

**Norsk Pacific Steamship Company Limited,
Norsk Pacific Marine Services Ltd., The Tug
Jervis Crown and Francis
MacDonnell** Appellants

v.

**Canadian National Railway
Company** Respondent

INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v.
NORSK PACIFIC STEAMSHIP CO.

File No.: 21838.

1991: May 2; 1992: April 30.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Torts — Negligence — Economic loss — Railway
bridge owned by Crown damaged by barge — Bridge
used by railways under contract — Bridge owner recov-
ering damages from defendants — Railways unable to
recover economic losses from bridge owner — Whether
or not defendants liable to railways using bridge for
economic loss.*

A barge being towed down the Fraser River by a tug
owned by Norsk collided in heavy fog with the New
Westminster railway bridge and caused extensive dam-
age which closed the bridge for several weeks. Appel-
lants admitted liability for negligence as to the collision.
The bridge was owned by Public Works Canada (PWC)
and used by four railways, including CN.

The bridge formed part of CN's main line and con-
nected with tracks and land owned by CN on either side
of the bridge. The railways' use of the bridge was gov-
erned by contract which explicitly reserved full owner-
ship of the bridge to PWC and explicitly rejected any
possibility of a leasehold estate or interest in CN. The
bridge operated on the principle of full recovery of all
operating and maintenance costs but not for profit. CN,
in addition, agreed to provide PWC, on a contractual
basis, with repair, maintenance, consulting and inspec-

**Norsk Pacific Steamship Company Limited,
Norsk Pacific Marine Services Ltd., le
remorqueur Jervis Crown et Francis
MacDonnell** Appelants

c.

**Compagnie des chemins de fer nationaux du
Canada** Intimée

RÉPERTORIÉ: CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU
CANADA c. NORSK PACIFIC STEAMSHIP CO.

c N° du greffe: 21838.

1991: 2 mai; 1992: 30 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Responsabilité délictuelle — Négligence — Perte éco-
nomique — Dommages causés par un chaland à un pont
ferroviaire appartenant à l'État — Pont utilisé par des
compagnies ferroviaires en vertu d'un contrat — Défén-
deurs tenus de verser des dommages-intérêts au pro-
priétaire du pont — Impossibilité pour les compagnies
ferroviaires de se faire indemniser de leurs pertes éco-
nomiques par le propriétaire du pont — Les défendeurs
sont-ils responsables de la perte économique subie par
les compagnies ferroviaires qui utilisent le pont?*

Un chaland qu'un remorqueur de Norsk tirait sur le
fleuve Fraser, dans un épais brouillard, a heurté le pont
ferroviaire de New Westminster et a causé des dom-
mages importants qui ont entraîné la fermeture du pont
pendant plusieurs semaines. Les appelants ont reconnu
leur responsabilité pour négligence relativement à la
collision survenue. Le pont appartenait à Travaux
publics Canada (TPC) et était utilisé par quatre compa-
gnies ferroviaires, dont le CN.

Le pont faisait partie de la voie principale du CN et
reliait les rails et les terrains du CN situés à chaque
extrémité de celui-ci. L'utilisation du pont par les com-
pagnies ferroviaires était régie par un contrat qui pré-
voyait expressément que le pont demeurerait la propriété
exclusive de TPC et écartait explicitement toute possibi-
lité pour le CN d'obtenir un droit de tenure à bail. L'ex-
ploitation du pont était fondée sur le principe du rem-
boursement intégral des frais d'exploitation et
d'entretien, et non sur celui de la rentabilité. De plus, le

tion services as PWC might request. PWC was to authorize all such services and to pay for them as needed. CN also provided some services voluntarily.

PWC paid for the repair to the bridge and recovered all damages resulting from the collision at trial. The licence contracts between PWC and the railways, however, provided for no indemnification in the case of disruption of bridge service. Unable to claim under the contract, CN brought this action in tort against Norsk and the other defendants claiming for the actual costs incurred because of the bridge closure.

Before trial, it was agreed that the entitlement of two of the railways to recover for pure economic loss would stand or fall on the result of the action by CN. The trial judge allowed CN's claim against Norsk and dismissed it as against the other defendants. Norsk's appeal to the Court of Appeal was dismissed.

At issue here is whether or not economic loss, and "contractual relational economic loss" in particular, is recoverable in tort.

Held (La Forest, Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ.: Pure economic loss is *prima facie* recoverable where, in addition to negligence and foreseeable loss, there is sufficient proximity between the negligent act and the loss. Proximity is the controlling concept, avoiding the spectre of unlimited liability. Proximity may be established by a variety of factors depending on the nature of the case. The categories are not closed and further definition as to what factors give rise to liability for pure economic loss will occur as more cases are decided. In determining whether liability should be extended to a new situation, the courts should consider the factors traditionally relevant to proximity such as the relationship between the parties, physical propinquity, assumed or imposed obligations and close causal connection. Sufficient special factors must exist to avoid the imposition of indeterminate and unreasonable liability. The result would be a principled, yet flexible, approach to tort liability for pure economic loss. Recovery would be allowed where justified, while excluding indeterminate

CN a consenti à fournir à TPC, sur une base contractuelle, les services de réparation, d'entretien, de consultation et d'inspection que TPC pourrait requérir. TPC devait autoriser tous ces services et les payer lorsqu'il en avait besoin. Le CN fournissait également certains services spontanément.

TPC a payé pour faire réparer le pont et a obtenu, en première instance, l'indemnisation de tous les dommages résultant de la collision. Les contrats de licence passés entre TPC et les compagnies ferroviaires ne prévoyaient, toutefois, aucune indemnisation en cas d'impossibilité d'utiliser le pont. Ne disposant d'aucun recours fondé sur le contrat, le CN a intenté contre Norsk et les autres défendeurs la présente action délictuelle visant le paiement des frais réels occasionnés par la fermeture du pont.

Avant le procès, il a été convenu que deux des compagnies ferroviaires conserveraient ou perdraient le droit de se faire indemniser d'une perte purement économique, selon l'issue de l'action du CN. Le juge de première instance a fait droit à l'action du CN contre Norsk et l'a rejetée dans la mesure où elle visait les autres défendeurs. L'appel interjeté par Norsk à la Cour d'appel a été rejeté.

Il s'agit en l'espèce de déterminer si la perte économique et, notamment, la «perte économique relationnelle découlant d'un contrat» peuvent donner lieu à indemnisation en matière délictuelle.

Arrêt (les juges La Forest, Sopinka et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin: La perte purement économique peut, à première vue, donner lieu à indemnisation lorsqu'en plus d'une négligence et d'une perte prévisible, il existe un lien suffisamment étroit entre l'acte négligent et la perte subie. Le lien étroit est la notion déterminante qui permet d'éviter le spectre de la responsabilité illimitée. On peut établir l'existence d'un lien étroit au moyen de toute une gamme de facteurs, selon la nature de l'affaire. Les catégories ne sont pas limitatives et on trouvera une autre définition des facteurs qui engendrent la responsabilité pour perte purement économique au fur et à mesure qu'un plus grand nombre d'affaires seront jugées. Pour déterminer s'il y a lieu d'étendre la responsabilité à une nouvelle situation, les tribunaux devraient tenir compte des facteurs qui se rapportent traditionnellement à l'existence d'un lien étroit comme le rapport qui existe entre les parties, la proximité physique, les obligations présumées ou imposées et le lien étroit de causalité. Il doit y avoir des facteurs spéciaux suffisants pour éviter

and inappropriate liability, and it will permit the coherent development of the law.

In effect, the absolute exclusionary rule could be seen as an indicator of proximity in accordance with the approach initiated in England by *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, and followed in Canada in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works, Kamloops (City of) v. Nielsen* and *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.* Where there is physical injury or damage, one posits proximity on the ground that if one is close enough to someone or something to do physical damage to it, one is close enough to be held legally responsible for the consequences. It is, however, not the only indicator of proximity. The necessary proximity to found legal liability fairly in tort may arise in circumstances where there is no physical damage.

A more comprehensive and objective consideration of proximity requires that the court review all of the factors connecting the negligent act with the loss; this includes not only the relationship between the parties but all forms of proximity — physical, circumstantial, causal or assumed indicators of closeness. While it is impossible to define comprehensively what will satisfy the requirements of proximity or directness, precision may be found as types of relationships or situations are defined in which the necessary closeness between negligence and loss exists.

Proximity, while critical to establishing the right to recover pure economic loss in tort, does not always indicate liability. The approach adopted in *Kamloops* (paralleled by the second branch of *Anns v. Merton London Borough Council*) requires that the court consider the purposes served by permitting recovery as well as any residual policy considerations which call for a limitation on liability. Liability for pure economic loss can therefore be rejected where indicated by policy reasons not taken into account in the proximity analysis.

l'imposition d'une responsabilité indéterminée et déraisonnable. Il en résulterait une façon fondée sur des principes et, en même temps, souple d'aborder la responsabilité délictuelle pour la perte purement économique.

a Grâce à cette façon de procéder, l'indemnisation serait permise lorsque justifiée, tout en excluant la responsabilité indéterminée et inopportune, et l'évolution cohérente du droit sera alors possible.

b En effet, la règle d'exclusion absolue pourrait être considérée comme un signe de l'existence d'un lien étroit, conformément à l'approche amorcée en Angleterre par l'arrêt *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.* et suivie au Canada dans les arrêts *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works, Kamloops (Ville de) c. Nielsen* et *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.* Lorsqu'il y a lésion corporelle ou dommage matériel, on pose en principe l'existence d'un lien étroit pour le motif que, si on est assez près de quelqu'un ou de quelque chose pour lui causer une lésion corporelle ou un dommage matériel, on est assez proche pour être considéré comme légalement responsable des conséquences qui s'ensuivent. Ce n'est toutefois pas le seul signe de l'existence d'un lien étroit. Le lien étroit nécessaire pour établir équitablement une responsabilité légale en matière délictuelle peut prendre naissance dans des circonstances où il n'y a aucun préjudice physique.

L'analyse plus complète et objective du lien étroit exige du tribunal qu'il examine tous les facteurs liant l'acte négligent à la perte, ce qui inclut non seulement le rapport qui existe entre les parties mais encore toutes les formes de lien étroit — des signes physiques, circonstanciels, causals ou présumés de proximité. Bien qu'il ne soit pas possible de définir en détail ce qui satisfera aux conditions de l'existence d'un lien étroit ou direct, on peut trouver des précisions car des types de rapports ou de situations sont définis, dans lesquels existe le degré de proximité nécessaire entre la négligence et la perte.

h Bien que l'existence d'un lien étroit soit essentielle pour établir le droit à l'indemnisation de la perte purement économique en matière délictuelle, elle n'indique pas toujours qu'il y a responsabilité. L'approche adoptée dans l'arrêt *Kamloops* (qui correspond au deuxième volet de l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*) exige que la cour se demande quelles fins seraient servies si on permettait l'indemnisation et s'il y a d'autres considérations de principe qui exigent une limitation de la responsabilité. La responsabilité pour perte purement économique peut donc être rejetée lorsqu'il y a lieu de le faire pour des raisons de principe dont il n'a pas été tenu compte dans l'analyse du lien étroit.

The approach enunciated in *Kamloops* does not threaten to open the floodgates of indeterminate liability, lead to undue uncertainty, or cause unfair or inefficient economic allocation of resources. Rather, it is sensitive to these concerns. The legislature, moreover, can impose limits if the courts extend liability too far following this approach. In light of the review of the issues of insurance, loss spreading and contractual allocation of risk raised against liability in this appeal, there is no practical reason for the courts to retreat to the inflexible rule, for example, one that never countenances recovery of economic loss except where the plaintiff has suffered physical damage or injury or has relied on a negligent misrepresentation.

CN suffered economic loss as a result of being deprived of its contractual right to use the bridge damaged by the defendants' negligence. Its right to recover depended on: (1) whether it could establish sufficient proximity or "closeness" and (2) whether extension of recovery to this type of loss was desirable from a practical point of view.

The issue of proximity had to be considered anew here. The case did not fall within any of the categories where proximity and liability had previously been found to exist.

In addition to focusing upon the relationship between Norsk and CN — a significant indicator of proximity in and of itself — the trial judge based his conclusion that there was sufficient proximity on a number of factors related to CN's connection with the property damaged, the bridge, including the fact that CN's property was in close proximity to the bridge, that CN's property could not be enjoyed without the link of the bridge which was an integral part of its railway system, and that CN supplied materials, inspection and consulting services for the bridge, was its preponderant user, and was recognized in the periodic negotiations surrounding the closing of the bridge.

Recovery for purely economic loss has been recognized for a "joint" or "common venture" category. To deny recovery in such circumstances would be to deny it to a person who for practical purposes is in the same position as if he or she owned the property physically damaged. Here, CN's operations were so closely allied

L'approche énoncée dans l'arrêt *Kamloops* ne menace pas d'engendrer une avalanche de poursuites découlant de l'existence d'une responsabilité indéterminée, de mener à une trop grande incertitude ou d'entraîner une répartition financière injuste ou inefficace des ressources. Au contraire, elle tient compte de ces préoccupations. De plus, les législatures peuvent imposer des limites si, en suivant cette approche, les tribunaux étendent trop la responsabilité. Si on se base sur l'examen des questions de l'assurance, de la répartition des pertes et de la répartition contractuelle du risque, soulevées à l'encontre de la responsabilité en l'espèce, il n'y a aucune raison pratique pour que les tribunaux reviennent à une règle rigide comme, par exemple, une règle qui n'admet jamais l'indemnisation de la perte économique sauf lorsque le demandeur a subi un dommage matériel ou une lésion corporelle ou s'est fié à une déclaration inexacte faite par négligence.

Le CN a subi une perte économique en étant privé de son droit contractuel d'utiliser le pont endommagé suite à la négligence des défendeurs. Son droit à l'indemnisation dépend de la question de savoir (1) s'il peut prouver l'existence d'un lien suffisamment étroit et (2) si l'extension de l'indemnisation à ce type de perte est souhaitable du point de vue pratique.

En l'espèce, il fallait examiner de nouveau la question du lien étroit. L'affaire ne tombait dans aucune des catégories où on avait déjà conclu à l'existence d'un lien étroit et d'une responsabilité.

En plus de mettre l'accent sur l'existence d'un rapport entre Norsk et le CN, qui constitue en soi un signe important de l'existence d'un lien étroit, le juge de première instance a fondé sa conclusion à l'existence d'un lien suffisamment étroit sur un certain nombre de facteurs liés au rapport existant entre le CN et le bien endommagé, le pont, dont le fait que les biens du CN avaient un lien étroit avec le pont, que les biens du CN ne pouvaient pas être utilisés sans le lien que constituait le pont qui faisait partie intégrante de son réseau ferroviaire, et le fait que le CN fournissait des matériaux et des services d'inspection et de consultation pour le pont et qu'il en était le principal usager, ce qui était admis dans les négociations périodiques entourant la fermeture du pont.

L'indemnisation de la perte purement économique a été admise en ce qui concerne la catégorie des «entreprises communes» ou «conjointes». Refuser l'indemnisation en pareilles circonstances reviendrait à la refuser à une personne qui, à toutes fins pratiques, se trouve dans la même situation que si elle était propriétaire du bien

to the operations of PWC's damaged bridge that the necessary proximity is established.

From a practical point of view, extension of recovery to this type of loss is desirable. Recovery permits a plaintiff, whose position for practical purposes vis-à-vis the tortfeasor is indistinguishable from that of the owner of the damaged property, to recover what the actual owner could have recovered. This is fair and avoids an anomalous result. Recovery of economic loss in this case does not open the floodgates to unlimited liability; the category is a limited one and allows potential tortfeasors to gauge in advance the scope of their liability.

Per Stevenson J.: While in Canada there is no general exclusionary rule precluding recovery of pure economic loss in a negligence action, there are acceptable policy reasons which preclude recovery of certain types of economic losses. For policy reasons and for reasons of fairness to defendants, the law must deny recovery of economic losses which give rise to the possibility of indeterminate liability. Relational losses usually create the possibility of indeterminate liability and their recovery is therefore exceptional. Aside from the danger of indeterminate liability, however, there is no reason in principle that bars recovery of such losses. Relational losses should thus be recoverable wherever the policy concern about indeterminate liability does not apply. There is no danger of indeterminate liability when the defendant actually knows or ought to know of a specific individual or individuals, as opposed to a general or unascertained class of the public, who is or are likely to suffer a foreseeable kind of loss as a result of negligence by that defendant. With a "known plaintiff", the scope of liability cannot become indeterminate. While the "known plaintiff" approach may not be an adequate final limit on recovery of relational economic loss, it provides an appropriate basis for excluding the relational loss exclusionary rule. There may be other exceptions. The concept of proximity is incapable of providing a principled basis for drawing the line on the issue of liability.

endommagé. En l'espèce, les opérations du CN sont liées de si près à l'exploitation du pont endommagé de TPC que l'existence du lien étroit nécessaire est établie.

^a Du point de vue pratique, l'extension de l'indemnisation à ce genre de perte est souhaitable. L'indemnisation permet au demandeur dont la position, à toutes fins pratiques, vis-à-vis de l'auteur du délit, ne saurait être distinguée de celle du propriétaire du bien endommagé, de recouvrer ce que le véritable propriétaire aurait pu recouvrer. Cela est juste et permet d'éviter un résultat anormal. L'indemnisation de la perte économique dans la présente affaire n'entraîne pas une avalanche de poursuites découlant de l'existence d'une responsabilité illimitée; on est en présence d'une catégorie limitée où les auteurs de délits éventuels peuvent évaluer d'avance l'étendue de leur responsabilité.

^d *Le juge Stevenson:* Bien qu'il n'existe au Canada aucune règle générale d'exclusion qui interdise l'indemnisation de la perte purement économique dans une action pour négligence, il existe des raisons de principe acceptables d'empêcher l'indemnisation de certains types de pertes économiques. Pour des raisons de principe et des raisons d'équité à l'égard des défendeurs, le droit doit refuser l'indemnisation des pertes économiques qui engendrent la possibilité d'une responsabilité indéterminée. Les pertes relationnelles engendrent habituellement la possibilité d'une responsabilité indéterminée et c'est pourquoi l'indemnisation de ces pertes est exceptionnelle. Toutefois, hormis le danger de la responsabilité indéterminée, il n'y a aucune raison d'interdire en principe l'indemnisation des pertes relationnelles. Il devrait donc y avoir indemnisation des pertes relationnelles dans tous les cas où il n'y a pas lieu, en principe, de se préoccuper de la possibilité d'une responsabilité indéterminée. Il n'y a pas de danger de responsabilité indéterminée lorsque le défendeur sait effectivement ou devrait savoir qu'une ou des personnes en particulier, par opposition à une catégorie générale ou indéterminée de personnes, est ou sont susceptibles de subir une forme prévisible de perte du fait de sa négligence. Lorsque le demandeur est connu, la portée de la responsabilité ne peut devenir indéterminée. Bien que la règle du demandeur connu ne constitue peut-être pas une limite définitive appropriée à l'indemnisation de la perte économique relationnelle, elle fournit un bon motif d'écarter la règle d'exclusion de la perte relationnelle. Il se peut qu'il y ait d'autres exceptions. La notion du lien étroit n'est pas susceptible de fournir une justification, fondée sur des principes, qui permette de définir l'étendue de la responsabilité.

On the facts of this case, there is no policy rationale for excluding liability. The appellants do not deny that the respondent's loss was foreseeable or that the other usual elements necessary to found a liability in negligence were present. One navigating near a bridge would ordinarily realize that damage to the bridge structure will cause damage to the users of the bridge. The loss and the victim were identifiable, and the damage almost inevitable. The appellants ought to have known — and in fact knew — that the respondent would suffer economic loss as a result of their negligence. Liability would in no way be out of proportion with the neglect. There is no danger of indeterminate liability.

Per La Forest, Sopinka and Iacobucci JJ. (dissenting): There are at least three types of economic loss cases in tort. The first involves consequential economic loss. In those cases, the plaintiff claims for economic loss which occurs as a consequence of the plaintiff's being personally injured or incurring property damage. In the second type, which can be termed non-relational economic loss, the plaintiff claims for pure economic loss which is unrelated to any personal injury or property damage suffered by either the plaintiff or any third party. It is doubtful that this group can be analyzed in terms of a single rule. The third type, present here, involves a claim for relational economic loss by the plaintiff as a result of damage caused to someone else's property.

Thus the issue in this case is not whether economic losses are recoverable in tort; they are indeed recoverable in certain cases. The issue, rather, is whether a person (A) who contracts for the use of property belonging to another (B) can sue a person who damages that property for losses resulting from A's inability to use the property during the period of repair. This type of loss can be referred to as contractual relational economic loss.

A distinct approach to contractual relational economic loss cases is justified both on policy grounds and on precedent. In policy terms, contractual economic loss cases have a number of specific characteristics that differentiate them from other pure economic loss cases. First, the property owner's right of action already puts pressure on the defendants to act with care. Imposing further liability cannot reasonably be justified on the grounds of

Il n'y a, d'après les faits de l'espèce, aucune raison de principe d'écarter la responsabilité. Les appelants ne nient pas le caractère prévisible de la perte subie par l'intimée ni la présence des autres éléments habituellement nécessaires à l'établissement de la responsabilité pour négligence. Celui qui navigue près d'un pont est ordinairement conscient que le dommage causé à la structure du pont causera aussi un préjudice à ceux qui l'utilisent. La perte et la victime étaient identifiables et le dommage, presque inévitable. Les appelants auraient dû savoir, et ils le savaient effectivement, que l'intimée subirait une perte économique du fait de leur négligence. La responsabilité ne serait aucunement disproportionnée à la négligence. Il n'y a pas danger de responsabilité indéterminée.

Les juges La Forest, Sopinka et Iacobucci (dissidents): Il y a au moins trois genres de cas de perte économique en matière délictuelle. Dans le premier cas, il y a la perte économique indirecte. Dans ce cas, la réclamation du demandeur vise la perte économique engendrée par une lésion corporelle ou un dommage matériel subi par le demandeur. Dans le deuxième cas où la perte peut être qualifiée de perte économique non relationnelle, la réclamation du demandeur vise une perte purement économique non liée à une lésion corporelle ou à un dommage matériel subi par le demandeur lui-même ou par un tiers. Il est douteux que cette catégorie puisse être analysée sous l'angle d'une seule règle. Dans le troisième cas, celui dont il est question ici, la réclamation est fondée sur la perte économique relationnelle subie par le demandeur en raison d'un dommage causé au bien d'autrui.

Ainsi, il ne s'agit pas, en l'espèce, de déterminer si les pertes économiques peuvent donner lieu à indemnisation en matière délictuelle, puisqu'elles peuvent effectivement donner lieu à indemnisation dans certains cas. Il s'agit plutôt de déterminer si la personne (A) qui passe un contrat pour l'utilisation d'un bien appartenant à une autre personne (B) peut poursuivre la personne qui endommage ce bien pour les pertes découlant de l'incapacité de A d'utiliser le bien pendant qu'il est en réparation. Ce genre de perte peut être qualifié de perte économique relationnelle découlant d'un contrat.

Tant des raisons de principe que la jurisprudence justifient d'aborder de manière différente les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat. En principe, les cas de perte économique découlant d'un contrat comportent un certain nombre de caractéristiques précises qui les différencient d'autres cas de perte purement économique. Premièrement, le droit d'action du propriétaire du bien incite déjà les défendeurs à faire

deterrence. Second, a firm exclusionary rule does not necessarily exclude compensation to the plaintiff for his or her loss. Rather, it simply channels to the property owner both potential liability to the plaintiff and the right of recovery against the tortfeasor. Third, perfect compensation in these cases is almost always impossible because of the ripple effects which are of the very essence of contractual relational economic loss. These effects are often absent in other economic loss cases. It is in this sense that the solution to cases of this type is necessarily pragmatic: the whole exercise in this kind of situation involves drawing a line amongst those who are undeniably injured by the tortfeasor who was undeniably at fault. Fourth, contractual relational economic loss cases, typically, involve accidents, an aspect of fundamental importance with respect to tests of liability founded on the foreseeability of an individual plaintiff or an ascertained class of plaintiffs.

