

Winnipeg Condominium Corporation
No. 36 Appellant

v.

Bird Construction Co. Ltd. Respondent

and

Smith Carter Partners Intervener

INDEXED AS: WINNIPEG CONDOMINIUM CORPORATION
NO. 36 v. BIRD CONSTRUCTION CO.

File No.: 23624.

1994: October 12; 1995: January 26.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Torts — Negligence — Economic loss — Building sold by developer after construction — Dangerous defect in building — Defect repaired to prevent serious damage or accident — Liability for cost of repair — Whether or not contractor liable in tort for economic loss to subsequent purchaser.

Winnipeg Condominium Corporation
No. 36 Appelante

c.

Bird Construction Co. Ltd. Intimée

et

Smith Carter Partners Intervenante

RÉPERTORIÉ: WINNIPEG CONDOMINIUM CORPORATION
NO. 36 c. BIRD CONSTRUCTION CO.

Nº du greffe: 23624.

1994: 12 octobre; 1995: 26 janvier.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Responsabilité délictuelle — Négligence — Perte économique — Immeuble vendu par le promoteur après sa construction — Immeuble comportant un vice dangereux — Vice réparé afin de prévenir un préjudice ou un accident grave — Responsabilité à l'égard des frais de réparation — L'entrepreneur est-il responsable, sur le plan délictuel, d'une perte économique envers un acquéreur subséquent?

Un promoteur immobilier a conclu avec l'intimée un contrat en vue de la construction d'un immeuble d'habitation en conformité avec les plans et devis établis par l'intervenante (un cabinet d'architectes). L'intimée a confié les travaux de maçonnerie à un sous-entrepreneur. L'immeuble a été converti en condominium en octobre 1978, lorsque l'appelante est devenue propriétaire subséquente inscrite du terrain et de l'immeuble. En 1982, les administrateurs de l'appelante se sont inquiétés de la maçonnerie constituant le revêtement extérieur de l'immeuble. Ils ont retenu les services des architectes (l'intervenante) et d'un cabinet d'ingénieurs-conseils pour qu'ils inspectent l'immeuble. Les architectes et les ingénieurs se sont dits d'avis que l'armature de l'immeuble était solide. En 1989, une partie du revêtement, d'une hauteur d'un étage, est tombée du neuvième étage de l'immeuble. L'appelante a fait procéder à d'autres inspections qui ont révélé des vices dans l'armature de la maçonnerie. À la suite de ces inspections,

A land developer contracted with respondent to build an apartment building in accordance with plans and specifications prepared by the intervener (an architectural firm). Respondent subcontracted the masonry portion of the work. The building was converted into a condominium in October, 1978, when appellant became the registered subsequent owner of the land and building. In 1982, the appellant's directors became concerned about the masonry work on the exterior cladding of the building. They retained the architects (the intervener) and a firm of consulting engineers to inspect the building. The architects and engineers offered the opinion that the building was structurally sound. In 1989, a storey-high section of the cladding fell from the ninth storey level of the building. The appellant had further inspections undertaken which revealed structural defects in the

masonry work. Following these inspections, the entire cladding was replaced at the appellant's expense.

Appellant commenced an action in negligence against the respondent, the intervenor and the subcontractor. The statement of claim detailed alleged inadequacies in design and workmanship, without assigning specific blame to one defendant or another. Respondent and the subcontractor filed notices of motion for summary judgment and notices of motion to strike the claim as disclosing no reasonable cause of action with the Manitoba Court of Queen's Bench. Both motions were dismissed. Respondent appealed to the Court of Appeal but the subcontractor did not. The appeal was dismissed with respect to the motion for summary judgment but allowed with respect to the motion to strike, and the statement of claim was struck out as against respondent. At issue in this appeal is whether a general contractor responsible for the construction of a building may be held tortiously liable for negligence to a subsequent purchaser of the building, who is not in contractual privity with the contractor, for the cost of repairing defects in the building arising out of negligence in its construction.

Held: The appeal should be allowed.

The Court of Appeal erred in deciding that the costs of repair claimed by appellant are not recoverable economic loss under the law of tort in Canada. The law has now progressed to the point where contractors (as well as subcontractors, architects and engineers) who take part in the design and construction of a building will owe a duty in tort to subsequent purchasers of the building if it can be shown that it was foreseeable that a failure to take reasonable care in constructing the building would create defects that pose a substantial danger to the health and safety of the occupants. Where negligence is established and such defects manifest themselves before any damage to persons or property occurs, they can be held liable for the reasonable cost of repairing the defects and putting the building back into a non-dangerous state.

In coming to its conclusion that the losses claimed by the appellant were not recoverable in tort, the Court of Appeal followed the reasoning of the House of Lords in

le revêtement a été complètement remplacé aux frais de l'appelante.

L'appelante a intenté une action pour négligence contre l'intimée, l'intervenante et le sous-entrepreneur. La déclaration énumérait les prétdus vices dans la conception de l'immeuble et dans l'exécution des travaux, sans toutefois blâmer expressément l'une ou l'autre partie défenderesse. L'intimée et le sous-entrepreneur ont déposé, devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, des avis de motion en vue d'un jugement sommaire et des avis de motion en radiation de la demande pour le motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action raisonnable. Les deux motions ont été rejetées. L'intimée, à la différence du sous-entrepreneur, a interjeté appel devant la Cour d'appel qui a rejeté l'appel quant à la motion en vue d'un jugement sommaire, mais l'a accueilli relativement à la motion en radiation et a radié la déclaration relativement à l'intimée. Il s'agit, en l'espèce, de savoir si l'entrepreneur général chargé de la construction d'un immeuble peut être jugé responsable de négligence en matière délictuelle envers l'acquéreur subséquent de l'immeuble qui n'a aucun lien contractuel avec l'entrepreneur, et être tenu, en conséquence, de rembourser les frais engagés pour réparer les vices de l'immeuble résultant de la négligence dont il a fait preuve en le construisant.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La Cour d'appel a eu tort de conclure que, suivant le droit canadien de la responsabilité délictuelle, les frais de réparation réclamés par l'appelante ne représentent pas une perte économique susceptible de donner lieu à indemnisation. Le droit en est rendu au stade où les entrepreneurs (ainsi que les sous-entrepreneurs, architectes et ingénieurs) qui participent à la conception et à la construction d'un immeuble auront envers les acquéreurs subséquents de celui-ci une obligation en matière délictuelle, s'il est possible de démontrer qu'il était prévisible que l'omission de faire preuve de diligence raisonnable lors de la construction de l'immeuble créerait des vices qui présentent un grave danger pour la santé et la sécurité de ses occupants. Lorsque l'existence de négligence est établie et que ces vices se manifestent avant que ne se produise un préjudice corporel ou matériel, ils peuvent être tenus responsables des frais raisonnables engagés pour réparer les vices et pour remettre l'immeuble dans un état où il ne présente plus de danger.

Pour conclure que les pertes visées par la réclamation de l'appelante ne pouvaient donner lieu à une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle, la Cour

D & F Estates Ltd. v. Church Commissioners for England. That decision should no longer be seen as having strong persuasive authority in Canadian tort law. First, it is inconsistent with recent Canadian decisions recognizing the possibility of concurrent contractual and tortious duties. Second, it is inconsistent with the continued application in Canada of the principles with respect to the recoverability of economic loss in tort established in *Anns v. Merton London Borough Council* and adopted by this Court in *City of Kamloops v. Nielsen*.

The losses claimed by appellant satisfy the two-part test for recoverability of economic loss established in *Anns* and *Kamloops*. First, it is reasonably foreseeable to contractors that, if they design or construct a building negligently and if that building contains latent defects as a result of that negligence, subsequent purchasers of the building may suffer personal injury or damage to other property when those defects manifest themselves. The reasonable likelihood that a defect in a building will cause injury to its inhabitants is also sufficient to ground a contractor's duty in tort to subsequent purchasers of the building for the cost of repairing the defect if that defect is discovered prior to any injury and if it poses a real and substantial danger to the inhabitants of the building. In coming to this conclusion, this Court adopts the reasoning of Laskin J. in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*. If a contractor can be held liable in tort where he or she constructs a building negligently and, as a result of that negligence, the building causes damage to persons or property, it follows that the contractor should also be held liable in cases where the dangerous defect is discovered and the owner of the building wishes to mitigate the danger by fixing the defect and putting the building back into a non-dangerous state. In both cases, the duty in tort serves to protect the bodily integrity and property interests of the inhabitants of the building.

Apart from the logical force of holding contractors liable for the cost of repair of dangerous defects, a strong underlying policy justification also exists for

d'appel a suivi le raisonnement adopté par la Chambre des lords dans l'arrêt *D & F Estates Ltd. c. Church Commissioners for England*. Cet arrêt ne devrait plus être considéré comme fort convaincant dans le droit canadien de la responsabilité délictuelle. Premièrement, il est inconciliable avec de récentes décisions canadiennes qui reconnaissent que des obligations contractuelles et des obligations en matière délictuelle peuvent coexister. Deuxièmement, il est incompatible avec l'application continue, au Canada, des principes régissant la possibilité d'obtenir l'indemnisation d'une perte économique, fondée sur la responsabilité délictuelle, établis dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council* et adoptés par notre Cour dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*.

Les pertes réclamées par l'appelante satisfont au critère à deux volets établi, dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*, pour déterminer la possibilité d'obtenir l'indemnisation d'une perte économique. En premier lieu, un entrepreneur peut raisonnablement prévoir que, s'il fait preuve de négligence dans la conception ou la construction d'un immeuble et si ce bâtiment renferme des vices latents résultant de cette négligence, un acquéreur subséquent de l'immeuble pourra subir des lésions corporelles ou que des dommages pourront être causés à d'autres biens lorsque ces vices se manifesteront. La probabilité raisonnable qu'un vice dans un immeuble causera un préjudice à ses occupants est également suffisante pour que l'entrepreneur ait, envers les acquéreurs subséquents de l'immeuble, l'obligation en matière délictuelle de les indemniser des frais de réparation du vice, si ce vice est découvert avant qu'un préjudice ne soit causé et s'il présente un danger réel et important pour les occupants de cet immeuble. En arrivant à cette conclusion, notre Cour adopte le raisonnement du juge Laskin dans l'affaire *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*. Si un entrepreneur peut voir engager sa responsabilité en matière délictuelle s'il fait preuve de négligence dans la construction d'un immeuble et que, par suite de cette négligence, l'immeuble cause des lésions corporelles ou des dommages matériels, il s'ensuit que sa responsabilité devrait également être engagée dans un cas où le vice dangereux est découvert et où le propriétaire de l'immeuble souhaite atténuer le danger en réparant ce vice et en remettant l'immeuble dans un état où il ne présente plus de danger. Dans l'un et l'autre cas, l'obligation en matière délictuelle sert à protéger l'intégrité physique ainsi que les intérêts matériels des occupants de l'immeuble.

Outre l'importance logique de tenir les entrepreneurs responsables des frais de réparation de vices dangereux, il existe une solide raison de principe d'imposer la res-

imposing liability in these cases. Maintaining a bar against recoverability for the cost of repair of dangerous defects provides no incentive for plaintiffs to mitigate potential losses and tends to encourage economically inefficient behaviour. Allowing recovery against contractors in tort for the cost of repair of dangerous defects thus serves an important preventative function by encouraging socially responsible behaviour.

The present case is distinguishable on a policy level from cases where the workmanship is merely shoddy or substandard but not dangerously defective. Tort law serves to encourage the repair of dangerous defects and thereby to protect the bodily integrity of inhabitants of buildings. By contrast, cases of shoddy or substandard workmanship bring into play the questions of quality of workmanship and fitness for purpose. These questions did not arise here. Accordingly, if respondent is found negligent at trial, appellant would be entitled to recover the reasonable cost of putting the building into a non-dangerous state but not the cost of any repairs that would serve merely to improve the quality, and not the safety, of the building.

Second, there are no policy considerations which are sufficiently compelling to negate the duty. There is no risk of liability to an indeterminate class because the potential class of claimants is limited to the very persons for whom the building is constructed: the inhabitants of the building. There is no risk of liability in an indeterminate amount because the amount of liability will always be limited by the reasonable cost of repairing the dangerous defect in the building and restoring that building to a non-dangerous state. There is little risk of liability for an indeterminate time because the contractor will only be liable for the cost of repair of dangerous defects during the useful life of the building. Practically speaking, the period in which the contractor may be exposed to liability for negligence will be much shorter than the full useful life of the building. With the passage of time, it will become increasingly difficult for owners of a building to prove at trial that any deterioration in the building is attributable to the initial negligence of the contractor and not simply to the inevitable wear and tear suffered by every building. Finally, given the fact that a subsequent purchaser is not the best placed to bear the risk of the emergence of latent defects, the doctrine of

ponsabilité dans ces cas. Le maintien de l'impossibilité d'obtenir l'indemnisation des frais de réparation de vices dangereux n'incite aucunement les parties demanderesses à alléger les pertes éventuelles et tend à encourager un comportement économiquement inefficace. Donc, permettre qu'un entrepreneur puisse être poursuivi en matière délictuelle pour le paiement des frais de réparation de vices dangereux joue un rôle de prévention important en encourageant une conduite socialement responsable.

La présente affaire peut se distinguer, en principe, des cas où l'exécution des travaux est simplement de mauvaise qualité ou inférieure à la norme, mais ne comporte aucun vice dangereux. Le droit de la responsabilité délictuelle sert à encourager la réparation des vices dangereux et, partant, à protéger l'intégrité physique des occupants d'immeubles. Par contre, les cas où l'exécution des travaux est de mauvaise qualité ou inférieure à la norme soulèvent des questions de qualité de l'exécution des travaux et d'adaptation à la destination. Ces questions ne se posent pas en l'espèce. Donc, si l'intimée était jugée négligente en première instance, l'appelante aurait droit à l'indemnisation des frais raisonnables engagés pour mettre l'immeuble dans un état où il ne présente aucun danger, mais non à l'indemnisation des frais des réparations qui ne serviraient qu'à améliorer l'immeuble sur le plan qualitatif, mais non sur celui de la sécurité.

En second lieu, il n'y a pas de considérations de principe suffisamment sérieuses pour annuler l'obligation. Il n'y a pas de risque de responsabilité envers une catégorie indéterminée, parce que la catégorie de demandeurs éventuels se limite aux personnes mêmes pour lesquelles l'immeuble est construit, soit ses occupants. Il n'existe aucun risque de responsabilité pour un montant indéterminé puisque le montant de la responsabilité sera toujours limité par ce qu'il en coûte raisonnablement pour réparer le vice dangereux que comporte l'immeuble et pour remettre cet immeuble dans un état où il ne présente plus de danger. Il y a peu de risque de responsabilité pour une période indéterminée puisque l'entrepreneur ne sera responsable des frais de réparation des vices dangereux que pendant la vie utile de l'immeuble. Du point de vue pratique, la période au cours de laquelle l'entrepreneur peut voir engager sa responsabilité pour négligence sera beaucoup plus courte que la vie utile de l'immeuble. Les propriétaires d'un immeuble éprouveront, au fil des ans, de plus en plus de difficulté à établir au procès qu'une détérioration de leur immeuble est attribuable à la négligence initiale de l'entrepreneur et non pas simplement à l'usure inévitable que

caveat emptor should not serve to negate a contractor's duty in tort to subsequent purchasers.

Cases Cited

Considered: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 206; *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; **not followed:** *D & F Estates Ltd. v. Church Commissioners for England*, [1988] 2 All E.R. 992; *Murphy v. Brentwood District Council*, [1990] 2 All E.R. 908; **referred to:** *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Dutton v. Bognor Regis Urban District Council*, [1972] 1 Q.B. 373; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122; *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259; *Attorney General for Ontario v. Fatehi*, [1984] 2 S.C.R. 536; *Terlinde v. Neely*, 271 S.E.2d 768 (1980); *Drexel Properties, Inc. v. Bay Colony Club Condominium, Inc.*, 406 So.2d 515 (1981); *Bowen v. Paramount Builders (Hamilton) Ltd.*, [1977] 1 N.Z.L.R. 394; *Bryan v. Moloney*, Sup. Ct. Tasmania, No. A77/1993, October 6, 1993; *Lempke v. Dagenais*, 547 A.2d 290 (1988); *Richards v. Powercraft Homes, Inc.*, 678 P.2d 427 (1984); *Fraser-Reid v. Droumtsekas*, [1980] 1 S.C.R. 720; *Ultramar Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Aronsohn v. Mandara*, 484 A.2d 675 (1984); *Podkrižnik v. Schwede*, [1990] 4 W.W.R. 220; *Vaughan v. Warner Communications Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Quebec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1442,

2118-2120.

Court of Queen's Bench Rules, Man. Reg. 553/88, Rules 20.01, 25.11.

Authors Cited

Barrett, Sidney R., Jr. "Recovery of Economic Loss in Tort for Construction Defects: A Critical Analysis" (1989), 40 *S.C. L. Rev.* 891.

subit n'importe quel bâtiment. Enfin, étant donné que ce n'est pas l'acquéreur subséquent qui est le mieux placé pour assumer le risque que des vices latents ne se manifestent, la règle *caveat emptor* ne devrait pas servir à annuler l'obligation en matière délictuelle qu'a l'entrepreneur envers les acquéreurs subséquents.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 206; *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; **arrêts non suivis:** *D & F Estates Ltd. c. Church Commissioners for England*, [1988] 2 All E.R. 992; *Murphy c. Brentwood District Council*, [1990] 2 All E.R. 908; **arrêts mentionnés:** *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Dutton c. Bognor Regis Urban District Council*, [1972] 1 Q.B. 373; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259; *Procureur général de l'Ontario c. Fatehi*, [1984] 2 R.C.S. 536; *Terlinde c. Neely*, 271 S.E.2d 768 (1980); *Drexel Properties, Inc. c. Bay Colony Club Condominium, Inc.*, 406 So.2d 515 (1981); *Bowen c. Paramount Builders (Hamilton) Ltd.*, [1977] 1 N.Z.L.R. 394; *Bryan c. Moloney*, C.S. Tasmanie, no A77/1993, 6 octobre 1993; *Lempke c. Dagenais*, 547 A.2d 290 (1988); *Richards c. Powercraft Homes, Inc.*, 678 P.2d 427 (1984); *Fraser-Reid c. Droumtsekas*, [1980] 1 R.C.S. 720; *Ultramar Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Aronsohn c. Mandara*, 484 A.2d 675 (1984); *Podkrižnik c. Schwede*, [1990] 4 W.W.R. 220; *Vaughan c. Warner Communications Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1442, 2118 à 2120.

Règles de la Cour du Banc de la Reine, règl. du Man. 553/88, règles 20.01, 25.11.

Doctrine citée

Barrett, Sidney R., Jr. «Recovery of Economic Loss in Tort for Construction Defects: A Critical Analysis» (1989), 40 *S.C. L. Rev.* 891.

Cooke, Sir Robin. "An Impossible Distinction" (1991), 107 *L.Q. Rev.* 46.

Feldthusen, Bruce. "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356.

Jobin, Pierre-Gabriel. *La vente dans le Code civil du Québec*. Cowansville: Yvon Blais, 1993.

Osborne, Philip H. "A Review of Tort Decisions in Manitoba 1990-1993", [1993] *Man. L.J.* 191.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1993), 85 Man. R. (2d) 81, 41 W.A.C. 81, 101 D.L.R. (4th) 699, 15 C.C.L.T. (2d) 1, 6 C.L.R. (2d) 1, [1993] 5 W.W.R. 673, striking out a statement of claim on allowing an appeal from a judgment of Galanchuk J. (1992), 84 Man. R. (2d) 23, dismissing an application to strike out or alternatively for summary judgment. Appeal allowed.

Kevin T. Williams and *Paul Forsyth*, for the appellant.

Sidney Green, Q.C., and *Murdoch MacKay, Q.C.*, for the respondent.

David I. Marr and *Roger B. King, Q.C.*, for the intervener Smith Carter Partners.

The judgment of the Court was delivered by

Cooke, Sir Robin. «An Impossible Distinction» (1991), 107 *L.Q. Rev.* 46.

Feldthusen, Bruce. «Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow» (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356.

Jobin, Pierre-Gabriel. *La vente dans le Code civil du Québec*. Cowansville: Yvon Blais, 1993.

Osborne, Philip H. «A Review of Tort Decisions in Manitoba 1990-1993», [1993] *R.D. Man.* 191.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1993), 85 Man. R. (2d) 81, 41 W.A.C. 81, 101 D.L.R. (4th) 699, 15 C.C.L.T. (2d) 1, 6 C.L.R. (2d) 1, [1993] 5 W.W.R. 673, qui a radié une déclaration en accueillant un appel contre un jugement du juge Galanchuk (1992), 84 Man. R. (2d) 23, qui avait rejeté une demande de radiation ou, subsidiairement, de jugement sommaire. Pourvoi accueilli.

Kevin T. Williams et *Paul Forsyth*, pour l'appelante.

