière du reste de la preuve produite au procès, dont une grande partie est restée non contestée ou non contredite, la conclusion inévitable est que les hypothèses formulées par Bird et par Gould concernant la [TRADUCTION] « creusabilité » de la roche sont tout simplement déraisonnables. Il s'ensuit que la clause relative au changement dans les conditions du sol ne s'appliquait pas et que la responsabilité de la Province n'est nullement engagée pour ce qui concerne les coûts additionnels.

[41] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'annuler le jugement rendu par la Cour du Banc de la Reine.

V. Analyse – les dommages-intérêts

[42] Étant donné ma conclusion selon laquelle la responsabilité de la Province n'est pas engagée, il n'est pas nécessaire d'examiner l'appel interjeté à l'encontre de l'évaluation des dommages-intérêts. Toutefois, je choisis de le faire malgré tout.

[43] Tout demandeur est tenu d'une double obligation en ce qui concerne les dommages-intérêts : il doit tout d'abord prouver le préjudice et il doit ensuite prendre des précautions raisonnables pour le limiter. Lorsqu'il est allégué que le demandeur n'a pas limité le préjudice, il incombe au défendeur de démontrer qu'il était possible de limiter le préjudice et que le demandeur n'a pas pris toutes les mesures raisonnables pour le limiter : *Southcott Estates Inc. c. Toronto Catholic District School Board*, 2012 CSC 51, [2012] 2 R.C.S. 675, au par. 24.

[44] Le juge du procès a droit à la déférence quant à sa conclusion concernant les dommages-intérêts en l'absence : (1) d'une erreur quant au principe de droit applicable, (2) d'une interprétation erronée de la preuve, (3) d'une conclusion qu'aucun

élément de preuve ne justifie, (4) d'une omission de tenir compte de facteurs pertinents, (5) d'une prise en considération de facteurs non pertinents ou (6) d'une appréciation des dommages-intérêts entachée d'une erreur sérieuse ou manifestement incorrecte : voir les arrêts *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd*., 2001 CSC 58, [2001] 2 R.C.S. 943, au par. 80; *AMEC Amériques Limitée c. MacWilliams*, 2012 NBCA 46, 388 R.N.-B. (2e) 254, au par. 54, autorisation de pourvoi refusée [2012] C.S.C.R. no 304 (QL); et *Covered Bridge Golf and Country Club c. Schurman*, 2009 NBCA 1, 340 R.N.-B. (2e) 168, au par. 30. En l'espèce, je suis convaincu que le juge du procès a commis une erreur en appliquant les principes de droit dans la mesure où ils se rapportent au préjudice résultant de contrats de construction de la Couronne, ce qui rend l'intervention de la Cour d'appel nécessaire (voir l'arrêt *Consolidated Development Co. Ltd. c. Evariste M. Diotte et E.M. Diotte Construction Inc.*, 2014 NBCA 55, 425 R.N.-B. (2e) 271, au par. 10).

[45] Dans cette partie de mon jugement, j'ai l'intention d'examiner trois questions : (1) Gould a-t-elle convenablement prouvé le préjudice qu'elle prétend avoir subi, question à laquelle je réponds par la négative; (2) Gould a-t-elle pris des mesures pour limiter le préjudice subi, question à laquelle je réponds par l'affirmative; et (3) quels dommages-intérêts y a-t-il lieu d'accorder dans les circonstances?

A. *La preuve que Gould a apportée du préjudice subi*

[46] Pendant que Bird préparait la demande rajustée au titre des conditions du sol, elle a à deux reprises demandé des [TRADUCTION] « renseignements ventilés » sur les frais supplémentaires supportés par Gould. Essentiellement, Bird a demandé à Gould de lui fournir une ventilation des coûts associés aux brise-roche supplémentaires nécessaires pour effectuer les travaux d'excavation par suite du changement apparent dans les conditions du sol.

[47] Voici l'échange qui a eu lieu entre M. Gould et l'avocat de la Province sur cette question :

[TRADUCTION]
Q : […] Vous rappelez-vous qu'on vous ait demandé ces renseignements lors de la réunion?
R : Je ne m'en souviens pas.
Q : Qu'on vous a envoyé au moins deux courriels dans lesquels on vous demandait de fournir ces renseignements?
R : C'est possible. Je ne m'en souviens pas.
Q : Eh bien, jetons un coup d'œil à la pièce n° 33, onglet B, page 55.