As for precedent, the debate over recovery of pure economic loss in tort has been obscured by the existence of two different versions of an exclusionary rule barring recovery for pure economic loss. In its narrow formulation, the rule excludes claims for negligent interference with contractual relations where a third party's property has been damaged and where the damage to the plaintiff's contractual relations is caused as a result of that property damage. The rule was originally developed in these terms in *Cattle v. Stockton Waterworks Co.*, and other early cases as noted in the recent case of *Candlewood Navigation Corp. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*. Subsequently, the exclusionary rule was broadened and purported to exclude all claims in negligence for pure economic loss. This broad rule was rejected in *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, opening up a third phase in the development of law on economic loss. Many recent cases in the area of economic loss have approached the problem at a very high level of generality. They have addressed the question of whether we should abandon the broad rule altogether. The result of this broad approach is that cases on relational economic loss are unhelpfully bound up with other types of economic loss cases that raise different policy concerns. Precedent and policy support a

preuve de diligence. La dissuasion ne saurait raisonnablement justifier l'imposition d'une responsabilité supplémentaire. Deuxièmement, une règle stricte d'exclusion de la responsabilité n'exclut pas nécessairement l'indemnisation de la perte subie par le demandeur. Au contraire, elle ne fait que canaliser vers le propriétaire du bien la responsabilité potentielle envers le demandeur et le droit de se faire indemniser par l'auteur du délit. Troisièmement, l'indemnisation parfaite en pareils cas est presque toujours impossible en raison des effets d'enchaînement qui caractérisent la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Ces effets sont souvent absents dans d'autres cas de perte économique. C'est dans ce sens que la solution des affaires de ce genre est nécessairement pragmatique: la cour est obligée, dans ce genre de situation, d'établir une ligne de démarcation parmi les personnes à qui l'auteur du délit, qui était indéniablement fautif, a indéniablement causé un préjudice. Quatrièmement, les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat surviennent habituellement à la suite d'un accident; c'est là un aspect qui revêt une importance fondamentale en ce qui concerne les critères de responsabilité fondés sur la prévisibilité d'un demandeur particulier ou d'une catégorie déterminée de demandeurs.

Sur le plan de la jurisprudence, l'existence de deux versions différentes d'une règle d'exclusion interdisant l'indemnisation des pertes purement économiques a embrouillé la question de l'indemnisation de la perte purement économique en matière délictuelle. Selon sa formulation stricte, la règle exclut la responsabilité pour ingérence par négligence dans des rapports contractuels lorsque le bien d'un tiers a été endommagé et lorsque le préjudice causé aux rapports contractuels du demandeur résulte de ce dommage matériel. C'est en ces termes que la règle a été formulée au départ dans la décision *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* et dans d'autres affaires anciennes, tel que souligné dans l'arrêt récent *Candlewood Navigation Corp. c. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*. Par la suite, le champ d'application de la règle d'exclusion a été élargi et elle était censée exclure toutes les réclamations, en matière de négligence, pour perte purement économique. Cette règle générale a été rejetée dans *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.* ce qui a marqué le début d'une troisième phase de l'évolution du droit en matière de perte économique. Beaucoup de décisions récentes en matière de perte économique ont abordé le problème de manière très générale. Elles ont examiné la question de savoir si nous devrions abandonner la règle générale complètement. Cette méthode générale sème la confusion car les affaires relatives à une perte économique relationnelle

distinct approach to the issue of contractual relational economic loss.

The decisions of this Court relied upon by the respondent are not contractual relational economic loss cases; they involve other types of economic loss claims which raise different policy concerns. Undoubtedly, the decisions of this Court in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works and Kamloops (City of) v. Nielsen*, refute the existence of a broad exclusionary rule in Canada and *Murphy v. Brentwood District Council* does not represent the law in Canada. However, nothing in *Rivtow* or *Kamloops* indicates that the Court considered the narrow exclusionary rule to be ill-advised.

While the respondent recognized the existence of the narrow rule in *Cattle*, it sought first to avoid the application of the rule by contending that its interest was more than a mere contractual interest. Second, they sought to qualify the application of the rule in *Cattle* by contending that even if CN has only a contractual interest, the existence of other factors is sufficient to constitute a special relationship with the tortfeasor and to ground recovery for its contractual claims. These arguments were dealt with in turn.

CN's arguments that the narrow rule should not apply in this case because it had more than a contractual interest were unpersuasive. First, CN did not suffer a "transferred loss of use" any different in kind from that suffered by the typical contractual claimant. The argument that granting judgment to CN in this case would not extend the liability of the defendants over and above what they would normally incur to the owner of commercial property (since the owner could have collected damages for loss of use) was unconvincing. A similar argument was rejected in *Candlewood* on stronger facts for the plaintiff. Adoption of a "transferred loss of use" theory in cases of this type would lead to great uncertainties in measuring, tracing and apportioning damages. Second, CN did not come under the common adventure or joint venture exception to the narrow exclusionary rule. CN's preponderant usage of the bridge and its contractual arrangement to supply repair services to PWC where requested and paid for by PWC were not sufficient to constitute a common adventure.

sont inutilement liées à d'autres genres d'affaires de perte économique qui soulèvent des questions de principe différentes. La jurisprudence et les principes justifient l'adoption d'une façon spécifique d'aborder la question de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat.

Les arrêts de notre Cour, sur lesquels se fonde l'intimée, ne constituent pas des cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat; ils comportent d'autres types de réclamations fondées sur une perte économique qui soulèvent des questions de principe différentes. Il n'y a pas de doute que les arrêts de notre Cour *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works* et *Kamloops (Ville de) c. Nielsen* réfutent l'existence d'une règle d'exclusion de portée générale au Canada, et que l'arrêt *Murphy c. Brentwood District Council* ne représente pas l'état du droit en vigueur au Canada. Cependant, rien dans *Rivtow* ou *Kamloops* n'indique que notre Cour a jugé peu judicieuse la règle stricte d'exclusion.

Tout en reconnaissant l'existence de la règle stricte énoncée dans *Cattle*, l'intimée a d'abord cherché à éviter l'application de cette règle en soutenant que le droit qu'elle possédait était plus qu'un simple droit découlant d'un contrat. Elle a ensuite cherché à limiter l'application de la règle de la décision *Cattle* en prétendant que même si le CN ne possédait qu'un droit découlant d'un contrat, l'existence d'autres facteurs est suffisante pour qu'il y ait un rapport spécial avec l'auteur du délit et pour justifier l'indemnisation relative à ses réclamations fondées sur un contrat. Ces arguments ont été examinés à tour de rôle.

Les arguments du CN selon lesquels la règle stricte ne devrait pas s'appliquer ici parce qu'il possédait davantage qu'un droit découlant d'un contrat ne sont pas convaincants. Premièrement, le CN n'a pas subi de «perte d'usage transférée» qui soit différente de celle subie par le réclamant typique en vertu d'un contrat. L'argument voulant que donner gain de cause au CN en l'espèce n'aurait pas pour effet d'élargir la responsabilité des défendeurs au-delà de celle à laquelle ils s'exposeraient normalement envers le propriétaire d'un bien commercial (étant donné que le propriétaire aurait pu percevoir des dommages-intérêts pour perte d'usage) n'est pas convaincant. Un argument semblable a été rejeté dans l'affaire *Candlewood* où les faits étaient plus favorables à la demanderesse. L'adoption d'un principe de la «perte d'usage transférée» dans des cas de ce genre engendrerait de grandes incertitudes en matière d'évaluation, d'identification et de répartition des dommages. Deuxièmement, l'exception de l'entreprise commune ou conjointe à l'application de la règle stricte d'exclusion

Common adventure cases involve a situation where B is bound to contribute to A's loss under general average rules and seeks to recover that amount from the wrongdoer C. They also involve discretionary decisions made in the common interest which impose cost disproportionately amongst those who benefit from the decision. There was no common imminent peril in this case and CN was not required to contribute to PWC's loss. CN's voluntary contributions to bridge maintenance were also insufficient to constitute a common adventure.

Turning to the second branch of CN's argument, it was necessary, before examining the various proposals that have been made to relax the bright line rule which excludes recovery for contractual relational economic loss, to set forth the criteria that a rule in this area should meet. The guideposts set forth by McLachlin J. for establishing a rule in this area were generally agreed with: liability must be limited; the limits must be clearly defined; considerations of policy and fairness must be taken into account. A number of additional aspects are also relevant to the choice of a rule in this area. It is often suggested that indeterminacy is the only problem the rule must confront. This was perhaps natural in light of the importance of potential indeterminate liability in negligent misrepresentation cases and the fact that the breakthrough in allowing recovery for economic loss came in *Hedley Byrne*. However, the resulting confusion between the indeterminate liability problem and economic loss cases in general tends to obscure the variety of issues raised in different kinds of economic loss cases. Although a rule in the area of contractual relational economic loss certainly must confront the problem of indeterminacy, the rule should serve to do more than just exclude indeterminate liability. A test for recovery in cases of contractual relational economic loss should also reflect the characteristics of this type of litigation. The rule should encourage both parties to act in ways that will minimize overall losses.

ne s'appliquait pas au CN. L'usage prépondérant du pont par le CN et l'entente contractuelle qu'il avait conclue pour fournir à TPC des services de réparation lorsque ceux-ci seraient requis et payés par TPC, ne suffisaient pas pour qu'il y ait entreprise commune. Les cas d'entreprise commune impliquent l'existence d'une situation où B est tenu de payer sa part de la perte subie par A, en vertu des règles de l'avarie commune, et où il cherche à récupérer ce montant auprès de C, l'auteur du méfait. Ils comportent également la prise, dans l'intérêt de tous, de décisions discrétionnaires qui répartissent disproportionnellement le coût parmi ceux qui tirent profit de la décision en cause. Il n'y avait pas de péril commun imminent en l'espèce et le CN n'était pas tenu de payer sa part de la perte de TPC. Les contributions volontaires du CN à l'entretien du pont étaient également insuffisantes pour qu'il y ait entreprise commune.

Quant au second volet de l'argument du CN, il était nécessaire d'énoncer les critères auxquels doit satisfaire une règle dans ce domaine, avant d'examiner les diverses propositions qui ont été faites dans le but d'assouplir la règle de la démarcation très nette qui exclut l'indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. On s'est dit généralement d'accord avec les critères applicables à l'établissement d'une règle en la matière, qui ont été énoncés par le juge McLachlin: la responsabilité doit être limitée; les limites doivent être clairement définies; des considérations de principe et d'équité doivent entrer en ligne de compte. Un certain nombre d'autres aspects sont aussi pertinents pour choisir une règle dans ce domaine. On laisse souvent entendre que le seul problème que doit surmonter la règle est celui de l'indétermination. Cela était peut-être naturel compte tenu de l'importance du risque de responsabilité indéterminée qui existe dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence et du fait que la percée de l'indemnisation de la perte économique ait eu lieu dans *Hedley Byrne*. Toutefois, la confusion qui s'est ensuivie entre le problème de la responsabilité indéterminée et les cas de perte économique en général tend à obscurcir les diverses questions soulevées dans différents genres d'affaires de perte économique. Bien qu'une règle dans le domaine de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat doive sûrement surmonter le problème de l'indétermination, pareille règle devrait faire davantage que simplement exclure la responsabilité indéterminée. Le critère applicable à l'indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat devrait également refléter les caractéristiques de ce genre de litige. La règle devrait encourager les deux parties à agir de manière à réduire les pertes globales.

The rule must, of course, also confront the problem of indeterminacy. What then does it mean for a particular liability to be determinate? First, in this area, the requisite certainty should exist before the accident occurs. Second, the concern is not simply the risk of a large number of claims since an accident may injure a large number of people or cause extensive property damage. Rather, the concern is that the volume of claims is indeterminate and therefore difficult and expensive to insure against. In physical damage cases, the number of potential first-victim claims is usually foreseeable even when large. Even more importantly, it is rare for multiple physical damage claims to ripple down a chain. In contrast, such ripple effects are the very essence of contractual relational economic loss. A third important consideration is the indeterminacy of each claim. Allowing recovery for contractual expectancies would require analysis of who bore the loss. The problem with this case, from the perspective of indeterminacy, is that it involves a type of accident that will very likely lead to a great number of claims.

The proposed tests that would allow recovery do not meet the criteria that a rule should have in this area. First, the "individual plaintiff" or "ascertained class of plaintiffs" test was rejected in *Candlewood*. While useful in negligent misrepresentation cases, it has no link with the defendant's degree of fault or with the merit of the plaintiff's claim in the context of an accident. Second, foresight of the specific nature of the plaintiff's loss is not sufficient; in practically all cases of this type, the defendant will be aware that the specific nature of the loss will be loss of use of the damaged property. Third, the "physical effects" test adopted by Jacobs J. in *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"*, is not satisfied even if it were to be adopted. The other railways suffered identical damages despite not owning any property in physical proximity to the accident. There is no policy significance in the fact that a particular plaintiff owns property in proximity to an accident. Fourth, the concept of proximity is incapable of providing a principled basis for drawing the line with respect to the issue of liability for the reasons expressed by Stevenson J. It expresses a result, rather than a principle. Fifth, liability in this area should not be established based on the court's perception of the extent of the defendant's moral fault. Liability is very often vicarious

Il va sans dire que la règle doit également surmonter le problème de l'indétermination. Que faut-il alors pour qu'une responsabilité en particulier soit déterminée? Premièrement, dans ce domaine, la certitude requise devrait exister avant que l'accident ne survienne. Deuxièmement, on ne s'inquiète pas simplement du risque qu'il y ait un grand nombre de réclamations puisqu'un accident peut blesser un grand nombre de gens ou causer des dommages matériels considérables. On s'inquiète plutôt de ce que le nombre de réclamations soit indéterminé et qu'il soit donc difficile et coûteux de s'assurer contre ce risque. Dans les cas de préjudice physique, le nombre possible de réclamations de première victime est habituellement prévisible même s'il est élevé. Aspect plus important encore, il est rare que des réclamations pour préjudice physique se multiplient par des effets d'enchaînement. En revanche, de tels effets d'enchaînement constituent l'essence même de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Un troisième facteur important est le fait que chaque réclamation est indéterminée. Permettre l'indemnisation des attentes en matière contractuelle exigerait qu'on procède à une analyse afin de déterminer qui a essuyé la perte. Le problème que soulève la présente affaire, du point de vue de l'indétermination, est qu'il est question d'un type d'accident fort susceptible d'engendrer une multitude de réclamations.

Les règles proposées qui permettraient l'indemnisation ne satisfont pas aux critères qu'une règle devrait respecter dans ce domaine. Premièrement, la règle exigeant un «demandeur en particulier» ou une «catégorie déterminée de demandeurs» a été rejetée dans *Candlewood*. Bien qu'elle soit utile dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence, elle n'a rien à voir avec le degré de faute du défendeur ou avec le bien-fondé de la réclamation du demandeur dans le contexte d'un accident. Deuxièmement, la prévision de la nature précise de la perte du demandeur ne suffit pas; dans presque toutes les affaires de ce genre, le défendeur sait que la perte subie sera précisément la perte d'usage du bien endommagé. Troisièmement, même s'il devait être adopté, le critère des «effets physiques» formulé par le juge Jacobs dans *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge «Willemstad»* n'est pas rempli. Les autres compagnies ferroviaires ont subi des dommages identiques même si elles ne possédaient pas un bien situé près du lieu de l'accident. Le fait qu'un demandeur en particulier possède un bien situé près du lieu d'un accident n'a, en principe, aucune importance. Quatrièmement, pour les motifs exposés par le juge Stevenson, la notion du lien étroit n'est pas susceptible de fournir une justification, fondée sur des principes, qui permette de définir

in cases of this type. The hallmark of vicarious liability is that it is based neither on any conduct by the defendant nor even on breach of his or her own duty. Furthermore, to the extent that the concern about fault is linked to deterrence, the deterrent effect of tort law is already present due to the tort action of the property owner. Sixth, CN's suggestion that a new bright line be erected excluding all co-contractors of CN does not appear to be a significantly better solution than the traditional rule.

The crucial problem with the various formulations of the proximity test examined so far is that they look at the problem strictly from the perspective of the defendant. Given the eminently pragmatic and policy basis of decisions about liability in this area, the situation of both the defendant and the plaintiff must be examined in cases of this kind. In particular, the plaintiff's ability to foresee and provide for the particular damage in question is a key factor in the proximity analysis.

It is legitimate to consider which party is the better loss bearer in this type of case for three reasons: policy concerns with respect to deterrence and cost internalisation are generally at least substantially met by the tortfeasor's primary liability to the property owner; the approach merely articulates another policy lying behind a well-established rule; in this field the crucial problem remains that of limiting liability and a significantly higher threshold for recovery is entirely justified.

Analysis of loss bearing ability involves asking which party is in a better position to predict the frequency and severity of CN's economic loss when bridges are damaged, and to plan accordingly. CN was undoubtedly in a better position to bear the loss in this case than was Norsk. First, in light of the significant information available regarding bridge failure and CN's long use of the bridge, CN was probably at least equally competent in terms of estimating the potential risks of bridge failure. Second, CN was clearly in a better position than

l'étendue de la responsabilité. Elle exprime un résultat plutôt qu'un principe. Cinquièmement, la responsabilité dans ce domaine ne devrait pas s'établir en fonction de la perception qu'a le tribunal de l'étendue de la faute morale du défendeur. Dans ce genre d'affaires, la responsabilité résulte très souvent du fait d'autrui. La responsabilité du fait d'autrui est caractérisée par le fait qu'elle ne se fonde ni sur la conduite du défendeur ni même sur le manquement par celui-ci à sa propre obligation. En outre, dans la mesure où cette préoccupation de la faute est liée à la dissuasion, l'effet dissuasif du droit en matière de responsabilité délictuelle se fait déjà sentir en raison de l'action délictuelle intentée par le propriétaire du bien. Sixièmement, la proposition par le CN de tracer une nouvelle ligne de démarcation très nette qui exclurait tous les cocontractants du CN ne semble pas constituer une solution sensiblement meilleure que la règle traditionnelle.

Le problème crucial que posent les diverses formulations du critère du lien étroit examinées jusqu'ici réside dans le fait qu'elles abordent la question strictement du point de vue du défendeur. Compte tenu du fondement éminemment pragmatique des décisions sur la responsabilité dans ce domaine, il faut examiner la situation du défendeur et du demandeur dans ce genre de cas. En particulier, la capacité du demandeur de prévoir le dommage particulier et d'y parer est un facteur clé dans l'analyse du lien étroit.

Il est légitime de se demander quelle partie est la mieux en mesure d'assumer la perte dans ce genre d'affaire, et ce, pour trois raisons: les préoccupations de principe relatives à la dissuasion et au désir de faire supporter le coût des accidents par ceux qui profitent des activités qui les provoquent sont généralement tout au moins dissipées en grande partie par la responsabilité primaire de l'auteur du délit envers le propriétaire du bien; cette méthode ne fait qu'énoncer un autre principe qui sous-tend une règle bien établie; dans ce domaine, le problème crucial demeure la limitation de la responsabilité et un seuil d'indemnisation beaucoup plus élevé est entièrement justifié.

Dans l'analyse de la capacité d'assumer la perte, il faut notamment se demander quelle partie est la mieux en mesure de prévoir la fréquence et la gravité de la perte économique du CN en cas de dommages causés à des ponts, et de planifier en conséquence. Il n'y a pas de doute que le CN était mieux en mesure que Norsk d'assumer la perte. Premièrement, compte tenu de l'abondance des renseignements disponibles quant au risque d'interruption de la circulation sur le pont et de la longue utilisation du pont par le CN, il est probable que ce

Norsk to estimate the potential costs of bridge failure to CN's operations. Third, CN was better placed to protect itself from the consequences of those losses through first party commercial insurance or self-insurance, or through contract with both the bridge owner and with CN's customers. Even if recovery were allowed in this case, parties such as CN will still need to protect themselves. The critical effect of allowing recovery is that it would also require defendants in Norsk's position to insure for potential contractual relational economic loss.

To justify recovery in cases of this nature, the plaintiff would, at the very least, have to effectively respond not only to the concern about indeterminacy but also show that no adequate alternative means of protection were available. Other concerns may also need to be met. The question of whether recovery should be allowed in the residual cases in which these two barriers are overcome does not require an answer in the context of this case. The exclusionary rule is not in itself attractive. The rule only becomes defensible when it is realized that full recovery is impossible, that recovery is in fact going to be refused to the vast majority of such claims regardless of the rule we adopt, and when the exclusionary rule is compared to the alternatives. It should not be disturbed on the facts of this case.

Cases Cited

By McLachlin J.

Applied: *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; **considered:** *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227; **not followed:** *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; **referred to:** *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Ultramares Corporation v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27; *Leigh and Sullivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1985] Q.B. 350; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Junior Books*

dernier était au moins aussi qualifié que Norsk pour évaluer ce risque. Deuxièmement, il est évident que le CN était mieux en mesure que Norsk d'évaluer les coûts éventuels, sur le plan de ses opérations, de l'impossibilité d'utiliser le pont. Troisièmement, le CN était mieux en mesure de se prémunir contre les conséquences de ces pertes en souscrivant une assurance commerciale de première partie ou en s'assurant lui-même, ou encore en passant un contrat avec le propriétaire du pont et les clients du CN. Même si l'indemnisation était permise en l'espèce, il serait encore nécessaire que des parties comme le CN se protègent elles-mêmes. Permettre l'indemnisation aurait pour effet crucial d'obliger également les défendeurs, dans la situation de Norsk, à s'assurer contre le risque de perte économique relationnelle découlant d'un contrat.

Pour justifier l'indemnisation en pareils cas, le demandeur devrait non seulement, tout au moins, tenir compte effectivement de la préoccupation exprimée au sujet de l'indétermination, mais aussi démontrer qu'il ne disposait d'aucun autre moyen de protection adéquat. Il peut également se révéler nécessaire de tenir compte d'autres préoccupations. Il n'est pas nécessaire, dans le contexte de la présente affaire, de savoir s'il y a lieu de permettre l'indemnisation dans les cas où ces deux obstacles sont surmontés. La règle d'exclusion n'est pas attrayante en soi. Cette règle ne devient défendable que lorsqu'on réalise que l'indemnisation intégrale est impossible, que l'indemnisation va effectivement être refusée en ce qui concerne la grande majorité de ces réclamations, peu importe la règle que nous adoptons, et que la règle d'exclusion est mise en parallèle avec les autres solutions possibles. Il convient de ne pas y toucher dans le contexte de la présente affaire.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts appliqués: *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; **arrêts examinés:** *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge «Willemstad»* (1976), 11 A.L.R. 227; **arrêt non suivi:** *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; **arrêts mentionnés:** *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Ultramares Corporation c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Spartan Steel & Alloys Ltd. c. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27; *Leigh and Sullivan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, [1985] Q.B. 350; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964]

Ltd. v. Veitchi Co., [1983] 1 A.C. 520; *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265; *Domar Ocean Transportation, Ltd. v. M/V Andrew Martin*, 754 F.2d 616 (1985); *Amoco Transport Co. v. S/S Mason Lykes*, 768 F.2d 659 (1985); *Union Oil Co. v. Oppen*, 501 F.2d 558 (1974); *East River Steamship Corp. v. Delaval Turbine, Inc.*, 752 F.2d 903 (1985), aff'd 476 U.S. 858 (1986); *Cass. civ. 2^e, April 28, 1965, D.S. 1965.777 (Marcailloux v. R.A.T.V.M.)*; *Joly v. Ferme Ré-Mi Inc.*, [1974] C.A. 523; *Regent Taxi v. Congrégation des petits frères de Marie, dits frères maristes*, [1929] S.C.R. 650; *Hôpital Notre-Dame v. Laurent*, [1978] 1 S.C.R. 605; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Foundation Company of Canada Ltd.*, [1977] 2 W.W.R. 717; *Gypsum Carrier Inc. v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 147; *Star Village Tavern v. Nield* (1976), 71 D.L.R. (3d) 439; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1.

A.C. 465; *Junior Books Ltd. c. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520; *Morrison Steamship Co. c. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265; *Domar Ocean Transportation, Ltd. c. M/V Andrew Martin*, 754 F.2d 616 (1985); *Amoco Transport Co. c. S/S Mason Lykes*, 768 F.2d 659 (1985); *Union Oil Co. c. Oppen*, 501 F.2d 558 (1974); *East River Steamship Corp. c. Delaval Turbine, Inc.*, 752 F.2d 903 (1985), conf. par 476 U.S. 858 (1986); *Cass. civ. 2^e, 28 avril 1965, D.S. 1965.777 (Marcailloux c. R.A.T.V.M.)*; *Joly c. Ferme Ré-Mi Inc.*, [1974] C.A. 523; *Regent Taxi c. Congrégation des petits frères de Marie, dits frères maristes*, [1929] R.C.S. 650; *Hôpital Notre-Dame c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Foundation Company of Canada Ltd.*, [1977] 2 W.W.R. 717; *Gypsum Carrier Inc. c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 147; *Star Village Tavern c. Nield* (1976), 71 D.L.R. (3d) 439; *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1.

By Stevenson J.

Citée par le juge Stevenson

Approved: *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227; *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297; **not followed:** *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Candlewood Navigation Corp. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*, [1986] A.C. 1; *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520; **referred to:** *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Simpson & Co. v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Ultramares Corporation v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785; *Société anonyme de remorquage à hélice v. Bennetts*, [1911] 1 K.B. 243; *Weller & Co. v. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569; *San Sebastian Pty. Ltd. v. Minister Administering the Environmental Planning and Assessment Act 1979* (1986), 162 C.L.R. 340; *Candler v. Crane, Christmas & Co.*,

Arrêts approuvés: *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge «Willemstad»* (1976), 11 A.L.R. 227; *Ross c. Caunters*, [1980] Ch. 297; **arrêt non suivis:** *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Candlewood Navigation Corp. c. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*, [1986] A.C. 1; *Junior Books Ltd. c. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520; **arrêts mentionnés:** *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Simpson & Co. c. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Morrison Steamship Co. c. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Ultramares Corporation c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Leigh and Sillavan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785; *Société anonyme de remorquage à hélice c. Bennetts*, [1911] 1 K.B. 243; *Weller & Co. c. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569; *San Sebastian Pty. Ltd. c. Minister Administering the Environmental Planning and Assessment Act 1979* (1986), 162 C.L.R. 340; *Candler*

[1951] 2 K.B. 164; *Clarke v. Bruce Lance & Co.*, [1988] 1 All E.R. 364; *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466.