Sidney Green, c.r., et *Murdoch MacKay, c.r.*, pour l'intimée.

David I. Marr et *Roger B. King, c.r.*, pour l'intervenante Smith Carter Partners.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST — L'entrepreneur général chargé de la construction d'un immeuble peut-il être jugé responsable de négligence en matière délictuelle envers l'acquéreur subséquent de l'immeuble qui n'a aucun lien contractuel avec l'entrepreneur, et être tenu, en conséquence, de rembourser les frais engagés pour réparer les vices de l'immeuble résultant de la négligence dont il a fait preuve en le construisant? Telle est la question posée dans une motion en vue d'un jugement sommaire et une motion en radiation d'une demande pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action raisonnable, qui ont été présentées au juge Galanchuk de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba en vertu des règles 20.01 et 25.11 des *Règles de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba*, règl. du Man. 553/88. Le juge Galanchuk a rejeté ces motions, mais la Cour d'appel du Mani-

able in the circumstances, and hence that the claim did not disclose a reasonable cause of action.

For reasons that will appear, I do not, with respect, share the views of the Court of Appeal; I agree with Galanchuk J. that the action should proceed to trial. The facts as set out before Galanchuk J. are contained in the appellant's amended statement of claim, the respondent's statement of defence and notice of motion. These facts are as follows.

Facts

On April 19, 1972, a Winnipeg land developer, Tuxedo Properties Co. Ltd. ("Tuxedo"), entered into a contract ("the General Contract") with a general contractor, Bird Construction Co. Ltd. ("Bird"), for the construction of a 15-storey, 94-unit apartment building. In the General Contract, Bird undertook to construct the building in accordance with plans and specifications prepared by the architectural firm of Smith Carter Partners ("Smith Carter"), with whom Tuxedo also had a contract. On June 5, 1972, Bird entered into a subcontract with a masonry subcontractor, Kornovski & Keller Masonry Ltd. ("Kornovski & Keller"), under which the latter undertook to perform the masonry portion of the work specified under the General Contract. The work called for by the General Contract commenced in April, 1972 and the building was substantially completed by December, 1974.

The building was initially built and used as an apartment block, but was converted into a condominium in October, 1978, when Winnipeg Condominium Corporation No. 36 ("the Condominium Corporation") became the registered owner of the land and building. The facts surrounding the conversion were a subject of dispute between the parties, but during oral argument the appellant conceded for the purposes of this appeal that the

toba a accueilli l'appel interjeté contre cette décision et a radié la demande contre l'entrepreneur pour le motif qu'elle visait à obtenir des dommages-intérêts pour une perte économique qui ne pouvait pas donner lieu à indemnisation dans les circonstances, et que la demande ne révélait donc pas une cause d'action raisonnable.

Pour les raisons exposées ci-après, je ne puis en toute déférence souscrire à l'opinion de la Cour d'appel; je conviens avec le juge Galanchuk que l'action devrait être instruite en première instance. Les faits énoncés devant le juge Galanchuk figurent dans la déclaration modifiée de l'appelante ainsi que dans la défense et l'avis de motion de l'intimée. Ces faits sont les suivants.

Les faits

Le 19 avril 1972, un promoteur immobilier de Winnipeg, Tuxedo Properties Co. Ltd. («Tuxedo»), a conclu avec l'entrepreneur général Bird Construction Co. Ltd. («Bird») un contrat (le «contrat général») en vue de la construction d'un immeuble d'habitation de 15 étages dans lequel seraient aménagés 94 appartements. Bird s'engageait, dans le contrat général, à construire l'immeuble en conformité avec les plans et devis établis par le cabinet d'architectes Smith Carter Partners («Smith Carter»), avec lequel Tuxedo avait également signé un contrat. Le 5 juin 1972, Bird a passé avec un sous-entrepreneur en maçonnerie, Kornovski & Keller Masonry Ltd. («Kornovski & Keller»), un contrat de sous-traitance aux termes duquel celui-ci s'engageait à effectuer les travaux de maçonnerie que prévoyait le contrat général. Les travaux visés au contrat général ont commencé en avril 1972 et la construction de l'immeuble était essentiellement achevée en décembre 1974.

Initialement destiné à la location et effectivement utilisé à cette fin, l'immeuble a été converti en condominium en octobre 1978, lorsque la Winnipeg Condominium Corporation No. 36 (la «société condominiale») est devenue propriétaire inscrite du terrain et de l'immeuble. Les parties étaient en désaccord quant aux faits entourant la conversion, mais au cours des plaidoiries, l'appelante a reconnu, pour les fins du présent pourvoi,

Condominium Corporation was a subsequent owner of the building and was not the alter ego of the original owner. I shall accordingly deal with the appeal on the assumption that this was indeed the case.

In 1982, the Board of Directors of the Condominium Corporation became concerned about the state of the exterior cladding of the building (consisting of 4-inch thick slabs of stone), which had been installed by the subcontractor, Kornovski & Keller. The directors observed that some of the mortar had broken away and that cracks were developing in the stone work. As a result of these concerns, the Condominium Corporation retained a firm of structural engineers and the original architects, Smith Carter, to inspect the building. The engineers and Smith Carter recommended some minor remedial work but offered the opinion that the stonework on the building was structurally sound. The remedial work, costing \$8,100, was undertaken at the Condominium Corporation's expense in 1982.

On May 8, 1989, a storey-high section of the cladding, approximately twenty feet in length, fell from the ninth storey level of the building to the ground below. The Condominium Corporation retained engineering consultants who conducted further inspections. Following these inspections, the Condominium Corporation had the entire cladding removed and replaced at a cost in excess of \$1.5 million.

An action was commenced in negligence by the Condominium Corporation against Bird, Smith Carter and Kornovski & Keller. The Condominium Corporation, in its statement of claim, detailed alleged inadequacies in design and workmanship, without assigning specific blame to one defendant or another. Bird responded by filing a notice of motion for summary judgment and a motion to strike the Condominium Corporation's claim as disclosing no reasonable cause of action with the Manitoba Court of Queen's Bench. Galanchuk J. heard the motions, along with a similar one by the subcontractor. Smith Carter did not bring a motion of its own, but appeared and was allowed to sup-

que la société condominiale était un propriétaire subséquent de l'immeuble et non pas l'alter ego de la première propriétaire. Je vais donc examiner le pourvoi en tenant pour acquis qu'il en était effectivement ainsi.

En 1982, le conseil d'administration de la société condominiale s'est inquiété de l'état du revêtement extérieur de l'immeuble (composé de plaques de pierre de quatre pouces d'épaisseur) qu'avait installé le sous-entrepreneur Kornovski & Keller. Les administrateurs ont constaté que le mortier s'était détaché par endroits et que des fissures commençaient à apparaître dans le revêtement de pierre. En raison de ces inquiétudes, la société condominiale a retenu les services d'un cabinet d'ingénieurs de structure ainsi que ceux du cabinet d'architectes initial Smith Carter, pour qu'ils inspectent l'immeuble. Les ingénieurs et Smith Carter ont recommandé certaines réparations mineures, mais se sont dits d'avis que l'armature de la maçonnerie était solide. Les réparations ont été effectuées en 1982 et la société condominiale en a assumé le coût de 8 100 \$.

Le 8 mai 1989, une partie du revêtement, d'une hauteur d'un étage et d'une vingtaine de pieds de longueur, s'est détachée du neuvième étage de l'immeuble et est tombée sur le sol. La société condominiale a retenu les services d'ingénieurs-conseils qui ont procédé à d'autres inspections, à la suite desquelles la société a fait remplacer complètement le revêtement au coût de plus de 1,5 million de dollars.

La société condominiale a intenté une action pour négligence contre Bird, Smith Carter et Kornovski & Keller. Dans sa déclaration, la société condominiale a énuméré les prétendus vices dans la conception de l'immeuble et dans l'exécution des travaux, sans toutefois blâmer expressément l'une ou l'autre partie défenderesse. Bird a répondu en déposant, devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, une motion en vue d'un jugement sommaire et une motion en radiation de la demande de la société condominiale pour le motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action raisonnable. Le juge Galanchuk a entendu les motions en même temps qu'une motion similaire de la part du

port the motions of its co-defendants. Both motions were dismissed. Bird appealed to the Court of Appeal but the subcontractor did not. The appeal was dismissed with respect to the motion for summary judgment but allowed with respect to the motion to strike and the statement of claim was struck out as against Bird.

Judgments Below

Court of Queen's Bench for Manitoba (1992), 84 Man. R. (2d) 23 (Galanchuk J.)

Galanchuk J. dismissed Bird's motion for summary judgment and its motion to strike the Condominium Corporation's claim as disclosing no reasonable cause of action on the grounds that the Condominium Corporation's claim disclosed a reasonable cause of action and that the issues raised before him were genuine. He observed that the parties had raised real issues of credibility and had introduced conflicting evidence of sufficient complexity to warrant a trial. With respect to Bird's argument that the Condominium Corporation's loss was pure economic loss and therefore not recoverable against Bird, he held that that issue had to be dealt with by a trial judge and that the following question (at p. 28) would have to be answered at trial:

Is there a sufficient degree of foreseeability of harm and proximity of the parties to impose liability in all of the circumstances of this case to warrant the plaintiff's claim for recovery?

Court of Appeal (1993), 85 Man. R. (2d) 81 (Huband J.A., Scott C.J. and Philp J.A. concurring)

The Court of Appeal, we saw, allowed the appeal and struck out the Condominium Corporation's claim as against Bird. Huband J.A., writing for a unanimous court, decided that the expenses incurred by the Condominium Corporation in

sous-entrepreneur. Smith Carter n'a pas présenté elle-même de motion, mais elle a comparu et a été autorisée à appuyer celles de ses codéfenderesses, qui ont toutes les deux été rejetées. Bird, à la différence du sous-entrepreneur, a interjeté appel devant la Cour d'appel qui a rejeté l'appel quant à la motion en vue d'un jugement sommaire, mais l'a accueilli relativement à la motion en radiation et a radié la déclaration relativement à Bird.

Les juridictions inférieures

Cour du Banc de la Reine du Manitoba (1992), 84 Man. R. (2d) 23 (le juge Galanchuk)

Le juge Galanchuk a rejeté la motion de Bird en vue d'un jugement sommaire et sa motion en radiation de la demande de la société condominiale pour le motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action raisonnable, parce que la demande de la société condominiale révélait une cause d'action raisonnable et que les questions dont il était saisi étaient litigieuses. Il a fait remarquer que les parties avaient soulevé de véritables questions de crédibilité et avaient produit des éléments de preuve contradictoires suffisamment complexes pour justifier un procès. Quant à l'argument de Bird selon lequel la perte de la société condominiale était purement économique et, partant, non susceptible d'indemnisation par Bird, il a décidé que la question devait être examinée par un juge de première instance et qu'il faudrait répondre à la question suivante au procès (à la p. 28):

[TRADUCTION] Le préjudice était-il suffisamment prévisible et existait-il entre les parties un lien suffisamment étroit pour qu'il puisse y avoir imputation de responsabilité dans les circonstances de l'espèce et pour que soit justifiée la demande d'indemnisation de la demanderesse?

Cour d'appel (1993), 85 Man. R. (2d) 81 (le juge Huband, aux motifs duquel ont souscrit le juge en chef Scott et le juge Philp)

La Cour d'appel, comme nous l'avons vu, a accueilli l'appel et radié la demande de la société condominiale contre Bird. Le juge Huband a conclu, au nom d'une cour unanime, que les frais engagés par ladite société pour la réparation de

repairing the building were pure economic loss and not recoverable against Bird in tort. In reaching this decision, he found the decision by the House of Lords in *D & F Estates Ltd. v. Church Commissioners for England*, [1988] 2 All E.R. 992, to be directly on point. In that case, the House of Lords ruled that, in the absence of a contractual relationship, the cost of repairing a defective structure, where the defect is discovered before it causes personal injury or physical damage to other property, is not recoverable in negligence by a remote buyer of real property against the original contractor or builder. Applying this reasoning, Huband J.A. observed that, even if Bird's employees, rather than the subcontractor Kornovski & Keller, had affixed the exterior cladding, the Condominium Corporation would not have had a claim in negligence because the damages claimed for the cost of repairing the cladding would still have been purely economic in nature. In support of this conclusion, he quoted with approval the following passage from the reasons of Lord Bridge in *D & F Estates*, at p. 1006:

... liability can only arise if the defect remains hidden until the defective structure causes personal injury or damage to property other than the structure itself. If the defect is discovered before any damage is done, the loss sustained by the owner of the structure, who has to repair or demolish it to avoid a potential source of danger to third parties, would seem to be purely economic. Thus, if I acquire a property with a dangerously defective garden wall which is attributable to the bad workmanship of the original builder, it is difficult to see any basis in principle on which I can sustain an action in tort against the builder for the cost of either repairing or demolishing the wall. No physical damage has been caused. All that has happened is that the defect in the wall has been discovered in time to prevent damage occurring.

¹⁰ Huband J.A. found that the law as stated in *D & F Estates* was consistent with Canadian law. He expressed some concern about the fact that Lord Bridge and Lord Oliver in *D & F Estates* had

l'immeuble constituaient une perte purement économique et n'étaient pas susceptibles d'indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle de Bird. En rendant cette décision, il a jugé directement pertinent l'arrêt de la Chambre des lords *D & F Estates Ltd. c. Church Commissioners for England*, [1988] 2 All E.R. 992, où les lords juges ont statué qu'en l'absence d'un lien contractuel, un acquéreur éloigné ne saurait intenter contre l'entrepreneur ou le constructeur initial une action pour négligence afin de se faire rembourser les frais engagés pour réparer une construction défectueuse lorsque le vice a été découvert avant qu'il ne cause des lésions corporelles ou encore des dommages à un autre bien. Appliquant ce raisonnement, le juge Huband a fait remarquer que, même si c'étaient les employés de Bird, et non pas ceux du sous-entrepreneur Kornovski & Keller, qui avaient installé le revêtement extérieur, la société condominiale n'aurait pas pu intenter une action pour négligence parce que les dommages-intérêts demandés pour les frais de réparation du revêtement auraient tout de même été de nature purement économique. À l'appui de cette conclusion, le juge Huband a cité, en l'approuvant, l'extrait suivant des motifs de lord Bridge dans *D & F Estates*, à la p. 1006:

[TRADUCTION] ... la responsabilité ne peut être engagée que si le vice demeure caché jusqu'à ce que la structure défectueuse cause des lésions corporelles ou encore des dommages à un autre bien que la structure elle-même. Si le vice est découvert avant qu'un dommage ne soit causé, il semblerait que la perte subie par le propriétaire de la structure, qui se voit obligé de la réparer ou de la démolir afin d'écartier un danger éventuel pour des tiers, soit purement économique. Ainsi, si je me porte acquéreur d'un bien-fonds dont le mur du jardin comporte un vice dangereux imputable à la malfaçon du constructeur initial, il est difficile de voir sur quel motif de principe je pourrais me fonder pour intenter contre ce dernier une action délictuelle en remboursement du coût de réparation ou de démolition du mur. Aucun préjudice physique n'a été causé. Il est simplement arrivé que le vice du mur a été découvert à temps pour empêcher un préjudice de survenir.

Le juge Huband a conclu que la règle de droit énoncée dans l'arrêt *D & F Estates* s'accordait avec le droit canadien. Il a dit s'inquiéter quelque peu de ce que, dans cet arrêt, lord Bridge et lord

expressly criticized the earlier decision of the House of Lords in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, in which Lord Wilberforce had set down a two-stage negligence test and had suggested, in an *obiter* passage, that liability might fall upon a contractor in similar circumstances to the case at bar. Huband J.A. observed that the application of the reasoning in *D & F Estates* by Canadian courts may be problematic because *D & F Estates* paved the way for the full repudiation of *Anns* by the Law Lords in *Murphy v. Brentwood District Council*, [1990] 2 All E.R. 908 (H.L.). By contrast, he noted, this Court explicitly declined, in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, to abandon *Anns*.

However, Huband J.A. resolved the problem by deciding that the result in this case would be the same under either the *Anns* or the *Murphy* approach. First, Huband J.A., at p. 90, found that the concept of *caveat emptor* negated any relationship of proximity as defined under the first stage of Lord Wilberforce's two-stage *Anns* approach:

The maxim, *caveat emptor*, operates as between purchaser and vendor. But the very existence of the principle instructs the potential purchaser to rely upon his own investigations, inspections and inquiries, and not to rely upon the fact that the vendor had retained Smith Carter Partners as architects, Bird as general contractor, and that Kornovski & Keller was one of the subcontractors, and since they are reputable firms, the integrity of the building can be safely assumed. The concept of "buyer beware" tells the potential purchaser that if it seeks greater protection than its own investigations, inspections and inquiries provide, it should seek appropriate warranties from the vendor or, if that cannot be bargained, to seek out an insurer to cover anticipated future risks.

Second, Huband J.A., at p. 86, found that the House of Lords in *D & F Estates* had set forth sufficiently compelling policy concerns to justify pre-

Oliver aient critiqué expressément l'arrêt antérieur de la Chambre des lords *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, dans lequel lord Wilberforce avait formulé un critère de négligence à deux volets et avait laissé entendre, dans une remarque incidente, que la responsabilité d'un entrepreneur pourrait être engagée dans des circonstances analogues à celles de la présente affaire. Le juge Huband a fait observer que l'application, par les tribunaux canadiens, du raisonnement de l'arrêt *D & F Estates* pourrait être problématique puisque cet arrêt a ouvert la voie au rejet total de l'arrêt *Anns* par les lords juges dans l'arrêt *Murphy c. Brentwood District Council*, [1990] 2 All E.R. 908 (H.L.). Par contre, a-t-il souligné, notre Cour a explicitement refusé d'abandonner l'arrêt *Anns*, dans l'arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021.

Le juge Huband a toutefois résolu le problème en décidant qu'en l'espèce l'issue serait identique, peu importe que l'on applique la méthode de l'arrêt *Anns* ou celle de l'arrêt *Murphy*. Le juge Huband conclut, en premier lieu, à la p. 90, que la notion *caveat emptor* annule tout lien étroit au sens du premier volet du critère énoncé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*:

[TRADUCTION] La maxime *caveat emptor* s'applique entre l'acquéreur et le vendeur. Mais, de par son existence même, ce principe enseigne à l'acheteur éventuel qu'il doit s'en remettre à ses propres investigations, inspections et enquêtes, plutôt que de s'en remettre au fait que le vendeur avait retenu les services des architectes Smith Carter Partners et de l'entrepreneur général Bird, et au fait que Kornovski & Keller était l'un des sous-entrepreneurs, et plutôt que de supposer que la bonne réputation de ces entreprises permet de conclure en toute quiétude que l'immeuble est exempt de vices. La maxime «que l'acheteur prenne garde» enseigne à l'acheteur éventuel que s'il cherche une protection plus étendue que celle résultant de ses propres investigations, inspections et enquêtes, il devrait demander au vendeur les garanties voulues ou, s'il ne peut pas les négocier, demander à un assureur de couvrir les risques futurs prévus.

En deuxième lieu, le juge Huband conclut, à la p. 86, que, dans l'arrêt *D & F Estates*, la Chambre des lords a exprimé des préoccupations de principe

cluding recovery under the second branch of the *Anns* test:

The great debate as to whether the *Anns* case was correctly decided and should be followed, or whether the reasoning in *Murphy* should be preferred will rage on. But in certain cases, I do not think that the difference in approach will yield a difference in result. In the *D & F Estates* case, the House of Lords did in fact consider whether there were factors which should negative, reduce or limit the scope of a duty of care owed by a building contractor to the subsequent lessee of the building, or a limitation on the damages to which a breach of that duty may give rise. The court found that considerations did exist which should limit the remedy. Lord Bridge observed that with respect to defective chattels, economic loss is recoverable in contract by a buyer or hirer of the chattel entitled to the benefit of a relevant warranty of quality, but economic loss is "not recoverable in tort by a remote buyer or hirer of the chattel". Lord Bridge concluded that the same law should apply in the field of real property and this need for consistency should indeed limit the breadth of a remedy for a breach of a duty of care.

suffisamment sérieuses pour justifier d'empêcher l'indemnisation en vertu du second volet du critère de l'arrêt *Anns*:

[TRADUCTION] La grande polémique persistera quant à savoir si l'arrêt *Anns* est juste et devrait être suivi, ou s'il faudrait préférer le raisonnement adopté dans l'arrêt *Murphy*. Mais je ne crois pas que, dans certains cas, ces approches différentes produiront des résultats différents. Dans l'arrêt *D & F Estates*, la Chambre des lords a, en fait, examiné s'il existait des facteurs qui devraient annihiler, réduire ou limiter la portée d'une obligation de diligence qu'un entrepreneur en bâtiments a envers le locataire subséquent de l'immeuble ou s'il y avait des limites quant aux dommages-intérêts pouvant être accordés par suite du manquement à cette obligation. La cour a conclu qu'il existait effectivement des considérations qui devraient limiter la portée de la réparation. Lord Bridge a fait remarquer qu'en ce qui concerne les biens meubles défectueux, l'acheteur ou le locataire ayant droit au bénéfice d'une garantie de qualité pertinente peut, en vertu d'un contrat, se faire indemniser de la perte économique, mais pareille perte «ne permet pas à l'acheteur ou au locataire éloigné du bien meuble d'obtenir une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle». Lord Bridge a conclu que la même règle de droit devrait s'appliquer en matière immobilière et ce besoin d'uniformité devrait effectivement limiter la portée de la réparation accordée pour manquement à une obligation de diligence.