[…]

Q : Soixante-cinq.
R : Soixante-cinq. D'accord.
Q : Bien le courriel au bas de la page a été envoyé en premier?
R : (Inaudible) conformément à nos discussions, pourriez-vous nous faire parvenir les renseignements ventilés sur l'excavatrice – est-ce de celui-là que vous parlez?
Q : Oui. Pour étayer la demande.
R : Très bien.
Q : Au MAS, c'est-à-dire le ministère de l'Approvisionnement et des Services, qui demandait ces renseignements, de sorte qu'il serait prudent que vous entrepreniez de fournir ces renseignements.
R : Oui.
Q : Alors avez-vous entrepris de fournir ces renseignements?
R : Je ne sais pas.
Q : Avez-vous jamais fourni les renseignements à Bird?
R : Je ne pense pas que nous l'ayons fait.
Q : Pourquoi pas?
R : Je ne sais pas.
Q : Très bien. Et le 30 juin, M. DeWinter vous a de nouveau écrit et a demandé s'il y avait du nouveau à propos de ces renseignements.
R : Très bien.
Q : Donc, avez-vous mis M. DeWinter au courant des progrès accomplis et lui avez-vous fourni les renseignements?
R : En toute franchise, je ne sais pas si je l'ai fait ou non. Je ne l'ai probablement pas fait parce que je n'ai jamais vraiment – je veux dire que nous avons présenté – nous nous étions entendus sur le nombre de mètres cubes. Nous avons établi la facture en fonction des mètres cubes. Il demandait tout ça, nous étions occupés sur le chantier, oui,

> j'aurais probablement dû, mais [non], je ne pense pas l'avoir fait. Non.

[48] Je souligne que la mention d'une entente sur le [TRADUCTION] « nombre de mètres cubes » (ci-après le [TRADUCTION] « prix unitaire ») n'a rien à voir avec une quelconque entente conclue avec la Province. Bird a décidé de faire parvenir la demande à la Province en la fondant sur un prix unitaire parce que Gould ne lui avait pas fourni ou n'avait pas pu lui fournir la [TRADUCTION] « ventilation » des coûts additionnels réellement supportés, ainsi qu'elle le lui avait demandé.

[49] En application de la clause générale n° 47 du contrat, Bird devait conserver les documents faisant état du coût réel des travaux supplémentaires. Bien que Bird ait fait de son mieux en juin 2010 pour obtenir les documents en question de Gould, ils ne lui ont jamais été remis. Gould prétend qu'elle n'a pas pu présenter les renseignements en question au procès parce qu'elle a perdu ses relevés lors d'un incendie survenu au domicile de M. Gould en octobre 2010. Toutefois cet incendie n'explique pas pourquoi les renseignements n'ont pas été transmis à Bird au moment où ils ont été demandés en juin 2010.

[50] La clause générale n° 43, qui prescrit une évaluation des dommages-intérêts fondée sur un [TRADUCTION] « bordereau de prix », ne s'applique pas dans une situation où des contrats à forfait ont été passés. Bird ne conteste pas le fait qu'elle a soumissionné le contrat selon un prix forfaitaire et Gould ne conteste pas le fait qu'elle a passé un contrat avec Bird pour la somme forfaitaire de 1,25 million de dollars. Dans l'arrêt *Goodfellow's Trucking Ltd. c. Province du Nouveau-Brunswick*, 2005 NBCA 73, 288 R.N.-B. (2e) 97, au par. 35, la Cour a conclu que des prétentions fondées sur la clause générale n° 12 doivent être évaluées d'après les dispositions du contrat. Dans cette affaire, la Cour a confirmé une évaluation fondée sur une analyse du prix coûtant majoré effectuée conformément à la clause générale n° 45. C'est la même démarche qui avait été adoptée dans l'arrêt *Miller Contracting Ltd. c. Canada*, [1996] A.C.F. n° 1292 (C.A.) (QL), où la Cour avait conclu que puisque le contrat de construction était « un marché de travaux à prix forfaitaire sans prix unitaires, la méthode servant à calculer le coût des

travaux qui justifient des paiements supplémentaires » (par. 11) conformément à la clause relative aux conditions du sol devait être déterminée par les clauses relatives au prix coûtant majoré énoncées dans le contrat-type.

[51] Gould et Bird n'ont pas prouvé leur préjudice suivant la méthode du [TRADUCTION] « prix coûtant majoré ». Il s'en est suivi que le juge du procès s'est appuyé sur des prix unitaires pour évaluer les dommages-intérêts. Compte tenu du libellé du contrat et des règles de droit énoncées dans l'arrêt *Goodfellow's Trucking Ltd*., j'estime qu'il a commis une erreur de droit. Le préjudice n'ayant pas été prouvé suivant la méthode du prix coûtant majoré, le juge du procès ne pouvait se rabattre automatiquement sur des [TRADUCTION] « prix unitaires » pour les évaluer. Si la méthode du prix coûtant majoré n'est pas employée, la défenderesse a droit à ce que les dommages-intérêts les moins onéreux soient attribués.