By La Forest J. (dissenting)

Gypsum Carrier Inc. v. The Queen, [1978] 1 F.C. 147; *Bethlehem Steel Corp. v. St. Lawrence Seaway Authority*, [1978] 1 F.C. 464; *Star Village Tavern v. Nield* (1976), 71 D.L.R. (3d) 439; *Weller & Co. v. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569; *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall and Son Ltd.*, [1971] 1 Q.B. 337; *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works* (1972), 26 D.L.R. (3d) 559, rev'd [1974] S.C.R. 1189; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *State of Louisiana v. M/V Testbank*, 752 F.2d 1019 (1985); *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Candlewood Navigation Corp. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*, [1986] A.C. 1; *Simpson & Co. v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279; *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227; *Robins Dry Dock & Repair Co. v. Flint*, 275 U.S. 303 (1927); *Abramovic v. Canadian Pacific Ltd.* (1989), 69 O.R. (2d) 487; *Leigh and Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785; *Société anonyme de remorquage à hélice v. Bennetts*, [1911] 1 K.B. 243; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466; *Elliott Steam Tug Co. v. Shipping Controller*, [1922] 1 K.B. 127; *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382 (1916); *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. (The Wagon Mound)*, [1961] A.C. 388; Cass. civ. 2^e, June 25, 1975, Bull. II no. 195, eventually returned to that court, Cass. civ. 2^e, February 21, 1979, Bougues-Montès, J.C.P. 1979, IV, 145; Cour d'appel de Colmar (Ch. détachée à Metz), April 20, 1955, D.1956.723 (*Football Club de Metz v. Wiroth*); Cass. civ. 2^e, November 14, 1958, G.P. 1959.1.31 (*Demeyer v. Camerlo*); Trib. gr. inst. Nanterre, October 22, 1975, G.P. 1976.1.392 (*Brunet v. Rico et Caisse mutuelle d'assurance et de prévoyance*); Cass. civ. 2^e, April 28, 1965, D.S. 1965.777 (*Marcailloux v. R.A.T.V.M.*); *Morin v. Blais*, [1977] 1 S.C.R. 570; *J. E. Construction Inc. v. General Motors du Canada Ltée*, [1985] C.A. 275; *Baumwoll Manufactur von Carl Scheibler v. Furness*, [1893] A.C. 8; *The "Father Thames"*, [1979] 2 Lloyd's Rep. 364;

c. Crane, Christmas & Co., [1951] 2 K.B. 164; *Clarke c. Bruce Lance & Co.*, [1988] 1 All E.R. 364; *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466.

a Citée par le juge La Forest (dissident)

Gypsum Carrier Inc. c. La Reine, [1978] 1 C.F. 147; *Bethlehem Steel Corp. c. Administration de la voie maritime du Saint-Laurent*, [1978] 1 C.F. 464; *Star Village Tavern c. Nield* (1976), 71 D.L.R. (3d) 439; *Weller & Co. c. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569; *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. c. W. J. Whittall and Son Ltd.*, [1971] 1 Q.B. 337; *Spartan Steel & Alloys Ltd. c. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works* (1972), 26 D.L.R. (3d) 559, inf. [1974] R.C.S. 1189; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *State of Louisiana c. M/V Testbank*, 752 F.2d 1019 (1985); *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Candlewood Navigation Corp. c. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*, [1986] A.C. 1; *Simpson & Co. c. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279; *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge «Willemstad»* (1976), 11 A.L.R. 227; *Robins Dry Dock & Repair Co. c. Flint*, 275 U.S. 303 (1927); *Abramovic c. Canadian Pacific Ltd.* (1989), 69 O.R. (2d) 487; *Leigh and Silavan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785; *Société anonyme de remorquage à hélice c. Bennetts*, [1911] 1 K.B. 243; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466; *Elliott Steam Tug Co. c. Shipping Controller*, [1922] 1 K.B. 127; *MacPherson c. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382 (1916); *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co. (The Wagon Mound)*, [1961] A.C. 388; Cass. civ. 2^e, 25 juin 1975, Bull. II n° 195, finalement retourné devant cette cour, Cass. civ. 2^e, 21 février 1979, Bougues-Montès, J.C.P. 1979, IV, 145; Cour d'appel de Colmar (Ch. détachée à Metz), 20 avril 1955, D.1956.723 (*Football Club de Metz c. Wiroth*); Cass. civ. 2^e, 14 novembre 1958, G.P. 1959.1.31 (*Demeyer c. Camerlo*); Trib. gr. inst. Nanterre, 22 octobre 1975, G.P. 1976.1.392 (*Brunet c. Rico et Caisse mutuelle d'assurance et de prévoyance*); Cass. civ. 2^e, 28 avril 1965, D.S. 1965.777 (*Marcailloux c. R.A.T.V.M.*); *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570; *J. E. Construction Inc. c. General Motors du Canada Ltée*, [1985] C.A. 275; *Baumwoll Manufactur von Carl Scheibler c. Furness*, [1893] A.C. 8; *The «Father Thames»*, [1979] 2 Lloyd's Rep. 364; *Konstantinidis c.*

Konstantinidis v. World Tankers Corp. (The World Harmony), [1967] P. 341; *Venore Transportation Co. v. M/V Struma*, 583 F.2d 708 (1978); *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265; *Aktieselskabet Cuzco v. The Sucarseco*, 294 U.S. 394 (1935); *Candler v. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164; *Smith v. Bush*, [1990] 1 A.C. 831; *Lamb v. Camden London Borough Council*, [1981] Q.B. 625; *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827.

World Tankers Corp. (The World Harmony), [1967] P. 341; *Venore Transportation Co. c. M/V Struma*, 583 F.2d 708 (1978); *Morrison Steamship Co. c. Greystoke Côte (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265; *Aktieselskabet Cuzco c. The Sucarseco*, 294 U.S. 394 (1935); *Candler c. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164; *Smith c. Bush*, [1990] 1 A.C. 831; *Lamb c. Camden London Borough Council*, [1981] Q.B. 625; *Photo Production Ltd. c. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada, art. 1053.

Authors Cited

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, vol. 4. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1979.

Atiyah, P. S. "Negligence and Economic Loss" (1967), 83 *L.Q. Rev.* 248.

Atiyah, P. S. "Note: Economic Loss in the United States" (1985), 5 *Oxf. J. Legal Studies* 485.

Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*, 3     d. Cowansville: Editions Yvon Blais Inc., 1990.

Bishop, W. "Economic Loss in Tort" (1982), 2 *Oxf. J. Legal Studies* 1.

Chambers, Robert S. "Economic Loss". In P. D. Finn, *Essays on Torts*. Sydney: Law Book Co., 1989.

Durry, Georges. "Obligations et contrats spéciaux" (1976), 74 *Rev. trim. dr. civ.* 132.

Durry, Georges. "Obligations et contrats spéciaux" (1979), 77 *Rev. trim. dr. civ.* 610.

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

Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence: the Recovery of Pure Economic Loss*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.

Herbots, J. "Le "duty of care" et le dommage purement financier en droit comparé", [1985] *Rev. dr. int. et dr. comp.* 7.

Irvine, John. "Case Comment: Kamloops v. Nielsen" (1984), 29 *C.C.L.T.* 185.

James, Fleming. "Limitations of Liability for Economic Loss Caused by Negligence: A Pragmatic Appraisal" (1972), 12 *J.S.P.T.L.* 105.

Lois et r  glement  s cit  s

Code civil du Bas-Canada, art. 1053.

Doctrine cit  e

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, vol. 4. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1979.

Atiyah, P. S. «Negligence and Economic Loss» (1967), 83 *L.Q. Rev.* 248.

Atiyah, P. S. «Note: Economic Loss in the United States» (1985), 5 *Oxf. J. Legal Studies* 485.

Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*, 3     d. Cowansville: Editions Yvon Blais Inc., 1990.

Bishop, W. «Economic Loss in Tort» (1982), 2 *Oxf. J. Legal Studies* 1.

Chambers, Robert S. «Economic Loss». In P. D. Finn, *Essays on Torts*. Sydney: Law Book Co., 1989.

Durry, Georges. «Obligations et contrats spéciaux» (1976), 74 *Rev. trim. dr. civ.* 132.

Durry, Georges. «Obligations et contrats spéciaux» (1979), 77 *Rev. trim. dr. civ.* 610.

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

Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence: the Recovery of Pure Economic Loss*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.

Herbots, J. «Le «duty of care» et le dommage purement financier en droit comparé», [1985] *Rev. dr. int. et dr. comp.* 7.

Irvine, John. «Case Comment: Kamloops v. Nielsen» (1984), 29 *C.C.L.T.* 185.

James, Fleming. «Limitations of Liability for Economic Loss Caused by Negligence: A Pragmatic Appraisal» (1972), 12 *J.S.P.T.L.* 105.

- Jutras, Daniel. "Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?" (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 295.
- Limpens, Jean, Robert M. Kruithof and Anne Meinertzhagen-Limpens. "Liability for One's Own Act". In André Tunc, Chief Editor, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*. London: Martinus Nijhoff Publishers, 1971-1981.
- Markesinis, Basil S. *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- Markesinis, Basil S. "La politique jurisprudentielle et la réparation du préjudice économique en Angleterre: une approche comparative", [1983] *Rev. int. dr. comp.* 31.
- McHugh, M. H. "Neighbourhood, Proximity and Reliance". In P. D. Finn, *Essays on Torts*. Sydney: Law Book Co., 1989.
- Scrutton, Sir Thomas Edward. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 19th ed. By Sir Alan Abraham Mocatta, Sir Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd. London: Sweet & Maxwell, 1984.
- Smillie, J. A. "Negligence and Economic Loss" (1982), 32 *U.T.L.J.* 231.
- Smith, J. C. *Liability in Negligence*. Toronto: Carswell, 1984.
- Stapleton, Jane. "Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda" (1991), 107 *L.Q. Rev.* 249.
- Starck, Boris. *Droit civil: Obligations: 1. Responsabilité délictuelle*, 3^e éd. Par H. Roland et L. Boyer, dir. Paris: Librairie de la Cour de cassation, 1988.
- Tetley, William. "Damages and Economic Loss in Marine Collision: Controlling the Floodgates" (1991), 22 *J. Mar. Law & Com.* 539.
- Viney, Geneviève. "Les obligations: La responsabilité: conditions". Dans Jacques Ghestin, *Traité de droit civil*. Paris: L.G.D.J., 1982.
- Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.
- Winfield, Percy Henry, Sir. *Winfield and Jolowicz on Tort*, 13th ed. By W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Zweigert, Konrad and Hein Kötz. *Introduction to Comparative Law, Volume I — The Framework*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987.
- Jutras, Daniel. «Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?» (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 295.
- Limpens, Jean, Robert M. Kruithof and Anne Meinertzhagen-Limpens. «Liability for One's Own Act». In André Tunc, Chief Editor, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*. London: Martinus Nijhoff Publishers, 1971-1981.
- Markesinis, Basil S. *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- Markesinis, Basil S. «La politique jurisprudentielle et la réparation du préjudice économique en Angleterre: une approche comparative», [1983] *Rev. int. dr. comp.* 31.
- McHugh, M. H. «Neighbourhood, Proximity and Reliance». In P. D. Finn, *Essays on Torts*. Sydney: Law Book Co., 1989.
- Scrutton, Sir Thomas Edward. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 19th ed. By Sir Alan Abraham Mocatta, Sir Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd. London: Sweet & Maxwell, 1984.
- Smillie, J. A. «Negligence and Economic Loss» (1982), 32 *U.T.L.J.* 231.
- Smith, J. C. *Liability in Negligence*. Toronto: Carswell, 1984.
- Stapleton, Jane. «Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda» (1991), 107 *L.Q. Rev.* 249.
- Starck, Boris. *Droit civil: Obligations: 1. Responsabilité délictuelle*, 3^e éd. Par H. Roland et L. Boyer, dir. Paris: Librairie de la Cour de cassation, 1988.
- Tetley, William. «Damages and Economic Loss in Marine Collision: Controlling the Floodgates» (1991), 22 *J. Mar. Law & Com.* 539.
- Viney, Geneviève. «Les obligations: La responsabilité: conditions». Dans Jacques Ghestin, *Traité de droit civil*. Paris: L.G.D.J., 1982.
- Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.
- Winfield, Percy Henry, Sir. *Winfield and Jolowicz on Tort*, 13th ed. By W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Zweigert, Konrad and Hein Kötz. *Introduction to Comparative Law, Volume I — The Framework*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 3 F.C. 114, 104 N.R. 321, 65 D.L.R. (4th) 321, 3 C.C.L.T. (2d) 229, affirming a judgment of the Federal Court, Trial Division (1989), 26 F.T.R. 81, 49 C.C.L.T. 1, allowing respondent's action in damages. Appeal

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 3 C.F. 114, 104 N.R. 321, 65 D.L.R. (4th) 321, 3 C.C.L.T. (2d) 229, qui a confirmé une décision de la Cour fédérale, Section de première instance (1989), 26 F.T.R. 81, 49 C.C.L.T. 1, qui avait accueilli l'action en dom-

dismissed, *La Forest*, *Sopinka* and *Iacobucci JJ.* dissenting.

P. D. Lowry and *M. A. Clemens*, for the appellants.

David McEwen, for the respondent.

The reasons of *La Forest*, *Sopinka* and *Iacobucci JJ.* were delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—This case concerns recovery in tort for economic loss. Though some of the arguments are framed as if the case turned on the broad question whether such damages are generally recoverable, the specific issue is much narrower. It is whether a person (A) who contracts for the use of property belonging to another (B) can sue a person who damages that property for losses resulting from A's inability to use the property during the period of repair. (I call this "contractual relational economic loss", a convenient if somewhat barbarous phrase.)

The issue arises in a context where a barge collided with a bridge while being pulled by the defendants' tug, thereby preventing the plaintiff (CN) from making use of it. Ordinarily, a person whose operations are disrupted by damage to a bridge belonging to another cannot at common law pursue the person who caused the damage. But the plaintiff claims that it may do so by reason of its particular relationship with the owner of the bridge and with the tortfeasor. As in the case of three other railways, it has a contractual right to use the bridge for railway purposes, but the plaintiff relies on additional facts to establish its special relationship. It is by far the major user of the bridge, which is a central link in its operations, so much so that many of those who operated on the river, including the master of the defendants' tug, thought it belonged to the plaintiff. As well, CN's contract requires it to repair and maintain the

gages-intérêts de l'intimée. Pourvoi rejeté, les juges *La Forest*, *Sopinka* et *Iacobucci* sont dissidents.

P. D. Lowry et *M. A. Clemens*, pour les appelants.

David McEwen, pour l'intimée.

Version française des motifs des juges *La Forest*, *Sopinka* et *Iacobucci* rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—Le présent pourvoi porte sur l'indemnisation d'une perte économique en matière délictuelle. Bien que certains des arguments soient formulés comme si l'affaire dépendait de la question générale de savoir si de tels dommages peuvent généralement donner lieu à indemnisation, le problème précis est beaucoup plus restreint. Il s'agit de savoir si la personne (A) qui passe un contrat pour l'utilisation d'un bien appartenant à une autre personne (B) peut poursuivre la personne qui endommage ce bien pour les pertes découlant de l'incapacité de A d'utiliser le bien pendant qu'il est en réparation. (Je qualifie cela de «perte économique relationnelle découlant d'un contrat», une expression commode quoique quelque peu barbare.)

Le problème se pose dans le contexte suivant: un chaland a heurté un pont alors qu'il était tiré par le remorqueur des défenderesses *Norsk Pacific Steamship Co.* et *Norsk Pacific Marine Services Ltd.*, appelantes en l'espèce («*Norsk*»), ce qui a empêché la demanderesse, intimée en l'espèce («*CN*»), d'utiliser ce pont. Habituellement, la personne dont les opérations sont interrompues à cause d'un dommage causé à un pont appartenant à autrui ne peut pas, en common law, poursuivre la personne qui a causé le dommage. Mais la demanderesse prétend qu'elle peut le faire en raison de son rapport particulier avec le propriétaire du pont et l'auteur du délit. Comme dans le cas de trois autres compagnies ferroviaires, elle a le droit, en vertu d'un contrat, d'utiliser le pont pour le transport par chemin de fer, mais la demanderesse s'appuie également sur d'autres faits pour prouver l'existence de ce rapport spécial. C'est de loin le

bridge when necessary at the request of the owner; CN also owns land close to the bridge.

principal usager du pont qui constitue un lien essentiel dans ses opérations, à tel point qu'un grand nombre de ceux qui naviguaient sur le fleuve, y compris le capitaine du remorqueur des défenderesses, croyaient que le pont appartenait à la demanderesse. En outre, le contrat du CN prévoit que celui-ci répare et entretient le pont lorsque c'est nécessaire et que le propriétaire lui demande de le faire. Le CN possède également des terrains à proximité du pont.

The courts below and my colleagues, Justices McLachlin and Stevenson, are all of the view that CN's claim should be upheld. But this unanimity is more apparent than real, for they do so for different reasons and, indeed, there is significant disagreement on the determining issues. I take the opposite view. For sound policy reasons, the courts have established a clear rule (the "bright line" rule) that persons cannot sue a tortfeasor for suffering losses to their contractual rights with the owner of property by reason of damages caused to that property by the tortfeasor. That rule, I have no doubt, may be subject to exceptions for clear and overriding policy reasons, but as I will indicate, I have been unable to determine any reason for excluding CN from the general rule in the present case.

Les tribunaux d'instance inférieure et mes collègues les juges McLachlin et Stevenson sont tous d'avis que la réclamation du CN devrait être maintenue. Mais cette unanimité est plus apparente que réelle car ils invoquent des raisons différentes et, en fait, ils sont grandement en désaccord sur les questions déterminantes. J'adopte l'opinion contraire. Pour de bonnes raisons de principe, les tribunaux ont établi une règle claire (la règle de la «démarcation très nette») selon laquelle des personnes ne peuvent poursuivre l'auteur d'un délit pour la perte de leurs droits conférés par un contrat conclu avec le propriétaire d'un bien, qu'elles ont subie en raison des dommages causés à ce bien par l'auteur du délit. Cette règle, je n'en doute pas, peut faire l'objet d'exceptions pour des raisons de principe claires et primordiales, mais, comme je l'indiquerai plus loin, je n'ai pu trouver aucune raison de soustraire le CN à l'application de cette règle générale en l'espèce.

This, in broad outline, is what this case is about. It is necessary, however, to set forth the facts in some detail.

Voilà, dans les grandes lignes, ce sur quoi porte la présente affaire. Il faut toutefois exposer les faits plus en détail.

Facts

Les faits

The Accident

L'accident

The New Westminster Railway Bridge, which spans the Fraser River between Surrey and New Westminster, was built in 1904. It carries a single railway track. Its sole purpose is to service railway traffic, both passenger and freight, but it incorporates a swing span to permit marine traffic to navigate the waterway.

Le pont ferroviaire de New Westminster, qui enjambe le fleuve Fraser entre Surrey et New Westminster, a été construit en 1904. Il comporte une voie ferrée simple. Il sert uniquement au trafic ferroviaire, c'est-à-dire au passage de trains de passagers et de marchandises, mais il comprend une travée tournante qui permet au trafic maritime d'utiliser la voie navigable.

On November 28, 1987, the barge *Crown Forest No. 4*, while being towed downstream by the tug *Jervis Crown* in heavy fog, collided with the bridge. The *Jervis Crown* was owned and operated by the Norsk Pacific Steamship Co. and the Norsk Pacific Marine Services Ltd., both hereafter referred to as Norsk. The accident caused extensive damage to the bridge and it was closed for several weeks while repairs were made. The appellants admitted liability for negligence as to the collision itself.

While the bridge was closed, the four railway companies that used the bridge had to reroute traffic over another bridge further upstream. Freight was either delayed or not transported at all. The use of the waterway was also interfered with, and cargo was delayed or transported by land.

This accident gave rise to a number of legal actions which were consolidated in the judgment of Addy J. The Department of Public Works ("PWC"), representing The Queen in right of Canada, claimed damages as owner of the bridge against both Norsk and the owners of the barge *Crown Forest No. 4* and the tug *Westminster Chinook* (another tug which was helping the *Jervis Crown* at the time of the accident). Only the action against Norsk succeeded. Norsk was held liable to PWC for all damages resulting to PWC from the collision. This decision was not appealed.

In addition to the action by the owner, three of the four railway companies claimed for economic loss against Norsk and the other defendants. The smallest railway user, Canadian Pacific Ltd. ("CP"), did not participate in the litigation. Before trial there was an agreement that the entitlement of the other two railways, the Burlington Northern Railway and the B.C. Hydro and Power Authority Railway, to recover for pure economic loss would stand or fall on the result of the CN claim. It was therefore only the CN claim that was directly in issue. The trial judge allowed CN's claim against Norsk and dismissed its claim against the other

Le 28 novembre 1987, le chaland *Crown Forest No. 4*, que le remorqueur *Jervis Crown* tirait dans un épais brouillard, a heurté le pont. Le *Jervis Crown* appartenait à Norsk Pacific Steamship Co. et à Norsk Pacific Marine Services Ltd. et était exploité par ces deux compagnies. L'accident a causé des dommages importants au pont qui a été fermé durant plusieurs semaines pour fins de réparations. Les appelants ont reconnu leur responsabilité pour négligence relativement à la collision elle-même.

Durant la fermeture du pont, les quatre compagnies ferroviaires qui l'utilisaient ont dû dérouter leur trafic vers un autre pont situé plus en amont. Le transport des marchandises a accusé un retard ou ne s'est pas fait du tout. Cela a également eu des répercussions sur l'utilisation de la voie navigable et le transport des marchandises a été retardé ou s'est fait par route.

Cet accident a donné naissance à un certain nombre de poursuites judiciaires qui ont été réunies dans le jugement rendu par le juge Addy. Le ministère des Travaux publics («TPC»), représentant la Reine du chef du Canada, a intenté une action en dommages-intérêts, à titre de propriétaire du pont, contre Norsk et les propriétaires du chaland *Crown Forest No. 4* et du remorqueur *Westminster Chinook* (un autre remorqueur qui aidait le *Jervis Crown* au moment de l'accident). Seule l'action intentée contre Norsk a réussi. Norsk a été tenue responsable envers TPC de tous les préjudices que la collision a causés à TPC. Cette décision n'a pas été portée en appel.

En plus de l'action intentée par le propriétaire, trois des quatre compagnies ferroviaires ont présenté une réclamation pour perte économique contre Norsk et les autres défendeurs. Le plus petit usager du réseau ferroviaire, Canadien Pacifique Ltée («CP»), n'a pas participé au litige. Avant le procès, il a été convenu que le droit des deux autres compagnies ferroviaires, Burlington Northern Railway et B.C. Hydro and Power Authority Railway, d'être indemnisées d'une perte purement économique suivrait le sort de la réclamation du CN. Seule la réclamation du CN était donc directement en cause. Le juge de première instance a fait

defendants. Norsk's appeal was denied in the Court of Appeal. Leave to appeal to this Court was granted to Norsk on November 15, 1990.

Much of the written and oral argument before us was directed to the nature of the relationships between the plaintiff and the property owner on the one hand, and between the plaintiff and the tortfeasor on the other. I have therefore set forth the facts of these relationships in some detail. I also consider two other relationships to be of interest: that between the tortfeasor and the property owner, and that between the plaintiff and other potential plaintiffs or victims of the accident. The latter relationship will be examined in the course of my analysis.

The Relationship Between the Plaintiff and the Bridge Owner

The bridge and the tracks on and adjacent to the bridge are entirely owned by PWC. Four railways were, by contract with PWC, licensed to use the bridge. The tracks owned by PWC connect with tracks owned by three of the railways on the north and south sides of the river. Of the four railways CN was the principal user, accounting for 85 to 86 per cent of the railway cars using the bridge in 1987. On average it sent 32 trains with 1530 cars a day across the bridge.

CN has used the bridge continuously since 1915. It constitutes an integral part of the railway's main line and is in effect the connecting link between the Vancouver terminus and the main line. It is the sole direct link between the CN tracks on the north and south shores of the main arm of the Fraser River. CN owns land and rail track close to the bridge. However, paragraph 13 of its licence to use the bridge clearly retains Canada's full property rights to the bridge. Despite the existence of CN's property on either side of the bridge, Canada has the right to terminate the licence agreement on

droit à la réclamation du CN contre Norsk et a rejeté sa réclamation contre les autres défendeurs. L'appel de Norsk a été rejeté par la Cour d'appel. Norsk a reçu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour le 15 novembre 1990.