Analysis

12

This case gives this Court the opportunity once again to address the question of recoverability in tort for economic loss. In *Norsk, supra*, at p. 1049, I made reference to an article by Professor Feldthusen in which he outlined five different categories of cases where the question of recoverability in tort for economic loss has arisen ("Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, at pp. 357-58), namely:

1. The Independent Liability of Statutory Public Authorities;
2. Negligent Misrepresentation;
3. Negligent Performance of a Service;

Analyse

En l'espèce, notre Cour a de nouveau l'occasion d'aborder la question de la possibilité d'obtenir l'indemnisation d'une perte économique, fondée sur la responsabilité délictuelle. Dans l'arrêt *Norsk*, précité, à la p. 1049, je me suis référé à un article du professeur Feldthusen où il énumère cinq catégories différentes de cas dans lesquels s'est posée cette même question («Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow» (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, aux pp. 357 et 358). Il s'agit des catégories suivantes:

[TRADUCTION]

1. La responsabilité indépendante des autorités publiques légales;
2. La déclaration inexacte faite par négligence;
3. La prestation négligente d'un service;

4. Negligent Supply of Shoddy Goods or Structures;

5. Relational Economic Loss.

I stressed in *Norsk* that the question of recoverability for economic loss must be approached with reference to the unique and distinct policy issues raised in each of these categories. That is because ultimately the issues concerning recovery for economic loss are concerned with determining the proper ambit of the law of tort, an exercise that must take account of the various situations where that question may arise. This case raises issues different from that in *Norsk*, which fell within the fifth category. The present case, which involves the alleged negligent construction of a building, falls partially within the fourth category, although subject to an important *caveat*. The negligently supplied structure in this case was not merely shoddy; it was dangerous. In my view, this is important because the degree of danger to persons and other property created by the negligent construction of a building is a cornerstone of the policy analysis that must take place in determining whether the cost of repair of the building is recoverable in tort. As I will attempt to show, a distinction can be drawn on a policy level between "dangerous" defects in buildings and merely "shoddy" construction in buildings and that, at least with respect to dangerous defects, compelling policy reasons exist for the imposition upon contractors of tortious liability for the cost of repair of these defects.

Traditionally, the courts have characterized the costs incurred by a plaintiff in repairing a defective chattel or building as "economic loss" on the grounds that costs of those repairs do not arise from injury to persons or damage to property apart from the defective chattel or building itself; see *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189, at p. 1207. For my part, I would find it more congenial to deal directly with

4. La fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité;

5. La perte économique relationnelle.

J'ai souligné, dans l'arrêt *Norsk*, que la question de la possibilité d'obtenir l'indemnisation d'une perte économique doit être abordée en fonction des questions de principe uniques et distinctes qui se posent dans chacune de ces catégories. Cela tient à ce que, en dernière analyse, les questions touchant l'indemnisation d'une perte économique visent à déterminer la juste portée du droit de la responsabilité délictuelle, et il faut, à cette fin, tenir compte des différentes situations dans lesquelles la question peut se poser. Les questions soulevées en l'espèce diffèrent de celles de l'affaire *Norsk*, qui tombaient dans la cinquième catégorie. La présente affaire, qui met en cause la prétendue construction négligente d'un immeuble, relève en partie de la quatrième catégorie, sous réserve toutefois d'une importante restriction. La structure fournie avec négligence en l'espèce était non seulement de mauvaise qualité, mais encore dangereuse. Cela est important, selon moi, parce que la gravité du danger pour les personnes et d'autres biens résultant de la construction négligente d'un immeuble est une pierre angulaire de l'analyse de principe qui doit être effectuée pour déterminer si les frais de réparation de l'immeuble peuvent faire l'objet d'une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle. Comme je vais tenter de le démontrer, une distinction peut être faite, en principe, entre un immeuble qui comporte des vices «dangereux» et une construction qui est simplement «de mauvaise qualité», et, du moins en ce qui concerne les vices dangereux, il existe de sérieuses raisons de principe d'imposer aux entrepreneurs une responsabilité délictuelle pour les frais de réparation de ces vices.

Traditionnellement, les tribunaux ont qualifié de «perte économique» les frais engagés par une partie demanderesse pour réparer un bien meuble ou un bâtiment défectueux, pour le motif que ces frais ne résultent pas de lésions corporelles ou d'un dommage causé à un bien autre que le bien meuble ou le bâtiment défectueux lui-même: voir *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, à la p. 1207. Pour ma part, je préfère-

the policy considerations underlying that classification as was done in an analogous situation in *Dutton v. Bognor Regis Urban District Council*, [1972] 1 Q.B. 373 (C.A.), *per* Denning M.R. (at pp. 396-98), and Sachs L.J. (at pp. 403-4). However, I am content to deal with the issues in the terms in which the arguments were formulated. Adopting this traditional characterization as a convenient starting point for my analysis, I observe that the losses claimed by the Condominium Corporation in the present case fall quite clearly under the category of economic loss. In their statement of claim, the Condominium Corporation claim damages in excess of \$1.5 million from the respondent Bird, the subcontractor Kornovski & Keller and the architects Smith Carter, representing the cost of repairing the building subsequent to the collapse of the exterior cladding on May 8, 1989. The Condominium Corporation is not claiming that anyone was injured by the collapsing exterior cladding or that the collapsing cladding damaged any of its other property. Rather, its claim is simply for the cost of repairing the allegedly defective masonry and putting the exterior of the building back into safe working condition.

14

Although most of the Condominium Corporation's submissions before this Court were directed toward establishing that the costs of repair were recoverable economic loss, counsel for the Condominium Corporation made a subsidiary claim that the losses in question could, in fact, be characterized as damage to property as opposed to pure economic loss. In *D & F Estates, supra*, at pp. 1006-7, Lord Bridge observed, in *obiter*, that:

... it may well be arguable that in the case of complex structures, ... one element of the structure should be regarded for the purpose of the application of the principles under discussion as distinct from another element, so that damage to one part of the structure caused by a hidden defect in another part may qualify to be treated as damage to 'other property'....

rais traiter directement des considérations de principe sous-jacentes à cette catégorisation, comme on l'a fait dans une situation analogue dans l'arrêt *Dutton c. Bognor Regis Urban District Council*, [1972] 1 Q.B. 373 (C.A.), le maître des rôles lord Denning (aux pp. 396 à 398) et le lord juge Sachs (aux pp. 403 et 404). Je me contente toutefois d'examiner les questions litigieuses en fonction des arguments qui ont été formulés. Prenant cette catégorisation traditionnelle comme point de départ pratique pour mon analyse, je fais remarquer que les pertes visées par la réclamation de la société condominiale dans la présente affaire tombent très clairement dans la catégorie de la perte économique. Dans sa déclaration, la société condominiale réclame à l'intimée Bird, au sous-entrepreneur Kornovski & Keller et au cabinet d'architectes Smith Carter des dommages-intérêts de plus de 1,5 million de dollars, représentant le coût des réparations effectuées après que le revêtement extérieur de l'immeuble se fut effondré le 8 mai 1989. La société condominiale ne prétend pas que la chute du revêtement a causé des lésions corporelles à quiconque ou endommagé quelque autre bien lui appartenant. Elle demande plutôt simplement à se faire indemniser des frais engagés pour réparer la maçonnerie qu'elle prétendait défective et pour remettre l'extérieur de l'immeuble dans un état où il ne présenterait plus de danger.

Bien que la plupart des arguments avancés devant notre Cour par la société condominiale aient visé à prouver que les frais de réparation constituaient une perte économique pouvant donner lieu à indemnisation, son avocat a fait valoir subsidiairement que les pertes en question pouvaient, en fait, être considérées comme des dommages causés à des biens, plutôt que comme une perte purement économique. Dans l'arrêt *D & F Estates*, précité, aux pp. 1006 et 1007, lord Bridge fait cette remarque incidente:

[TRADUCTION] ... on pourrait fort bien soutenir que, dans le cas de structures complexes, [...] un élément de la structure devrait être considéré, aux fins de l'application des principes analysés, comme distinct d'un autre élément, de sorte que le dommage causé à une partie de la structure par le vice caché d'une autre partie pourrait être assimilé à un dommage à un «autre bien»....

Counsel for the Condominium Corporation argued that the collapse of the cladding may have been attributable to the negligent installation of certain metal ties. Following the logic suggested by Lord Bridge, counsel argued that the loss suffered was not, in fact, economic loss but, rather, damage to "other property" and thus recoverable under the principles established in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.). In other words, he sought to localize the defect in one part of the structure and to claim that the damage to the rest of the structure was "caused" in some manner by the defect.

I note at the outset that I do not find the Condominium Corporation's argument on this subsidiary point persuasive. In *Murphy, supra*, at pp. 926-28, Lord Bridge reconsidered and rejected the "complex structure" theory he had suggested in *D & F Estates*, criticizing the theory on the following basis (at p. 928):

The reality is that the structural elements in any building form a single indivisible unit of which the different parts are essentially interdependent. To the extent that there is any defect in one part of the structure it must to a greater or lesser degree necessarily affect all other parts of the structure. Therefore any defect in the structure is a defect in the quality of the whole and it is quite artificial, in order to impose a legal liability which the law would not otherwise impose, to treat a defect in an integral structure, so far as it weakens the structure, as a dangerous defect liable to cause damage to 'other property'.

A critical distinction must be drawn here between some part of a complex structure which is said to be a 'danger' only because it does not perform its proper function in sustaining the other parts and some distinct item incorporated in the structure which positively malfunctions so as to inflict positive damage on the structure in which it is incorporated. Thus, if a defective central heating boiler explodes and damages a house or a defective electrical installation malfunctions and sets the house on fire, I see no reason to doubt that the owner of the house, if he can prove that the damage was due to the negligence of the boiler manufacturer in the one case

L'avocat de la société condominiale a fait valoir que la chute du revêtement pouvait avoir été imputable à l'installation négligente de certaines attaches métalliques. Suivant le raisonnement proposé par lord Bridge, l'avocat a soutenu que la perte subie était en fait non pas une perte économique, mais plutôt un dommage causé à un «autre bien», qui pouvait donc donner lieu à indemnisation en vertu des principes établis dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.). En d'autres termes, l'avocat a cherché à situer le vice dans une partie de la structure et à faire valoir que le dommage subi par le reste de la structure a été de quelque manière «causé» par ce vice.

Je souligne, au départ, que l'argument avancé par la société condominiale sur ce point subsidiaire ne me convainc guère. Dans l'arrêt *Murphy*, précité, aux pp. 926 à 928, lord Bridge a réexaminé et rejeté la théorie de la «structure complexe» qu'il avait proposée dans l'arrêt *D & F Estates*, formulant à l'égard de cette théorie la critique suivante (à la p. 928):

[TRADUCTION] En réalité, les éléments structurels de n'importe quel bâtiment forment un tout indivisible dont les différentes parties sont essentiellement interdépendantes. Si une partie de la structure comporte un vice, celui-ci a nécessairement une incidence plus ou moins grande sur chacune des autres parties. Tout vice de la structure compromet donc la qualité de l'ensemble, et il est tout à fait artificiel, dans le but d'imposer une responsabilité que la loi n'imposerait pas par ailleurs, de considérer un vice d'une structure intégrale, dans la mesure où il affaiblit cette structure, comme dangereux et susceptible d'endommager un «autre bien».

Une distinction cruciale doit être faite ici entre une partie quelconque d'une structure complexe que l'on dit «dangereuse» du seul fait qu'elle ne remplit pas bien son rôle de soutien des autres parties, et quelque élément distinct incorporé dans la structure, qui fonctionne indéniablement mal au point de causer des dommages à la structure dans laquelle il est incorporé. Ainsi, si une chaudière défectueuse, dans un système de chauffage central, explose et endommage une maison, ou si une installation électrique défectueuse fonctionne mal et cause un incendie dans la maison, je ne vois aucune raison de douter que le propriétaire des lieux, pour peu qu'il soit en mesure de prouver que les dommages ont résulté de la négligence du fabricant de la chaudière dans le premier cas, ou de l'entrepreneur électricien

or the electrical contractor in the other, can recover damages in tort on *Donoghue v. Stevenson* principles.

I am in full agreement with Lord Bridge's criticisms of the "complex structure" theory. In cases involving the recoverability of economic loss in tort, it is preferable for the courts to weigh the relevant policy issues openly. Since the use of this theory serves mainly to circumvent and obscure the underlying policy questions, I reject the use of the "complex structure" theory in cases involving the liability of contractors for the cost of repairing defective buildings.

dans l'autre cas, peut obtenir une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle selon les principes de l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*.

Je souscris entièrement aux critiques formulées par lord Bridge à l'égard de la théorie de la «structure complexe». Dans les affaires concernant l'indemnisation d'une perte économique, fondée sur la responsabilité délictuelle, il vaut mieux que les tribunaux soupèsent ouvertement les questions de principe pertinentes. Puisque le recours à la théorie de la «structure complexe» sert surtout à contourner et à obscurcir les questions de principe sous-jacentes, je l'écarte dans les affaires mettant en cause la responsabilité des entrepreneurs en ce qui concerne les frais de réparation de bâtiments défectueux.

16 Proceeding on the assumption, then, that the losses claimed in this case are purely economic, the sole issue before this Court is whether the losses claimed by the Condominium Corporation are the type of economic losses that should be recoverable in tort. In coming to its conclusion that the losses claimed by the Condominium Corporation are not recoverable in tort, the Manitoba Court of Appeal, we saw, followed the reasoning of the House of Lords in *D & F Estates*. In that case, the House of Lords found that the cost of repairing a defect in a building is not recoverable in negligence by a successor in title against the original contractor in the absence of a contractual relationship or a special relationship of reliance. I should say that the Court of Appeal might well have come to the same conclusion on the basis of the majority opinion in *Rivtow, supra*, an issue I will take up later. Here I shall dispose of the arguments relating to *D & F Estates*.

Alors si on tient pour acquis que les pertes dont la société condominiale cherche à se faire indemniser en l'espèce sont purement économiques, notre Cour n'a qu'à décider s'il s'agit du type de pertes économiques qui devraient ouvrir droit à l'indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle. Pour conclure que les pertes visées par la réclamation de la société condominiale ne peuvent donner lieu à une telle indemnisation, la Cour d'appel du Manitoba, comme nous l'avons vu, a suivi le raisonnement adopté par la Chambre des lords dans l'affaire *D & F Estates*, où il a été décidé que le détenteur subséquent du titre de propriété ne saurait, en l'absence d'un lien contractuel ou d'une relation de confiance particulière, intenter contre l'entrepreneur une action pour négligence en vue de se faire indemniser des frais engagés pour réparer un vice d'un immeuble. Je devrais dire que la Cour d'appel aurait bien pu parvenir à la même conclusion en se fondant sur l'opinion majoritaire dans l'affaire *Rivtow*, précitée, point sur lequel je reviendrai plus loin. Pour le moment, je vais trancher les arguments relatifs à l'arrêt *D & F Estates*.

17 The facts in *D & F Estates* were as follows. The defendants were the main contractors hired by the owner of a piece of land to construct a block of flats between 1963 and 1965. The contractors hired a sub-contractor to carry out plastering work on the building which, it was later discovered, was

Les faits de l'affaire *D & F Estates* sont les suivants. Les défendeurs étaient les entrepreneurs principaux engagés par le propriétaire d'un terrain pour y construire un immeuble d'habitation entre 1963 et 1965. Les entrepreneurs ont engagé un sous-entrepreneur pour exécuter les travaux de plâ-

performed negligently. In 1965, after the block was completed, the plaintiffs took a 98 year lease on a flat from the owner of the block. In 1980, the plaintiffs discovered that the plaster on the ceilings and on one wall was loose and that some of the plaster had fallen down. The plaintiffs had the remaining plaster hacked off and the areas affected were replastered and redecorated at the plaintiff's expense. The plaintiff sued the original contractor in tort for the cost of the repairs and the estimated cost of future remedial work. At trial, the judge awarded damages against the contractors in respect of cost of the remedial work on the grounds that the contractors had been negligent in supervising the plastering work. The Court of Appeal reversed the trial judge's decision, and the plaintiff appealed to the House of Lords.

The House of Lords dismissed the appeal on two principal grounds. First, they decided that any duty owed by a contractor to a home owner with respect to the quality of construction in a building must arise in contract, and not in tort. They based this conclusion upon a concern that allowing recoverability for the cost of repairing defects in buildings would have the effect of creating a non-contractual warranty of fitness; see *D & F Estates*, at p. 1007.

Second, they decided that a contractor can only be held liable in tort to subsequent purchasers of a building when the contractor's negligence causes physical injury to the purchasers, damage to their other property, or where a special relationship of reliance has developed between the contractor and the purchasers along the lines suggested in *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465. See *D & F Estates*, at p. 1014.

There was no contract between the plaintiff and the defendants in *D & F Estates*, and the Law

trage dans l'immeuble, lesquels, comme on s'en est rendu compte par la suite, ont été exécutés de façon négligente. En 1965, une fois l'immeuble terminé, les demandeurs ont signé avec le propriétaire de l'immeuble un bail de 98 ans pour un appartement. En 1980, les demandeurs ont constaté qu'il y avait du jeu dans le plâtre recouvrant les plafonds et un mur et que du plâtre s'était détaché par endroits. Les demandeurs ont fait enlever le reste du plâtre et les surfaces en question ont été replâtrées et repeintes à leurs frais. Ils ont intenté contre l'entrepreneur initial une action délictuelle en paiement du coût des réparations effectuées et du coût estimatif de réparations futures. En première instance, le juge a condamné les entrepreneurs à payer des dommages-intérêts pour le coût des travaux de réparation, pour le motif qu'ils s'étaient montrés négligents dans la surveillance des travaux de plâtrage. La Cour d'appel ayant confirmé la décision du juge de première instance, la partie demanderesse s'est pourvue devant la Chambre des lords.

La Chambre des lords a rejeté le pourvoi pour deux motifs principaux. En premier lieu, elle a décidé que toute obligation relative à la qualité de la construction d'un immeuble, que peut avoir un entrepreneur envers le propriétaire d'un logement, doit découler d'un contrat plutôt que d'une responsabilité délictuelle. Elle a fondé cette conclusion sur la crainte que permettre l'indemnisation des frais de réparation des vices d'un immeuble ait pour effet de créer une garantie non contractuelle de bon état; voir *D & F Estates*, à la p. 1007.

En deuxième lieu, elle a décidé qu'un entrepreneur ne peut être tenu responsable en matière délictuelle envers les acquéreurs subséquents d'un immeuble que si sa négligence cause des lésions corporelles à ces derniers ou des dommages à d'autres biens leur appartenant, ou s'il s'est développé entre l'entrepreneur et les acquéreurs un rapport de confiance particulier du genre de celui évoqué dans l'arrêt *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465. Voir *D & F Estates*, à la p. 1014.

Dans l'affaire *D & F Estates*, il n'y avait aucun contrat entre la partie demanderesse et les défen-

Lords found no special relationship of reliance on the facts of the case. Accordingly, they reasoned that the cost of repairing defective plaster fell under the category of "pure economic loss". Since the negligence in that case did not result in damage to persons or property, they concluded that the plaintiff could not claim that expense against the contractor. Lord Bridge expressed the conclusion as follows, at p. 1006:

... liability can only arise if the defect remains hidden until the defective structure causes personal injury or damage to property other than the structure itself. If the defect is discovered before any damage is done, the loss sustained by the owner of the structure, who has to repair or demolish it to avoid a potential source of danger to third parties, would seem to be purely economic.

Lord Oliver came to a similar conclusion, at p. 1014:

... such loss is not in principle recoverable in tort unless the case can be brought within the principle of reliance established by *Hedley Byrne*. In the instant case the defective plaster caused no damage to the remainder of the building and in so far as it presented a risk of damage to other property or to the person of any occupant that was remediable simply by the process of removal.