B. *Gould a-t-elle pris des mesures pour limiter ses dommages?*

[52] La réponse à cette question est évidente. M. Gould a une relation d'affaires de longue date avec Andrew Simpson, un autre entrepreneur de la région de Saint John. M. Simpson avait besoin de schiste et de camions avec lesquels le transporter. Gould avait besoin de brise-roche. Gould avait accès à du schiste et elle possédait des camions. M. Simpson possédait des brise-roche. Ils ont fait un échange. Par ce troc, Gould a pu limiter ses pertes.

C. *Évaluation des dommages-intérêts*

[53] La méthode du prix coûtant majoré mentionnée dans le contrat et adoptée dans l'arrêt *Goodfellow's Trucking Ltd*. est influencée par le principe selon lequel le montant des dommages-intérêts qu'il y a lieu d'accorder constitue le montant le moins élevé dont le défendeur est redevable au demandeur. Autrement dit, puisque Bird n'avait pas prouvé ses prétentions suivant la méthode du prix coûtant majoré, le juge du procès était tenu d'attribuer les dommages-intérêts les moins onéreux pour la Province. Cette

démarche trouve appui dans l'ouvrage de Thomas G. Heintzman et Immanuel Goldsmith, intitulé *Canadian Building Contracts*, 4e éd. (Toronto : Carswell, 1988) (feuillets mobiles mis à jour en 2013, communiqué 3), où les auteurs disent ceci :

> [TRADUCTION]
> En calculant les dommages-intérêts auxquels une partie à un contrat a droit, la Cour tiendra pour acquis que le défendeur aurait pu insister sur le mode d'exécution le moins onéreux pour lui, de sorte qu'il en résulte les dommages-intérêts les moins élevés auxquels il peut être condamné. [Ch. 6, par. 10.2]

[54] Voir aussi l'arrêt *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd*., 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303, au par. 11, dans lequel la Cour a cité, en marquant son approbation, le passage suivant de la décision *Cockburn c. Alexander* (1848), 6 C.B. 791, où le juge Maule a dit ceci :

> [TRADUCTION]
> En général, lorsqu'il existe plusieurs modes d'exécution d'un contrat, le mode choisi doit être celui qui est le moins avantageux pour le demandeur et le moins onéreux pour le défendeur.

[55] Non seulement le juge a commis une erreur en adoptant une démarche fondée sur des prix unitaires pour évaluer les dommages-intérêts, mais en l'absence d'une preuve du préjudice fondée sur une analyse du prix coûtant majoré, il n'a pas adopté la démarche qui aurait été la moins onéreuse pour la défenderesse.

[56] Étant donné que le juge du procès a appliqué les mauvais principes juridiques à l'évaluation des dommages-intérêts, et que le dossier est suffisamment étoffé pour qu'elle puisse trancher la question, notre Cour peut effectuer sa propre évaluation en vertu des règles 62.21(1) et 1.02.1 des *Règles de procédure* du Nouveau Brunswick, Règl. du N.-B. 82-73 : voir les arrêts *Leger c. G & G Carnival Amusements Inc. et autres*, 2015 NBCA 20, [2015] A.N.-B. no 79 (Q.L.), au par. 19; *Johnson c. State Farm Fire and Casualty Company*, 2015 NBCA 4, [2015] A.N.-B. no 13 (QL), aux par. 19 et 20; et *J.H. c. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 R.N.-B. (2e) 388, au par. 11.

[57] Pour le cas où la clause relative au changement dans les conditions du sol s'appliquerait, il ne fait aucun doute qu'il y aurait lieu d'accorder un certain montant au titre des dommages-intérêts. La Province a semblé le reconnaître lorsqu'elle a tenté, au procès, d'évaluer les pertes de Gould. Elle a fait son évaluation en s'appuyant sur : (i) les comptes rendus de chantier quotidiens de Bird, (ii) le témoignage de son propre ingénieur qui était sur le chantier pendant une grande partie de la période pertinente, (iii) la preuve photographique montrant le matériel qui était sur le chantier à différents moments, et (iv) les tarifs de location des machines énoncés dans le *Règlement sur la location de machines*, Règl. du N.-B. 82-113 pris en vertu de la *Loi sur les contrats de construction de la Couronne*. Toutefois, au lieu de tout simplement utiliser l'évaluation que la Province a faite des pertes de Gould, je préfère m'appuyer sur la preuve du préjudice la plus solide qui ait été produite devant le juge du procès, savoir les témoignages de M. Gould et de M. Simpson concernant le fait qu'ils ont échangé des camions et du schiste contre l'utilisation de brise-roche.