Une grande partie des plaidoiries écrites et orales présentées devant nous portaient sur la nature des rapports entre la demanderesse et le propriétaire du bien, d'une part, et entre la demanderesse et l'auteur du délit, d'autre part. J'expose donc assez en détail les faits relatifs à ces rapports. Je considère également que deux autres rapports présentent un certain intérêt: celui qui existe entre l'auteur du délit et le propriétaire du bien et celui qui existe entre la demanderesse et les autres demandeurs ou victimes possibles de l'accident. Ce dernier rapport sera examiné au cours de mon analyse.

Le rapport entre la demanderesse et le propriétaire du pont

Le pont ainsi que les rails qui le traversent et qui lui sont adjacents appartiennent entièrement à TPC. Quatre compagnies ferroviaires étaient, en vertu d'un contrat conclu avec TPC, autorisées à utiliser le pont. Les rails qui appartiennent à TPC sont reliés à des rails appartenant à trois des compagnies ferroviaires et situés sur les rives nord et sud du fleuve. Des quatre compagnies ferroviaires, le CN était le principal usager du pont: ses wagons de chemin de fer comptaient pour 85 à 86 pour 100 de ceux qui ont emprunté le pont en 1987. Il faisait traverser sur ce pont, en moyenne par jour, 32 convois totalisant 1 530 wagons.

Le CN utilise le pont de façon continue depuis 1915. Ce pont fait partie intégrante de la voie principale de la compagnie ferroviaire et relie, en fait, le terminus de Vancouver à la voie principale. C'est le seul lien direct entre les rails du CN situés sur la rive nord et ceux situés sur la rive sud du bras principal du fleuve Fraser. Le CN est propriétaire des terrains et des rails près du pont. Toutefois, le paragraphe 13 de la licence qui lui permet d'utiliser le pont confirme clairement les droits de propriété exclusive du Canada à l'égard du pont. Malgré l'existence des biens du CN situés des

three years' notice. Paragraph 22 explicitly rejects the idea that the agreement gives any leasehold estate or interest in land to CN. The unit rate charged to the railways for each crossing is set by Canada based upon the principle of "total recovery to Canada of all the costs of operating and maintaining the Bridge".

The licence agreements with the four railways are identical except that CN's agreement has an extra clause, paragraph 10, which reads as follows:

10. The Railway agrees that it will:

(a) in the case of emergency, (as determined by Canada), and upon request of Canada, proceed to make such repairs, changes, or alterations to the Bridge, or maintenance thereof, including without limiting the generality of the foregoing, the approaches thereto, the wooden trestles, steel superstructures, (including the swing span) thereof and the signal system thereof, (including the interlocking plant therefor), as are absolutely necessary, in the opinion of Canada, for the safe and proper operation of the Bridge, (including all approaches thereto), and that Canada shall reimburse the Railway the reasonable cost of making such repairs, changes, alterations, or maintenance in accordance with accounts rendered therefor from time to time to Canada by the Railway; PROVIDED HOWEVER, that no such repairs, changes, alterations or maintenance shall be made or carried out until Canada approves a Memorandum of Understanding to this agreement, setting out the nature of the repairs, changes, alterations or maintenance required to be done, the details of the work to be performed in relation thereto, and the basis of payment therefor; and

(b) upon the written request of Canada from time to time, provide to Canada consulting services or inspections related to the planning, design and construction of the Bridge; PROVIDED HOWEVER that no such services or inspections shall be performed or made until Canada approves a Memorandum of Understanding to this agreement, setting out the nature of the services or inspections to be performed, the details thereof and the basis of payment therefor; and

deux côtés du pont, le Canada a le droit de mettre fin au contrat de licence moyennant un préavis de trois ans. Le paragraphe 22 rejette expressément l'idée que le contrat accorde au CN un droit de tenure à bail sur le terrain. C'est le Canada qui établit le tarif unitaire imposé aux compagnies ferroviaires pour chaque traversée, en se fondant sur le principe du [TRADUCTION] «remboursement total au Canada de tous les frais d'exploitation et d'entretien du pont».

Les contrats de licence conclus avec les quatre compagnies ferroviaires sont identiques, sauf que le contrat du CN contient une clause supplémentaire, le paragraphe 10, qui est ainsi rédigée:

[TRADUCTION] 10. La compagnie ferroviaire convient:

a) que, dans les cas d'urgence (qui seront déterminés par le Canada) et à la demande du Canada, elle effectuera les réparations, modifications, transformations ou travaux d'entretien du pont, y compris, sans limiter la généralité de ce qui précède, les approches, les chevalets de bois, les superstructures d'acier (y compris la travée tournante) et le système de signalisation (y compris le mécanisme d'enclenchement), qui sont absolument nécessaires, de l'avis du Canada, pour l'exploitation sécuritaire et appropriée du pont (y compris toutes ses approches), et que le Canada remboursera à la compagnie ferroviaire les frais raisonnables de réparation, de modification, de transformation ou d'entretien en conformité avec les comptes présentés à l'occasion au Canada par la compagnie ferroviaire; À CONDITION TOUTEFOIS que ces réparations, modifications, transformations ou travaux d'entretien ne soient pas effectués avant que le Canada n'approuve un protocole d'entente exposant la nature des réparations, des modifications, des transformations ou de l'entretien requis, le détail des travaux à exécuter à cet égard et la base de calcul de leur paiement; et

b) qu'à la demande écrite du Canada, elle fournira à celui-ci des services de consultation ou d'inspection relativement à la planification, à la conception et à la construction du pont; À CONDITION TOUTEFOIS que ces services de consultation ou d'inspection ne soient pas fournis avant que le Canada n'approuve un protocole d'entente exposant la nature de ces services ou inspections, le détail de ceux-ci et la base de calcul de leur paiement; et

(c) upon the written request of Canada from time to time, perform such maintenance and repairs to the signal system and interlocking plant of the Bridge as are requested; PROVIDED HOWEVER that no such maintenance or repairs shall be made or carried out ^a until Canada approves a Memorandum of Understanding to this agreement, setting out the nature of the maintenance and repairs required to be done, the details of the work to be performed in relation thereto, and the basis of payment therefor. [Emphasis added.] ^b

CN thus agreed to provide PWC, on a contractual basis, with such services as repairs and maintenance, consulting and inspections as the latter ^c might request. Under the contract, PWC both authorizes all such services in advance and pays for them as needed.

CN also provides some services voluntarily. ^d Consulting services are provided to PWC without charge by a full-time engineer employed by CN. The engineer's sole duties involve responding to problems at this bridge and two other railway ^e bridges belonging to CN in the vicinity. CN periodically arranges without charge for a complete inspection of the girders, stringers and other metal portions of the bridge. The "Sperry" car used to ^f inspect its own rails on either side of the bridge also inspects the bridge rails as it crosses the bridge. At times, CN provides materials for the bridge. Thus, following the collision, it supplied ^g PWC without charge with a large girder to assist the jacking up of the swing span, thereby saving several days of bridge closure. When the bridge is closed for routine maintenance, the timing and duration are negotiated and arranged between CN ^h and PWC.

The commercial marine traffic transiting the Fraser River through the swing span is substantial, and throughout its history the bridge has on a number of occasions been damaged by ships colliding with it. Apart from the cost of repairing structural damage, the bridge closures resulting from such damage and repairs have caused inconvenience and losses to railway companies, river users and

c) qu'à la demande écrite du Canada, elle effectuera les travaux d'entretien et de réparation requis du système de signalisation et du mécanisme d'enclenchement du pont; À CONDITION TOUTEFOIS que ces réparations ou travaux d'entretien ne soient pas effectués avant que le Canada n'approuve un protocole d'entente exposant la nature des réparations et de l'entretien requis, le détail des travaux à exécuter à cet égard et la base de calcul de leur paiement. [Je souligne.]

Le CN a donc convenu de fournir à TPC, sur une base contractuelle, les services de réparation et d'entretien, de consultation et d'inspection que ^c TPC pourrait requérir. Aux termes du contrat, TPC autorise tous ces services à l'avance et les paie lorsqu'il en a besoin.

^d Le CN fournit également certains services spontanément. Des services de consultation sont fournis sans frais à TPC par un ingénieur à plein temps du CN. Les tâches de l'ingénieur consistent exclusivement à résoudre les problèmes qui surviennent à ce pont et à deux autres ponts ferroviaires avoisinants qui appartiennent au CN. Le CN assure périodiquement sans frais une inspection complète des poutres maîtresses, des longrines et autres parties ^e métalliques du pont. Le wagon «Sperry» que le CN utilise pour l'inspection de ses propres rails situés de chaque côté du pont sert également à l'inspection des rails du pont lorsqu'il le traverse. Le CN fournit parfois des matériaux pour le pont. ^f C'est ainsi qu'après la collision il a fourni gratuitement à TPC une grosse poutre pour remonter la travée tournante, ce qui a permis d'éviter la fermeture du pont pendant plusieurs jours. Lorsque le ^g pont est fermé pour l'entretien habituel, l'heure et la durée de la fermeture sont négociées et convenues entre le CN et TPC. ^h

Le trafic maritime commercial qui se fait sur le fleuve Fraser par la travée tournante est important ⁱ et, depuis qu'il existe, le pont a été endommagé à maintes reprises par des navires qui sont entrés en collision avec lui. À l'exception des frais de réparation des dommages causés à sa structure, les ^j fermetures du pont découlant de ces dommages et réparations ont causé des contretemps et des pertes

industries relying on it. PWC has maintained a record of such incidents since 1950.

The risk of collisions and their minimization has been the subject of considerable study. In particular the following reports have been made:

- (a) Report on the Vulnerability of Bridges in Canadian Waters by the Canadian Coast Guard
- (b) Report on the Fraser River Railway Bridge, a Current Review by the Fraser River Bridge Working Committee of the Western Transportation Advisory Council (WESTAC) - 1977
- (c) Report on Ship Collision Risk Analysis for the New Westminster Railway Bridge at New Westminster, B.C. Phase 1 and Phase 2 by Crippen Consultants for PWC - 1984
- (d) Report on the feasibility study of guide structures for hazard reduction by the Marine Directorate of PWC - 1986.

The second of these studies forms part of the record. The study was prompted by an accident in 1975 in which a log barge was ripped from its mooring by a severe storm and blown into the bridge, causing it to be closed for over four months. The study, in which CN actively participated, was carried out by a working group composed of representatives of all parties interested in the bridge. The Committee examined a wide range of problems and concluded that the only problems of significance were the relatively high risk encountered by deep-sea vessels navigating under the bridge and the very high levels of damage that could ensue from a collision with the bridge supports and structure. *Gypsum Carrier Inc. v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 147, involved yet another ship collision accident in which the same railways as in this case made essentially the same claims for loss caused by the closure of the bridge. Recovery was denied.

aux compagnies ferroviaires, aux usagers du fleuve et aux industries qui en dépendent. TPC consigne ces incidents depuis 1950.

Les risques de collisions et leur réduction au minimum ont fait l'objet de nombreuses études qui ont abouti notamment aux rapports suivants:

[TRADUCTION]

- a) Rapport de la Garde côtière canadienne sur la vulnérabilité des ponts dans les eaux canadiennes
- b) Rapport sur la situation du pont ferroviaire du fleuve Fraser, présenté par le Comité de travail sur le pont du fleuve Fraser du Western Transportation Advisory Council (WESTAC) - 1977
- c) Première et deuxième phases du Rapport sur l'analyse des risques de collisions maritimes relativement au pont ferroviaire de New Westminster (C.-B.), préparé par la société Crippen Consultants pour le compte de TPC - 1984
- d) Rapport sur l'étude de faisabilité des structures de guidage en vue de la réduction des dangers, préparé par la Direction maritime de TPC - 1986.

La deuxième de ces études fait partie du dossier. Cette étude a été effectuée à la suite d'un accident survenu en 1975 dans lequel un chaland servant au transport du bois a été arraché de ses amarres par une violente tempête et poussé contre le pont, ce qui a entraîné la fermeture de celui-ci pendant plus de quatre mois. L'étude, à laquelle le CN a participé activement, a été effectuée par un groupe de travail constitué de représentants de toutes les parties intéressées au pont. Le Comité a examiné un large éventail de problèmes et a conclu que les seuls problèmes importants étaient le risque assez élevé auquel étaient exposés les navires de pêche hauturière passant sous le pont et les dommages considérables qui pourraient découler d'une collision avec les piliers et la structure du pont. L'affaire *Gypsum Carrier Inc. c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 147, concernait cependant un autre accident résultant d'une collision accidentelle d'un navire, au sujet duquel les mêmes compagnies ferroviaires qu'en l'espèce ont présenté essentiellement les mêmes réclamations pour perte causée par la fermeture du pont. L'indemnisation a été refusée.

In my view, both the surrounding circumstances and the contract itself indicate that the parties either did or ought to have considered the issue of allocating the risk of the bridge's closing as a result of a ship collision. Indeed, the licence agreement between CN and PWC of April 1987, which was in force at the time of the accident, did just that. The agreement provides as follows:

11. Canada may at any time and from time to time, by giving 7 days' notice in writing to the Railway, require the Railway absolutely to stop, delay or suspend its use of the Bridge, as provided for under this license, where, in the opinion of Canada, such stoppage, delay or suspension is necessary; PROVIDED THAT in cases of emergency, as determined by Canada, Canada may require the Railway, without written notice, to so immediately stop, delay or suspend its use of the Bridge, but such stoppage or suspension shall continue only so long as may be absolutely necessary, in the opinion of Canada, and the Railway shall not be entitled to claim any compensation or damages from Canada in respect thereof.

15. In the event of the complete or partial destruction of the Bridge or any damage thereto, the Minister shall forthwith decide whether or not Canada intends to rebuild, replace or repair such destruction or damage and shall give the Railway notice of such intention within 24 hours of the Minister's decision; PROVIDED HOWEVER that Canada shall be under no obligation to rebuild, replace or repair such destruction or damage and the Railway shall not be entitled to claim any compensation or damages (including, without limiting the generality of the foregoing, any compensation or damages the Railway may be required to pay any customer, passenger or user of the Railway or its services) from Canada in respect thereof. In the event Canada chooses not to rebuild, replace or repair such destruction or damage the Railway shall have the option of terminating this license from the date of such destruction or damage and on such termination all rights and privileges hereunder shall cease forthwith and the Railway shall have no claim whatsoever against Canada; PROVIDED FURTHER that the Railway shall forthwith pay to Canada, up to the date of termination, any sums that have

À mon avis, tant les circonstances entourant l'accident que le contrat lui-même indiquent que les parties ont effectivement tenu compte ou auraient dû tenir compte de la question de la répartition du risque de fermeture du pont à la suite de la collision d'un navire. En fait, le contrat de licence intervenu entre le CN et TPC en avril 1987, qui était en vigueur au moment de l'accident, faisait justement cela. Le contrat prévoyait:

[TRADUCTION] 11. Le Canada peut en tout temps, en donnant à la compagnie ferroviaire un préavis écrit de sept jours, exiger que ladite compagnie ferroviaire arrête, reporte ou suspende complètement son utilisation du pont, tel que prévu dans la présente licence, lorsque, de l'avis du Canada, un tel arrêt, report ou suspension est nécessaire; À CONDITION QUE, dans les cas d'urgence déterminés par le Canada, celui-ci puisse exiger que la compagnie ferroviaire, sans préavis écrit, arrête, reporte ou suspende immédiatement son utilisation du pont, mais que cet arrêt ou cette suspension ne se poursuive que tant et aussi longtemps que cela pourra être absolument nécessaire, de l'avis du Canada, et que la compagnie ferroviaire n'ait pas le droit de réclamer du Canada, à cet égard, une indemnité ou des dommages-intérêts.

15. En cas de destruction complète ou partielle du pont ou de dommages causés à celui-ci, le Ministre décidera aussitôt si le Canada a l'intention ou non de reconstruire, remplacer ou réparer le pont ou la partie endommagée du pont et donnera à la compagnie ferroviaire avis de son intention dans les 24 heures suivant la prise de sa décision; À CONDITION TOUTEFOIS que le Canada ne soit pas obligé de reconstruire, de remplacer ou de réparer le pont ou la partie endommagée du pont et que la compagnie ferroviaire n'ait pas le droit de réclamer du Canada, à cet égard, une indemnité ou des dommages-intérêts (y compris, sans limiter la généralité de ce qui précède, toute indemnité ou tous dommages-intérêts que la compagnie ferroviaire peut être tenue de payer à tout client, passager ou usager de la compagnie ferroviaire ou de ses services). Si le Canada choisit de ne pas reconstruire, remplacer ou réparer le pont ou la partie endommagée du pont, il sera loisible à la compagnie ferroviaire de révoquer la licence à compter de la date de la destruction ou des dommages et, au moment de cette révocation, tous les droits et privilèges y conférés prendront fin aussitôt et la compagnie ferroviaire n'aura aucun recours contre le Canada; À CONDITION DE PLUS que la compagnie ferroviaire verse aussitôt au

accrued or may have accrued due to Canada, up to the date of such termination. [Emphasis added.]

The Relationship Between the Tortfeasor and the Plaintiff

Prior to the accident, the owners and operators of the bridge, the *Jervis Crown*, the *Crown Forest No. 4* and the *Westminster Chinook* knew that damage to the bridge would cause delays and rerouting. All the defendants were fully aware of the fact that CN was the primary user. Captain MacDonnell, the master of the *Jervis Crown* and other masters and seamen operating in the river commonly refer to it as the CN rail bridge. Captain MacDonnell himself had been familiar with the bridge for over 40 years and until sometime after the collision actually believed it belonged to CN.

All the defendants knew that the Port Mann-Thornton marshalling and switching yard of CN, the main switching yard for the greater Vancouver area, is situated approximately 1½ miles upriver from the bridge on the south bank of the Fraser River. The defendants knew that there was no other rail bridge over the main arm of the river below the Westminster bridge and, because the bridge had been damaged before, they also knew that in the event of closure of the bridge owing to damage, CN would have to detour over the CP bridge upriver between Mission and Matsqui and divert over CP tracks on the north bank of the Fraser River.

The Relationship Between the Property Owner and the Tortfeasor

PWC arranged and paid for the repair of the bridge. As property owner, we saw, it recovered at trial all damages resulting from the collision from the tug *Jervis Crown* and its owners, and that judgment was not appealed. As earlier noted, the licence contracts between PWC and the railways provided for no indemnification in case of interruption of bridge service. Unable to claim under its contract, CN brought this action in tort against Norsk and the other defendants, claiming for the

Canada, jusqu'à la date de la révocation, toutes les sommes qui sont ou peuvent être dues au Canada jusqu'à la date de cette révocation. [Je souligne.]

a Le rapport entre l'auteur du délit et la demanderesse

Avant l'accident, les propriétaires et exploitants du pont, du *Jervis Crown*, du *Crown Forest No. 4* et du *Westminster Chinook* savaient que les dommages causés au pont entraîneraient des délais et le déroutement. Tous les défendeurs savaient parfaitement que le CN était le principal usager du pont. Le capitaine MacDonnell, le capitaine du *Jervis Crown* et les autres capitaines et marins qui travaillent sur le fleuve le désignent couramment comme le pont du CN. Le capitaine MacDonnell lui-même connaissait bien le pont depuis plus de 40 ans et jusqu'à une certaine date après la collision, il croyait vraiment qu'il appartenait au CN.

Tous les défendeurs savaient que la cour de triage du CN située au port Mann-Thornton, qui est la principale cour de triage de la grande région de Vancouver, se trouve à environ 1 mille ½ en amont du pont sur la rive sud du fleuve Fraser. Les défendeurs savaient qu'il n'y avait pas d'autre pont de chemin de fer sur le bras principal du fleuve, en aval du pont de Westminster et, comme le pont avait déjà été endommagé, ils savaient aussi qu'en cas de fermeture du pont pour cause de dommages, le CN devrait faire un détour par le pont du CP qui se trouve en amont du fleuve, entre Mission et Matsqui, et utiliser les voies ferrées du CP sur la rive nord du fleuve Fraser.

h Le rapport entre le propriétaire du bien et l'auteur du délit

TPC a pris des mesures en vue de réparer le pont et a assumé les frais de ces réparations. En tant que propriétaire du bien, avons-nous vu, TPC a été indemnisé en première instance de tous les dommages résultant de la collision par le remorqueur *Jervis Crown* et ses propriétaires, et ce jugement n'a pas été porté en appel. Comme je l'ai déjà mentionné, les contrats de licence intervenus entre TPC et les compagnies ferroviaires ne prévoyaient aucune indemnisation en cas d'interruption de ser-

actual costs incurred by reason of the bridge closure.

The Issues

It is crucial at the outset to set forth precisely what is, and what is not in issue in this appeal. The issue is not whether economic losses are recoverable in tort, as my colleague McLachlin J. seems to frame it in her analysis. For reasons I shall explore later, I would have thought it clear that they are indeed recoverable in certain cases. And, though the parties disagree with respect to the points in issue, they did not frame them in that way in their factums in this Court.

The appellants (defendants) argue that the question in this appeal is whether a duty of care can arise between A (the defendants here) and C (the plaintiff CN here) where A negligently damages the property of B (PWC here) that results in a contractual disruption and consequent economic loss to C. The appellants contend that the nature of CN's relationship with PWC is merely contractual and that this fact is dispositive of the case.

CN concedes that a contractual interest *simpliciter* does not justify recovery, but it disagrees with the appellants' description of the damage suffered as being merely contractual disruption. Its argument proceeds essentially on two broad fronts which overlap to some degree.

The first front can be termed the alternative interests argument. CN first argues that its interest is more than a mere contractual one. To this end, it put forward essentially two arguments: first that it suffered from a transferred loss of use; and, secondly, that it is involved in a common adventure with PWC. These arguments are centred on the

vice du pont. Comme il ne pouvait pas présenter de réclamation fondée sur son contrat, le CN a intenté la présente action en matière délictuelle contre Norsk et les autres défendeurs et a demandé à être indemnisé des frais engagés en raison de la fermeture du pont.

Les questions en litige

Il est important d'énoncer précisément, au départ ce qui est et ce qui n'est pas en litige dans le présent pourvoi. Il ne s'agit pas de savoir si les pertes économiques peuvent donner lieu à indemnisation en matière délictuelle, comme ma collègue le juge McLachlin semble le dire dans son analyse. Pour des raisons que j'examinerai plus loin, j'aurais cru évident qu'elles peuvent effectivement donner lieu à indemnisation dans certains cas. Et, bien que les parties ne s'accordent pas sur les points en litige, elles ne les ont pas formulés de cette façon dans les mémoires qu'elles ont présentés à notre Cour.

Les appelants (défendeurs) soutiennent qu'il s'agit, en l'espèce, de déterminer si une obligation de diligence peut prendre naissance entre A (ici les défendeurs) et C (ici la demanderesse CN), lorsque A cause, par négligence des dommages au bien de B (ici TPC) et qu'il en résulte pour C une rupture de contrat et, par voie de conséquence, une perte économique. Les appelants prétendent que la nature du rapport entre le CN et TPC est purement contractuelle et que cela règle l'affaire.

Le CN reconnaît qu'un droit découlant purement et simplement d'un contrat ne justifie pas l'indemnisation, mais il n'est pas d'accord avec les appelants pour dire que le préjudice subi était seulement une rupture de contrat. Son argumentation comporte essentiellement deux volets généraux qui se chevauchent dans une certaine mesure.

Le premier volet peut être désigné comme l'argument de l'existence de droits subsidiaires. Le CN allègue d'abord que son droit est plus qu'un simple droit découlant d'un contrat. À cette fin, il avance essentiellement deux arguments: premièrement, il a subi une perte d'usage transférée et, deuxièmement, il participe à une entreprise com-

relationship between the plaintiff and the property owner, i.e., between CN and PWC. They represent an attempt to avoid the application of the rule barring recovery for mere contractual interests.

The second broad front on which CN proceeds may be termed the "special relationship" front. Here it argues that, even if the Court rejects its alternative interests argument and finds that its interest is merely contractual, the existence of other factors is sufficient to constitute a special relationship with the tortfeasor and to ground recovery for its contractual claims. In particular, it points to the high degree of subjective and objective foreseeability in this case as sufficient to constitute a special relationship between Norsk and CN, but other factors are invoked as well. These arguments are largely centred on the plaintiff-tortfeasor relationship, i.e., the relationship between CN and Norsk. They represent an attempt to qualify the application of the contractual relational economic loss rule.

CN's two strands of argument overlap, so that the factors that underlie its alternative interests arguments are also at times invoked in support of the existence of a special relationship or, more broadly, of proximity. It thus builds its argument on the allegedly particular characteristics of its relationship with the property owner on the one hand and the tortfeasor on the other. The appellants, on the other hand, consider that the contractual nature of the plaintiff's relationship with the property owner is dispositive of the case.

Part I of the analysis in this judgment examines the appellants' contention and focuses on the narrow problem of contractual relational economic loss. In my view, this question has been unhelpfully bound up with the larger question of pure economic loss. The first part of these reasons retraces these developments and sets forth the

muné avec TPC. Ces arguments portent sur le rapport qui existe entre la demanderesse et le propriétaire du bien, c'est-à-dire entre le CN et TPC. Ils représentent une tentative d'éviter l'application de la règle interdisant l'indemnisation dans le cas de simples droits découlant d'un contrat.