21

Huband J.A. found the reasoning in *D & F Estates* to be compelling and of strong persuasive authority and, on that basis, came to the conclusion that the cost of repair of the defects in the building were not recoverable in tort by the Condominium Corporation against Bird. With respect, I come to a different conclusion. In my view, where a contractor (or any other person) is negligent in planning or constructing a building, and where that building is found to contain defects resulting from that negligence which pose a real and substantial danger to the occupants of the building, the reasonable cost of repairing the defects and putting the building back into a non-dangerous state are recoverable in tort by the occupants. The underlying rationale for this conclusion is that a person who participates in the construction of a large and permanent structure

deurs, et les lords juges n'ont dégagé des faits aucun rapport de confiance particulier. Ils ont donc estimé que les frais de réparation du plâtre défectueux tombaient dans la catégorie de la [TRADUCTION] «perte purement économique». Puisque la négligence dans cette affaire n'avait pas causé de lésions corporelles ni de dommages matériels, ils ont conclu que la partie demanderesse ne pouvait pas réclamer ces frais de l'entrepreneur. Lord Bridge formule ainsi cette conclusion, à la p. 1006:

[TRADUCTION] . . . la responsabilité ne peut être engagée que si le vice demeure caché jusqu'à ce que la structure défectueuse cause des lésions corporelles ou encore des dommages à un autre bien que la structure elle-même. Si le vice est découvert avant qu'un dommage ne soit causé, il semblerait que la perte subie par le propriétaire de la structure, qui se voit obligé de la réparer ou de la démolir afin d'écartier un danger éventuel pour des tiers, soit purement économique.

Lord Oliver tire une conclusion analogue, à la p. 1014:

[TRADUCTION] . . . pareille perte ne peut, en principe, donner lieu à une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle, à moins que ne s'applique le principe de confiance établi dans l'arrêt *Hedley Byrne*. En l'espèce, le plâtre défectueux n'a causé aucun dommage au reste de l'immeuble et, dans la mesure où il présentait un risque de dommage pour d'autres biens ou un risque de lésions corporelles pour un occupant, il suffisait simplement, pour y remédier, de l'enlever.

Le juge Huband a tenu pour impérieux et fort convaincant le raisonnement suivi dans l'arrêt *D & F Estates* et a conclu, pour ce motif, que la société condominiale ne pouvait, par voie d'action délictuelle, se faire indemniser par Bird des frais engagés pour réparer les vices de l'immeuble. En toute déférence, je parviens à une conclusion différente. À mon avis, lorsqu'un entrepreneur (ou toute autre personne) fait preuve de négligence dans la conception ou la construction d'un immeuble, et qu'on découvre dans cet immeuble des vices qui résultent de cette négligence et qui présentent un danger réel et important pour les occupants de l'immeuble, ces derniers peuvent intenter une action délictuelle en indemnisation des frais raisonnables engagés pour réparer les vices et pour remettre l'immeuble dans un état où il ne présente

which, if negligently constructed, has the capacity to cause serious damage to other persons and property in the community, should be held to a reasonable standard of care. Sir Robin Cooke expressed the rationale for this conclusion as follows ("An Impossible Distinction" (1991), 107 *L.Q. Rev.* 46, at p. 70):

The point is simply that, *prima facie*, he who puts into the community an apparently sound and durable structure, intended for use in all probability by a succession of persons, should be expected to take reasonable care that it is reasonably fit for that use and does not mislead. He is not merely exercising his freedom as a citizen to pursue his own ends. He is constructing, exploiting or sanctioning something for the use of others. Unless compelling grounds to the contrary can be made out, and subject to reasonable limitations as to time or otherwise, the natural consequences of failure to take due care should be accepted.

My conclusion that the type of economic loss claimed by the Condominium Corporation is recoverable in tort is therefore based in large part upon what seem to me to be compelling policy considerations. I shall elaborate in more detail upon these later in my reasons. However, before doing so, I think it important to clarify why the *D & F Estates* case should not, in my view, be seen as having strong persuasive authority in Canadian tort law as that law is currently developing. My reasons for coming to this conclusion are twofold: first, to the extent that the decision of the House of Lords in *D & F Estates* rests upon the assumption that liability in tort for the cost of repair of defective houses represents an unjustifiable intrusion of tort into the contractual sphere, it is inconsistent with recent Canadian decisions recognizing the possibility of concurrent contractual and tortious duties; second, to the extent that the *D & F Estates* decision formed part of a line of English cases leading ultimately to the rejection of *Anns*, it is

plus de danger. La raison d'être de cette conclusion est qu'une personne qui participe à la construction d'une grande structure permanente qui, si elle est construite de façon négligente, risque de causer un préjudice grave à d'autres personnes et à d'autres biens dans la collectivité, devrait se voir assujettie à une norme raisonnable de diligence. Sir Robin Cooke explique ainsi cette conclusion («An Impossible Distinction» (1991), 107 *L.Q. Rev.* 46, à la p. 70):

[TRADUCTION] Il reste simplement qu'à première vue on devrait s'attendre à ce que celui qui dote la collectivité d'une structure apparemment solide et durable, destinée, selon toute vraisemblance, à être utilisée successivement par plusieurs personnes, fasse preuve de diligence raisonnable pour que cette structure soit raisonnablement adaptée à cet usage et que personne ne soit induit en erreur à cet égard. Il ne fait pas qu'exercer sa liberté, en tant que citoyen, de poursuivre ses propres fins. Il se trouve à construire, à exploiter ou à sanctionner quelque chose qui est destiné à l'usage d'autrui. En l'absence de motifs sérieux de conclure le contraire et sous réserve de restrictions raisonnables notamment sur le plan des délais, on devrait accepter les conséquences naturelles de l'omission de faire preuve de diligence raisonnable.

Ma conclusion que le type de perte économique dont la société condominiale demande l'indemnisation en l'espèce ouvre effectivement droit à une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle repose en grande partie sur ce qui me semble être de sérieuses considérations de principe, que je préciserais davantage plus loin. Cependant, je crois qu'il importe préalablement d'expliquer pourquoi l'arrêt *D & F Estates* ne devrait pas, selon moi, être considéré comme fort convaincant dans le droit canadien de la responsabilité délictuelle, tel qu'il évolue actuellement. Deux motifs m'incitent à tirer cette conclusion: premièrement, dans la mesure où il repose sur l'hypothèse selon laquelle l'obligation en matière délictuelle de payer les frais de réparation de maisons défectueuses représente un empiétement injustifiable de la responsabilité délictuelle sur le domaine contractuel, l'arrêt *D & F Estates* de la Chambre des lords est inconciliable avec de récentes décisions canadiennes qui reconnaissent que des obligations contractuelles et

inconsistent with this Court's continued application of the principles established in *Anns*.

23

Turning to the first of these reasons, I observe that it is now well-established in Canada that a duty of care in tort may arise coextensively with a contractual duty. In *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, Le Dain J. explained the relationship between tort and contractual duties as follows, at pp. 204-5:

1. The common law duty of care that is created by a relationship of sufficient proximity, in accordance with the general principle affirmed by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, is not confined to relationships that arise apart from contract. Although the relationships in *Donoghue v. Stevenson*, *Hedley Byrne* and *Anns* were all of a non-contractual nature and there was necessarily reference in the judgments to a duty of care that exists apart from or independently of contract, I find nothing in the statements of general principle in those cases to suggest that the principle was intended to be confined to relationships that arise apart from contract. . . . [T]he question is whether there is a relationship of sufficient proximity, not how it arose. The principle of tortious liability is for reasons of public policy a general one.

This is not to say, of course, that a duty in tort arises out of a duty in contract. In *Rafuse*, Le Dain J. made it clear that, although duties in tort and contract may arise concurrently, the duty in tort must arise independently of the contractual duty. He stated, at p. 205:

2. What is undertaken by the contract will indicate the nature of the relationship that gives rise to the common law duty of care, but the nature and scope of the duty of care that is asserted as the foundation of the tortious liability must not depend on specific obligations or duties

des obligations en matière délictuelle peuvent coexister. Deuxièmement, dans la mesure où il s'inscrit dans une suite de décisions anglaises qui ont abouti au rejet de l'arrêt *Anns*, l'arrêt *D & F Estates*, est incompatible avec l'application continue, par notre Cour, des principes établis dans l'arrêt *Anns*.

En ce qui concerne le premier de ces motifs, je fais remarquer qu'il est maintenant bien établi au Canada qu'une obligation de diligence en matière délictuelle et une obligation contractuelle peuvent coexister. Dans l'affaire *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, aux pp. 204 et 205, le juge Le Dain explique ainsi le rapport entre ces deux types d'obligations:

1. L'obligation de diligence en *common law* qui, conformément au principe général énoncé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, résulte de l'existence de rapports suffisamment étroits entre les intéressés, ne se limite pas aux relations qui ne tirent pas leur origine d'un contrat. Bien que les liens dont il s'agissait dans les arrêts *Donoghue v. Stevenson*, *Hedley Byrne* et *Anns* aient été de nature non contractuelle et que l'on ait nécessairement parlé dans les jugements d'une obligation de diligence qui existe indépendamment d'un contrat, je ne vois rien dans les énoncés d'un principe général dans ces arrêts qui laisse entendre que l'application du principe devait se limiter à des liens qui prenaient naissance indépendamment d'un contrat. [. . .] [L]a question est de savoir s'il existe des rapports suffisamment étroits, et non pas de savoir comment ils ont pris naissance. Pour des raisons d'intérêt public, le principe de la responsabilité délictuelle est général.

Cela ne veut pas dire, évidemment, qu'une obligation en matière délictuelle découle d'une obligation contractuelle. Dans l'arrêt *Rafuse*, le juge Le Dain nous explique clairement que, si les obligations contractuelles et celles en matière délictuelle peuvent coexister, l'obligation en matière délictuelle doit prendre naissance indépendamment de l'obligation contractuelle. Voici ce qu'il affirme, à la p. 205:

2. Les engagements stipulés dans le contrat révèlent la nature des liens dont découle l'obligation de diligence en *common law*, mais la nature et la portée de l'obligation de diligence invoquée comme fondement de la responsabilité délictuelle ne doivent pas dépendre d'obliga-

created by the express terms of the contract. It is in that sense that the common law duty of care must be independent of the contract.

For the similar situation under Quebec law, see *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122, *per* L'Heureux-Dubé J., at pp. 165-67.

I emphasize the fact that contractual and tortious duties can arise concurrently in Canadian law because, in my view, the decision in *D & F Estates* was based at least in part upon the assumption that a duty on the part of contractors to take reasonable care in the construction of buildings can only arise in contract. In deciding that the contractor in that case could not be held liable in tort for the cost of repairing the defective plaster, Lord Bridge expressed a concern that the imposition of a tort duty upon a contractor to third parties would be to impose, in effect, a contractual duty in tort. He stated, at p. 1007:

To make [the contractor] so liable would be to impose on him for the benefit of those with whom he had no contractual relationship the obligation of one who warranted the quality of the plaster as regards materials, workmanship and fitness for purpose. I am glad to reach the conclusion that this is not the law.

However, in light of this Court's decision in *Rafuse*, I do not believe that Lord Bridge's concern should preclude conceptualizing Bird's duty in tortious terms. In my view, a contractor's duty to take reasonable care arises independently of any duty in contract between the contractor and the original property owner. The duty in contract with respect to materials and workmanship flows from the terms of the contract between the contractor and home owner. By contrast, the duty in tort with respect to materials and workmanship flows from the contractor's duty to ensure that the building meets a reasonable and safe standard of construction. For my part, I have little difficulty in accepting a distinction between these duties. The

tions ou de devoirs précis créés expressément par le contrat. C'est dans ce sens que l'obligation de diligence en *common law* doit être indépendante du contrat.

Pour la même situation sous le régime du droit québécois, voir l'arrêt *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, le juge L'Heureux-Dubé, aux pp. 165 à 167.

J'insiste sur le fait que les obligations contractuelles et celles en matière délictuelle peuvent coexister en droit canadien parce que, selon moi, l'arrêt *D & F Estates* est fondé, du moins en partie, sur l'hypothèse selon laquelle l'obligation des entrepreneurs de faire preuve de diligence raisonnable dans la construction d'immeubles ne peut découler que d'un contrat. En décidant, dans cette affaire, que l'entrepreneur ne pouvait être tenu responsable en matière délictuelle de payer les frais de réparation du plâtre défectueux, Lord Bridge a dit craindre que l'imposition à l'entrepreneur d'une obligation en matière délictuelle envers les tiers reviendrait, en fait, à lui imposer une obligation contractuelle en matière de responsabilité délictuelle. Il dit, à la p. 1007:

[TRADUCTION] Imposer [à l'entrepreneur] une telle responsabilité reviendrait à lui imposer, au profit de personnes avec lesquelles il n'avait aucun lien contractuel, l'obligation qui incombe à celui qui se porte garant de la qualité du plâtre du point de vue des matériaux, de l'exécution du travail et de l'adaptation à son usage. Je suis heureux de conclure que ce n'est pas là la règle applicable.

Compte tenu toutefois de notre arrêt *Rafuse*, je ne crois pas que l'inquiétude exprimée par lord Bridge devrait nous empêcher d'envisager l'obligation de Bird sous l'angle de la responsabilité délictuelle. À mon avis, l'obligation de l'entrepreneur de faire preuve de diligence raisonnable prend naissance indépendamment de toute obligation contractuelle entre lui et le propriétaire initial. L'obligation contractuelle relativement aux matériaux et à l'exécution du travail découle des conditions du contrat intervenu entre l'entrepreneur et le propriétaire de la maison. Par contre, l'obligation en matière délictuelle à l'égard des matériaux et de l'exécution du travail résulte de l'obligation qu'a l'entrepreneur de veiller à ce que l'immeuble satis-

duty in tort extends only to reasonable standards of safe construction and the bounds of that duty are not defined by reference to the original contract. Certainly, for example, a contractor who enters into a contract with the original home owner for the use of high-grade materials or special ornamental features in the construction of the building will not be held liable to subsequent purchasers if the building does not meet these special contractual standards. However, such a contract cannot absolve the contractor from the duty in tort to subsequent owners to construct the building according to reasonable standards. This is important because, in my view, the unfortunate result of the reasoning in *D & F Estates* is that it leaves subsequent purchasers with no remedy against a contractor who constructs a building with substandard materials or substandard workmanship, and thereby puts subsequent purchasers at considerable risk.

fasse à une norme de construction raisonnable et sûre. Pour ma part, j'ai peu de difficulté à admettre une distinction entre ces obligations. L'obligation en matière délictuelle s'applique seulement aux normes raisonnables de sécurité en matière de construction et les limites de cette obligation ne se définissent pas par référence au contrat initial. Il est certain, par exemple, que l'entrepreneur qui conclut avec le premier propriétaire de la maison un contrat stipulant l'utilisation de matériaux de haute qualité ou d'articles décoratifs spéciaux dans la construction de la maison ne sera pas déclaré responsable envers les acquéreurs subséquents si l'immeuble ne satisfait pas à ces normes particulières prévues au contrat. Ce contrat ne saurait toutefois dégager l'entrepreneur de l'obligation en matière délictuelle qu'il a envers les propriétaires subséquents de construire le bâtiment selon des normes raisonnables. Cela est important parce que, d'après moi, le raisonnement de l'arrêt *D & F Estates* a pour conséquence regrettable que les acquéreurs subséquents se verront sans recours face à l'entrepreneur qui, dans la construction d'un bâtiment, utilise des matériaux de qualité inférieure ou exécute les travaux d'une façon non conforme aux normes, et qui expose ainsi les acquéreurs subséquents à un risque considérable.

26

Thus, the fact that Bird negotiated a contract with Tuxedo, the original owner of the building, does not insulate Bird from a separate duty to the current owners of the building. This duty arises out of the danger created by the work and not the specifications contained in the contract. An analogy can be drawn, in this respect, with this Court's decision in *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 206. In that case, an engineering firm had contracted with the province of British Columbia for the drawing up of specifications for a road building project. There were errors in the specifications and a construction company, which had entered into a contract with the province for the building of the road, sued the engineering firm in tort, alleging negligent misrepresentation. This Court decided that the engineering firm could be held liable to the construction company in the absence of a contract. In so ruling, McLachlin J., at pp. 217-18, had the following to

Donc, le fait que Bird ait négocié un contrat avec Tuxedo, le premier propriétaire de l'immeuble en cause, ne la soustrait pas à une obligation distincte envers les propriétaires actuels de l'immeuble. Cette obligation découle du danger résultant des travaux et non des stipulations du contrat. À cet égard, on peut faire un parallèle avec notre arrêt *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 206, où un cabinet d'ingénieurs avait conclu avec la province de la Colombie-Britannique un contrat pour l'établissement de plans et devis relativement à un projet de construction de route. Les plans et devis comportaient des erreurs et une société de construction, qui avait passé avec la province un contrat pour construire la route, a intenté contre le cabinet d'ingénieurs une action délictuelle pour déclaration inexacte faite par négligence. Notre Cour a décidé que le cabinet d'ingénieurs pouvait être jugé responsable envers la société de construc-

say about the effect of a duty in contract upon any duty owed to third persons in tort:

Another way of putting the argument that the contract terminates the duty of care between the contractor and the engineers, is to say that once the contractor enters into a contract with the province which deals with the matter of design, the contract ousts all tort duties. Where the parties to the contract have themselves defined their obligations by contract, it may be argued that the contract must prevail over a different duty which tort law might impose, on the principle that people are free to determine their own civil rights and responsibilities. Subject to this limitation, however, the presence of a contract does not bar the right to sue in tort: *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12. In this case, the contract is not between the plaintiff and the defendant. Moreover, for the reasons given above, it does not purport to limit the tort duty which is owed by the defendant engineering firm to the contractor. Accordingly, the argument that the parties have defined their obligations by the contract, thereby ousting tort obligations, cannot succeed.

The second reason that the *D & F Estates* decision should not be regarded as strong persuasive authority in the Canadian context is that the approaches taken by English and Canadian courts with respect to the recoverability of economic loss have, in recent years, diverged significantly. The decision by the House of Lords in *D & F Estates* was the penultimate step in a path of reasoning followed by the Law Lords culminating in *Murphy*, where they overruled their earlier decision in *Anns* and re-established a broad bar against recovery for pure economic loss in tort. This is a path this Court has chosen not to follow.

The divergence in approach between this Court and the House of Lords relates in large part to the question whether courts should impose what, in

tion en l'absence d'un contrat. En décidant ainsi, le juge McLachlin dit ceci, aux pp. 217 et 218, concernant l'incidence d'une obligation contractuelle sur toute obligation en matière délictuelle envers des tiers:

Une autre façon d'énoncer l'argument selon lequel le contrat met fin à l'obligation de diligence entre l'entrepreneur et les ingénieurs consiste à affirmer qu'une fois que l'entrepreneur signe avec la province un contrat portant sur la question des plans, ce contrat élimine toutes les obligations en matière délictuelle. Lorsque les parties au contrat ont défini elles-mêmes leurs obligations dans le contrat, on peut soutenir que le contrat doit l'emporter sur une obligation différente que le droit de la responsabilité délictuelle pourrait imposer, en tenant pour acquis que les gens sont libres de déterminer leurs propres droits et responsabilités civils. Sous réserve de cette restriction toutefois, l'existence d'un contrat n'empêche pas d'intenter une action fondée sur la responsabilité délictuelle: *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12. En l'espèce, le contrat n'a pas été conclu entre la partie demanderesse et la partie défenderesse. En outre, pour les motifs susmentionnés, il n'a pas pour objet de limiter l'obligation en matière délictuelle que la partie défenderesse, le cabinet d'ingénieurs, a envers l'entrepreneur. Par conséquent, l'argument selon lequel les parties ont défini leurs obligations au moyen du contrat, éliminant ainsi leurs obligations en matière délictuelle, ne saurait tenir.

La deuxième raison pour laquelle l'arrêt *D & F Estates* ne devrait pas être considéré comme fort convaincant dans le contexte canadien tient à ce qu'au cours des dernières années les points de vue adoptés par les tribunaux anglais et canadiens ont divergé sensiblement en ce qui concerne la possibilité d'obtenir l'indemnisation de pertes économiques. L'arrêt *D & F Estates* de la Chambre des lords représente l'avant-dernière étape d'un cheminement qui a abouti à l'arrêt *Murphy*, dans lequel les lords juges ont renversé leur précédent arrêt *Anns* et rétabli une large interdiction générale de l'indemnisation d'une perte purement économique, fondée sur la responsabilité délictuelle. C'est là une voie que notre Cour a choisi d'éviter.

La divergence des points de vue de notre Cour et de la Chambre des lords se rapporte dans une large mesure à la question de savoir s'il convient

Norsk, I called a “broad exclusionary rule” against recovery for economic loss in tort. In *Norsk*, I discussed the development of the rule against recovery for economic loss in tort at common law and observed that, in its broad formulation, that rule was said to exclude all claims in negligence for pure economic loss in the absence of property loss or personal injury loss (at pp. 1054-61). I then made the following observation, at pp. 1060-61:

A new stage in the development of the law on economic loss opened with the great case of *Hedley Byrne v. Heller, supra*. The speeches of the Law Lords were principally concerned with the problem of liability for negligent words, rather than with the issue of economic loss itself. . . .

Only two of the Lords in *Hedley Byrne*, Lord Hodson and Lord Devlin, dealt specifically with the issue of economic loss. Both rejected the broad exclusionary rule. It was clear that henceforth economic loss was recoverable at least in some circumstances. With *Hedley Byrne* to guide the way, the broad rule came increasingly under attack in a variety of situations during this third phase.