[58] M. Gould a témoigné que Gould a pris de l'équipement supplémentaire, savoir des brise-roche, en location de M. Simpson en raison de la présence imprévue de roche ayant une résistance [TRADUCTION] « plus élevée ». M. Gould a nié que si M. Simpson lui a fourni des brise-roche, c'était en échange du schiste extrait, mais il a également témoigné ne pas pouvoir se rappeler si M. Simpson a été payé pour les brise-roche ou de quelle manière il l'aurait été. M. Simpson, par contre, a témoigné avoir fourni les brise-roche ainsi que les opérateurs à Gould en échange du schiste que les camions de Gould ont livré sur le bien-fonds de M. Simpson et pour lequel Gould ne lui a remis aucune facture. M. Simpson a estimé que cet échange était [TRADUCTION] « équitable ». Il a également témoigné que le schiste qui lui a été livré valait 5 $ la tonne (de 3 $ à 4 $ pour la livraison, la roche elle-même n'ayant qu'une valeur de 1 $ à 2 $ la tonne). Au total, si l'on applique les normes de l'industrie afin de convertir le schiste livré en tonnage, la quantité de roche ayant une résistance [TRADUCTION] « plus élevée » qui a été extraite s'est établie au total à 43 022 tonnes. Je souligne que ce chiffre, savoir 43 022 tonnes, repose sur l'hypothèse voulant que la clause relative au changement

dans les conditions du sol s'applique à l'ensemble de la roche ayant une résistance [TRADUCTION] « plus élevée ». Il est manifeste que cette hypothèse favorise Gould, qui a passé son contrat avec Bird en tenant pour acquis que l'excavation d'une partie du sous-sol rocheux nécessiterait l'utilisation de brise-roche mécaniques. Si l'on attribue la valeur de 5 $ la tonne au schiste livré à M. Simpson, le préjudice que Gould a subi s'établit au total à 215 110 $. Je serais donc d'avis d'accorder à Gould des dommages-intérêts de 215 110 $.

VI. L'appel reconventionnel

[59] Bird a formé un appel reconventionnel à l'encontre de la décision du juge du procès de rejeter sa demande au titre de la majoration des coûts, des frais de surveillance, du cautionnement et de l'assurance. Elle prétend que la preuve à l'appui des sommes en question n'a pas été contestée et est donc suffisante pour prouver les prétentions additionnelles. Là encore, bien que je ne sois pas tenu d'examiner l'appel reconventionnel étant donné la façon dont je trancherais l'appel, je choisis de dire que, sur ce point, je serais d'accord avec Bird. Le juge du procès semble ne pas avoir tenu compte du témoignage du directeur de Bird, Durck DeWinter, à cet égard. Comme nous l'avons vu, le fait de ne pas tenir compte d'une preuve non contestée constitue une erreur manifeste et dominante lorsque cette preuve a une incidence sur l'issue du procès. N'eût été la façon dont, à mon avis, l'appel devrait être tranché, j'aurais accueilli l'appel reconventionnel pour les sommes suivantes que j'ai arrondies au dollar :

Clause générale n° 45(1)b) majoration de 5 % :	10 756 $
Surveillance (Clauses générales) pendant 3 semaines	21 544 $
Cautionnements	1 611 $
Assurance	1 611 $
TOTAL :	**35 522 $**

VII. Conclusion

[60] Je suis d'avis d'accueillir l'appel de la Province, d'annuler le jugement, de rejeter l'action et de lui accorder les dépens afférents au procès calculés suivant

l'échelle 3 du Tarif « A » de la règle 59, et selon un montant-clé de 715 000 $. Il s'ensuit que je suis d'avis de rejeter l'appel reconventionnel. Conformément à la Remarque 1 du Tarif « A » de la règle 59, je suis d'avis de condamner les intimées à payer à la Province les dépens afférents à l'appel dont le montant correspond à 40 % du montant jugé payable à titre de dépens afférents au procès.

[61] Depuis l'audition de l'appel, j'ai été nommé à un autre tribunal. En vertu du paragraphe 8(6.1) de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, je peux continuer à exercer les pouvoirs qui me sont conférés en qualité de juge de la Cour d'appel pendant six mois à compter de la date de ma nomination. Pour m'assurer que ce délai sera respecté, je suis d'avis d'ordonner, conformément au par. 24(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, que la version anglaise des présents motifs soit publiée en premier lieu et que la version française soit publiée ultérieurement.