Le deuxième volet général de l'argumentation du CN peut être désigné comme l'argument de l'«existence d'un rapport spécial». Il soutient ici que, même si la Cour rejette son argument fondé sur l'existence de droits subsidiaires et statue que son droit découle simplement d'un contrat, l'existence d'autres facteurs est suffisante pour qu'il y ait un rapport spécial avec l'auteur du délit et pour justifier l'indemnisation relativement à ses réclamations fondées sur un contrat. Il souligne notamment que le degré élevé de prévisibilité subjective et objective en l'espèce suffit pour qu'il y ait un rapport spécial entre Norsk et le CN, mais il invoque également d'autres facteurs. Ces arguments portent largement sur le rapport entre la demanderesse et l'auteur du délit, c'est-à-dire le rapport entre le CN et Norsk. Ils représentent une tentative de limiter l'application de la règle de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat.

Les deux volets de l'argumentation du CN se chevauchent de sorte que les facteurs qui sous-tendent son argument de l'existence de droits subsidiaires sont également parfois invoqués à l'appui de l'existence d'un rapport spécial ou, de façon plus générale, d'un lien étroit. Il fonde donc son argumentation sur les caractéristiques prétendument spéciales de son rapport avec le propriétaire du bien, d'une part, et avec l'auteur du délit, d'autre part. En revanche, les appelants considèrent de leur côté que le rapport entre le demandeur et le propriétaire du bien est de nature contractuelle et que cela règle l'affaire.

La partie I de l'analyse contenue dans les présents motifs de jugement examine l'argument des appelants et porte principalement sur le problème restreint de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. À mon avis, cette question a été liée inutilement à la question plus générale de la perte purement économique. La première partie

rationale for considering this narrow issue as a separate problem.

Part II examines CN's arguments to the effect that it has more than a mere contractual interest. My conclusion is that it does not.

Part III returns to the issue of contractual relational economic loss. It examines the various proposals that have been made to relax the bright line rule excluding recovery for contractual relational economic loss, including those set forth by my colleagues McLachlin and Stevenson JJ.

Part IV examines the rationale for the exclusionary rule. My conclusion is that the bright line rule excluding recovery for economic loss owing to interference with contractual relations that results from damage to a third party's property should not be modified, at least on the facts of this case. I should underline from the outset that this conclusion is not a rejection of recovery for pure economic loss in general terms. It is limited, for reasons that will be set forth, to cases where property damage to a third party has occurred and where the plaintiff's interest is contractual.

Analysis

Part I: The Need to Recentre the Analysis on Contractual Relational Economic Loss

To phrase the key issue in this case as a simple one of "is pure economic loss recoverable in tort?" is misleading. I do not doubt that pure economic loss is recoverable in some cases. It does not follow, however, that all economic loss cases are susceptible to the same analysis, or that cases of one type are necessarily relevant to cases of another. Nor does it follow that the constellation of policy concerns that have grown up around the issue of economic loss can be ignored. The fact is that different types of factual situations may invite differ-

des présents motifs retrace cette évolution et expose les raisons pour lesquelles cette question restreinte constitue un problème distinct.

La partie II porte sur les arguments du CN selon lesquels il possède davantage qu'un simple droit découlant d'un contrat. Je conclus que ce n'est pas le cas.

La partie III revient à la question de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Elle porte sur les diverses propositions qui ont été faites afin d'assouplir la règle de la démarcation très nette qui exclut l'indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat, y compris celles énoncées par mes collègues les juges McLachlin et Stevenson.

La partie IV porte sur la raison d'être de la règle d'exclusion. Je conclus qu'il n'y a pas lieu de modifier, tout au moins dans le contexte de la présente affaire, la règle de la démarcation très nette qui exclut l'indemnisation de la perte économique due à l'ingérence dans des rapports contractuels qui résulte du dommage matériel subi par un tiers. Je me dois de souligner au départ que cette conclusion ne constitue pas un rejet de l'indemnisation de la perte purement économique en général. Elle se limite, pour des raisons qui seront exposées plus loin, aux cas où le bien d'un tiers a été endommagé et où le droit du demandeur découle d'un contrat.

Analyse

Partie I: La nécessité de réorienter l'analyse sur la perte économique relationnelle découlant d'un contrat

Il est trompeur de formuler la question clé, en l'espèce, comme étant simple de savoir si «la perte purement économique peut donner lieu à indemnisation en matière délictuelle». Je ne doute pas que la perte purement économique puisse donner lieu à indemnisation dans certains cas. Toutefois, cela ne veut pas dire que tous les cas de perte économique peuvent faire l'objet de la même analyse: les affaires d'un genre ne sont pas nécessairement pertinentes dans le contexte de celles d'un autre genre. Cela ne veut pas dire non plus qu'on peut

ent approaches to economic loss, and it seems to me to be at best unwise to lump them all together for purposes of analysis. Professor Feldthusen distinguishes five different categories of economic loss cases which involve different policy considerations: see Feldthusen, "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, at pp. 357-58. They are as follows:

1. The Independent Liability of Statutory Public Authorities;
2. Negligent Misrepresentation;
3. Negligent Performance of a Service;
4. Negligent Supply of Shoddy Goods or Structures;
5. Relational Economic Loss.

The present case fits into his fifth category. In my view, both policy and precedent justify narrowing the focus in the present case to loss cases of the kind described in that category.

Professor Feldthusen considers that the cases and strong policy reasons support a general rule precluding recovery of all relational loss, which he frames in the following terms: "The recovery of pure economic loss will be precluded in negligence when it is consequent upon an injury to the person or property of a third party": see Feldthusen, *Economic Negligence* (2nd ed. 1989), at p. 200. He recognizes, however, that such a rule would be subject to a number of specific exceptions.

In general terms, we are here concerned with relational loss resulting from property damage, and I need not consider relational loss arising out of personal injury. Turning then to an examination of the category of cases in which the initial damage is

ignorer la série de questions de principe que le problème de la perte économique a contribué à soulever. En réalité, différents genres de situations de fait peuvent commander différentes manières d'aborder la perte économique et il me semble pour le moins malavisé de les analyser en bloc. Le professeur Feldthusen perçoit cinq catégories différentes de cas de perte économique qui font intervenir des considérations de principe différentes: voir Feldthusen, «Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow» (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, aux pp. 357 et 358. Ce sont les catégories suivantes:

^c [TRADUCTION]

1. La responsabilité indépendante des autorités publiques légales;
- ^d 2. La déclaration inexacte faite par négligence;
3. La prestation négligente d'un service;
4. La fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité;
- ^e 5. La perte économique relationnelle.

^f La présente affaire entre dans la cinquième catégorie qu'il mentionne. À mon avis, tant les principes que la jurisprudence justifient que l'on s'en tienne en l'espèce aux cas de perte du genre décrit dans cette catégorie.

Le professeur Feldthusen considère que la jurisprudence et de sérieuses raisons de principe justifient l'adoption d'une règle générale interdisant l'indemnisation de toute perte relationnelle, règle qu'il formule ainsi: [TRADUCTION] «L'indemnisation de la perte purement économique sera interdite en matière délictuelle lorsqu'elle résulte d'une lésion corporelle ou d'un dommage matériel subi par un tiers»: voir Feldthusen, *Economic Negligence* (2^e éd. 1989), à la p. 200. Cependant, il admet qu'une telle règle comporterait un certain nombre d'exceptions précises.

^j De façon générale, nous nous intéressons en l'espèce à la perte relationnelle résultant d'un dommage matériel et je n'ai pas à étudier la perte relationnelle découlant d'une lésion corporelle. Si nous passons alors à un examen de la catégorie de

to property, it is apparent that contract is not the only relation that can lead to losses. If the property is publicly owned, users may not be required to contract for its use. Thus persons who regularly use an ordinary bridge or other publicly maintained facility have no contractual right to do so but may nevertheless suffer damages by having to find alternative routes for themselves or their goods, and their suppliers or customers may also suffer damage. Those suffering such damage will ordinarily not recover: see *Bethlehem Steel Corp. v. St. Lawrence Seaway Authority*, [1978] 1 F.C. 464, (claims for loss of profits owing to ships being held up after a bridge destroyed and a canal obstructed were refused, as was a claim for extra shipping costs arising out of the same accident); *Star Village Tavern v. Nield* (1976), 71 D.L.R. (3d) 439 (Man. Q.B.), (recovery by tavern owner suffering losses owing to bridge closure refused). To impose such indeterminate liability on tortfeasors is almost unthinkable as the cases make clear. The courts have similarly refused recovery in other cases of relational economic loss; see, for example, *Weller & Co. v. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569, as explained by *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall and Son Ltd.*, [1971] 1 Q.B. 337, at p. 342, and *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27.

Where the government is able to sue as owner (as in this case and as in most bridge cases), I can see no reason for any difference in treatment depending on whether use is based on contract or not. In my view, contractual relational economic loss cases are perhaps best conceived as a variant of relational loss. At least in terms of result, the different types of relational economic loss cases generally appear to be dealt with in the same way

cas où le dommage initial est matériel, il appert que le contrat ne constitue pas le seul rapport qui puisse entraîner des pertes. Si le bien est une propriété publique, il se peut que les usagers ne soient pas obligés de passer un contrat pour l'utiliser. Ainsi les personnes qui utilisent régulièrement un pont ordinaire ou une autre installation entretenue par l'État n'ont pas le droit de le faire en vertu d'un contrat, mais elles peuvent néanmoins subir un préjudice du fait qu'elles doivent trouver d'autres trajets pour leur propre transport ou celui de leurs marchandises, et leurs fournisseurs ou leurs clients peuvent également subir un préjudice. Celles qui subissent un tel préjudice ne seront pas indemnisées normalement: voir *Bethlehem Steel Corp. c. Administration de la voie maritime du Saint-Laurent*, [1978] 1 C.F. 464 (des demandes d'indemnisation de pertes de profits dues au retard pris par des navires après la destruction d'un pont et l'obstruction d'un canal ont été refusées, tout comme l'a été une demande d'indemnisation des frais supplémentaires d'expédition résultant du même accident); *Star Village Tavern c. Nield* (1976), 71 D.L.R. (3d) 439 (B.R. Man.) (on a refusé d'indemniser le propriétaire d'une taverne qui avait subi des pertes en raison de la fermeture d'un pont). Il est presque impensable d'imposer une telle responsabilité indéterminée aux auteurs de délits, ainsi qu'il ressort clairement de la jurisprudence. Les tribunaux ont également refusé l'indemnisation dans d'autres cas de perte économique relationnelle; voir, par exemple, *Weller & Co. c. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569, comme on l'explique dans *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. c. W. J. Whittall and Son Ltd.*, [1971] 1 Q.B. 337, à la p. 342, et *Spartan Steel & Alloys Ltd. c. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27.

Lorsque le gouvernement peut poursuivre en tant que propriétaire (comme en l'espèce et dans la plupart des affaires relatives à un pont), je ne vois aucune raison de traiter l'affaire différemment, selon que l'utilisation se fonde sur un contrat ou non. À mon avis, les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat sont peut-être le mieux conçus comme une variante de la perte relationnelle. Au moins sur le plan de l'issue du litige,

by the courts. As will become evident, many of the underlying policies are, in my view, the same. Nevertheless, most of the reported cases involve claims for contractual relational economic loss, probably because most of the others appear obvious. To avoid possible doctrinal confusion, I propose as much as possible to narrow the focus to contractual relational economic loss only.

Policy

Cases of contractual relational loss have a number of specific characteristics that differentiate them from other economic loss cases, and certainly from other non-relational loss cases. The first is that in such cases, the right of action of the property owner already puts pressure on the defendants to act with care. The deterrent effect of tort law, to the extent that it survives the advent of widespread insurance, is already present. In this case PWC collected substantial damages. Consequently, Norsk was already under a substantial incentive to take care with respect to the bridge since its liability to the bridge owner would and did require the payment of substantial damages. In most cases of this type, imposing further liability cannot reasonably be justified on the grounds of deterrence (unless a policy of full internalization of all losses resulting from accidents to the party who could have avoided the accident is to be pursued at all costs).

This is a critical difference with respect to the other types of economic loss cases. Professor Feldthusen underlines the importance of this first key aspect of contractual relational economic loss cases, in the following passage dealing with relational loss generally ((1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, at p. 377):

les tribunaux paraissent généralement trancher de la même manière les différents types de cas de perte économique relationnelle. Comme nous le verrons, bon nombre des principes sous-jacents sont les mêmes. Néanmoins, la plupart des décisions publiées concernent des demandes d'indemnisation de perte économique relationnelle découlant d'un contrat, probablement parce que la plupart des autres paraissent évidentes. Afin d'éviter toute confusion possible sur le plan de la doctrine, je compte m'en tenir, autant que possible, à la seule perte économique relationnelle découlant d'un contrat.

Les principes

Les cas de perte relationnelle découlant d'un contrat possèdent un certain nombre de caractéristiques précises qui les différencient des autres cas de perte économique et certainement des autres cas de perte non relationnelle. La première caractéristique est qu'en pareils cas le droit d'action du propriétaire du bien incite déjà les défendeurs à faire preuve de diligence. L'effet dissuasif du droit de la responsabilité délictuelle, dans la mesure où il survit à l'avènement de l'assurance généralisée, existe déjà. En l'espèce, TPC a obtenu des dommages-intérêts importants. Par conséquent, Norsk est déjà fortement incitée à faire preuve de diligence relativement au pont, car sa responsabilité envers le propriétaire du pont l'obligerait et l'a effectivement obligée à verser des dommages-intérêts importants. Dans la plupart des cas de ce genre, la dissuasion ne saurait raisonnablement justifier l'imposition d'une responsabilité supplémentaire (à moins qu'il faille appliquer à tout prix une politique de pleine imputation de toutes les pertes résultant d'un accident à la partie qui aurait pu éviter l'accident).

C'est une différence cruciale par rapport aux autres genres de cas de perte économique. Le professeur Feldthusen souligne l'importance de ce premier aspect clé des cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat, dans le passage suivant qui traite de la perte relationnelle en général ((1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, à la p. 377):

... in each of [the first four] categories [identified above], the issue is whether the law of negligence applies at all to sanction the defendant's careless conduct. Relational loss cases are different because the defendant will be held liable to the victim of physical damage. The issue is whether *additional* liability to third parties is warranted. The better analogy is not to how the claim in *Hedley Byrne* or *Rivtow Marine* was resolved, but to how an additional claim brought by the best customer of the plaintiffs in each of those cases would have fared. [Emphasis added.]

I come now to a second distinction. A firm exclusionary rule in this area does not have the effect of necessarily excluding compensation to the plaintiff for his or her loss. Rather, it simply channels to the property owner both potential liability to the plaintiff and the right of recovery against the tortfeasor. The property owner is both entitled to recover from the tortfeasor and potentially liable under contract to the plaintiff. Here, the licence agreement explicitly rejected any liability, so the plaintiff cannot recover under it against PWC. In contracts between sophisticated parties such as those in the case at bar, who are well advised by counsel, such exclusions of liability often result from determinations regarding who is in the best position to insure the risk at the lowest cost.

A third distinction is that perfect compensation of all contractual relational economic loss is almost always impossible because of the ripple effects which are of the very essence of contractual relational economic loss. This aspect has been recognized as critical from the very beginning. It is in this sense that the solution to cases of this type is necessarily pragmatic and involves drawing a line that will exclude at least some people who have been undeniably injured owing to the tortfeasor's admitted failure to meet the requisite standard of care.

[TRADUCTION] ... dans chacune des [quatre premières] catégories [mentionnées ci-dessus], il s'agit de savoir si le droit relatif à la négligence s'applique ou non pour sanctionner la conduite négligente du défendeur. Les cas de perte relationnelle sont différents parce que le défendeur sera tenu responsable envers la personne qui a subi un préjudice physique. La question est de savoir si une responsabilité *supplémentaire* envers les tiers est justifiée. La meilleure analogie est de savoir non pas comment la demande d'indemnisation a été tranchée dans *Hedley Byrne* ou *Rivtow Marine*, mais comment une demande d'indemnisation supplémentaire présentée par le meilleur client des demanderessees dans chacune de ces affaires aurait réussi. [Je souligne.]

J'arrive maintenant à une deuxième distinction. Une règle stricte d'exclusion de la responsabilité dans ce domaine n'a pas nécessairement pour effet d'exclure l'indemnisation de la perte subie par le demandeur. Au contraire, elle ne fait que canaliser vers le propriétaire du bien la responsabilité potentielle envers le demandeur et le droit de se faire indemniser par l'auteur du délit. Le propriétaire du bien a le droit de se faire indemniser par l'auteur du délit, mais il peut également être responsable envers le demandeur en vertu d'un contrat. En l'espèce, le contrat de licence écartait expressément toute responsabilité, de sorte que la demanderesse ne peut se faire indemniser par TPC en vertu de ce contrat. Dans les contrats intervenus entre des parties avisées comme celles dont il est question ici, qui sont bien conseillées par des avocats, de telles exclusions de responsabilité résultent souvent de décisions établissant qui est le mieux en mesure de s'assurer contre le risque au moindre coût.

Une troisième distinction provient de ce que l'indemnisation parfaite de toute perte économique relationnelle découlant d'un contrat est presque toujours impossible en raison des effets d'enchaînement qui caractérisent ce genre de perte. Cet aspect a été reconnu comme crucial dès le départ. C'est dans ce sens que la solution des affaires de ce genre est nécessairement pragmatique. Quelle que soit la ligne de démarcation établie dans ce domaine, elle aura forcément pour effet d'exclure des personnes qui ont indéniablement subi un préjudice résultant de la faute de comportement de l'auteur du délit.

In other types of economic loss cases, ripple effects may not be of concern. Thus cases like the present are significantly different from the situation in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189, in which Rivtow was the sole victim of the type of damage for which it claimed. Full compensation of all those to whom a private law duty is owed is also realistically possible in the situation dealt with in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2. In cases like the present, claims that the denial of recovery in the type of case here would be "unjust" must take into account that other "just" claims are inevitably denied in this type of case.

Finally, contractual relational economic loss cases typically involve accidents. This distinguishes them from both products liability economic loss cases like *Rivtow*, in which by definition there is no accident, and negligent misrepresentation cases like *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465. This aspect is of fundamental importance with respect to tests of liability founded on the foreseeability of an individual plaintiff or an ascertained class of plaintiffs, which I shall discuss in Part III.

In light of these substantial differences between contractual relational economic loss cases and other pure economic loss cases, I agree with Professor Feldthusen, that "it assists little, if at all, to generalize on the basis of proximity from other types of economic loss cases to the relational loss cases" ((1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, at p. 376). For the purposes of the present case, it is not necessary to proceed to an exhaustive categorization of economic loss cases. There is, in my

Dans d'autres genres de cas de perte économique, les effets d'enchaînement ne constituent pas toujours un sujet de préoccupation. Ainsi, des cas comme la présente affaire diffèrent considérablement de la situation qui se présentait dans l'affaire *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, dans laquelle la société Rivtow était la seule victime du genre de préjudice pour lequel elle réclamait des dommages-intérêts. L'indemnisation intégrale de tous ceux à qui est due une obligation de droit privé est également possible d'une façon réaliste dans la situation examinée dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2. Dans notre affaire, l'argument selon lequel il serait «injuste» de refuser l'indemnisation doit aussi confronter le fait que ce genre de cas donne inévitablement lieu au refus d'autres réclamations «justes».

Enfin, les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat surviennent le plus souvent à la suite d'un accident. Cela les distingue des affaires relatives à une perte économique découlant de la responsabilité du fabricant comme l'affaire *Rivtow* dans laquelle, par définition, il n'y a pas d'accident, et des affaires relatives à une déclaration inexacte faite par négligence, comme l'affaire *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465. Cet aspect est d'une importance fondamentale en ce qui concerne les critères de responsabilité fondés sur la prévisibilité d'un demandeur particulier ou d'une catégorie déterminée de demandeurs, que j'examinerai dans la partie III.

Compte tenu de ces différences importantes entre les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat et d'autres cas de perte purement économique, je conviens avec le professeur Feldthusen qu'[TRADUCTION] «il est peu, voire nullement, utile de généraliser sur la base du lien étroit à partir d'autres genres de cas de perte économique jusqu'aux cas de perte relationnelle» ((1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, à la p. 376). Il n'est pas nécessaire, aux fins de l'espèce, de classer de façon exhaustive par catégories les cas de perte économique. À mon avis, il y a, à tout le

view, at the very least a clear difference between economic loss in three types of cases.

In the first type, which involves what has been termed consequential economic loss, the plaintiff claims for economic loss in addition to his claims for property damage or personal injury. Focusing on the issue of remoteness of damage, the courts have established guidelines regarding the availability of damages for economic loss in these cases.

In the second type, which can be termed non-relational economic loss, the plaintiff claims for pure economic loss unrelated to any personal injury or property damage suffered by either the plaintiff or any third party. The law in this area is developing. In view of my analysis of the issues in this case, it is not necessary for me to say much about these cases. I doubt, however, that this group can be analyzed in terms of a single rule. The extract from Professor Feldthusen above contends that this group can be further broken down into four distinct categories. It is sufficient to say that 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. I agree with McLachlin J. that *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398, does not represent the law in Canada.

The present case, however, is of a third type. It involves a claim for contractual relational economic loss by the plaintiff as a result of damage caused to someone else's property.

Precedent

The English Background

It is helpful to retrace the development of the so-called rule against recovery of pure economic loss in order to place the argument in this case in context. The debate has often been obscured because

moins, une différence manifeste entre la perte économique dans trois genres de cas.

Dans le premier cas, où il y a ce qu'on a appelé la perte économique indirecte, la réclamation du demandeur vise une perte économique en plus de la lésion corporelle ou du dommage matériel qu'il a subi. En mettant l'accent sur la question de l'éloignement du dommage, les tribunaux ont établi des lignes directrices au sujet de la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts pour une perte économique dans ces cas-là.

Dans le deuxième cas, la réclamation du demandeur vise une perte purement économique qui ne résulte pas d'un dommage matériel subi par un tiers. Le droit est en pleine évolution dans ce domaine. Compte tenu de l'analyse que je fais des questions posées en l'espèce, il n'est pas nécessaire que je dise beaucoup de choses sur ces cas. Toutefois, je doute que l'on puisse analyser ce groupe sous l'angle d'une seule règle. Dans l'extrait susmentionné, le professeur Feldthusen prétend que ce groupe peut encore être décomposé en quatre catégories distinctes. Il suffit de dire que j'endorsse 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 soulignerais de nouveau la nécessité de tenir compte des caractéristiques particulières de chaque cas. Je conviens avec le juge McLachlin que l'arrêt *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398, ne représente pas l'état du droit en vigueur au Canada.

Il s'agit cependant, en l'espèce, d'un troisième genre de cas. La réclamation est fondée sur la perte économique relationnelle découlant d'un contrat subie par le demandeur à la suite d'un dommage causé au bien d'autrui.

La jurisprudence

La jurisprudence anglaise

Il est utile de retracer l'évolution de la prétendue règle interdisant l'indemnisation d'une perte purement économique, afin de situer dans son contexte l'argumentation soumise en l'espèce. Le débat a

of the existence of at least two different versions of the rule, one narrow and one broad. American cases have occasionally addressed specifically the issues in this case in terms of the breadth or narrowness of the economic loss rule. Particularly instructive in this regard is the recent case of *State of Louisiana v. M/V Testbank*, 752 F.2d 1019 (1985).

The original formulation of the rule of the categorical exclusion of economic loss in cases such as *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, was narrow. In its narrow formulation, the rule excludes claims for negligent interference with contractual relations where a third party's property has been damaged and where the damage to the plaintiff's contractual relations is caused as a result of that property damage. The rule thus applies to exclude recovery for a plaintiff's pure economic loss flowing from the property owner's property damage, damage which I have termed contractual relational economic loss.

The development of the original narrow rule is well set out in *Candlewood Navigation Corp. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*, [1986] A.C. 1, at pp. 15-17, a case that dealt with a time charterer's claim for economic loss. Because of the importance of clearly understanding this development, I reproduce Lord Fraser of Tullybelton's account in that case *in extenso*:

This issue is one of fundamental importance in maritime law and in the law of negligence generally. There is a long line of authority in the United Kingdom for the proposition that a time charterer is not entitled to recover for pecuniary loss caused by damage by a third party to the chartered vessel. The reason is that a time charterer has no proprietary or possessory right in the chartered vessel; his only right in relation to the vessel is contractual: see *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 19th ed. (1984), p. 47. The proposition in relation to a time charterer is thus only one example of the more general principle stated by Scrutton L.J. in

souvent été embrouillé par l'existence d'au moins deux versions différentes de la règle, l'une stricte et l'autre générale. Dans la jurisprudence américaine, les questions en litige ici ont parfois été abordées précisément selon le caractère général ou strict de la règle concernant la perte économique. La décision récente *State of Louisiana c. M/V Testbank*, 752 F.2d 1019 (1985), est particulièrement instructive à cet égard.