The divergent attacks upon the broad rule after *Hedley Byrne* were synthesized in Lord Wilberforce’s well-known and influential decision in *Anns, supra*, where the House of Lords found a local council liable in negligence to a successor in title for a failure to inspect the negligently constructed foundations of a building to ensure that it complied with local by-laws. In his reasons, at pp. 751-52, Lord Wilberforce rejected the traditional broad exclusionary rule and instead proposed the following general approach to cases involving economic loss in tort:

... the position has now been reached that in order to establish that a duty of care arises in a particular situa-

que les tribunaux imposent ce que j’ai appelé, dans l’arrêt *Norsk*, une «règle d’exclusion de portée générale» interdisant l’indemnisation d’une perte économique, fondée sur la responsabilité délictuelle. Dans l’arrêt *Norsk*, j’ai traité de l’évolution de la règle de common law interdisant l’indemnisation d’une perte économique, fondée sur la responsabilité délictuelle et j’ai fait remarquer qu’on disait que, dans sa formulation générale, cette règle excluait, en l’absence d’un préjudice matériel ou corporel, toute demande fondée sur la négligence visant à obtenir l’indemnisation d’une perte purement économique (aux pp. 1054 à 1061). Je fais ensuite l’observation suivante, aux pp. 1060 et 1061:

La grande affaire *Hedley Byrne c. Heller*, précitée, a marqué le début d’une nouvelle phase de l’évolution du droit en matière de perte économique. Les lords juges se sont principalement intéressés au problème de la responsabilité résultant de paroles négligentes, plutôt qu’à la question de la perte économique elle-même. . . .

Dans l’affaire *Hedley Byrne*, seulement deux des juges, lord Hodson et lord Devlin, ont traité expressément de la question de la perte économique. Tous les deux ont rejeté la règle d’exclusion de portée générale. Il était clair que dorénavant la perte économique pourrait donner lieu à indemnisation au moins dans certaines circonstances. Avec l’arrêt *Hedley Byrne* comme guide, la règle générale a été de plus en plus contestée dans diverses situations pendant cette troisième phase.

Les attaques divergentes lancées contre la règle de portée générale à la suite de l’arrêt *Hedley Byrne* ont été synthétisées dans les motifs bien connus et influents de lord Wilberforce dans l’affaire *Anns*, précitée, où la Chambre des lords a jugé un conseil local responsable envers le détenteur subséquent du titre de propriété parce que le conseil avait fait preuve de négligence en omettant d’inspecter les fondations d’un immeuble, construites de façon négligente, afin de s’assurer qu’elles étaient conformes aux règlements locaux. Lord Wilberforce rejette dans ses motifs, aux pp. 751 et 752, la règle d’exclusion traditionnelle de portée générale et propose de la remplacer par la façon générale suivante d’aborder les cas de perte économique en matière délictuelle:

[TRADUCTION] . . . [les arrêts en question] ont établi le principe selon lequel, lorsqu’il s’agit de prouver qu’il

tion, it is not necessary to bring the facts of that situation within those of previous situations in which a duty of care has been held to exist. Rather the question has to be approached in two stages. First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter — in which case a *prima facie* duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise

Applying this test, Lord Wilberforce came to the conclusion in *Anns*, at pp. 759-60, that the cost of repairing a dangerous defect in a building and putting the building back into a non-dangerous state could, in principle, be characterized as recoverable economic loss in tort. In coming to this conclusion, Lord Wilberforce was influenced by the dissenting opinion of Laskin J. (as he then was) in *Rivtow*, *supra*. In *Rivtow*, a barge charterer who had purchased several defective barge cranes through a distributor brought a claim in negligence against the manufacturer for the cost of repair of two defective cranes installed on one of its barges. The charterer had decided to repair the cranes after one of the cranes on another barge collapsed owing to a failure in the rear legs, killing the crane operator. As a result, the barge had to be taken out of service for repairs in the busiest part of the logging season. The majority in *Rivtow* found that the plaintiff had a valid claim because the manufacturer, having knowledge of the defects in the cranes, had failed to warn the plaintiff about the defects prior to the accident. Accordingly, the majority found the manufacturer liable in tort for the loss of extra profit caused by the manufacturer's failure to warn promptly in a slack period, but explicitly rejected the plaintiff's claim for the cost of repairing the damage to the defective cranes themselves. However, Laskin J., in dissent, took a different approach. While agreeing with the majority that

existe une obligation de diligence dans une situation donnée, il n'est pas nécessaire de démontrer que les faits de cette situation sont semblables aux faits de situations antérieures où il a été jugé qu'une telle obligation existait. Il faut plutôt aborder cette question en deux étapes. En premier lieu, il faut se demander s'il existe, entre l'auteur allégué de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit de proximité ou de voisinage pour que le manque de diligence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne, auquel cas il existe à première vue une obligation de diligence. Si on répond par l'affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s'il existe des facteurs qui devraient annihiler, réduire ou limiter la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages-intérêts pouvant être accordés par suite du manquement à cette obligation

Appliquant ce critère, lord Wilberforce en vient à la conclusion, aux pp. 759 et 760 de l'arrêt *Anns*, que les frais engagés pour réparer un vice dangereux dans un immeuble et remettre ce dernier dans un état où il ne présente plus de danger pouvaient en principe être qualifiés de perte économique susceptible de donner lieu à indemnisation en matière délictuelle. Lord Wilberforce a été influencé en cela par l'opinion dissidente du juge Laskin (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Rivtow*, précité. Dans *Rivtow*, un affréteur de chaland, qui avait acheté à un distributeur plusieurs grues de chaland défectueuses, a intenté contre le fabricant une action fondée sur la négligence en vue de se faire indemniser des frais de réparation de deux grues défectueuses installées sur un de ses chalands. L'affréteur avait décidé de faire réparer les grues après qu'une de celles installées à bord d'un autre chaland se fut effondrée du fait que ses pieds arrière avaient cédé, accident qui avait coûté la vie au grutier. Le chaland a donc dû être mis hors service pour réparations pendant la période la plus active de l'année dans l'industrie du bois. La Cour à la majorité, dans l'affaire *Rivtow*, a conclu au bien-fondé de la réclamation de la demanderesse parce que le fabricant, qui connaissait les défauts des grues, n'en avait pas informé la demanderesse avant l'accident. Par conséquent, la Cour à la majorité a déclaré le fabricant responsable en matière délictuelle du manque à gagner causé par

there had been a breach of a duty to warn, Laskin J. observed that he would also have found the manufacturer liable for the cost of repairing the defective article. He noted that, if the defective crane had caused personal injury or damage to property, then, under the traditional *Donoghue* analysis, the manufacturer would have been liable. He then made the following argument, at p. 1217:

Should it then be any less liable for the direct economic loss to the appellant resulting from the faulty crane merely because the likelihood of physical harm, either by way of personal injury to a third person or property damage to the appellant, was averted by the withdrawal of the crane from service so that it could be repaired?

Lord Wilberforce in *Anns* found Laskin J.'s reasoning persuasive in coming to his own conclusions that the cost of repair for a dangerous defect in a building could be recoverable in tort. He stated, at pp. 759-60:

If classification is required, the relevant damage is in my opinion material, physical damage, and what is recoverable is the amount of expenditure necessary to restore the dwelling to a condition in which it is no longer a danger to the health or safety of persons occupying and possibly (depending on the circumstances) expenses arising from necessary displacement. On the question of damages generally I have derived much assistance from the judgment (dissenting on this point, but of strong persuasive force) of Laskin J. in the Canadian Supreme Court case of *Rivitow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*.

It appears, however, that the decision in *Anns* was the high water mark for recovery of economic loss in tort in England. Subsequently, the Law Lords have retreated from the broad approach to

son omission de prévenir promptement la demanderesse pendant une période creuse, mais elle a expressément rejeté la réclamation par la demanderesse des frais de réparation des grues défectueuses elles-mêmes. Cependant, le juge Laskin, dissident, a adopté un point de vue différent. Tout en convenant avec la Cour à la majorité qu'il y avait eu manquement à l'obligation d'avertir, le juge Laskin a souligné qu'il aurait également déclaré le fabricant responsable des frais de réparation de l'article défectueux. Si, a-t-il fait remarquer, la grue défectueuse avait causé un préjudice corporel ou matériel, la responsabilité du fabricant aurait été alors engagée, selon l'analyse traditionnelle de l'arrêt *Donoghue*. Le juge Laskin pose alors la question suivante, à la p. 1217:

Devrait-elle alors être moins responsable envers l'appelante de la perte économique directe résultant de la grue défectueuse pour le simple motif que la probabilité des dommages physiques, qu'ils soient sous forme de blessures causées à un tiers ou de dommages matériels à l'appelante, a été évitée par le retrait de la grue du service afin de la réparer?

Dans l'affaire *Anns*, lord Wilberforce a jugé convaincant le raisonnement du juge Laskin, en concluant lui-même que les frais de réparation d'un vice dangereux d'un immeuble peuvent faire l'objet d'une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 759 et 760:

[TRADUCTION] S'il faut le catégoriser, le dommage subi est, à mon sens, matériel, et ce qui peut faire l'objet d'une indemnisation est le montant qui a dû être dépensé pour remettre le logement dans un état où il ne présente plus de danger pour la santé ou la sécurité de ses occupants, et peut-être aussi (selon les circonstances) les dépenses résultant de la nécessité de se loger ailleurs. En ce qui concerne la question des dommages-intérêts en général, les motifs (exprimant une dissidence sur ce point, mais fort convaincants) du juge Laskin de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Rivitow Marine Ltd. c. Washington Iron Works* m'ont été d'un grand secours.

Il appert toutefois que l'arrêt *Anns* représente le point culminant en Angleterre pour ce qui est de l'indemnisation d'une perte économique, fondée sur la responsabilité délictuelle. Par la suite, les

recoverability in tort for economic loss suggested by Lord Wilberforce. It is clear that the *D & F Estates* decision played an important part in this retreat. In *D & F Estates*, Lord Oliver, at pp. 1011-12, made the following criticism of the approach adopted by Lord Wilberforce in *Anns*:

... it is, I think now entirely clear that the vendor of a defective building who is also the builder enjoys no immunity from the ordinary consequences of his negligence in the course of constructing the building, but beyond this and so far as the case was concerned with the extent of or limitations on his liability for common law negligence divorced from statutory duty, Lord Wilberforce's observations were, I think, strictly obiter. My Lords, so far as they concern such liability in respect of damage which has actually been caused by the defective structure other than by direct physical damage to persons or other property, I am bound to say that, with the greatest respect to their source, I find them difficult to reconcile with any conventional analysis of the underlying basis of liability in tort for negligence. A cause of action in negligence at common law which arises only when the sole damage is the mere existence of the defect giving rise to the possibility of damage in the future, which crystallises only when that damage is imminent, and the damages for which are measured, not by the full amount of the loss attributable to the defect but by the cost of remedying it only to the extent necessary to avert a risk of physical injury, is a novel concept. Regarded as a cause of action arising not from common law negligence but from breach of a statutory duty, there is a logic in so limiting it as to conform with the purpose for which the statutory duty was imposed, that is to say the protection of the public from injury to health or safety. But there is, on that footing, no logic in extending liability for a breach of statutory duty to cases where the risk of injury is a risk of injury to property only, nor, as it seems to me, is there any logic in importing into a pure common law claim in negligence against a builder the limitations which are directly related only to breach of a particular statutory duty. For my part, therefore, I think the correct analysis, in principle, to be simply that, in a case where no question of breach of statutory duty arises, the builder of a house or other structure is liable at common law for negligence only where actual damage, either to person or to property,

lords juges ont délaissé la façon générale, proposée par lord Wilberforce, d'aborder la possibilité d'obtenir l'indemnisation d'une perte économique, fondée sur la responsabilité délictuelle. Il est évident que l'arrêt *D & F Estates* a joué un rôle important à cet égard. Lord Oliver formule, aux pp. 1011 et 1012 de cet arrêt, la critique suivante relative à la méthode adoptée par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*:

[TRADUCTION] . . . je crois qu'il ne fait plus aucun doute que le vendeur d'un bâtiment défectueux, qui en est aussi le constructeur, ne jouit d'aucune immunité contre les conséquences ordinaires de la négligence dont il a fait preuve dans la construction du bâtiment, mais outre cela et dans la mesure où l'affaire concernait l'étendue ou les limites de la responsabilité du vendeur résultant de sa négligence en common law, considérée indépendamment de l'obligation découlant de la loi, les observations de lord Wilberforce n'étaient, je crois, qu'une opinion incidente. Vos Seigneuries, pour autant que ces observations portent sur la responsabilité à l'égard du dommage qui a effectivement été causé par la structure défectueuse, mais qui ne constitue pas un préjudice subi directement par des personnes ou par d'autres biens, force m'est d'affirmer, en toute déférence pour leur auteur, que je les trouve difficilement conciliaires avec toute analyse conventionnelle du fondement de la responsabilité délictuelle résultant de la négligence. C'est un nouveau concept que celui d'une cause d'action fondée sur la négligence en common law, qui ne prend naissance que dans un cas où l'unique préjudice consiste dans la seule existence du défaut dont résulte la possibilité d'un futur préjudice, et qui se concrétise seulement lorsque ce préjudice est imminent et relativement à laquelle les dommages-intérêts se calculent non pas en fonction de la pleine valeur de la perte imputable au défaut, mais selon ce qu'il en coûte pour y remédier dans la seule mesure nécessaire pour écarter tout risque de préjudice physique. Si cette cause d'action est considérée comme découlant non pas de la négligence en common law, mais du manquement à une obligation légale, il y a une certaine logique à ce que sa portée soit limitée de manière à ce qu'il y ait conformité avec l'objet de l'imposition de l'obligation légale, c'est-à-dire la protection du public contre ce qui peut compromettre sa santé ou sa sécurité. Il n'y a toutefois, dans cette optique, aucune logique à étendre la responsabilité résultant du manquement à une obligation légale aux cas où le risque de préjudice ne porte que sur des biens, et il n'est pas non plus davantage logique, me semble-t-il, d'introduire, dans ce qui constitue purement une action

results from carelessness on his part in the course of construction.

In *D & F Estates*, Lord Bridge also expressed doubts about the *Anns* decision and explicitly rejected Laskin J.'s dissenting reasoning in *Rivtow* in favour of the majority reasoning (at p. 1006).

31

The reasons given by Lord Oliver and Lord Bridge in *D & F Estates* were a signal that the days of the *Anns* test in England were numbered. This became apparent in *Murphy, supra*, where the Law Lords explicitly rejected the two-part test suggested by Lord Wilberforce in *Anns* and restored the traditional broad exclusionary rule against recovery, in the absence of a special relationship of reliance, for pure economic loss in tort. In their reasons in *Murphy*, Lord Keith and Lord Bridge both made it clear that the reasoning in the 1988 *D & F Estates* decision played an influential role in their Lordships' decision to overrule *Anns*. In *Murphy*, Lord Bridge noted, at p. 925, that "the reasoning of the speeches in *D & F Estates* . . . has gone far to question the principles on which the [*Anns*] doctrine rests". Similarly, Lord Keith stated, at p. 923:

In my opinion there can be no doubt that *Anns* has for long been widely regarded as an unsatisfactory decision. In relation to the scope of the duty owed by a local authority it proceeded on what must, with due respect to its source, be regarded as a somewhat superficial examination of principle and there has been extreme difficulty, highlighted most recently by the speeches in the

de common law pour négligence intentée contre le constructeur, les restrictions qui ne se rapportent directement qu'au manquement à une obligation légale particulière. Quant à moi, j'estime donc qu'en principe l'analyse correcte est simplement la suivante: dans un cas où il n'est question d'aucun manquement à une obligation légale, le constructeur d'une maison ou d'une autre structure ne voit engager sa responsabilité pour négligence en common law que si un préjudice — corporel ou matériel — résulte effectivement de son manque de diligence dans la construction.

Dans l'affaire *D & F Estates*, lord Bridge a lui aussi exprimé des doutes concernant l'arrêt *Anns*, et il a explicitement préféré le raisonnement de la majorité au raisonnement dissident du juge Laskin dans l'arrêt *Rivtow* (à la p. 1006).

Les motifs de lord Oliver et de lord Bridge dans l'affaire *D & F Estates* annonçaient, que les jours du critère de l'arrêt *Anns* étaient comptés en Angleterre. Cela est devenu évident dans l'arrêt *Murphy*, précité, où les lords juges ont explicitement rejeté le critère à deux volets proposé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns* et ont rétabli la règle d'exclusion traditionnelle de portée générale interdisant, en l'absence d'un rapport spécial de confiance, l'indemnisation d'une perte purement économique, fondée sur la responsabilité délictuelle. Dans les motifs qu'ils ont rédigés dans l'affaire *Murphy*, lord Keith et lord Bridge ont tous deux précisé que le raisonnement suivi dans l'arrêt *D & F Estates* de 1988 avait influé sur la décision des lords juges de renverser l'arrêt *Anns*. Dans l'arrêt *Murphy*, lord Bridge fait remarquer, à la p. 925, que [TRADUCTION] «le raisonnement des discours tenus dans l'affaire *D & F Estates* [...] met grandement en doute les principes sur lesquels repose le principe [de l'arrêt *Anns*]». De même, lord Keith dit, à la p. 923:

[TRADUCTION] À mon avis, il ne peut y avoir aucun doute que l'arrêt *Anns* est, depuis longtemps, généralement considéré comme insatisfaisant. En ce qui concerne la portée de l'obligation des autorités locales, il est fondé sur ce qui doit, en toute déférence pour le tribunal qui l'a rendu, être considéré comme un examen de principe quelque peu superficiel, et il s'est avéré extrêmement difficile, comme il est ressorti tout récemment des discours tenus dans l'affaire *D & F Estates*, de

D & F Estates case, in ascertaining on exactly what basis of principle it did proceed.

By contrast, in respect of both the appropriate test with regard to the recoverability of economic loss and the recoverability of the cost for repairing dangerous defects, this Court has chosen not to take the path followed by the House of Lords in *D & F Estates* and *Murphy*. In the first place, this Court has not followed the House of Lords in repudiating the two-part test established by Lord Wilberforce in *Anns*. The approach proposed by Lord Wilberforce in *Anns* was adopted by this Court in *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, where Wilson J., at pp. 10-11, suggested the following slightly modified version of the *Anns* test:

- (1) is there a sufficiently close relationship between the parties . . . so that, in the reasonable contemplation of [one person], carelessness on its part might cause damage to [the other] person? If so,
- (2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

Subsequently, the *Anns* approach was employed by this Court in *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259, at pp. 1266, 1285 and, most recently, in *Norsk, supra*, where this Court chose not to follow the Law Lords in retreating from the approach adopted in *Anns* and *Kamloops*. I made this clear in *Norsk*, at p. 1054:

... I fully support this Court's rejection of the broad bar on recovery of pure economic loss in *Rivtow* and *Kamloops*. I would stress again the need to take into account the specific characteristics of each case.

Similarly, McLachlin J., at p. 1155, stated the following in *Norsk*:

I conclude that, from a doctrinal point of view, this Court should continue on the course charted in *Kamloops* rather than reverting to the narrow exclusionary rule as the House of Lords did in *Murphy*.

déterminer exactement sur quel principe l'arrêt *Anns* était en fait fondé.

Par contre, pour ce qui est du critère approprié concernant la possibilité d'obtenir l'indemnisation d'une perte économique et celle d'obtenir l'indemnisation des frais de réparation des défauts dangereux, notre Cour a décidé de ne pas suivre la voie empruntée par la Chambre des lords dans les arrêts *D & F Estates* et *Murphy*. En premier lieu, notre Cour, à la différence de la Chambre des lords, n'a pas rejeté le critère à deux volets établi par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*. La méthode préconisée par lord Wilberforce a été adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, où le juge Wilson propose, aux pp. 10 et 11, cette version légèrement modifiée du critère de l'arrêt *Anns*:

- 1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties [...] pour qu'[une personne ait] pu raisonnablement prévoir que [son] manque de diligence pourrait causer des dommages à [l'autre] personne? Dans l'affirmative,
- 2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

Par la suite, notre Cour a recouru à la méthode de l'arrêt *Anns* dans l'arrêt *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259, aux pp. 1266 et 1285, et tout récemment, dans l'arrêt *Norsk*, précité, où elle a décidé de ne pas suivre les lords juges dans leur abandon de la méthode adoptée dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*. C'est ce que je précise, à la p. 1054 de l'arrêt *Norsk*:

... j'endosse pleinement le rejet par notre Cour de l'interdiction générale de l'indemnisation de la perte purement économique dans les affaires *Rivtow* et *Kamloops*. Je soulignerai de nouveau la nécessité de tenir compte des caractéristiques particulières de chaque cas.