La règle de l'exclusion absolue de la perte économique dans des affaires comme *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, a été formulée de façon stricte au départ. Selon sa formulation stricte, la règle exclut la responsabilité pour ingérence, par négligence, dans des rapports contractuels lorsque le bien d'un tiers a été endommagé et lorsque le préjudice causé aux rapports contractuels du demandeur résulte de ce dommage matériel. La règle s'applique donc pour empêcher l'indemnisation de la perte purement économique qu'un demandeur subit par suite d'un dommage matériel causé au propriétaire du bien, perte que j'ai qualifiée de perte économique relationnelle découlant d'un contrat.

L'évolution de la règle stricte initiale est bien exposée dans l'affaire *Candlewood Navigation Corp. c. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*, [1986] A.C. 1, aux pp. 15 à 17, qui concernait une demande d'indemnisation pour perte économique présentée par un affréteur à temps. Comme il est important de bien comprendre cette évolution, je reproduis intégralement l'explication de lord Fraser of Tullybelton dans cette affaire:

[TRADUCTION] Il s'agit d'une question d'une importance fondamentale en droit maritime et dans le droit relatif à la négligence en général. Il existe au Royaume-Uni une doctrine et une jurisprudence bien établies qui appuient la proposition selon laquelle un affréteur à temps ne saurait être indemnisé de la perte pécuniaire qu'il a subie en raison d'un dommage causé par un tiers au navire affrété. La raison en est que l'affréteur à temps ne possède ni droit de propriété ni droit de possession sur le navire affrété; le seul droit qu'il possède relativement au navire découle d'un contrat: voir *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 19^e éd. (1984),

Elliott Steam Tug Co. Ltd. v. Shipping Controller [1922]
1 K.B. 127, 139-140:

"At common law there is no doubt about the position. In case of a wrong done to a chattel the common law does not recognize a person whose only rights are a contractual right to have the use or services of the chattel for purposes of making profits or gains without possession of or property in the chattel. Such a person cannot claim for injury done to his contractual right: see on this point the judgment of Blackburn J. in *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875) L.R. 10 Q.B. 453, where a contractor making a tunnel on K.'s land claimed against a wrongdoer to K.'s land, whose wrong made his contract less profitable, and was held not entitled to recover. It is for this reason that underwriters cannot sue directly a wrongdoer against property they have insured, but must proceed in the name of the assured, as explained by Lord Penzance in *Simpson v. Thomson* (1877) 3 App. Cas. 279, 289. It is for this reason also that charterers under a charter not amounting to a demise do not and cannot sue in the Admiralty Court a wrongdoer who has sunk by collision their chartered ship. The same principle was applied by Hamilton J. in *Remorquage à Hélice (Société Anonyme) v. Bennetts* [1911] 1 K.B. 243, to prevent the owner of a tug suing the wrongdoer who had sunk his tow, whereby he had lost the benefit of his contract of towage."

The general principle was stated in *Cattle v. Stockton Waterworks Co.*, L.R. 10 Q.B. 453, a case which had nothing to do with ships or maritime law. The facts have been summarised sufficiently for the present purpose in the passage just cited from Scrutton L.J.'s judgment in *Elliott's* case. The reason for the decision appears from the following passage from the judgment of the Court of Queen's Bench which was delivered by Blackburn J., at pp. 457-458, where, after stating that the court would have been glad to avoid giving effect to the rule against permitting the contractor to sue, he went on to say:

p. 47. La proposition concernant l'affrètement à temps ne constitue donc qu'un exemple du principe plus général énoncé par le lord juge Scrutton dans l'arrêt *Elliott Steam Tug Co. Ltd. c. Shipping Controller* [1922] 1 K.B. 127, aux pp. 139 et 140:

«En common law, cette position ne suscite aucun doute. Dans le cas d'un dommage causé à un bien meuble, la common law n'admet pas qu'une personne qui possède des droits uniquement en vertu d'un contrat puisse se servir du bien meuble dans le but de réaliser des gains sans avoir un droit de possession ou de propriété sur ce bien meuble. Cette personne ne peut pas présenter de demande d'indemnisation pour un préjudice causé au droit qu'elle possède en vertu d'un contrat: voir, à ce sujet le jugement rendu par le juge Blackburn dans l'affaire *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875) L.R. 10 Q.B. 453, où un entrepreneur qui creusait un tunnel sous la propriété de K. a présenté une demande d'indemnisation contre l'auteur d'un dommage causé à la propriété de K., lequel dommage avait rendu son contrat moins rentable; on a jugé que l'entrepreneur n'avait pas le droit d'être indemnisé. C'est la raison pour laquelle les assureurs ne peuvent pas poursuivre directement l'auteur d'un dommage causé au bien qu'ils ont assuré, mais doivent poursuivre au nom de l'assuré, comme l'explique lord Penzance dans *Simpson c. Thomson* (1877) 3 App. Cas. 279, à la p. 289. C'est pour cette raison également que les affrètement qui ont conclu une charte-partie qui n'équivaut pas à une concession à bail ne poursuivent pas et ne peuvent pas poursuivre en Cour d'amirauté l'auteur d'un méfait qui a causé la perte par collision de leur navire affrété. Le même principe a été appliqué par le juge Hamilton dans l'arrêt *Remorquage à hélice (Société anonyme) c. Bennetts*, [1911] 1 K.B. 243, afin d'empêcher le propriétaire d'un remorqueur de poursuivre l'auteur du méfait qui avait causé la perte de son remorqueur, l'empêchant ainsi de profiter de son contrat de remorquage.»

Le principe général a été énoncé dans *Cattle c. Stockton Waterworks Co.*, L.R. 10 Q.B. 453, une affaire qui n'avait rien à voir avec les navires ou le droit maritime. Les faits ont été suffisamment résumés pour les fins actuelles dans l'extrait des motifs du lord juge Scrutton dans l'affaire *Elliott*, que nous venons de citer. Le motif de la décision ressort du passage suivant tiré du jugement de la Cour du Banc de la Reine rédigé par le juge Blackburn, aux pp. 457 et 458, où, après avoir déclaré que la cour aurait été heureuse d'éviter de donner effet à la règle interdisant à l'entrepreneur de poursuivre, il a ajouté:

“But if we did so, we should establish an authority for saying that, in such a case as that of *Fletcher v. Rylands* (1866) L.R. 1 Ex. 265, the defendant would be liable, not only to an action by the owner of the drowned mine, and by such of his workmen as had their tools or clothes destroyed, but also to an action by every workman and person employed in the mine, who in consequence of its stoppage made less wages than he would otherwise have done. And many similar cases to which this would apply might be suggested. It may be said that it is just that all such persons should have compensation for such a loss, and that, if the law does not give them redress, it is imperfect. Perhaps it may be so. But, as was pointed out by Coleridge, J., in *Lumley v. Gye* (1853) 2 E. & B. 216, 252, courts of justice should not ‘allow themselves, in the pursuit of perfectly complete remedies for all wrongful acts, to transgress the bounds, which our law, in a wise consciousness as I conceive of its limited powers, has imposed on itself, of redressing only the proximate and direct consequences of wrongful acts.’ In this we quite agree. No authority in favour of the plaintiff’s right to sue was cited, and, as far as our knowledge goes, there was none that could have been cited.”

It is apparent from that citation that the court in *Cattle’s* case regarded the rule as a pragmatic one dictated by necessity.

The same appears even more clearly from the other foundation case in this branch of the law, *Simpson & Co. v. Thomson* (1877) 3 App. Cas. 279 which was a Scottish appeal arising out of a collision between two ships belonging to the same owner. The House of Lords held that the underwriters, who had paid the insurance due on one of the ships which was lost and which was not to any extent to blame for the accident, had no right of action against the owner of the other ship which was solely to blame, because they (the underwriters) had no independent right of action but only such right as they might have derived from the owner of the lost ship in whose place they stood. He had no right of action, as owner of the innocent ship, against himself as owner of the negligent ship. Lord Penzance gave a rather fuller statement of the reasons behind the rule against allowing the underwriters to sue; at pp. 289-290:

“But in the argument at your Lordships’ Bar the learned counsel for the respondents took their stand

«Mais si nous le faisons, nous devrions établir un précédent pour dire que, dans une affaire comme *Fletcher c. Rylands* (1866) L.R. 1 Ex. 265, le défendeur serait exposé à des poursuites non seulement de la part du propriétaire de la mine inondée et de ceux de ses ouvriers dont les outils ou les vêtements ont été détruits, mais également de la part de tout ouvrier ou employé de la mine qui, à la suite de l’arrêt des opérations, a touché un salaire inférieur à celui qu’il aurait retiré sans cela. Et on pourrait suggérer de nombreuses affaires similaires auxquelles cela s’appliquerait. On peut avancer qu’il est juste que toutes ces personnes devraient être indemnisées pour pareilles pertes et que si la loi ne leur accorde aucun recours, elle est imparfaite. C’est peut-être vrai. Mais, comme l’a souligné le juge Coleridge dans l’arrêt *Lumley c. Gye* (1853) 2 E. & B. 216, à la p. 252, les cours de justice ne devraient pas «prendre la liberté, dans la recherche de recours parfaitement complets pour tous les actes préjudiciables, d’outrepasser les limites que notre droit, selon une sage perception, à mon avis, de ses pouvoirs limités, s’est imposées, de réparer seulement les conséquences immédiates et directes d’actes préjudiciables.» Nous sommes tout à fait d’accord avec cela. Aucun précédent n’a été cité à l’appui du droit du demandeur d’intenter une poursuite, et, à notre connaissance, il n’y en avait aucun qui aurait pu l’être.»

Il ressort de cette citation que, dans l’affaire *Cattle*, la cour a considéré la règle comme étant une règle pragmatique dictée par la nécessité.

La même chose ressort même plus clairement de l’autre affaire fondamentale dans ce domaine du droit, *Simpson & Co. c. Thomson* (1877) 3 App. Cas. 279, qui était un appel écossais interjeté à la suite d’une collision entre deux navires appartenant au même propriétaire. La Chambre des lords a statué que les assureurs, qui avaient payé l’assurance due sur l’un des navires qui était perdu et qui n’était nullement à blâmer pour l’accident, n’avaient aucun droit d’action contre le propriétaire de l’autre navire qui était le seul à blâmer, parce qu’ils (les assureurs) n’avaient aucun droit d’action indépendant mais seulement le droit qu’ils auraient pu tenir du propriétaire du navire perdu dont ils occupaient la place. Il n’avait, en tant que propriétaire du navire innocent, aucun droit d’action contre lui-même en tant que propriétaire du navire négligent. Lord Penzance a exposé plus en détail les raisons qui justifient la règle interdisant aux assureurs de poursuivre, aux pp. 289 et 290:

«Mais, dans leur plaidoirie devant vos Seigneuries, les avocats des intimés ont fondé leur argumentation

upon a much broader ground. They contended that the underwriters, by virtue of the policy which they entered into in respect of this ship, had an interest of their own in her welfare and protection, inasmuch as any injury or loss sustained by her would indirectly fall upon them as a consequence of their contract; and that this interest was such as would support an action by them in their own names and behalf against a wrongdoer. This proposition virtually affirms a principle which I think your Lordships will do well to consider with some care, as it will be found to have a much wider application and signification than any which may be involved in the incidents of a contract of insurance.

The principle involved seems to me to be this — that where damage is done by a wrongdoer to a chattel not only the owner of that chattel, but all those who by contract with the owner have bound themselves to obligations which are rendered more onerous, or have secured to themselves advantages which are rendered less beneficial by the damage done to the chattel, have a right of action against the wrongdoer although they have no immediate or reversionary property in the chattel, and no possessory right by reason of any contract attaching to the chattel itself, such as by lien or hypothecation.

This, I say, is the principle involved in the respondents' contention. If it be a sound one, it would seem to follow that if, by the negligence of a wrongdoer, goods are destroyed which the owner of them had bound himself by contract to supply to a third person, this person as well as the owner has a right of action for any loss inflicted on him by their destruction.

But if this be true as to injuries done to chattels, it would seem to be equally so as to injuries to the person. An individual injured by a negligently driven carriage has an action against the owner of it. Would a doctor, it may be asked, who had contracted to attend him and provide medicines for a fixed sum by the year, also have a right of action in respect of the additional cost of attendance and medicine cast upon him by that accident? And yet it cannot be denied that the doctor had an interest in his patient's safety. In like manner an actor or singer bound for a term to a manager of a theatre is disabled by the wrongful act of a third person to the serious loss of the manager. Can the manager recover damages for that loss from the wrongdoer? Such instances might be indefinitely multiplied, giving rise to rights of action which in

sur un motif beaucoup plus général. Ils ont prétendu que les assureurs, en vertu de la police qu'ils ont conclue relativement au navire, avaient un intérêt dans la protection de celui-ci, en ce sens que tout dommage ou préjudice qu'il subirait les concernerait indirectement en raison du contrat, et que cet intérêt était tel qu'il leur permettrait d'intenter une action en leur nom contre l'auteur du méfait. Cette proposition confirme virtuellement un principe que, à mon avis, vos Seigneuries feront bien de prendre en considération avec soin, car il se trouvera à avoir une application et une signification beaucoup plus larges que tout autre pouvant résulter d'un contrat d'assurance.

Le principe en cause me semble être le suivant : lorsque l'auteur d'un méfait cause des dommages à un bien meuble, non seulement le propriétaire de ce bien meuble mais également tous ceux qui, par contrat avec le propriétaire, sont liés aux obligations dont l'exécution est devenue plus onéreuse ou qui ont obtenu pour eux-mêmes des avantages qui sont rendus moins intéressants en raison des dommages causés au bien meuble, ont un droit d'action contre l'auteur du méfait bien qu'ils n'aient pas de droit de propriété immédiat ou réversif sur le bien meuble, ni aucun droit de possession en raison d'un contrat se rapportant au bien meuble lui-même, comme au moyen d'un privilège ou d'une hypothèque.

C'est là, à mon avis, le principe en jeu dans la prétention des intimés. Si c'était un principe solide, il semblerait s'ensuivre que, si, en raison de la négligence de l'auteur d'un méfait, il y a destruction de marchandises que leur propriétaire s'était engagé par contrat à livrer à un tiers, ce dernier ainsi que le propriétaire ont un droit d'action pour toute perte subie en raison de leur destruction.

Mais si cela est vrai en ce qui concerne les dommages causés à des biens meubles, ce semblerait également vrai en ce qui concerne les lésions corporelles. La personne blessée par une voiture conduite de façon négligente a un droit d'action contre le propriétaire de cette voiture. On peut se demander si le médecin qui avait conclu un contrat en vue de le soigner et de lui fournir des médicaments pour un montant fixe durant l'année a également un droit d'action relativement aux frais supplémentaires qu'entraînent les soins et les médicaments qui lui sont nécessaires en raison de cet accident. Cependant, on ne peut nier que le médecin avait un intérêt dans la sécurité de son patient. De la même manière, un acteur ou un chanteur lié pour un certain temps à un directeur de théâtre est rendu inhabile en raison du méfait d'un tiers, qui entraîne

modern communities, where every complexity of mutual relation is daily created by contract, might be both numerous and novel."

These two cases of *Cattle*, L.R. 10 Q.B. 453, and *Simpson*, 3 App.Cas. 279, have stood for over a hundred years and have frequently been cited with approval in later cases, both in the United Kingdom and elsewhere. They show, in their Lordships' opinion, that the justification for denying a right of action to a person who has suffered economic damage through injury to the property of another is that for reasons of practical policy it is considered to be inexpedient to admit his claim. [Emphasis added.]

Lord Fraser felt it was unnecessary to refer to all the many cases in which either or both of the cases of *Cattle* and *Simpson & Co. v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279, have been cited but he did go on to note the favourable treatment given to the narrow rule in Scotland, Canada and the United States.

Subsequently, in the second stage of the development of the rule, it was greatly broadened. The remarks of Mason J. in *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227 (H.C.), are illuminating, in that they illustrate the passage from the narrow rule discussed in the above passage to a broader rule (at p. 269):

None the less before *Hedley Byrne* the influence of the early cases was strong and it seems to have been generally considered that financial loss not consequential upon property damage could not be recovered. For the most part the cases concerned a claim by a plaintiff that he suffered a loss or lost a profit under a contract because the defendant's negligent conduct damaged or destroyed property of the other contracting party thereby putting an end to the contract or rendering it unprofitable. Yet the cases were thought to establish a general principle relating to the recovery of pure economic damage. [Emphasis added.]

As Mason J. notes, in its broad formulation, the rule was said to exclude all claims in negligence for pure economic loss, i.e., economic loss in the

une perte grave pour le directeur. Celui-ci peut-il être indemnisé de cette perte par l'auteur du méfait? Ces exemples pourraient être multipliés à l'infini, ce qui donnerait naissance à des droits d'action qui, dans nos sociétés modernes, où des contrats viennent chaque jour compliquer les rapports mutuels, pourraient être à la fois nombreux et nouveaux.»

La décision *Cattle*, L.R. 10 Q.B. 453, et l'arrêt *Simpson*, 3 App. Cas. 279, tiennent tous deux depuis plus de cent ans et ont souvent été cités favorablement dans des arrêts subséquents, tant au Royaume-Uni qu'ailleurs. Ils indiquent, de l'avis de leurs Seigneuries, que le motif valable de refuser un droit d'action à une personne qui a subi un préjudice économique à la suite d'un dommage causé au bien d'autrui est que, pour des raisons pratiques, il est considéré inopportun de faire droit à sa demande d'indemnisation. [Je souligne.]

Lord Fraser a jugé inutile de se reporter à tous les nombreux cas dans lesquels l'une ou chacune des deux affaires *Cattle* et *Simpson & Co. c. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279, a été citée, mais il a souligné le traitement favorable accordé à la règle stricte en Écosse, au Canada et aux États-Unis.

Par la suite, au cours de la deuxième phase de son évolution, le champ d'application de la règle a été grandement élargi. Les observations du juge Mason dans l'arrêt *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge «Willemstad»* (1976), 11 A.L.R. 227 (H.C.), nous éclairent en illustrant le passage de la règle stricte, examinée dans le passage ci-dessus, à une règle plus générale (à la p. 269):

[TRADUCTION] Néanmoins, avant *Hedley Byrne*, la jurisprudence antérieure exerçait une forte influence et on semble avoir en général considéré que la perte financière qui n'était pas consécutive à un dommage matériel ne pouvait pas donner lieu à indemnisation. Dans la plupart des cas, le demandeur prétendait avoir subi une perte ou perdu un profit en vertu d'un contrat, parce que la conduite négligente du défendeur avait eu pour effet d'endommager ou de détruire le bien de l'autre partie contractante, ce qui avait mis fin au contrat ou l'avait rendu non rentable. Pourtant, on croyait que ces affaires établissaient un principe général ayant trait à l'indemnisation du préjudice purement économique. [Je souligne.]

Comme le fait remarquer le juge Mason, on disait que, selon sa formulation générale, la règle excluait toutes les réclamations, en matière de

absence of property loss or personal injury loss, to the plaintiff in question. The crucial factor of property damage to a third party that existed in the early cases fell completely out of the picture. Interestingly, the same evolution appears to have occurred with respect to the holding in *Robins Dry Dock & Repair Co. v. Flint*, 275 U.S. 303 (1927), in the United States, which I shall more fully discuss later. The result was that until 1963, it was generally felt that no recovery would lie for pure economic loss.

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. As Atiyah notes, the problems of liability for negligent misstatements and the problem of economic loss had become entangled before *Hedley Byrne* and with both problems arising again in that case, it is perhaps not surprising that in subsequent cases, the two issues have not always been completely distinguished: see Atiyah, "Negligence and Economic Loss" (1967), 83 *L.Q. Rev.* 248; see also the discussion of *Hedley Byrne* in Stapleton, "Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda" (1991), 107 *L.Q. Rev.* 249, at pp. 259-61.

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,

négligence, pour perte purement économique soit absolument soit subsidiairement, en l'absence de perte matérielle ou de perte due à une lésion corporelle subie par le demandeur en question. Le facteur crucial du dommage matériel causé à un tiers, qui existait dans les affaires anciennes, a été complètement éliminé de la scène. Ce qui est intéressant, c'est que la même évolution semble avoir eu lieu en ce qui concerne la décision dans l'affaire *Robins Dry Dock & Repair Co. c. Flint*, 275 U.S. 303 (1927), aux États-Unis, ce que j'étudierai plus en profondeur plus loin. Il en est résulté que, jusqu'en 1963, on estimait généralement qu'il ne pouvait y avoir indemnisation de la perte purement économique.

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. Comme le fait observer Atiyah, les problèmes de la responsabilité en matière de renseignements inexacts fournis par négligence et le problème de la perte économique étaient devenus enchevêtrés avant l'arrêt *Hedley Byrne*, et vu que les deux problèmes se posaient de nouveau dans cette affaire, il n'est peut-être pas surprenant que, dans les affaires subséquentes, on n'ait pas toujours complètement distingué les deux questions l'une de l'autre: voir Atiyah, «Negligence and Economic Loss» (1967), 83 *L.Q. Rev.* 248; voir également l'analyse de l'arrêt *Hedley Byrne* dans Stapleton, «Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda» (1991), 107 *L.Q. Rev.* 249, aux pp. 259 à 261.

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

the broad rule came increasingly under attack in a variety of situations during this third phase.

Many recent cases on economic loss have approached the problem at a very high level of generality. They have addressed the question of whether we should abandon the broad rule altogether. Many examples of the broad interpretation of *Cattle* and the other early cases can be pointed to: see, for example, *Abramovic v. Canadian Pacific Ltd.* (1989), 69 O.R. (2d) 487, at p. 492; *Kamloops (City of) v. Nielsen, supra*, at p. 28. My colleague, McLachlin J., I may say, interprets *Cattle* broadly in this manner, although she recognizes that the case dealt with relational losses.

The result of this broad approach is that cases on relational economic loss are bound up with other types of economic loss cases which raise different policy concerns. This leads to all types of economic loss cases being canvassed in order to resolve the case at hand. The judgment of the Court of Appeal in this case has been criticized for its undifferentiated approach to the issue of pure economic loss. Professor Feldthusen (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, writes, at p. 375:

The main effect of this scatter-gun approach is to obscure the state of the authorities on relational loss, and to present instead the accurate, but largely irrelevant, impression that recovery of economic loss is often allowed in negligence.

In the second phase, cases decided on the narrow facts of contractual relational economic loss had been interpreted very broadly to exclude liability for all pure economic loss. Now, it was argued, the rejection of the broad rule in cases like *Hedley Byrne* and *Rivtow* should eliminate the specificities of economic loss in all cases. Today CN urges us to extend this approach to include contractual relational economic loss cases.

de diverses situations pendant cette troisième phase.

Beaucoup de décisions récentes en matière de perte économique ont abordé le problème de manière très générale. Elles ont examiné la question de savoir si nous devrions abandonner la règle générale complètement. On peut souligner de nombreux exemples d'interprétation large de la décision *Cattle* et des autres décisions antérieures: voir, par exemple, *Abramovic c. Canadian Pacific Ltd.* (1989), 69 O.R. (2d) 487, à la p. 492; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, précité, à la p. 28. Ma collègue le juge McLachlin, pourrais-je dire, donne pareille interprétation large à la décision *Cattle*, bien qu'elle admette que l'affaire porte sur des pertes relationnelles.

Il résulte de cette approche générale que les cas de perte économique relationnelle sont liés à d'autres genres de cas de perte économique qui soulèvent des questions de principe différentes. Cela mène à un examen approfondi de tous les genres de cas de perte économique afin de statuer sur la présente affaire. Le jugement de la Cour d'appel en l'espèce a été critiqué en raison de sa façon trop générale d'aborder la question de la perte purement économique. Le professeur Feldthusen (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, écrit, à la p. 375:

[TRADUCTION] Cette approche en tir dispersé a principalement pour effet d'embrouiller l'état de la jurisprudence au sujet de la perte relationnelle et de donner à la place l'impression précise, mais largement inutile, que l'indemnisation de la perte économique est souvent permise en matière de négligence.

Dans la deuxième phase, les affaires tranchées selon les faits stricts de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat avaient été interprétées très largement afin d'exclure la responsabilité pour toute perte purement économique. Maintenant, a-t-on soutenu, le rejet de la règle générale dans des affaires comme *Hedley Byrne* et *Rivtow* devrait éliminer les particularités de la perte économique dans tous les cas. Aujourd'hui, le CN nous presse d'étendre cette méthode de manière à inclure les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat.

In my view, the precedents support a distinct approach to the issue of contractual relational economic loss. The original exclusionary rule developed in such cases and was expressed in narrow terms. In addition, the recognition that *Cattle* stands for a narrow rule has never completely disappeared. Recent cases have referred to *Cattle* and the early cases as establishing the narrow rule: see the extracts from *Candlewood, supra*; *Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785, at p. 809; *Murphy v. Brentwood District Council, supra*, at p. 485. Cases that frame and treat the question in terms of the narrow rule have generally upheld it. The major exception is *Caltex*, which I will discuss at length later.

The Decisions in this Court

The respondent, the courts below and McLachlin J. rely heavily on the decisions of this Court in the cases of *Rivtow* and *Kamloops*. The respondent argues that these cases refute the existence of a broad exclusionary rule. I agree but, in my view, both these cases belong to the second group of economic loss cases mentioned above in which the plaintiff claims for pure economic loss where the defendant has not caused damage to a third party's property. They are not directly relevant to contractual relational economic loss. There is nothing in those cases indicating that this Court considered that the narrow exclusionary rule was ill-advised. However, I find those cases particularly significant in the context of this case for the way in which the specific policy concerns raised in the particular case were addressed.

An examination of *Rivtow* reveals that the concern over indeterminate liability is only one among several policy issues that arise in economic loss cases. What is particularly instructive about *Rivtow*, rather than any wide *dicta* about proximity in economic loss cases, is the manner in which both judgments analyzed the policy considerations underlying the exclusionary rule. Of these, indeter-

À mon avis, la jurisprudence justifie une façon spécifique d'aborder la question de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. La règle d'exclusion initiale a été conçue dans des affaires de ce genre et elle était alors formulée de façon stricte. De plus, la reconnaissance du fait que la décision *Cattle* énonce une règle stricte n'a jamais disparu complètement. Certains arrêts récents désignent la décision *Cattle* et les autres décisions anciennes comme établissant la règle stricte; voir les extraits des arrêts *Candlewood*, précité, *Leigh and Sillavan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785, à la p. 809, *Murphy c. Brentwood District Council*, précité, à la p. 485. Les arrêts qui formulent la question et en traitent selon la règle stricte l'ont généralement maintenue. La principale exception est l'arrêt *Caltex* que j'examinerai en profondeur plus loin.

Les arrêts de notre Cour

L'intimée, les tribunaux d'instance inférieure et le juge McLachlin s'appuient fortement sur les arrêts de notre Cour *Rivtow* et *Kamloops*. L'intimée soutient que ces arrêts réfutent l'existence d'une règle d'exclusion de portée générale. J'en conviens, mais, à mon avis, ces deux arrêts se situent dans la deuxième catégorie de cas de perte économique susmentionnés, dans lesquels la réclamation du demandeur vise une perte purement économique lorsque le défendeur n'a causé aucun dommage matériel à un tiers. Ils ne se rapportent pas directement à la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Rien dans ces arrêts n'indique que notre Cour a jugé peu judicieuse la règle stricte d'exclusion. Toutefois, j'estime que ces arrêts sont particulièrement importants dans le contexte de la présente affaire pour la façon dont on a abordé les questions de principe soulevées précisément dans l'affaire en cause.

Il ressort d'un examen de l'arrêt *Rivtow* que la préoccupation que suscite la responsabilité indéterminée n'est que l'une parmi plusieurs questions de principe qui se posent dans les cas de perte économique. Ce qui est tout particulièrement instructif dans l'arrêt *Rivtow*, ce ne sont pas les opinions incidentes générales au sujet du lien étroit dans les cas de perte économique, mais la façon dont les

minate liability was only of secondary importance. The broad rule was qualified and recovery for economic loss upheld only after a searching examination of the functions the rule served in the type of case there in question.

In *Rivtow*, the plaintiff (appellant) chartered by demise a log barge, the *Rivtow Carrier*, fitted with two cranes designed and manufactured by the first defendant and for which the second defendant was the sole representative and distributor in British Columbia. Neither defendant was in a contractual relationship with Rivtow: see the facts as stated in the court below (1972), 26 D.L.R. (3d) 559 (B.C.C.A.), at p. 560. The manufacturer and distributor had become aware of structural defects in this type of crane as early as 1963, and certainly by late 1965 they were aware of many cracks in the legs of the cranes. They also knew that the plaintiff was using the cranes for the logging work but did not warn it of the potential danger.

On September 16, 1966, the aft crane of the *Straits Logger*, another barge fitted with the same type of crane, collapsed owing to a failure in the rear legs. It tore itself free of the front legs, fell to the deck and bounced into the ocean, killing the crane operator. The same day, the *Rivtow Carrier* was about to begin loading logs at Kitimat. Word was received of the *Straits Logger* accident, and the *Rivtow Carrier* was ordered to return empty to Vancouver. As a result, the barge had to be taken out of service for repairs in the busiest part of the logging season.

Rivtow sued for loss of the use of the barge during the repair period and for the cost of repairs to the cranes. Ritchie J., for the seven judges in the majority, held that the lower courts were right in disallowing the claim for repairs and for such eco-

deux jugements analysent les considérations de principe qui sous-tendent la règle d'exclusion. Parmi celles-ci, la responsabilité indéterminée avait seulement une importance secondaire. La règle générale a été limitée et l'indemnisation de la perte économique maintenue seulement après un examen rigoureux des fonctions que remplissait la règle dans le genre d'affaire dont il était alors question.

Dans l'affaire *Rivtow*, la demanderesse (appellante) était l'affrèteur en coque nue d'un chaland servant au transport du bois, le *Rivtow Carrier*, qui était muni de deux grues conçues et fabriquées par la première défenderesse, dont la deuxième défenderesse était le seul représentant et distributeur en Colombie-Britannique. Aucune des défenderesses n'entretenait un rapport contractuel avec Rivtow: voir les faits exposés en cour d'appel (1972), 26 D.L.R. (3d) 559 (C.A.C.-B.), à la p. 560. Le fabricant et le distributeur étaient devenus conscients de l'existence de vices de construction dans ce genre de grue dès 1963 et, à la fin de 1965, ils étaient certainement au courant de l'existence de nombreuses fissures dans les supports des grues. Ils savaient également que la demanderesse utilisait les grues pour charger des billes de bois, mais ils ne l'ont pas avertie du danger possible.

Le 16 septembre 1966, la grue située à l'arrière du *Straits Logger*, un autre chaland muni du même type de grue, s'est effondrée à cause d'une défaillance des supports arrière. Elle s'est détachée des supports avant, est tombée sur le pont et a rebondi dans l'océan, tuant ainsi le grutier. Le même jour, le *Rivtow Carrier* était sur le point de commencer le chargement de billes de bois à Kitimat. Après avoir entendu parler de l'accident du *Straits Logger*, on a donné au *Rivtow Carrier* l'ordre de rentrer à Vancouver sans chargement. Par conséquent, le chaland a dû être retiré du service pour subir des réparations durant la période de pointe de la saison de coupe du bois.

Rivtow a intenté une action pour perte d'usage du chaland pendant les réparations et pour les frais de réparation des grues. Le juge Ritchie, s'exprimant au nom des sept juges formant la majorité, a statué que les tribunaux d'instance inférieure

conomic loss as it would in any event have sustained even if proper warning had been given. The full Court concurred with the part of Ritchie J.'s judgment that recognized a manufacturer's duty to warn of known dangerous defects and held the manufacturer liable for loss of extra profit caused by the failure to warn promptly in a slack period.

Two judges, dissenting in part, would have included in the allowable loss the cost of repair of the cranes on the ground that threatened physical harm should be treated in the same way as actual physical harm. Laskin J. (Hall J. concurring) specifically excluded general contractual relational loss. He stated, at pp. 1218-19:

... the doctrine of *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, which has been considered in this Court and has been applied in other Courts in Canada, shows that economic or pecuniary loss is not outside the scope of liability for negligence.

The present case is not of the *Hedley Byrne* type, as the reasons of my brother Ritchie show, but recovery for economic loss alone is none the less supported under negligence doctrine. It seems to me that the rationale of manufacturers' liability for negligence should equally support such recovery in the case where, as here, there is a threat of physical harm and the plaintiff is in the class of those who are foreseeably so threatened: see Fleming, *Law of Torts*, 4th ed., 1971, pp. 164-5, 444-5.

Support for such recovery in the present case will not lead to "liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class", to borrow an often-quoted statement of the late Judge Cardozo in *Ultramares Corp. v. Touche* [255 N.Y. 170 (1931)], at p. 179. The pragmatic considerations which underlay *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* will not be eroded by the imposition of liability upon Washington as a negligent designer and manufacturer: cf. Fleming James, "Limitations on Liability for Economic Loss Caused by Negligence: A Pragmatic Appraisal", (1972), 12 Jo.S.P.T.L. 105. Liability here will not mean that it

avaient eu raison de rejeter la réclamation pour les réparations et la perte économique que l'appelante aurait de toute façon subie même si elle avait été dûment avertie. La Cour au complet a souscrit à la partie des motifs du juge Ritchie qui reconnaissait que le fabricant a l'obligation d'avertir des vices dangereux connus et a statué que le fabricant est responsable de la perte de gain supplémentaire causée par l'omission d'avertir promptement au cours d'une période creuse.

Deux juges, qui étaient dissidents en partie, auraient inclus dans la perte admissible les frais de réparation des grues pour le motif que la menace de préjudice physique devrait être traitée de la même façon que le préjudice physique réel. Le juge Laskin (à l'opinion duquel a souscrit le juge Hall) a exclu expressément la perte relationnelle générale découlant d'un contrat. Il a déclaré, aux pp. 1218 et 1219:

... la doctrine énoncée dans l'arrêt *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, lequel a été considéré par cette Cour et appliqué dans d'autres Cours au Canada, montre que la perte économique ou pécuniaire n'est pas à l'extérieur du champ de la responsabilité pour négligence.

La présente affaire n'est pas du type *Hedley Byrne*, comme l'indiquent les motifs de mon collègue le Juge Ritchie, mais le recouvrement pour la perte économique seulement trouve néanmoins un appui dans la doctrine de la négligence. Il me semble que le principe de la responsabilité du fabricant pour négligence devrait également permettre ce recouvrement dans le cas où, comme en l'espèce, il y a menace de dommages physiques et le demandeur est dans la catégorie des personnes qui, peut-on prévoir, sont ainsi menacées: voir Fleming, *Law of Torts*, 4^e éd., 1971, pages 164-5, 444-5.

Appliquer pareil recouvrement dans la présente affaire ne conduira pas (traduction) «à une responsabilité pour un montant indéterminé pour un temps indéterminé à l'égard d'une catégorie indéterminée», pour emprunter une déclaration fréquemment citée du défunt juge Cardozo dans l'arrêt *Ultramares Corp. v. Touche* [255 N.Y. 170 (1931)], p. 179. Les considérations pragmatiques qui sont à la base de l'arrêt *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* ne seront pas dévalorisées par l'imposition d'une responsabilité à Washington comme fabricant et concepteur négligent: cf. Fleming James, «Limitations on Liability for Economic Loss Caused by Negli-

must also be imposed in the case of any negligent conduct where there is foreseeable economic loss; a typical instance would be claims by employees for lost wages where their employer's factory has been damaged and is shut down by reason of another's negligence. The present case is concerned with direct economic loss by a person whose use of the defendant Washington's product was a contemplated one, and not with indirect economic loss by third parties, for example, persons whose logs could not be loaded on the appellant's barge because of the withdrawal of the defective crane from service to undergo repairs. It is concerned (and here I repeat myself) with economic loss resulting directly from avoidance of threatened physical harm to property of the appellant if not also personal injury to persons in its employ. [Emphasis added.]

gence: A Pragmatic Appraisal», (1972), 12 Jo.S.P.T.L. 105. La responsabilité ne signifiera pas ici qu'elle doit aussi être imposée dans tous les cas de conduite négligente où il y a une perte économique prévisible; un cas typique serait les réclamations faites par les employés pour perte de salaire lorsque l'usine de leur employeur a été endommagée et est fermée par suite de la négligence d'une autre personne. Dans la présente affaire, il s'agit d'une perte économique directe subie par une personne dont l'usage du produit de la défenderesse Washington était prévu, et non d'une perte économique indirecte subie par un tiers, par exemple, des personnes dont les billes ne pouvaient pas être chargées sur le chaland de l'appelante à cause du retrait du service de la grue défectueuse pour y effectuer des réparations. Il s'agit (je me répète) d'une perte économique résultant directement de l'évitement de dommages physiques menaçant la propriété de l'appelante sinon aussi de l'évitement de blessures aux personnes à son service. [Je souligne.]

As this passage makes clear, the *Rivtow* case involves significant policy considerations. The incursion into the broad rule is carefully justified on policy grounds. As Laskin J. notes, at p. 1222, "[t]he case is not one where a manufactured product proves to be merely defective (in short, where it has not met promised expectations) but rather one where by reason of the defect there is a foreseeable risk of physical harm from its use and where the alert avoidance of such harm gives rise to economic loss". 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. The narrow rule barring contractual relational economic loss is explicitly left intact.

Comme le précise ce passage, l'affaire *Rivtow* fait intervenir d'importantes considérations de principe. L'incursion dans la règle générale est soigneusement justifiée par des motifs de principe. Comme le fait remarquer le juge Laskin, à la p. 1222, «[i]l ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle un produit fabriqué s'avère simplement défectueux (bref lorsqu'il n'a pas donné les résultats escomptés), mais plutôt d'une affaire dans laquelle, par suite du défaut, son usage comporte un risque prévisible de dommages physiques et dans laquelle le fait d'éviter prestement pareils dommages donne lieu à une perte économique». 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. On s'est abstenu expressément de toucher à la règle stricte qui interdit l'indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat.

The majority's examination of the policy issues lead to a lesser incursion on the broad exclusionary rule. Ritchie J. wrote, at p. 1207:

Mr. Justice Tysoe's conclusion [in the B.C. Court of Appeal in the same case] was based in large measure on a series of American cases, and particularly *Trans World Airlines Inc. v. Curtiss-Wright Corp.* [148 N.Y.S. 2d 284 (1955)], where it is pointed out that the liability for the cost of repairing damage to the defective article itself and for the economic loss flowing directly from the negligence, is akin to liability under the terms of an express or implied warranty of fitness and as it is contractual in origin cannot be enforced against the manufacturer by a stranger to the contract. It was, I think, on this basis that the learned trial judge disallowed the appellant's claim for repairs and for such economic loss as it would, in any event, have sustained even if the proper warning had been given. I agree with this conclusion for the same reasons; but while this finding excludes recovery for damage to the article and economic loss directly flowing from Washington's negligence and faulty design, it does not exclude the additional damage occasioned by breach of the duty to warn of the danger.

Ritchie J., at pp. 1213-14, expressly considered whether the tort duty he imposed would have the effect of disrupting contractual relations:

In the present case there is no suggestion that liability should be based on negligent misrepresentation and to this extent the *Hedley Byrne* case is of no relevance. I refer to it for the sole purpose of indicating the view of the House of Lords that where liability is based on negligence the recovery is not limited to physical damage but extends also to economic loss. The case was recently distinguished in this Court in *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.* [[1972] S.C.R. 769], where Pigeon J., speaking for the majority of the Court, said at p. 777:

Furthermore, the basis of tort liability considered in *Hedley Byrne* is inapplicable to any case where the relationship between the parties is governed by a contract, unless the negligence relied on can properly be

L'examen des questions de principe par les juges formant la majorité a mené à une incursion moins importante dans la règle d'exclusion de portée générale. Le juge Ritchie écrit, à la p. 1207:

La conclusion de M. le Juge Tysoe [en Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans la même affaire] était fondée en grande partie sur une série de précédents américains, l'arrêt *Trans World Airlines Inc. v. Curtiss-Wright Corp.* [148 N.Y.S. 2d 284 (1955)], en particulier, dans lequel on a indiqué que la responsabilité du coût de réparation du dommage subi par l'objet défectueux lui-même, et de la perte économique découlant directement de la négligence, ressemble à la responsabilité en vertu d'une garantie explicite ou implicite de bon état, et que puisque son origine est contractuelle, un tiers au contrat ne peut la faire valoir contre le fabricant. C'était, je crois, pour ce motif que le savant juge de première instance a rejeté la réclamation de l'appelante pour réparations et pour la perte économique qu'elle aurait de toute manière subie même si l'avertissement approprié avait été donné. Je souscris à cette conclusion pour les mêmes motifs; mais, bien que cette conclusion exclue le recouvrement pour les dommages causés à l'objet et pour la perte économique découlant directement de la négligence et de la mauvaise conception imputables à Washington, elle n'exclut pas les dommages supplémentaires occasionnés par le manquement à l'obligation d'avertir contre le danger.

Le juge Ritchie a examiné expressément, aux pp. 1213 et 1214, si l'obligation en matière délictuelle qu'il a imposée aurait eu pour effet de perturber les rapports contractuels:

En l'espèce présente, on n'a pas avancé que la responsabilité devrait être basée sur une déclaration inexacte faite par négligence et, dans cette mesure, l'arrêt *Hedley Byrne* ne s'applique aucunement. Je m'y reporte uniquement pour indiquer l'avis de la Chambre des Lords selon lequel quand la responsabilité est basée sur la négligence, le recouvrement ne se limite pas aux dommages physiques mais s'étend aussi aux pertes économiques. L'affaire *Hedley Byrne* a récemment été jugée espèce différente par cette Cour dans l'arrêt *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.* [[1972] R.C.S. 769], dans lequel le Juge Pigeon, parlant au nom de la majorité de la cour, a dit à la p. 777:

Le critère de responsabilité délictuelle étudié dans l'affaire *Hedley Byrne* ne peut pas s'appliquer lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat, à moins qu'il soit possible de considérer que la

considered as "an independent tort" unconnected with the performance of that contract . . . This is specially important in the present case on account of the provisions of the contract with respect to the nature of the obligations assumed and the practical exclusion of responsibility for failure to perform them.

In the present case, however, I am of opinion that the failure to warn was "an independent tort" unconnected with the performance of any contract either express or implied.

However, because in Ritchie J.'s view the failure to warn was an independent tort, he considered that the plaintiffs should recover for the economic loss resulting from the inactivity of the barge for the period after the respondent became seized with the defects.

The respondent CN submitted that, in Ritchie J.'s judgment in *Rivtow*, proximity was based on the defendants' knowledge of the use of the cranes by Rivtow and on their potential danger, and that similar knowledge by Norsk should also give rise to proximity here. This argument fails to recognize that the defendants' knowledge in *Rivtow* was pertinent with respect to a particular duty: the duty to warn. Because they knew about Rivtow as a specific user, they could have warned Rivtow. In the case at bar, Norsk had no opportunity to warn CN in any meaningful sense.

In neither judgment in *Rivtow* does the plaintiff recover solely because the indeterminacy problem is solved. Rather, criteria are put forward which either logically impose particular duties on defendants (a duty to warn) or specify a particular type of damage to plaintiffs which raises specific concerns (a threat of physical damage raising safety concerns). The "threatened physical harm" criteria employed by Laskin J. serves to distinguish among plaintiffs those who were in a particular position with respect to a particular risk. The recent decision in *Murphy, supra*, appears to contest this distinction as too arbitrary. However, I think Laskin

négligence imputée constitue un délit civil indépendant n'ayant aucun rapport avec l'exécution du contrat . . . En l'espèce, c'est là un point particulièrement important, à cause des dispositions contractuelles relatives à la nature des obligations assumées et l'exclusion virtuelle de toute responsabilité en cas de défaut de les remplir.

En l'espèce présente, toutefois, je suis d'avis que l'omission d'avertir a été «un délit civil indépendant» n'ayant aucun rapport avec l'exécution d'un contrat exprès ou implicite.

Toutefois, comme, selon le juge Ritchie, l'omission d'avertir constituait un délit civil indépendant, il a considéré que la demanderesse devrait se faire indemniser de la perte économique découlant de l'inactivité du chaland durant la période qui a suivi le moment où les intimées ont appris l'existence des défauts.

La société intimée, le CN, a fait valoir que, dans le jugement rendu par le juge Ritchie dans l'affaire *Rivtow*, le lien étroit reposait sur la connaissance par les défenderesses de l'utilisation des grues par Rivtow et du danger possible qu'elles présentaient, et qu'une connaissance similaire de la part de Norsk devrait également engendrer un lien étroit en l'espèce. Cet argument ne reconnaît pas que la connaissance par les défenderesses dans *Rivtow* était pertinente en ce qui concernait une obligation particulière: l'obligation d'avertir. Comme elles savaient précisément que Rivtow était un usager, elles auraient pu l'avertir. Dans la présente affaire, Norsk n'a pas, à toutes fins utiles, eu la possibilité d'avertir le CN.

Dans aucuns des motifs de jugement de l'affaire *Rivtow*, la demanderesse n'est indemnisée pour la seule raison que le problème de l'indétermination est réglé. On propose plutôt des critères qui imposent logiquement des obligations particulières aux défendeurs (l'obligation d'avertir) ou qui spécifient un type particulier de préjudice causé aux demandeurs qui engendre des préoccupations particulières (la menace de préjudice physique engendrant des préoccupations en matière de sécurité). Le critère fondé sur la «menace d'un dommage physique» employé par le juge Laskin sert à distinguer parmi les demandeurs ceux qui se trouvaient

J.'s concern with safety and the prevention of further damage is justified. The duty to warn imposed by the majority serves to distinguish among defendants who could and should have warned, and those who could not. Furthermore, both judgments explicitly consider another policy issue: the impact of the imposition of tort liability on contractual relations. In addition, the criteria meet the test of indeterminate liability, but that stage of the analysis constitutes in some sense a second step, after the imposition of liability has been justified on grounds that legitimately distinguish particular groups of plaintiffs or particular groups of defendants.

The criteria put forward by CN in the present case respond only to the concern about indeterminate liability. The respondent has put forward 14 factors that create a "special relationship" making this case "unique". This surely provides the court with plenty of flexibility to distinguish future cases from this one. But no argument is presented as to why the uniqueness is relevant in terms of either deterring specific behaviour by the defendants or protecting a specific interest of the plaintiff different in nature from that of the typical contractual claimant.

CN argued that the passage in Ritchie J.'s judgment, at pp. 1211-12, called for a general revision of approach in contractual relational economic loss cases in terms of proximity. In my view, Ritchie J.'s suggestion is best interpreted as a call for a more differentiated analysis of economic loss cases such as the approach I am suggesting. He rightly questioned the broad interpretations given to *Cattle* and *Société anonyme de remorquage à hélice v. Bennetts*, [1911] 1 K.B. 243. On the facts before him he found, at p. 1212, that the broad rule has

dans une situation particulière relativement à un risque particulier. L'arrêt récent *Murphy*, précité, semble contester cette distinction pour le motif qu'elle est trop arbitraire. Cependant, je pense que le juge Laskin a raison de se soucier de la sécurité et de la prévention d'autres dommages. L'obligation d'avertir imposée par la Cour à la majorité sert à distinguer les défendeurs qui pouvaient et auraient dû avertir d'avec ceux qui ne le pouvaient pas. En outre, les deux jugements examinent expressément une autre question de principe: les conséquences de l'imposition d'une responsabilité délictuelle sur les rapports contractuels. De plus, les critères mis de l'avant ne donnent pas lieu à une responsabilité indéterminée, mais ce stade de l'analyse constitue en un certain sens une deuxième étape, après que l'imposition de la responsabilité a été justifiée pour des motifs qui distinguent légitimement des catégories particulières de demandeurs ou des catégories particulières de défendeurs.

Les critères proposés par le CN dans la présente affaire répondent uniquement au souci de la responsabilité indéterminée. L'intimée a énoncé 14 facteurs qui créent un «rapport spécial» rendant la présente affaire «exceptionnelle». Cela donnera sûrement à la cour la souplesse nécessaire pour distinguer les affaires à venir d'avec la présente. Mais on ne présente aucun argument expliquant pourquoi le caractère exceptionnel est pertinent pour dissuader les défendeurs d'adopter un comportement précis ou encore pour protéger un droit précis de la demanderesse qui soit de nature différente de celui du demandeur typique en vertu d'un contrat.

Le CN a soutenu que le passage tiré du jugement du juge Ritchie, aux pp. 1211 et 1212, exige une révision générale de la méthode à suivre, sur le plan du lien étroit, dans les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat. À mon avis, la meilleure façon d'interpréter la suggestion du juge Ritchie consiste à la considérer comme un appel à une analyse plus différenciée des cas de perte économique comme la méthode que je propose. Il a contesté à juste titre les interprétations larges données aux arrêts *Cattle* et *Société ano-*

“no relevance in a case where liability flows from the manufacturer acquiescing in the continued use of an article which he knows to have become dangerous when used for the purpose for which it was intended, without giving warning to a known user of the article who is a stranger to the contract of sale”. He suggests that the notions of proximity and remoteness at the time *Cattle and Société anonyme de remorquage à hélice v. Bennetts* were decided need reassessment in light of *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), but he does not suggest that those cases were wrongly decided. His call is best interpreted as an invitation to reconsider the broad rule in the variety of situations in which it has been applied after careful consideration of the policy issues raised in each type of case.

MacGuigan J.A. in the court below ([1990] 3 F.C. 114) considered that Ritchie J.'s judgment, despite denying recovery, was very broad in opening up recovery for economic loss. He wrote as follows, at p. 151:

Despite the wider recovery he would have allowed, Laskin J. is much closer to the exclusionary rule than the majority because of his retention of the physical harm concept. For the majority, it seems that any economic loss which occurs apart from a relationship between the plaintiff and the tortfeasor is recoverable if there is a sufficient “proximity of relationship” between the two parties. In fact, the principle adopted by the majority is the corollary to that adopted by the majority in *Nunes Diamonds (J.) Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769. Ritchie J. quotes Pigeon J. in that case (at page 777) to the effect that “the basis of tort liability considered in *Hedley Byrne* is inapplicable to any case where the relationship between the parties is governed by a contract”.