De même, le juge McLachlin tient les propos suivants, à la p. 1155 de l'arrêt *Norsk*:

Je conclus que, du point de vue doctrinal, notre Cour devrait continuer dans la direction fixée dans l'arrêt *Kamloops* plutôt que de revenir à la règle stricte d'exclusion comme l'a fait la Chambre des lords dans l'arrêt *Murphy*.

33

Secondly, in recent years, members of this Court have, in *dicta*, expressed considerable sympathy for Laskin J.'s reasoning in *Rivtow*. In *Kamloops*, Wilson J. observed that the reasoning in *Anns* was more compatible with the reasoning in Laskin J.'s dissent in *Rivtow* than with the majority reasoning. At page 33, she stated:

In any event, the majority judgment of this Court in *Rivtow* stands until such time as it may be reconsidered by a full panel of the Court.

Shortly thereafter, in *Attorney General for Ontario v. Fatehi*, [1984] 2 S.C.R. 536, at pp. 544-45, the Court observed that the law as stated in *Rivtow* was "uncertain" and that "*Rivtow* has been variously applied or rejected by the courts of this country". Finally, in *Norsk*, I had occasion to comment upon Laskin J.'s dissent and stated, at pp. 1067-1068, that "Laskin J.'s concern with safety and the prevention of further damage is justified", and at p. 1065, that:

In Laskin J.'s view, the courts must be careful to avoid giving redress in tort for "safe but shoddy" products. Where the products are unsafe, however, tort may have a role: prevention of threatened harm resulting directly in economic loss should not be treated differently from post-injury treatment.

McLachlin J. made a similar observation, at p. 1161:

One might fasten on the fact that damaging the bridge raised the danger of physical injury to CN's property. CN's property — its trains — were frequently on the bridge and stood to be damaged by an accident involving the bridge. Whether they were in fact damaged is immaterial to the question of proximity. What is important is that this danger indicates a measure of closeness which has traditionally been held to establish the proximity necessary to found liability in tort for pure economic loss. However, to found the decision on this criterion would be to affirm the minority position of Laskin and Hall JJ. in *Rivtow* that danger of physical loss is sufficient to found liability. I note that the majority's

En second lieu, au cours des dernières années, des membres de notre Cour ont, dans des opinions incidentes, manifesté beaucoup de sympathie pour le raisonnement du juge Laskin dans l'affaire *Rivtow*. Dans l'arrêt *Kamloops*, le juge Wilson fait observer que le raisonnement de l'arrêt *Anns* se concilie davantage avec le raisonnement adopté par le juge Laskin dans ses motifs de dissidence dans l'affaire *Rivtow* qu'avec le raisonnement de la Cour à la majorité. Elle affirme, à la p. 33:

De toute façon, cette Cour est liée par le jugement de la majorité dans l'arrêt *Rivtow* jusqu'à ce que la Cour siégeant au complet ait l'occasion de réétudier la question.

Peu après, dans l'arrêt *Procureur général de l'Ontario c. Fatehi*, [1984] 2 R.C.S. 536, aux pp. 544 et 545, notre Cour fait remarquer que le droit énoncé dans *Rivtow* est «incertain» et que «l'arrêt *Rivtow* a été appliqué ou rejeté de diverses manières par les tribunaux canadiens». Enfin, dans l'arrêt *Norsk*, j'ai eu l'occasion de commenter la dissidence du juge Laskin et j'ai affirmé, à la p. 1068, que «le juge Laskin a raison de se soucier de la sécurité et de la prévention d'autres dommages» et, à la p. 1065, que:

Selon le juge Laskin, les tribunaux doivent veiller à ne pas accorder de réparation fondée sur la responsabilité délictuelle pour des produits «sûrs mais de mauvaise qualité». Lorsque les produits ne sont pas sûrs, cependant, la responsabilité délictuelle peut jouer un rôle: la prévention de la menace de préjudice entraînant directement une perte économique ne devrait pas faire l'objet d'un traitement différent de celui dont fait l'objet la perte économique survenant après un préjudice.

Le juge McLachlin fait une observation similaire, à la p. 1161:

On peut s'attacher au fait que les dommages causés au pont ont engendré le danger de causer un préjudice physique aux biens du CN. Les biens du CN — ses trains — empruntaient souvent le pont et risquaient d'être endommagés par un accident impliquant le pont. Le fait qu'ils aient été endommagés ou non est sans rapport avec la question de l'existence d'un lien étroit. Ce qui importe, c'est que ce danger indique un degré de proximité qui a habituellement été retenu pour établir l'existence du lien étroit nécessaire pour établir la responsabilité délictuelle pour perte purement économique. Cependant, fonder la décision sur ce critère reviendrait à entériner la position minoritaire des juges Laskin et Hall dans l'arrêt *Rivtow*,

restriction of recovery of economic loss to the duty to warn has been doubted. Wilson J. in *Kamloops* noted that the problem of concurrent liability in contract and tort may have played a major role in the majority decision in *Rivtow*, and (at p. 34) that "as in the case of *Hedley Byrne*, we will have to await the outcome of a developing jurisprudence around that decision also". MacGuigan J.A. below stated at p. 166: "In my observation, courts will always find sufficient proximity where there is physical danger to the plaintiff's property". However it is not necessary to address that issue in this case since other factors clearly indicate the necessary proximity.

I conclude, therefore, that the *D & F Estates* decision is not of strong persuasive authority in the Canadian context. Accordingly, the question arising in this appeal must be resolved with reference to the test developed in *Anns* and *Kamloops*. I will now proceed, applying this test, to discuss whether the costs of repair claimed by the Condominium Corporation are the type of economic loss that should be recoverable in tort.

Was There a Sufficiently Close Relationship Between the Parties so that, in the Reasonable Contemplation of Bird, Carelessness on its Part Might Cause Damage to a Subsequent Purchaser of the Building such as the Condominium Corporation?

In my view, it is reasonably foreseeable to contractors that, if they design or construct a building negligently and if that building contains latent defects as a result of that negligence, subsequent purchasers of the building may suffer personal injury or damage to other property when those defects manifest themselves. A lack of contractual privity between the contractor and the inhabitants at the time the defect becomes manifest does not make the potential for injury any less foreseeable. Buildings are permanent structures that are commonly inhabited by many different persons over

selon laquelle le danger de préjudice physique est suffisant pour établir la responsabilité. Je souligne que la restriction, par la majorité, de l'indemnisation de la perte économique aux cas où il y avait obligation d'avertir a été mise en doute. Dans l'arrêt *Kamloops*, le juge Wilson a fait observer que le problème de la responsabilité concurrente en matière contractuelle et délictuelle a peut-être joué un rôle important dans l'opinion majoritaire de l'affaire *Rivtow* et (à la p. 34) que, «comme dans l'arrêt *Hedley Byrne*, il nous faudra attendre de voir dans quel sens ira l'évolution de la jurisprudence qui se développe autour de cette décision». Le juge MacGuigan de la Cour d'appel fédérale dit, à la p. 166: «Selon ce que j'ai pu observer, les tribunaux trouveront toujours un lien suffisamment étroit lorsqu'il y a un danger physique à l'égard des biens du demandeur.» Il n'est toutefois pas nécessaire d'aborder cette question en l'espèce vu que d'autres facteurs montrent clairement l'existence du lien étroit nécessaire.

Je conclus donc que l'arrêt *D & F Estates* n'est pas fort convaincant dans le contexte canadien. Par conséquent, la question qui se pose en l'espèce doit être tranchée en fonction du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*. Appliquant ce critère, je vais maintenant examiner si les frais de réparation réclamés par la société condominiale constituent le type de perte économique qui devrait pouvoir donner lieu à indemnisation en matière délictuelle.

Existait-il entre les parties un lien suffisamment étroit pour que Bird eût pu raisonnablement prévoir qu'un manque de diligence de sa part serait susceptible de causer un préjudice à un acquéreur subséquent de l'immeuble, comme la société condominiale?

À mon avis, un entrepreneur peut raisonnablement prévoir que, s'il fait preuve de négligence dans la conception ou la construction d'un immeuble et si ce bâtiment renferme des vices latents résultant de cette négligence, un acquéreur subséquent de l'immeuble pourra subir des lésions corporelles ou que des dommages pourront être causés à d'autres biens lorsque ces vices se manifesteront. L'absence de lien contractuel entre l'entrepreneur et ceux qui occupent l'immeuble au moment où le vice se manifeste ne rend pas moins prévisible le risque de préjudice. Les immeubles

their useful life. By constructing the building negligently, contractors (or any other person responsible for the design and construction of a building) create a foreseeable danger that will threaten not only the original owner, but every inhabitant during the useful life of the building. As noted by the Supreme Court of South Carolina, in *Terlinde v. Neely*, 271 S.E.2d 768 (1980), at p. 770:

The key inquiry is foreseeability, not privity. In our mobile society, it is clearly foreseeable that more than the original purchaser will seek to enjoy the fruits of the builder's efforts. The plaintiffs, being a member of the class for which the home was constructed, are entitled to a duty of care in construction commensurate with industry standards. In the light of the fact that the home was constructed as speculative, the home builder cannot reasonably argue he envisioned anything but a class of purchasers. By placing this product into the stream of commerce, the builder owes a duty of care to those who will use his product, so as to render him accountable for negligent workmanship.

sont des structures permanentes qui sont généralement habitées par bien des personnes différentes au cours de leur vie utile. En construisant l'immeuble de façon négligente, l'entrepreneur (ou toute autre personne responsable de la conception et de la construction d'un immeuble) crée un danger prévisible qui menacera non seulement le premier propriétaire, mais quiconque l'habitera au cours de sa vie utile. Comme l'a fait remarquer la Cour suprême de la Caroline du Sud dans la décision *Terlinde c. Neely*, 271 S.E.2d 768 (1980), à la p. 770:

[TRADUCTION] La question clé est celle de la prévisibilité et non pas celle de l'existence d'un lien contractuel. Dans notre société caractérisée par la mobilité, il est manifestement prévisible que ce n'est pas seulement le premier acquéreur qui cherchera à profiter des fruits du labeur du constructeur. Les demandeurs, en raison de leur appartenance à la catégorie de personnes pour lesquelles la maison a été construite, ont droit à ce que le constructeur soit soumis à une obligation de diligence proportionnée aux normes applicables dans le secteur en question. Comme la maison a été construite à des fins spéculatives, le constructeur ne saurait raisonnablement prétendre avoir envisagé autre chose qu'une catégorie d'acheteurs. Du moment qu'il met ce produit sur le marché, le constructeur a, envers les futurs usagers de son produit, une obligation de diligence qui engage sa responsabilité en cas de travaux d'exécution effectués de façon négligente.

In my view, the reasonable likelihood that a defect in a building will cause injury to its inhabitants is also sufficient to ground a contractor's duty in tort to subsequent purchasers of the building for the cost of repairing the defect if that defect is discovered prior to any injury and if it poses a real and substantial danger to the inhabitants of the building. In coming to this conclusion, I adopt the reasoning of Laskin J. in *Rivtow*, which I find highly persuasive. If a contractor can be held liable in tort where he or she constructs a building negligently and, as a result of that negligence, the building causes damage to persons or property, it follows that the contractor should also be held liable in cases where the dangerous defect is discovered and the owner of the building wishes to mitigate the danger by fixing the defect and putting the building back into a non-dangerous state. In both

Selon moi, la probabilité raisonnable qu'un vice dans un immeuble causera un préjudice à ses occupants est également suffisante pour que l'entrepreneur ait, envers les acquéreurs subséquents de l'immeuble, l'obligation en matière délictuelle de les indemniser des frais de réparation du vice, si ce vice est découvert avant qu'un préjudice ne soit causé et s'il présente un danger réel et important pour les occupants de cet immeuble. En arrivant à cette conclusion, j'adopte le raisonnement du juge Laskin dans l'affaire *Rivtow*, que je trouve fort convaincant. Si un entrepreneur peut voir engager sa responsabilité en matière délictuelle s'il fait preuve de négligence dans la construction d'un immeuble et que, par suite de cette négligence, l'immeuble cause des lésions corporelles ou des dommages matériels, il s'ensuit que sa responsabilité devrait également être engagée dans un cas où

cases, the duty in tort serves to protect the bodily integrity and property interests of the inhabitants of the building. See *Dutton, supra*, at p. 396, *per* Lord Denning M.R.

Apart from the logical force of holding contractors liable for the cost of repair of dangerous defects, there is also a strong underlying policy justification for imposing liability in these cases. Under the law as developed in *D & F Estates* and *Murphy*, the plaintiff who moves quickly and responsibly to fix a defect before it causes injury to persons or damage to property must do so at his or her own expense. By contrast, the plaintiff who, either intentionally or through neglect, allows a defect to develop into an accident may benefit at law from the costly and potentially tragic consequences. In my view, this legal doctrine is difficult to justify because it serves to encourage, rather than discourage, reckless and hazardous behaviour. Maintaining a bar against recoverability for the cost of repair of dangerous defects provides no incentive for plaintiffs to mitigate potential losses and tends to encourage economically inefficient behaviour. The Fourth District Court of Appeal for Florida in *Drexel Properties, Inc. v. Bay Colony Club Condominium, Inc.*, 406 So.2d 515 (1981), at p. 519, explained the problem in the following manner:

Why should a buyer have to wait for a personal tragedy to occur in order to recover damages to remedy or repair defects? In the final analysis, the cost to the developer for a resulting tragedy could be far greater than the cost of remedying the condition.

Woodhouse J. in *Bowen v. Paramount Builders (Hamilton) Ltd.*, [1977] 1 N.Z.L.R. 394, at p. 417, described the problem in similar terms:

It would seem only common sense to take steps to avoid a serious loss by repairing a defect before it will cause

le vice dangereux est découvert et où le propriétaire de l'immeuble souhaite atténuer le danger en réparant ce vice et en remettant l'immeuble dans un état où il ne présente plus de danger. Dans l'un et l'autre cas, l'obligation en matière délictuelle sert à protéger l'intégrité physique ainsi que les intérêts matériels des occupants de l'immeuble. Voir l'arrêt *Dutton*, précité, à la p. 396, le maître des rôles lord Denning.

Outre l'importance logique de tenir les entrepreneurs responsables des frais de réparation de vices dangereux, il existe une solide raison de principe d'imposer la responsabilité dans ces cas. Suivant la règle de droit établie dans les arrêts *D & F Estates* et *Murphy*, le demandeur qui entreprend promptement et d'une façon responsable de réparer un vice avant qu'il ne cause des lésions corporelles ou des dommages matériels doit le faire à ses propres frais. Par contre, le demandeur qui, intentionnellement ou par négligence, permet qu'un vice dégénère en accident peut bénéficier, en droit, des conséquences coûteuses et éventuellement tragiques. Voilà, à mon sens, un principe de droit difficilement justifiable puisqu'il sert à encourager plutôt qu'à décourager un comportement inconsidéré et dangereux. Le maintien de l'impossibilité d'obtenir l'indemnisation des frais de réparation de vices dangereux n'incite aucunement les parties demanderesses à alléger les pertes éventuelles et tend à encourager un comportement économiquement inefficace. Dans l'affaire *Drexel Properties, Inc. c. Bay Colony Club Condominium, Inc.*, 406 So.2d 515 (1981), à la p. 519, la Fourth District Court of Appeal de la Floride explique ainsi le problème:

[TRADUCTION] Pourquoi un acheteur devrait-il avoir à attendre qu'il se produise une tragédie personnelle pour se faire indemniser des frais de réparation des vices? En dernière analyse, une tragédie résultant de ces vices risque de coûter bien plus cher au promoteur que ce qu'il lui aurait fallu payer pour y remédier.

Le juge Woodhouse, dans la décision *Bowen c. Paramount Builders (Hamilton) Ltd.*, [1977] 1 N.Z.L.R. 394, à la p. 417, décrit le problème de façon analogue:

[TRADUCTION] Il semblerait seulement conforme au bon sens que l'on prenne des mesures pour éviter une perte

physical damage; and rather extraordinary if the greater loss when the building fall down could be recovered from the careless builder but the cost of timely repairs could not.

Allowing recovery against contractors in tort for the cost of repair of dangerous defects thus serves an important preventative function by encouraging socially responsible behaviour.

38

This conclusion is borne out by the facts of the present case, which fall squarely within the category of what I would define as a "real and substantial danger". It is clear from the available facts that the masonry work on the Condominium Corporation's building was in a sufficiently poor state to constitute a real and substantial danger to inhabitants of the building and to passers-by. The piece of cladding that fell from the building was a storey high, was made of 4" thick Tyndall stone, and dropped nine storeys. Had this cladding landed on a person or on other property, it would unquestionably have caused serious injury or damage. Indeed, it was only by chance that the cladding fell in the middle of the night and caused no harm. In this light, I believe that the Condominium Corporation behaved responsibly, and as a reasonable home owner should, in having the building inspected and repaired immediately. Bird should not be insulated from liability simply because the current owner of the building acted quickly to alleviate the danger that Bird itself may well have helped to create.

39

Counsel for Bird submitted that, although the Condominium Corporation behaved reasonably in fixing the defects in the masonry, Bird should not be held liable for the cost of repairs the Corporation incurred in fixing the defective masonry. In support of this submission, counsel for Bird relied upon Lord Keith's argument in *Murphy, supra*, that the decision to repair a dangerous defect in a building is analogous to a decision to discard a defective article. In either case, Lord Keith noted,

grave en réparant un vice avant qu'il ne cause un dommage matériel. Il semblerait plutôt exceptionnel que le constructeur négligent puisse être tenu à l'indemnisation de la perte plus grande résultant de l'écroulement de l'immeuble, mais non du coût des réparations effectuées à temps.

Donc, permettre qu'un entrepreneur puisse être poursuivi en matière délictuelle pour le paiement des frais de réparation de vices dangereux joue un rôle de prévention important en encourageant une conduite socialement responsable.

Cette conclusion est étayée par les faits de la présente affaire qui tombent carrément dans la catégorie de ce que j'appellerais un «danger réel et important». Il est évident, d'après les faits qui nous ont été soumis, que la maçonnerie de l'immeuble appartenant à la société condominiale était en assez piètre état pour constituer un danger réel et important pour les occupants de cet immeuble et pour les passants. Le morceau de revêtement qui s'est détaché de l'immeuble était une plaque de pierre de Tyndall de quatre pouces d'épaisseur, d'une hauteur d'un étage, qui est tombée neuf étages plus bas. Nul doute que, si ce morceau de revêtement était tombé sur une personne ou sur un autre bien, il aurait causé un préjudice grave. En fait, ce n'est que par hasard que l'incident s'est produit au milieu de la nuit et qu'aucun préjudice n'a été causé. Dans ces circonstances, je crois que la société condominiale a agi de façon responsable et en propriétaire raisonnable de maison en faisant inspecter et réparer l'immeuble sur-le-champ. Bird ne devrait pas échapper à toute responsabilité du seul fait que la propriétaire actuelle de l'immeuble a agi rapidement pour atténuer le danger que Bird a peut-être bien elle-même contribué à créer.

L'avocat de Bird a fait valoir que, même si la société condominiale a agi raisonnablement en réparant les vices de la maçonnerie, Bird ne devrait pas être tenue responsable des frais de réparation ainsi engagés. L'avocat a invoqué, à l'appui de cet argument, le raisonnement de lord Keith qui a dit, dans l'arrêt *Murphy*, précité, que la décision de réparer un vice dangereux dans un immeuble est analogue à celle de se défaire d'un article défectueux. Dans un cas comme dans l'autre, souligne

at p. 918, the cost of repair cannot be characterized as a recoverable loss because the owner of the defective article may simply discard it and thereby remove the danger:

It is difficult to draw a distinction in principle between an article which is useless or valueless and one which suffers from a defect which would render it dangerous in use but which is discovered by the purchaser in time to avert any possibility of injury. The purchaser may incur expense in putting right the defect, or, more probably, discard the article. In either case the loss is purely economic.

While Lord Keith's argument has some appeal on the basis of abstract logic, I do not believe it is sufficient to preclude imposing liability on contractors for the cost of repairing dangerous defects. The weakness of the argument is that it is based upon an unrealistic view of the choice faced by home owners in deciding whether to repair a dangerous defect in their home. In fact, a choice to "discard" a home instead of repairing the dangerous defect is no choice at all: most home owners buy a home as a long term investment and few home owners, upon discovering a dangerous defect in the home, will choose to abandon or sell the building rather than to repair the defect. Indeed, in most cases, the cost of fixing a defect in a house or building, within the reasonable life of that house or building, will be far outweighed by the cost of replacing the house or buying a new one. This was certainly demonstrated in this case by the fact that the Condominium Corporation incurred costs of over \$1.5 million in repairing the building rather than choosing to abandon or sell the building. I conclude therefore that contractors ought reasonably to foresee that subsequent purchasers of the building will incur expenses to repair dangerous defects created by their negligence during the useful life of the building.

Given the clear presence of a real and substantial danger in this case, I do not find it necessary to consider whether contractors should also in princi-

lord Keith, à la p. 918, les frais de réparation ne sauraient être qualifiés de perte susceptible de donner lieu à indemnisation parce que le propriétaire de l'article défectueux peut simplement s'en défaire et écarter ainsi le danger:

[TRADUCTION] Il est difficile d'établir une distinction de principe entre un article inutile ou sans valeur et un article ayant une défectuosité qui le rendrait dangereux à utiliser mais que l'acheteur découvre à temps pour éviter toute possibilité de blessure. L'acheteur peut engager des frais pour réparer le défaut ou, plus vraisemblablement, il peut se défaire de l'article en question. Dans les deux cas, il s'agit d'une perte purement économique.

Quoique l'argument de lord Keith présente un certain attrait sur le plan de la logique abstraite, je ne le crois pas suffisant pour soustraire un entrepreneur à la responsabilité d'indemniser les frais de réparation de vices dangereux. La faiblesse de cet argument réside dans le fait qu'il se fonde sur une conception irréaliste du choix qu'ont à faire les propriétaires de maison en décidant s'ils répareront un vice dangereux dans leur maison. En fait, le choix de «se défaire» d'une maison au lieu de la réparer n'est absolument pas un choix: la plupart des propriétaires acquièrent leur maison à titre de placement à long terme et rares sont ceux qui, après avoir découvert que leur maison comporte un vice dangereux, choisiront de l'abandonner ou de la vendre plutôt que de réparer le vice en question. Dans la plupart des cas, en effet, il en coûte moins — et de loin — de réparer le vice d'une maison ou d'un immeuble pendant sa vie utile raisonnable que de remplacer ce bâtiment ou d'en acheter un autre. C'est ce qu'a certainement démontré, en l'espèce, le fait que la société condominiale a engagé des frais de plus de 1,5 million de dollars pour réparer l'immeuble en cause plutôt que de l'abandonner ou de le vendre. Je conclus, en conséquence, qu'un entrepreneur devrait raisonnablement prévoir que les acquéreurs subséquents d'un immeuble engageront des dépenses pour réparer des vices dangereux qui résulteront de sa négligence et qui se manifesteront au cours de la vie utile de l'immeuble.

Comme il y avait manifestement un danger réel et important en l'espèce, je ne juge pas nécessaire d'examiner si un entrepreneur devrait en principe

ple be held to owe a duty to subsequent purchasers for the cost of repairing non-dangerous defects in buildings. It was not raised by the parties. I note that appellate courts in New Zealand (in *Bowen, supra*), Australia (*Bryan v. Moloney*, Sup. Ct. Tasmania, No. A77/1993, October 6, 1993) and in numerous American states (e.g., *Lempke v. Dagenais*, 547 A.2d 290 (N.H. Sup. Ct. 1988); *Richards v. Powercraft Homes, Inc.*, 678 P.2d 427 (Ariz. Sup. Ct. 1984) (*en banc*); *Terlinde, supra*) have all recognized some form of general duty of builders and contractors to subsequent purchasers with regard to the reasonable fitness and habitability of a building. In Quebec, it is also now well-established that contractors, subcontractors, engineers and architects owe a duty to successors in title in immovable property for economic loss suffered as a result of faulty construction, design and workmanship (see arts. 1442, 2118-2120 of the *Civil Code of Quebec*, S.Q. 1991, c. 64; Pierre-Gabriel Jobin, *La vente dans le Code civil du Québec* (1993), at pp. 79 and 142). However, it is right to note that from the tone of Dickson J.'s reasons in *Fraser-Reid v. Droumtsekas*, [1980] 1 S.C.R. 720, at pp. 729-31, he would appear to be cool to the idea, though he found it unnecessary to canvass the point. For my part, I would require argument more squarely focused on the issue before entertaining this possibility.

être assujetti également à une obligation envers les acquéreurs subséquents en ce qui concerne les frais de réparation des vices non dangereux d'un immeuble. Ce point n'a pas été soulevé par les parties. Je souligne toutefois que les tribunaux d'appel en Nouvelle-Zélande (dans l'arrêt *Bowen*, précité), en Australie (*Bryan c. Moloney*, C.S. Tasmanie, n° A77/1993, 6 octobre 1993) et dans de nombreux États américains (p. ex., *Lempke c. Dagenais*, 547 A.2d 290 (C.S.N.H. 1988), *Richards c. Powercraft Homes, Inc.*, 678 P.2d 427 (C.S. Ariz. 1984) (*in banco*), *Terlinde*, précité) ont tous reconnu que les constructeurs et les entrepreneurs ont envers tous les acquéreurs subséquents une forme d'obligation générale de garantir qu'un immeuble est raisonnablement en bon état et habitable. Au Québec, il est maintenant bien établi que les entrepreneurs, sous-entrepreneurs, ingénieurs et architectes ont envers les propriétaires successifs d'un bien immeuble une obligation relative à la perte économique résultant de vices de construction et de conception et de malfaçons (voir les art. 1442 et 2118 à 2120 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64; Pierre-Gabriel Jobin, *La vente dans le Code civil du Québec* (1993), aux pp. 79 et 142). Toutefois, il est juste de signaler que, d'après le ton de ses motifs dans l'affaire *Fraser-Reid c. Droumtsekas*, [1980] 1 R.C.S. 720, aux pp. 729 à 731, c'est là une idée à laquelle le juge Dickson n'était pas très réceptif, quoiqu'il n'ait pas estimé nécessaire d'examiner ce point. Pour ma part, il me faudrait une argumentation plus directement axée sur la question pour que je puisse envisager cette possibilité.

Without entering into this question, I note that the present case is distinguishable on a policy level from cases where the workmanship is merely shoddy or substandard but not dangerously defective. In the latter class of cases, tort law serves to encourage the repair of dangerous defects and thereby to protect the bodily integrity of inhabitants of buildings. By contrast, the former class of cases bring into play the questions of quality of workmanship and fitness for purpose. These questions do not arise here. Accordingly, it is sufficient for present purposes to say that, if Bird is found negligent at trial, the Condominium Corporation

Sans me lancer dans un examen de la question, je fais remarquer que la présente affaire peut se distinguer, en principe, des cas où l'exécution des travaux est simplement de mauvaise qualité ou inférieure à la norme, mais ne comporte aucun vice dangereux. Pour ce qui est de cette dernière catégorie, le droit de la responsabilité délictuelle sert à encourager la réparation des vices dangereux et, partant, à protéger l'intégrité physique des occupants d'immeubles. Par contre, la première catégorie de cas soulève des questions de qualité de l'exécution des travaux et d'adaptation à la destination. Ces questions ne se posent pas en l'es-

would be entitled on this reasoning to recover the reasonable cost of putting the building into a non-dangerous state, but not the cost of any repairs that would serve merely to improve the quality, and not the safety, of the building.

I conclude that the law in Canada has now progressed to the point where it can be said that contractors (as well as subcontractors, architects and engineers) who take part in the design and construction of a building will owe a duty in tort to subsequent purchasers of the building if it can be shown that it was foreseeable that a failure to take reasonable care in constructing the building would create defects that pose a substantial danger to the health and safety of the occupants. Where negligence is established and such defects manifest themselves before any damage to persons or property occurs, they should, in my view, be liable for the reasonable cost of repairing the defects and putting the building back into a non-dangerous state.

Are There Any Considerations that Ought to Negate (a) the Scope of the Duty and (b) the Class of Persons to Whom it is Owed or (c) the Damages to which a Breach of it May Give Rise?

There are two primary and interrelated concerns raised by the recognition of a contractor's duty in tort to subsequent purchasers of buildings for the cost of repairing dangerous defects. The first is that warranties respecting quality of construction are primarily contractual in nature and cannot be easily defined or limited in tort. Sidney Barrett, in "Recovery of Economic Loss in Tort for Construction Defects: A Critical Analysis" (1989), 40 S.C.L. Rev. 891, at p. 941, makes this argument in the following terms:

pèce. Il suffit donc, pour les présentes fins, de dire que, si Bird était jugée négligente en première instance, la société condominiale aurait droit, suivant ce raisonnement, à l'indemnisation des frais raisonnables engagés pour mettre l'immeuble dans un état où il ne présente aucun danger, mais non à l'indemnisation des frais des réparations qui ne serviraient qu'à améliorer l'immeuble sur le plan qualitatif, mais non sur celui de la sécurité.

Je conclus que le droit canadien en est rendu au stade où on peut affirmer que les entrepreneurs (ainsi que les sous-entrepreneurs, architectes et ingénieurs) qui participent à la conception et à la construction d'un immeuble auront envers les acquéreurs subséquents de celui-ci une obligation en matière délictuelle, s'il est possible de démontrer qu'il était prévisible que l'omission de faire preuve de diligence raisonnable lors de la construction de l'immeuble créerait des vices qui présentent un grave danger pour la santé et la sécurité de ses occupants. Lorsque l'existence de négligence est établie et que ces vices se manifestent avant que ne se produise un préjudice corporel ou matériel, ils devraient, à mon sens, être responsables des frais raisonnables engagés pour réparer les vices et pour remettre l'immeuble dans un état où il ne présente plus de danger.

Existe-t-il des facteurs qui devraient annihiler a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages-intérêts pouvant être accordés par suite du manquement à cette obligation?

La reconnaissance qu'un entrepreneur a, envers les acquéreurs subséquents d'un immeuble, une obligation en matière délictuelle de les indemniser des frais de réparation des vices dangereux suscite deux craintes fondamentales et étroitement liées. La première est que les garanties relatives à la qualité de la construction ne soient de nature essentiellement contractuelle et ne puissent pas être facilement définies ou limitées en matière délictuelle. Dans «Recovery of Economic Loss in Tort for Construction Defects: A Critical Analysis» (1989), 40 S.C.L. Rev. 891, à la p. 941, Sidney Barrett formule cet argument de la manière suivante:

Perhaps more than any other industry, the construction industry is "vitally enmeshed in our economy and dependent on settled expectations". The parties involved in a construction project rely on intricate, highly sophisticated contracts to define the relative rights and responsibilities of the many persons whose efforts are required — owner, architect, engineer, general contractor, subcontractor, materials supplier — and to allocate among them the risk of problems, delays, extra costs, unforeseen site conditions, and defects. Imposition of tort duties that cut across those contractual lines disrupts and frustrates the parties' contractual allocation of risk and permits the circumvention of a carefully negotiated contractual balance among owner, builder, and design professional.

[TRADUCTION] Peut-être plus que n'importe lequel autre, le secteur de la construction «s'intègre de façon vitale dans notre économie et dépend de l'existence d'attentes certaines.» Ceux qui participent à la réalisation d'un projet de construction comptent sur des contrats détaillés et fort complexes pour préciser les droits et responsabilités relatifs des nombreuses personnes — propriétaire, architecte, ingénieur, entrepreneur général, sous-entrepreneur, fournisseur de matériaux — dont les efforts doivent être conjugués, et pour répartir entre eux les risques de problèmes, de retards, de frais supplémentaires, de conditions imprévues sur le chantier et de défauts. Imposer des obligations en matière délictuelle qui coupent à travers ces limites contractuelles a pour effet de perturber et de contrecarrer la répartition du risque effectuée par les parties dans leur contrat, et permet de contourner un équilibre contractuel soigneusement négocié entre le propriétaire, le constructeur et le concepteur professionnel.

45

The second concern is that the recognition of such a duty interferes with the doctrine of *caveat emptor* which, as this Court affirmed in *Fraser-Reid, supra*, at p. 723, "has lost little of its pristine force in the sale of land". The doctrine of *caveat emptor* dictates that, in the absence of an express warranty, there is no implied warranty of fitness for human habitation upon the purchase of a house already completed at the time of sale. Huband J.A. of the Manitoba Court of Appeal relied on this doctrine in concluding that no duty in tort could be owed to subsequent purchasers of a building. He presented the argument, at p. 90, as follows:

La seconde crainte est que la reconnaissance d'une telle obligation ne s'oppose à la règle *caveat emptor* qui, comme l'affirme notre Cour dans l'arrêt *Fraser-Reid*, précité, à la p. 723, «n'a guère perdu de sa force d'antan en ce qui a trait à la vente de biens-fonds». Suivant la règle *caveat emptor*, en l'absence d'une garantie expresse, il n'existe pas de garantie implicite qu'une maison déjà parachevée au moment de la vente est habitable. Le juge Huband de la Cour d'appel du Manitoba s'est appuyé sur cette règle pour conclure à l'inexistence d'une obligation en matière délictuelle envers les acquéreurs subséquents d'un immeuble, point de vue qu'il a exposé de la façon suivante, à la p. 90:

The maxim, *caveat emptor*, operates as between purchaser and vendor. But the very existence of the principle instructs the potential purchaser to rely upon his own investigations, inspections and inquiries The concept of "buyer beware" tells the potential purchaser that if it seeks greater protection than its own investigations, inspections and inquiries provide, it should seek appropriate warranties from the vendor or, if that cannot be bargained, to seek out an insurer to cover anticipated future risks.

[TRADUCTION] La maxime *caveat emptor* s'applique entre l'acquéreur et le vendeur. Mais, de par son existence même, ce principe enseigne à l'acheteur éventuel qu'il doit s'en remettre à ses propres investigations, inspections et enquêtes [. . .] La maxime «que l'acheteur prenne garde» enseigne à l'acheteur éventuel que s'il cherche une protection plus étendue que celle résultant de ses propres investigations, inspections et enquêtes, il devrait demander au vendeur les garanties voulues ou, s'il ne peut pas les négocier, demander à un assureur de couvrir les risques futurs prévus.

46

In my view, these concerns are both merely versions of the more general and traditional concern that allowing recovery for economic loss in tort

À mon sens, ces craintes ne sont que des variantes de celle plus générale et traditionnelle que, si l'indemnisation de la perte économique est

will subject a defendant to what Cardozo C.J. in *Ultramarines Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y.C.A. 1931), at p. 444, called "liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class." In light of the fact that most buildings have a relatively long useful life, the concern is that a contractor will be subject potentially to an indeterminate amount of liability to an indeterminate number of successive owners over an indeterminate time period. The doctrines of privity of contract and *caveat emptor* provide courts with a useful mechanism for limiting liability in tort. But the problem, as I will now attempt to demonstrate, is that it is difficult to justify the employment of these doctrines in the tort context in any principled manner apart from their utility as mechanisms for limiting liability.

The Concern with Overlap Between Tort and Contract Duties

Turning to the first concern, a duty on the part of contractors to take reasonable care in the construction of buildings can, in my view, be conceptualized in the absence of contract and will not result in indeterminate liability to the contractor. As I mentioned earlier, this Court has recognized that a tort duty can arise concurrently with a contractual duty, so long as that tort duty arises independently of the contractual duty; see *Rafuse, supra*; *Edgeworth, supra*. As I see it, the duty to construct a building according to reasonable standards and without dangerous defects arises independently of the contractual stipulations between the original owner and the contractor because it arises from a duty to create the building safely and not merely according to contractual standards of quality. It must be remembered that we are speaking here of a duty to construct the building according to reasonable standards of safety in such a manner that it does not contain dangerous defects. As this duty arises independently of any contract, there is no logical reason for allowing the contractor to rely upon a contract made with the original

permise en matière délictuelle, le défendeur ne se voie assujetti à ce que le juge en chef Cardozo, dans la décision *Ultramarines Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (C.A.N.Y. 1931), à la p. 444, qualifie de [TRADUCTION] «responsabilité pour un montant indéterminé pour un temps indéterminé à l'égard d'une catégorie indéterminée.» Étant donné que la plupart des immeubles ont une vie utile relativement longue, on craint que l'entrepreneur puisse être assujetti à une responsabilité pour un montant indéterminé envers un nombre indéterminé de propriétaires successifs pendant une période indéterminée. Or, les théories du lien contractuel et du *caveat emptor* constituent pour les tribunaux un moyen pratique de limiter la responsabilité délictuelle. Mais, comme je vais maintenant tenter de le démontrer, le problème réside dans le fait que, indépendamment de leur utilité comme moyens de limiter la responsabilité, l'application de ces théories dans le contexte délictuel est difficile à justifier sur le plan des principes.

La crainte de chevauchement des obligations contractuelles et de celles en matière délictuelle

En ce qui concerne la première crainte, l'obligation de l'entrepreneur de faire preuve de diligence raisonnable dans la construction d'un immeuble peut, à mon avis, se concevoir en l'absence d'un contrat et n'entraînera pas une responsabilité indéterminée de sa part. Comme je l'ai déjà mentionné, notre Cour a reconnu qu'une obligation en matière délictuelle peut coexister avec une obligation contractuelle, pour peu qu'elle prenne naissance indépendamment de celle-ci; voir les arrêts *Rafuse* et *Edgeworth*, précités. D'après moi, l'obligation de construire un immeuble en conformité avec des normes raisonnables et de manière à ce qu'il soit exempt de tout vice dangereux existe indépendamment des stipulations contractuelles entre le premier propriétaire et l'entrepreneur, puisqu'elle découle de l'obligation de construire un immeuble conformément aux exigences de la sécurité et non pas simplement aux normes de qualité contractuelles. Il faut se rappeler qu'il est question ici de l'obligation de construire l'immeuble selon des normes raisonnables de sécurité et de telle manière qu'il ne comporte aucun vice dangereux. Puisque

owner to shield him or her from liability to subsequent purchasers arising from a dangerously constructed building. This point was forcefully made by Richmond P. in *Bowen, supra*, at p. 407:

It is clear that a builder or architect cannot defend a claim in negligence made against him by a third person by saying that he was working under a contract for the owner of the land. He cannot say that the only duty which he owed was his contractual duty to the owner. Likewise he cannot say that the nature of his contractual duties to the owner sets a limit to the duty of care which he owes to third parties. As regards this latter point it is, for example, obvious that a builder who agreed to build a house in a manner which he knows or ought to know will prove a source of danger to third parties cannot say, in answer to a claim by third parties, that he did all that the owner of the land required him to do.

In the same case, Woodhouse J., at p. 419, made a similar point in the following terms:

... I do not consider the courts need be astute to protect those prepared to undertake jerry-building or shoddy work against the reasonable claims of innocent third parties merely because their bad work was done to a deliberate pattern or by arrangement. The recognition of a duty situation does not depend upon overcoming some initial bias in favour of excluding it. Instead, the principle described by Lord Atkin "... ought to apply unless there is some justification or valid explanation for its exclusion": *Dorset Yacht Co Ltd v Home Office* [1970] AC 1004, 1027. ... I do not regard a private contractual arrangement for an inefficient design or for an unworkmanlike or inadequate type of construction as any sort of "justification or valid explanation" for releasing the builder from his duty to those who otherwise could look to him for relief.

The tort duty to construct a building safely is thus a circumscribed duty that is not parasitic upon any contractual duties between the contractor and

cette obligation existe indépendamment de tout contrat, il n'y a aucune raison logique de permettre que l'entrepreneur invoque son contrat avec le premier propriétaire pour se soustraire à toute responsabilité envers les acquéreurs subséquents, découlant du fait que l'immeuble a été construit d'une manière qui le rend dangereux. C'est ce que souligne vigoureusement le président Richmond dans l'arrêt *Bowen*, précité, à la p. 407:

[TRADUCTION] De toute évidence, un constructeur ou un architecte ne saurait invoquer, comme défense à une action pour négligence intentée contre lui par un tiers, qu'il exécutait un contrat conclu avec le propriétaire du terrain. Il ne saurait affirmer qu'il n'a aucune autre obligation que son obligation contractuelle envers le propriétaire. Il ne saurait non plus soutenir que la nature de ses obligations contractuelles envers le propriétaire vient limiter la portée de son obligation de diligence envers des tiers. Pour ce qui est de ce dernier point, il est évident, par exemple, que le constructeur qui s'est engagé à construire une maison d'une manière qui, il le sait ou devrait le savoir, constituera un danger pour des tiers ne saurait opposer à une réclamation par des tiers qu'il a fait tout ce qu'avait exigé le propriétaire du terrain.

À la page 419 de la même affaire, le juge Woodhouse exprime un point de vue analogue:

[TRADUCTION] ... je ne crois pas que les tribunaux doivent, du simple fait que les travaux ont été mal exécutés conformément à un plan ou à une entente délibérés, s'ingénier à protéger, contre les réclamations raisonnables de tiers innocents, les personnes disposées à effectuer des travaux de construction bon marché ou de mauvaise qualité. La reconnaissance qu'une situation fait naître une obligation ne tient pas au fait d'écartier quelque parti pris initial contre l'existence d'une obligation. Au contraire, le principe de lord Atkin «... devrait s'appliquer sauf s'il existe une raison ou une explication valable justifiant son exclusion»: *Dorset Yacht Co Ltd c Home Office* [1970] AC 1004, à la p. 1027 [...] Selon moi, une entente contractuelle privée prévoyant une conception inefficace, la malfaçon ou un type de construction inadéquat ne constitue d'aucune manière «une raison ou une explication valable» justifiant de dégager le constructeur de son obligation envers ceux qui autrement pourraient se tourner vers lui pour se faire dédommager.

L'obligation en matière délictuelle de construire un immeuble conformément aux exigences de la sécurité est donc une obligation de portée res-

the original owner. Seen in this way, no serious risk of indeterminate liability arises with respect to this tort duty. In the first place, there is no risk of liability to an indeterminate class because the potential class of claimants is limited to the very persons for whom the building is constructed: the inhabitants of the building. The fact that the class of claimants may include successors in title who have no contractual relationship with the contractors does not, in my view, render the class of potential claimants indeterminate. As noted by the New Jersey Supreme Court in *Aronsohn v. Mandara*, 484 A.2d 675 (1984), at p. 680, “[t]he contractor should not be relieved of liability for unworkmanlike construction simply because of the fortuity that the property on which he did the construction has changed hands”.

Secondly, there is no risk of liability in an indeterminate amount because the amount of liability will always be limited by the reasonable cost of repairing the dangerous defect in the building and restoring that building to a non-dangerous state. Counsel for Bird advanced the argument that the cost of repairs claimed for averting a danger caused by a defect in construction could, in some cases, be disproportionate to the actual damage to persons or property that might be caused if that defect were not repaired. For example, he expressed concern that a given plaintiff could claim thousands of dollars in damage for a defect which, if left unrepaired, would cause only a few dollars damage to that plaintiff's other property. However, in my view, any danger of indeterminacy in damages is averted by the requirement that the defect for which the costs of repair are claimed must constitute a real and substantial danger to the inhabitants of the building, and the fact that the inhabitants of the building can only claim the reasonable cost of repairing the defect and mitigating the danger. The burden of proof will always fall on the plaintiff to demonstrate that there is a serious risk to safety, that the risk was caused by the con-

treinte qui n'est tributaire d'aucune obligation contractuelle de l'entrepreneur envers le premier propriétaire. Considérée ainsi, cette obligation en matière délictuelle ne présente aucun risque grave d'entraîner une responsabilité indéterminée. En premier lieu, il n'y a pas de risque de responsabilité envers une catégorie indéterminée, parce que la catégorie de demandeurs éventuels se limite aux personnes mêmes pour lesquelles l'immeuble est construit, soit ses occupants. Le fait que la catégorie de demandeurs puisse comprendre des propriétaires subséquents qui n'ont aucun lien contractuel avec les entrepreneurs n'a pas pour résultat, à mon avis, de rendre indéterminée la catégorie de demandeurs éventuels. Comme l'a fait remarquer la Cour suprême du New Jersey dans l'affaire *Aronsohn c. Mandara*, 484 A.2d 675 (1984), à la p. 680, [TRADUCTION] «[l']entrepreneur ne devrait pas se voir dégagé de toute responsabilité découlant de la malfaçon du simple fait que le hasard a voulu que le bien-fonds sur lequel il a effectué les travaux de construction a changé de mains».

En deuxième lieu, il n'existe aucun risque de responsabilité pour un montant indéterminé puisque le montant de la responsabilité sera toujours limité par ce qu'il en coûte raisonnablement pour réparer le vice dangereux que comporte l'immeuble et pour remettre cet immeuble dans un état où il ne présente plus de danger. L'avocat de Bird a fait valoir que le coût des réparations effectuées pour parer à un danger résultant d'un vice de construction pouvait, dans certains cas, être disproportionné au préjudice corporel ou matériel qui pourrait être réellement subi si ce vice n'était pas réparé. L'avocat a dit s'inquiéter, par exemple, de ce qu'un demandeur donné puisse réclamer des dommages-intérêts s'élevant à des milliers de dollars pour un vice qui, s'il n'était pas réparé, ne causerait que pour quelques dollars de dommages à ses autres biens. J'estime cependant que tout risque d'indétermination des dommages est écarté par l'exigence que le vice à l'origine de la demande de remboursement de frais de réparation présente un danger réel et important pour les occupants de l'immeuble, et par le fait que ces derniers ne peuvent réclamer que les frais raisonnables de réparation engagés pour réparer le vice et atténuer le dan-

tractor's negligence, and that the repairs are required to alleviate the risk.

50

Finally, there is little risk of liability for an indeterminate time because the contractor will only be liable for the cost of repair of dangerous defects during the useful life of the building. Practically speaking, I believe that the period in which the contractor may be exposed to liability for negligence will be much shorter than the full useful life of the building. With the passage of time, it will become increasingly difficult for owners of a building to prove at trial that any deterioration in the building is attributable to the initial negligence of the contractor and not simply to the inevitable wear and tear suffered by every building; for a similar view, see Sachs L.J. in *Dutton*, *supra*, at p. 405.

The Caveat Emptor Concern

51

Turning to the second concern, *caveat emptor* cannot, in my view, serve as a complete shield to tort liability for the contractors of a building. In *Fraser-Reid*, *supra*, this Court relied on the doctrine of *caveat emptor* in rejecting a claim by a buyer of a house for the recognition of an implied warranty of fitness for human habitation. However, the Court explicitly declined to address the question of whether *caveat emptor* serves to negate a duty in tort (pp. 726-27). Accordingly, the question remains at large in Canadian law and must be resolved on the level of principle.

52

In *Fraser-Reid*, Dickson J. (as he then was) observed that the doctrine of *caveat emptor* stems from the *laissez-faire* attitudes of the eighteenth and nineteenth centuries and the notion that purchasers must fend for themselves in seeking protection by express warranty or by independent examination of the premises (at p. 723). The assumption underlying the doctrine is that the pur-

ger. Il incombera toujours au demandeur de prouver qu'il existe un risque grave pour la sécurité, que ce risque résulte de la négligence de l'entrepreneur et que des réparations s'imposent pour atténuer le risque.

Enfin, il y a peu de risque de responsabilité pour une période indéterminée puisque l'entrepreneur ne sera responsable des frais de réparation des vices dangereux que pendant la vie utile de l'immeuble. Du point de vue pratique, je crois que la période au cours de laquelle l'entrepreneur peut voir engager sa responsabilité pour négligence sera beaucoup plus courte que la vie utile de l'immeuble. Les propriétaires d'un immeuble éprouveront, au fil des ans, de plus en plus de difficulté à établir au procès qu'une détérioration de leur immeuble est attribuable à la négligence initiale de l'entrepreneur et non pas simplement à l'usure inévitable que subit n'importe quel bâtiment; pour un point de vue analogue, voir les propos du lord juge Sachs dans l'arrêt *Dutton*, précité, à la p. 405.

La crainte relative à la règle caveat emptor

En ce qui concerne la deuxième crainte, la règle *caveat emptor* ne saurait, selon moi, soustraire complètement à la responsabilité délictuelle les entrepreneurs qui ont construit un immeuble. Dans l'arrêt *Fraser-Reid*, précité, notre Cour s'est fondée sur la règle *caveat emptor* pour rejeter la demande de l'acheteur d'une maison visant à faire reconnaître l'existence d'une garantie implicite que la maison était habitable. La Cour a toutefois expressément refusé d'aborder la question de savoir si la règle *caveat emptor* sert à annuler toute obligation en matière délictuelle (aux pp. 726 et 727). Par conséquent, cette question reste entière en droit canadien et c'est sur le plan des principes qu'il faut la trancher.

Dans l'arrêt *Fraser-Reid*, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a fait remarquer que la règle *caveat emptor* découle des attitudes de *laissez-faire* des XVIII^e et XIX^e siècles et de la notion que les acheteurs doivent se débrouiller tout seuls en cherchant à se protéger au moyen d'une garantie expresse ou d'un examen des lieux par un expert (à la p. 723). L'hypothèse sous-jacente à la règle

chaser of a building is better placed than the seller or builder to inspect the building and to bear the risk that latent defects will emerge necessitating repair costs. However, in my view, this is an assumption which (if ever valid) is simply not responsive to the realities of the modern housing market. In *Lempke, supra*, at p. 295, the Supreme Court of New Hampshire made reference to a number of policy factors that strongly militate against the rigid application of the doctrine of *caveat emptor* with regard to tort claims for construction defects:

First, “(c)ommon experience teaches that latent defects in a house will not manifest themselves for a considerable period of time . . . after the original purchaser has sold the property to a subsequent unsuspecting buyer.” . . .

Second, our society is rapidly changing.

“We are an increasingly mobile people; a builder-vendor should know that a house he builds might be resold within a relatively short period of time and should not expect that the warranty will be limited by the number of days that the original owner holds onto the property.”

. . . Furthermore, “the character of society has changed such that the original buyer is not in a position to discover hidden defects. . . .”

Third, like an initial buyer, the subsequent purchaser has little opportunity to inspect and little experience and knowledge about construction. “Consumer protection demands that those who buy homes are entitled to rely on the skill of a builder and that the house is constructed so as to be reasonably fit for its intended use.” . . .

Fourth, the builder/contractor will not be unduly taken unaware by the extension of the warranty to a subsequent purchaser. “The builder already owes a duty to construct the home in a workmanlike manner. . . .” . . . And extension to a subsequent purchaser, within a reasonable time, will not change this basic obligation.

caveat emptor veut que l’acquéreur d’un immeuble soit mieux placé que le vendeur ou le constructeur pour l’inspecter et pour assumer le risque que ne se manifestent des vices latents qui nécessiteront l’engagement de frais pour les réparer. Je suis cependant d’avis que cette hypothèse (si jamais elle est valable) ne tient tout simplement pas compte des réalités du marché moderne du logement. Dans la décision *Lempke*, précitée, la Cour suprême du New Hampshire évoque, à la p. 295, un certain nombre de considérations de principe qui militent fortement contre l’application stricte de la règle *caveat emptor* aux demandes relatives à des vices de construction, fondées sur la responsabilité délictuelle:

[TRADUCTION] Premièrement, «(l’)expérience commune démontre que les vices latents d’une maison ne se manifestent qu’à long terme [. . .] après que le premier acheteur a vendu la propriété à un preneur qui ne se doute de rien» . . .

Deuxièmement, nous vivons dans une société qui évolue rapidement.

«Nous sommes un peuple de plus en plus mobile; un constructeur-vendeur devrait savoir qu’une maison qu’il construit pourrait être revendue à relativement brève échéance et ne devrait pas s’attendre à ce que la garantie soit limitée par le nombre de jours pendant lesquels la propriété est détenue par le premier propriétaire.»

. . . Qui plus est, «la nature de notre société a changé, si bien que le premier acquéreur n’est pas en mesure de déceler des vices cachés. . . .»

Troisièmement, tout comme le premier acquéreur, l’acquéreur subséquent n’a guère l’occasion de procéder à une inspection et n’a que peu d’expérience et de connaissances en construction. «Il est impératif, pour la protection du consommateur, que celui qui achète une maison puisse se fier à la compétence d’un constructeur et que la maison soit construite de manière à être raisonnablement adaptée à sa destination.» . . .

Quatrièmement, le constructeur-entrepreneur ne sera pas indûment pris au dépourvu si la garantie est étendue à un acquéreur subséquent. «Il incombe déjà au constructeur de construire la maison selon les règles de l’art. . . .» [. . .] Cette obligation fondamentale ne change pas du fait que la garantie est transférée à un acquéreur subséquent dans un délai raisonnable.

Fifth, arbitrarily interposing a first purchaser as a bar to recovery "might encourage sham first sales to insulate builders from liability."

Philip H. Osborne makes the further point in "A Review of Tort Decisions in Manitoba 1990-1993", [1993] *Man. L.J.* 191, at p. 196, that contractors and builders, because of their knowledge, skill and expertise, are in the best position to ensure the reasonable structural integrity of buildings and their freedom from latent defect. In this respect, the imposition of liability on builders provides an important incentive for care in the construction of buildings and a deterrent against poor workmanship.

Cinquièmement, si on retenait arbitrairement comme empêchement à l'indemnisation le fait qu'il ne s'agit pas du premier propriétaire, cela «risquerait de favoriser des ventes initiales factices destinées à écarter la responsabilité du constructeur.»

De plus, Philip H. Osborne signale dans «A Review of Tort Decisions in Manitoba 1990-1993», [1993] *R.D. Man.* 191, à la p. 196, que les entrepreneurs et les constructeurs sont, en raison de leurs connaissances, compétence et expertise, les mieux placés pour garantir l'intégrité structurale raisonnable des immeubles et leur exemption de tout vice latent. À cet égard, le fait que leur responsabilité soit engagée incite grandement les constructeurs à faire preuve de diligence dans la construction d'immeubles et contribue à décourager la malfaçon.

53 My conclusion that a subsequent purchaser is not the best placed to bear the risk of the emergence of latent defects is borne out by the facts of this case. It is significant that, when cracking first appeared in the mortar of the building in 1982, the Condominium Corporation actually hired Smith Carter, the original architect of the building, along with a firm of structural engineers, to assess the condition of the mortar work and exterior cladding. These experts failed to detect the latent defects that appear to have caused the cladding to fall in 1989. Thus, although it is clear that the Condominium Corporation acted with diligence in seeking to detect hidden defects in the building, they were nonetheless unable to detect the defects or to foresee the collapse of the cladding in 1989. This, in my view, illustrates the unreality of the assumption that the purchaser is better placed to detect and bear the risk of hidden defects. For this Court to apply the doctrine of *caveat emptor* to negate Bird's duty in tort would be to apply a rule that has become completely divorced, in this context at least, from its underlying rationale.

Les faits de la présente affaire viennent confirmer ma conclusion que ce n'est pas l'acquéreur subséquent qui est le mieux placé pour assumer le risque que des vices latents ne se manifestent. Il est révélateur que, lorsque des fissures ont commencé à apparaître dans le mortier de l'immeuble en 1982, la société condominiale a en fait retenu les services de Smith Carter, soit le cabinet d'architectes qui avait conçu l'immeuble, et d'un cabinet d'ingénieurs de structure, pour évaluer l'état du mortier et du revêtement extérieur. Ces experts n'ont pas décelé les vices latents qui semblent avoir été à l'origine de la chute d'une partie du revêtement en 1989. Donc, bien qu'il soit évident que la société condominiale a agi diligemment en cherchant à déceler les vices cachés de l'immeuble, elle a néanmoins été incapable de les déceler ou de prévoir la chute du revêtement qui s'est produite en 1989. Voilà qui, à mon avis, démontre combien il est irréaliste de supposer que l'acheteur est mieux placé pour déceler les vices latents et en assumer le risque. Si notre Cour appliquait la règle *caveat emptor* pour annuler l'obligation de Bird en matière délictuelle, elle se trouverait à appliquer une règle qui, dans ce contexte du moins, n'a plus aucun rapport avec sa raison d'être fondamentale.

Conclusion

I conclude, then, that no adequate policy considerations exist to negate a contractor's duty in tort to subsequent purchasers of a building to take reasonable care in constructing the building, and to ensure that the building does not contain defects that pose foreseeable and substantial danger to the health and safety of the occupants. In my view, the Manitoba Court of Appeal erred in deciding that Bird could not, in principle, be held liable in tort to the Condominium Corporation for the reasonable cost of repairing the defects and putting the building back into a non-dangerous state. These costs are recoverable economic loss under the law of tort in Canada.

Conclusion

Je conclus donc à l'absence de considérations de principe suffisantes pour annuler l'obligation en matière délictuelle qu'un entrepreneur a, envers les acquéreurs subséquents d'un immeuble, de faire preuve de diligence raisonnable en le construisant, et de veiller à ce qu'il ne renferme aucun vice qui présente un danger prévisible et important pour la santé et la sécurité de ses occupants. Selon moi, c'est à tort que la Cour d'appel du Manitoba a conclu que Bird ne pouvait, en principe, être jugée responsable en matière délictuelle envers la société condominiale, relativement aux frais raisonnables engagés pour réparer les vices et remettre l'immeuble dans un état où il ne présenterait plus de danger. Suivant le droit canadien de la responsabilité délictuelle, ces frais représentent une perte économique susceptible de donner lieu à indemnisation.

The Manitoba Court of Appeal affirmed the trial judge's dismissal of the motion for summary judgment but allowed the appeal from the trial judge's decision with respect to the motion to strike on the grounds that Bird's claim did not disclose a reasonable cause of action. As I have decided that Bird's claim discloses a reasonable cause of action, I would accordingly order the case to proceed to trial. I am also in agreement with both the trial judge and the Court of Appeal that this matter should not be resolved on a motion for summary judgment. In *Podkriznik v. Schwede*, [1990] 4 W.W.R. 220 (Man. C.A.), Twaddle J.A. made it clear, at p. 224, that a court considering a motion for summary judgment under Rule 20 of the Manitoba Queen's Bench Rules must take a "hard look at the merits of an action" (quoting from *Vaughan v. Warner Communications Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242 (H.C.), at p. 247) and determine whether there is a "real chance" that the action will be successful. In my view, Galanchuk J. was correct in concluding that there are genuine issues for trial in this case. In particular, there are conflicting allegations regarding Bird's participation in the construction and planning of the building, which disposes of the principal argument made on behalf of the respondent at the hearing. Issues such as

La Cour d'appel du Manitoba a confirmé le rejet, par le juge de première instance, de la motion en vue d'un jugement sommaire, mais elle a accueilli l'appel interjeté contre sa décision relative à la motion en radiation pour le motif que la demande de Bird ne révélait aucune cause d'action raisonnable. Comme j'ai décidé que la demande de Bird révèle une cause d'action raisonnable, je suis d'avis d'ordonner que l'affaire soit instruite en première instance. Je conviens également avec le juge de première instance et la Cour d'appel que l'affaire ne devrait pas être tranchée en fonction d'une motion en vue d'un jugement sommaire. Dans larrêt *Podkriznik c. Schwede*, [1990] 4 W.W.R. 220 (C.A. Man.), le juge Twaddle précise, à la p. 224, qu'un tribunal saisi d'une motion en vue d'un jugement sommaire, fondée sur la règle 20 des *Règles de la Cour du Banc de la Reine* du Manitoba doit [TRADUCTION] «s'interroger sérieusement sur le bien-fondé de l'action» (citant la décision *Vaughan c. Warner Communications Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242 (H.C.), à la p. 247) et déterminer s'il existe une [TRADUCTION] «possibilité réelle» que l'action soit couronnée de succès. D'après moi, le juge Galanchuk a eu raison de conclure à l'existence de questions litigieuses en l'espèce. En particulier, il y a des allégations contra-

whether the work on the building was negligently performed, or whether Bird was negligent in the hiring of suitable subcontractors, or whether the danger was substantial and foreseeable can be considered at trial. This Court is not in a position to resolve these questions at this stage in the proceedings. Nor, despite the respondent's argument, is it necessary to reconsider the well-established principles regarding the vicarious liability of contractors for the work of sub-contractors. The appellant at no time raised this issue in this Court. The issue it raised was whether the Court of Appeal erred in its conclusion that the appellant's action in tort failed because the damages sought were not recoverable economic loss.

dictoires concernant la participation de Bird à la construction et à la conception de l'immeuble, ce qui règle l'argument principal avancé pour le compte de l'intimée à l'audience. Il est possible d'examiner notamment, au procès, si les travaux relatifs à l'immeuble ont été exécutés avec négligence, si Bird a fait preuve de négligence dans le choix de sous-entrepreneurs compétents, ou encore si le danger était important et prévisible. Notre Cour n'est pas en mesure de résoudre ces questions à ce stade des procédures. Quoi que prétende l'intimée, il n'est pas non plus nécessaire de reconsidérer les principes bien établis concernant la responsabilité du fait d'autrui des entrepreneurs relativement aux travaux exécutés par les sous-entrepreneurs. L'appelante n'a, à aucun moment, soulevé cette question devant nous. La question qu'elle a soulevée était de savoir si la Cour d'appel avait commis une erreur en concluant que l'action délictuelle de l'appelante devait être rejetée pour le motif qu'elle visait à obtenir des dommages-intérêts pour une perte économique qui ne pouvait pas donner lieu à indemnisation.

56

I would allow the appeal, reverse the decision of the Court of Appeal and make the following orders: that the losses alleged in the statement of claim, to the extent that they may be found to constitute pure economic loss flowing from the negligence of the respondent, be recoverable from the respondent, and that the order of the learned motions judge, that the within action proceed to trial against the respondent Bird Construction Co. Ltd. with respect to the remaining issues raised in the statement of claim, be reinstated. The appellant is entitled to its costs throughout.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer larrêt de la Cour d'appel et de rendre les deux ordonnances suivantes: que les pertes alléguées dans la déclaration puissent donner lieu à indemnisation par l'intimée, dans la mesure où il est possible de conclure qu'elles constituent une perte purement économique qui découle de la négligence de cette dernière, et que soit rétablie l'ordonnance du juge des requêtes que l'action contre l'intimée Bird Construction Co. Ltd. soit instruite en première instance relativement aux autres questions soulevées dans la déclaration. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Taylor, McCaffrey, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Inkster, Christie, Hughes, MacKay, Winnipeg.

Solicitors for the intervenor: Campbell, Marr, Winnipeg.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante: Taylor, McCaffrey, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée: Inkster, Christie, Hughes, MacKay, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante: Campbell, Marr, Winnipeg.