I am not certain what MacGuigan J.A. meant by the phrase “any economic loss which occurs apart from a [contractual] relationship between the plaintiff and the tortfeasor is recoverable if there is a sufficient ‘proximity of relationship’ between the two parties”. If he meant that an undifferentiated

nyme de remorquage à hélice c. Bennetts, [1911] 1 K.B. 243. D’après les faits qui lui ont été soumis, il a conclu, à la p. 1212, que la règle générale «ne s’applique pas à une affaire dans laquelle la responsabilité découle du fait que le fabricant a acquiescé à l’usage continu d’un objet qu’il sait être devenu dangereux lorsque utilisé pour la fin à laquelle il est destiné, sans avertir l’usager connu de l’objet qui est étranger au contrat de vente». Il laisse entendre que les notions de lien étroit et d’éloignement qui avaient cours à l’époque où ont été rendus les arrêts *Cattle* et *Société anonyme de remorquage à hélice c. Bennetts* doivent être réévaluées à la lumière de l’arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), mais il ne laisse pas entendre que ces arrêts sont mal fondés. Il s’agit bien d’une invitation à réexaminer la règle générale dans les diverses situations où elle a été appliquée après un examen minutieux des questions de principe soulevées dans chaque genre d’affaire.

Le juge MacGuigan de la Cour d’appel ([1990] 3 C.F. 114) a considéré que le jugement du juge Ritchie, tout en refusant l’indemnisation, était très général puisqu’il ouvrait la voie à l’indemnisation de la perte économique. Il écrit ceci, à la p. 151:

Malgré l’indemnité plus élevée qu’il aurait accordée, le juge Laskin se situe plus près de la règle d’exclusion que les juges formant la majorité parce qu’il retient la notion de dommage physique. Pour les juges formant la majorité, il semble que tout préjudice financier qui survient indépendamment d’un lien entre le demandeur et l’auteur de l’acte délictueux peut donner lieu à indemnisation s’il y a un «lien suffisamment étroit» entre les deux parties. De fait, le principe adopté par les juges formant la majorité est le corollaire de celui qui a été adopté par les juges formant la majorité dans l’arrêt *Nunes Diamonds (J.) Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769. Le juge Ritchie cite le juge Pigeon, qui déclare dans cette affaire-là (à la page 777) que «Le critère de responsabilité délictuelle étudié dans l’affaire *Hedley Byrne* ne peut pas s’appliquer lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat».

Je ne suis pas certain de ce que le juge MacGuigan a voulu dire quand il a affirmé «tout préjudice financier qui survient indépendamment d’un lien [contractuel] entre le demandeur et l’auteur de l’acte délictueux peut donner lieu à indemnisation s’il y a un «lien suffisamment étroit» entre les deux

Hedley Byrne type approach should govern all cases of economic loss other than those that arise between contracting parties, I respectfully disagree with his interpretation of Ritchie J.'s judgment. To say that *Hedley Byrne* does not apply to cases between contracting parties is not the same thing as saying the *Hedley Byrne* test applies to all cases other than cases between contracting parties.

I turn now to *Kamloops, supra*. The issue there was whether a municipality can be held liable for negligence in failing to prevent the construction of a house with defective foundations by a purchaser who took without notice either of the state of the foundations or of the inadequacy of the municipal surveillance. Recovery was ultimately allowed on a statutory basis. The judgment of MacGuigan J.A. recognized that neither the result nor the reasons are therefore directly relevant to the case at bar. Nevertheless, it seemed to him that both the thrust and the tone of what the Court did militated against an absolute exclusionary rule. If he was referring to a broad absolute exclusionary rule, I agree. I cannot agree, however, that the judgment of Wilson J. can be interpreted as contesting the existence of the narrow exclusionary rule.

Wilson J. for the majority extensively surveyed the cases on recovery for pure economic loss since the municipality argued that the economic loss in the case was analogous to the cost of repairs to the crane which was expressly disallowed by the majority in *Rivtow*. Wilson J. acknowledged, at p. 33, that "the majority judgment of this Court in *Rivtow* stands until such time as it may be reconsidered by a full panel of the Court".

She distinguished *Rivtow* on at least two grounds: (1) *Rivtow* was a lawsuit between private litigants as compared with a claim against a public

parties». S'il a voulu dire qu'une méthode uniforme de type *Hedley Byrne* devrait régir tous les cas de perte économique autres que ceux qui prennent naissance entre des parties contractantes, je dois, en toute déférence, exprimer mon désaccord avec son interprétation du jugement du juge Ritchie. Dire que l'arrêt *Hedley Byrne* ne s'applique pas aux affaires qui prennent naissance entre parties contractantes ne revient pas à affirmer que la règle énoncée dans l'arrêt *Hedley Byrne* s'applique à toutes les affaires autres que celles qui prennent naissance entre parties contractantes.

Je passe maintenant à l'arrêt *Kamloops*, précité. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si une municipalité peut être tenue responsable de négligence pour ne pas avoir empêché la construction d'une maison reposant sur des fondations défectueuses par une personne qui l'a achetée sans être avisée de l'état des fondations ou de l'insuffisance de la surveillance municipale. L'indemnisation a finalement été accordée en se fondant sur des dispositions législatives. Dans son jugement, le juge MacGuigan a reconnu que, par conséquent, ni le dispositif ni les motifs ne se rapportent directement à l'affaire en cause. Néanmoins, il lui semblait que la portée et le ton de ce qu'a fait la Cour militaient effectivement contre une règle d'exclusion absolue. S'il faisait référence à une règle d'exclusion absolue de portée générale, je suis d'accord. Je ne puis admettre, cependant, que l'on puisse interpréter le jugement du juge Wilson comme contestant l'existence d'une règle stricte d'exclusion.

Le juge Wilson a, au nom de la majorité, examiné attentivement les affaires concernant l'indemnisation d'une perte purement économique, étant donné que la municipalité soutenait que la perte économique en l'espèce était analogue aux frais de réparation de la grue que la Cour à la majorité a refusés expressément dans l'affaire *Rivtow*. Le juge Wilson a reconnu, à la p. 33, que «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».

Elle a fait une distinction d'avec l'arrêt *Rivtow* pour au moins deux raisons: (1) dans l'affaire *Rivtow*, il s'agissait d'une action entre parties privées

authority for breach of a private-law duty of care arising under a statute; (2) "there are no contractual overtones to this case as there were in *Rivtow*" (at p. 34).

Wilson J. recognized the key role of concerns about the interaction of tort and contract. At page 34, she states:

... I tend to think that the problem of concurrent liability in contract and tort played a major role in the restrictive approach taken by the majority in *Rivtow* and that, as in the case of *Hedley Byrne*, we will have to await the outcome of a developing jurisprudence around that decision also. ...

It is notable that both of the distinguishing factors in *Rivtow* are present in the case at bar.

Wilson J.'s judgment is also finely attuned to the specific policy issues raised by public authority liability cases which are very different from those raised in the present case. A number of key factors must exist before liability is found: the statute has to create a private law duty to the plaintiff alongside the public law duty; the loss must not result from a policy decision made by the public authority in the *bona fide* exercise of its discretion. She specifically emphasizes that economic loss will only be recoverable if as a matter of statutory interpretation it is a type of loss the statute intended to guard against. She also recognized the policy reasons for recognizing liability in the following passage, at p. 35:

It seems to me that recovery for economic loss on the foregoing basis accomplishes a number of worthy objectives. It avoids undue interference by the courts in the affairs of public authorities. It gives a remedy where the legislature has impliedly sanctioned it and justice clearly requires it. It imposes enough of a burden on public authorities to act as a check on the arbitrary and negligent discharge of statutory duties. For these rea-

comparativement à une réclamation visant un organisme public, portant sur un manquement par l'organisme à une obligation de diligence qui relève du droit privé et qui découle d'une loi, (2) «il n'y a pas d'apparence de contrat en l'espèce comme il y en avait dans l'affaire *Rivtow*» (à la p. 34).

Le juge Wilson a reconnu le rôle clé des préoccupations que suscite l'interaction entre le délit et le contrat. Elle déclare, à la p. 34:

... je suis portée à croire que la responsabilité simultanée en matières contractuelle et délictuelle a joué un rôle important dans l'attitude restrictive adoptée par la majorité dans l'arrêt *Rivtow* et 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 ...

On peut noter que les deux facteurs distinctifs énoncés dans l'arrêt *Rivtow* sont présents en l'espèce.

Le jugement du juge Wilson s'accorde admirablement avec les questions de principe précises que soulèvent les cas de responsabilité d'un organisme public et qui sont très différentes de celles qui se posent en l'espèce. Il doit exister un certain nombre de facteurs clés pour conclure à la responsabilité: la loi doit créer une obligation de droit privé envers le demandeur parallèlement à l'obligation de droit public; la perte ne doit pas découler d'une décision de principe prise par l'organisme public dans l'exercice normal de son pouvoir discrétionnaire. Elle souligne tout particulièrement le fait que la perte économique ne donnera lieu à indemnisation que si, selon l'interprétation de la loi, il s'agit d'un type de perte que la loi vise à prévenir. Elle a également admis les raisons de principe de reconnaître l'existence de la responsabilité dans le passage suivant, à la p. 35:

Il me semble que l'indemnisation de la perte financière aux conditions qui précèdent répond à un certain nombre d'objectifs valables. Elle permet d'éviter l'intervention induite des cours dans les affaires des autorités publiques. Elle fournit un redressement lorsque le législateur l'a implicitement sanctionné et que la justice l'exige clairement. Elle impose aux autorités publiques une obligation suffisamment astreignante de réprimer

sons I would permit recovery of the economic loss in this case. [Emphasis added.]

Recognizing a duty in statutory authorities has the salutary effect of placing some incentive on public authorities to discharge their statutory duties properly; see also *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259. No similar effect results from imposing a duty in this case.

CN asserts that in *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466, and *Kamloops*, all of which involved economic loss, the ascertained or limited class test was used. It is true that in addition to the just mentioned factors which serve to control liability, Wilson J. established a limited class of plaintiffs test in *Kamloops*. At page 35, she stated: "The plaintiff has to belong to the limited class of owners or occupiers of the property at the time the damage manifests itself." The class of plaintiffs test is not defined here in terms of foreseeability of a limited class or of a particular plaintiff. Rather, the test is framed to allow protection of certain interests and not others. Specifically, it excludes contractual relational claimants. Recovery for economic loss is explicitly limited to owners and occupiers. Whether the limited class test makes sense in policy terms in cases of contractual relational economic loss will be addressed below. It is surely relevant that the only economic loss case in this Court that involved an accident established a "limited class" test that unequivocally excluded all contractual claimants.

My understanding of the foregoing cases is also supported by the majority judgment of Estey J. in *Hofstrand Farms*, *supra*. In that case a courier company had contracted with the province of British Columbia to deliver an envelope which,

l'exercice fautif et arbitraire des fonctions prévues par la loi. Pour ces motifs, je suis d'avis d'autoriser l'indemnisation de la perte financière en l'espèce. [Je souligne.]

^a Le fait de reconnaître une obligation aux autorités légales a pour effet bénéfique d'inciter en quelque sorte les autorités publiques à exercer correctement leurs fonctions légales; voir également *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259. En l'espèce, ^b l'imposition d'une obligation n'a pas d'effets similaires.

Le CN affirme que, dans les arrêts *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466, et *Kamloops*, qui ont tous trait à une perte économique, on a eu recours au critère de la catégorie déterminée ou limitée. Il est vrai qu'en plus des facteurs qui viennent d'être mentionnés et qui servent à vérifier la responsabilité, le juge Wilson a établi, dans *Kamloops*, le critère de la catégorie limitée de demandeurs. À la page 35, elle déclare: «Le demandeur doit appartenir à la catégorie limitée des propriétaires ou occupants de la propriété au moment où le dommage se manifeste.» Le critère de la catégorie de demandeurs n'est pas défini ici en fonction de la prévisibilité d'une catégorie limitée ou d'un demandeur particulier. Le critère est plutôt formulé de manière à protéger certains droits et non d'autres. Plus particulièrement, il exclut les auteurs de réclamations pour perte relationnelle découlant d'un contrat. L'indemnisation de la perte économique est limitée expressément aux propriétaires et aux occupants. Quant à la question de savoir si le critère de la catégorie limitée a du sens sur le plan des principes dans les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat, nous l'aborderons plus loin. Il est sûrement utile de noter que, dans la seule affaire de perte économique qui a été soumise à notre Cour et qui comportait un accident, on a établi un critère de «catégorie limitée» qui excluait clairement et nettement tous les réclamants en vertu d'un contrat.

Mon interprétation des arrêts qui précèdent s'appuie également sur les motifs majoritaires du juge Estey dans l'affaire *Hofstrand Farms*, précitée. Dans cette affaire, une compagnie de messageries avait conclu un contrat avec la province de la

unknown to the courier, contained a Crown grant which it was imperative that the proposed recipient register by a particular date. Through the carelessness of the courier in not delivering the envelope in a timely way, it was not received by that date, and Hofstrand Farms Ltd. sued the courier. The trial judge found the courier had no duty to the recipient but the British Columbia Court of Appeal held it was liable. In its view, the recipient belonged to a "known limited class", likely to be affected by the courier's carelessness. This Court unanimously reversed the decision. In the course of his reasons, Estey J. clearly underlined the different policy concerns that underpinned cases like *Rivtow* (which he categorized as a products liability case) and *Hedley Byrne* and *Kamloops* (which he viewed as cases involving reasonable reliance respecting the provision of services) from the case before him. He understood the desirability of affording redress where reasonable and workable limits to liability could be found in the types of cases mentioned, and I have no doubt there are others. At the same time, he underlined the need of clearly defined limits for limiting indeterminate liability. But except for cases that could be confined within workable limits, he underlined the need for a clear pragmatic rule against indeterminate liability. He stated, at p. 243:

No doubt the courts of this country will continue to search for reasonable and workable limits to the liability of a negligent supplier of manufactured products or services, to the liability of a negligent contractor for contractual undertakings owed to others, and to the liability of persons who negligently make misrepresentations. In this search courts will be vigilant to protect the community from damages suffered by a breach of the "neighbourhood" duty. At the same time, however, the realities of modern life must be reflected by the enunciation of a defined limit on liability capable of practical application, so that social and commercial life can go on

Colombie-Britannique pour livrer une enveloppe qui, à l'insu de cette compagnie, contenait une concession de Sa Majesté que le destinataire concerné devait absolument faire enregistrer avant une date précise. En raison de la négligence dont a fait preuve le service de messageries en ne livrant pas l'enveloppe à temps, celle-ci a été reçue après cette date et Hofstrand Farms Ltd. a intenté une poursuite contre le service de messageries. Le juge de première instance a conclu que le service de messageries n'avait aucune obligation envers le destinataire, mais la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a jugé responsable. À son avis, le destinataire appartenait à une «catégorie limitée connue», susceptible d'être touchée par la négligence du service de messageries. Notre Cour a infirmé à l'unanimité cette décision. Dans le cadre de ses motifs, le juge Estey a souligné clairement les préoccupations de principe qui sous-tendaient des arrêts comme *Rivtow* (qu'il a qualifié d'arrêt portant sur la responsabilité du fabricant) et *Hedley Byrne* et *Kamloops* (qu'il a considérés comme portant sur la confiance raisonnable concernant la prestation de services) et qui différaient de celles suscitées dans l'affaire dont il était saisi. Il estimait qu'il était souhaitable d'accorder un redressement lorsqu'on pouvait trouver des limites raisonnables et pratiques à la responsabilité dans les genres d'affaires mentionnées, et je ne doute nullement qu'il y en ait d'autres. En même temps, il a souligné qu'il fallait des limites clairement définies pour restreindre la responsabilité indéterminée. Mais, à l'exception des affaires qui pouvaient être assujetties à des limites pratiques, il a souligné qu'il était nécessaire d'avoir une règle claire et pragmatique interdisant la responsabilité indéterminée. Il déclare, à la p. 243:

Les tribunaux de notre pays continueront indubitablement de chercher des limites raisonnables et pratiques à la responsabilité d'un fournisseur négligent de produits manufacturés ou de services, à la responsabilité d'un entrepreneur négligent à l'égard d'engagements contractuels envers d'autres personnes, et à la responsabilité de personnes qui font de fausses déclarations par négligence. Dans cette recherche, les tribunaux veilleront à protéger la collectivité contre les dommages subis par suite d'une violation de l'obligation de «lien étroit». Mais en même temps, l'énoncé d'une limite précise de responsabilité, qui soit susceptible d'application pra-

unimpeded by a burden outweighing the benefit to the community of the neighbourhood historic principle. [Emphasis added.]

In sum, I consider that precedent and policy justify an approach that focuses on the specific question of contractual relational economic loss. In addition, recourse to comparative law reveals that other legal systems have also isolated these cases as presenting specific problems.

The United States Experience

In the United States, contractual relational economic loss cases are dealt with under the rubric of negligent interference with contractual relations, a less barbarous but perhaps less accurate name; see Feldthusen, *Economic Negligence*, *supra*, at p. 201.

The leading United States case in this area is *Robins Dry Dock*, *supra*. There the time charterer of a steamship sued for profits lost when the defendant dry dock negligently damaged the vessel's propeller. The propeller had to be replaced, thus extending by two weeks the time the vessel was laid up in dry dock. The charterer sued for the loss of use of the vessel for that period. The Supreme Court denied recovery to the charterer. Holmes J. wrote as follows, at p. 309:

... no authority need be cited to show that, as a general rule, at least, a tort to the person or property of one man does not make the tortfeasor liable to another merely because the injured person was under a contract with that other, unknown to the doer of the wrong. ... The law does not spread its protection so far.

Holmes J. relied notably on the earlier English case of *Elliott Steam Tug Co. v. Shipping Controller*, [1922] 1 K.B. 127, referred to in the extract

tique, doit refléter les réalités de la vie moderne, de sorte que les activités sociales et commerciales puissent se poursuivre sans être gênées par un fardeau qui importe plus que l'avantage que représente pour la collectivité le principe historique du lien étroit. [Je souligne.]

Somme toute, je considère que la jurisprudence et des raisons de principe justifient l'adoption d'une méthode qui met l'accent sur la question précise de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. De plus, le recours au droit comparé révèle que d'autres systèmes juridiques ont également identifié ces cas comme présentant des problèmes particuliers.

L'expérience américaine

Aux États-Unis, les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat sont traités sous la rubrique de l'ingérence par négligence dans des rapports contractuels, une appellation moins barbare mais peut-être moins exacte; voir Feldthusen, *Economic Negligence*, *op. cit.*, à la p. 201.

La décision américaine qui fait autorité en la matière est l'arrêt *Robins Dry Dock*, précité. Dans cette affaire, l'affrètement à temps d'un navire a engagé des poursuites pour la perte de profits subie lorsque l'hélice du navire a été endommagée par négligence dans le bassin de radoub de la défenderesse. L'hélice a dû être remplacée, ce qui a prolongé de deux semaines la période de mise en cale sèche du navire. L'affrètement a engagé des poursuites pour la perte d'usage du navire pendant cette période. La Cour suprême a refusé l'indemnisation de l'affrètement. Le juge Holmes écrit ce qui suit, à la p. 309:

[TRADUCTION] ... il n'est pas nécessaire de citer une source pour montrer qu'en général, au moins, le dommage matériel ou la lésion corporelle que subit une personne ne rendent pas l'auteur du délit responsable envers une autre personne simplement parce que la personne lésée était liée par un contrat avec cette autre personne qui n'était pas connue de l'auteur du délit. [...] Le droit n'étend pas sa protection aussi loin.

Le juge Holmes s'est fondé notamment sur le vieil arrêt anglais *Elliott Steam Tug Co. c. Shipping Controller*, [1922] 1 K.B. 127, mentionné dans

from *Candlewood* reproduced above. I should also note here that the fact that the tortfeasor is unaware of the contract is not of central importance: as noted in the *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, section 766C, it is more likely the character of the contract itself that has led the courts to refuse to give it protection against negligent interference.

Holmes J.'s opinion broke no new ground; it applied a principle then settled in both the United States and England, that refused recovery for negligent interference with contractual rights. In a remarkable parallel development to that experienced by Anglo-Canadian law, the *Robins* decision, which barred recovery in a contractual relational economic loss case, was extended to a broad holding precluding recovery of economic loss in the absence of physical damage to the plaintiff. There was a lively movement in the United States in the 1920s and 1930s, mostly among commentators, to expand recovery for indirect economic loss in a way that would bring it more closely into line with the law governing physical injury; see James, "Limitations of Liability for Economic Loss Caused by Negligence: A Pragmatic Appraisal" (1972), 12 *J.S.P.T.L.* 105. The failure of this movement to gain momentum takes on added significance when it is placed in the context of the vast extension in the law of negligence that has occurred in the United States. The decision in *Robins Dry Dock* itself took place 11 years after Cardozo J.'s opinion in *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382 (1916), had shattered the doctrine of privity.

A searching re-examination of the scope and rationale of *Robins* took place in the recent case of *State of Louisiana v. M/V Testbank*, *supra*. The court there referred to the earlier doctrinal debate and noted, at p. 1023, that "[t]he push to delete the restrictions on recovery for economic loss lost its support and by the early 1940's had failed". In *Testbank*, two vessels collided in the Mississippi

l'extrait de l'arrêt *Candlewood* reproduit plus haut. Je ferai également remarquer ici que le fait que l'auteur du délit ne soit pas au courant du contrat n'est pas d'une importance capitale: tel que souligné à l'article 766C du *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, c'est plus probablement la nature du contrat lui-même qui a amené les tribunaux à refuser la protection contre l'ingérence par négligence.

En émettant cette opinion, le juge Holmes n'a pas fait œuvre de pionnier; il a appliqué un principe alors établi tant aux États-Unis qu'en Angleterre, qui interdisait l'indemnisation pour atteinte par négligence à des droits découlant d'un contrat. Dans une remarquable évolution parallèle à celle du droit anglo-canadien, l'arrêt *Robins*, qui excluait l'indemnisation dans le cas d'une perte économique relationnelle découlant d'un contrat, a été étendu à une théorie générale interdisant l'indemnisation d'une perte économique en l'absence d'un dommage matériel subi par le demandeur. Il y a eu un important courant doctrinal aux États-Unis, au cours des années 20 et 30, principalement parmi les commentateurs, qui prônait l'indemnisation de la perte économique indirecte d'une manière qui la rapprocherait davantage du droit régissant le préjudice physique; voir James, «Limitations of Liability for Economic Loss Caused by Negligence: A Pragmatic Appraisal» (1972), 12 *J.S.P.T.L.* 105. Le fait que cette tendance ne se soit pas imposée prend une importance supplémentaire lorsqu'on la situe dans le contexte de la grande expansion du droit relatif à la négligence, survenue aux États-Unis. L'arrêt *Robins Dry Dock* a lui-même été rendu 11 ans après que l'opinion exprimée par le juge Cardozo, dans *MacPherson c. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382 (1916), eut fait éclater la théorie du lien de droit contractuel.

On a procédé à un réexamen rigoureux de la portée et du principe de l'arrêt *Robins* dans la décision récente *State of Louisiana c. M/V Testbank*, précitée. Dans cette affaire, la cour a considéré les arguments du courant doctrinal que j'ai mentionné et a fait remarquer, à la p. 1023, que [TRADUCTION] «[l']incitation à abolir les restrictions apportées à l'indemnisation de la perte économique a perdu

River Gulf Outlet. A large quantity of toxic chemicals was lost overboard one of the ships and, fearing great contamination, the authorities closed the outlet to navigation for about 20 days. Fishing, the catching of shrimp and other related activities were also suspended for a short while in a surrounding area of about 400 square miles. Forty-one lawsuits were filed and eventually consolidated. The plaintiffs came under a number of fairly distinct categories, namely: commercial fishermen, recreational fishermen, operators of marinas, bait and tackle shops, cargo terminal operators, restaurants, etc. The trial court dismissed all the claims except those of the commercial fishermen. A panel of the Court of Appeals affirmed but, in light of the importance of the issue, the case was reheard by the entire 15-judge Fifth Circuit.

son appui et avait disparu au début des années 40». Dans l'affaire *Testbank*, deux navires étaient entrés en collision à l'embouchure du fleuve Mississippi. Une quantité considérable de produits chimiques toxiques s'était échappée de l'un des navires et, craignant une importante contamination, les autorités ont fermé l'embouchure à la navigation pendant une vingtaine de jours. La pêche, la prise des crevettes et d'autres activités connexes ont également été suspendues pendant une courte période dans un secteur environnant de près de 400 milles carrés. Quarante et une poursuites judiciaires ont été intentées et finalement réunies. Les demandeurs entraient dans un certain nombre de catégories passablement distinctes, notamment: pêcheurs commerciaux, pêcheurs sportifs, exploitants de marinas, boutiques d'appâts et d'articles de pêche, exploitants de gares de fret, restaurants, etc. La cour de première instance a rejeté toutes les demandes sauf celles des pêcheurs commerciaux. Une formation de la Court of Appeals a confirmé cette décision, mais, compte tenu de l'importance de la question, l'affaire a été instruite de nouveau par l'ensemble des 15 juges de la Fifth Circuit Court.

The opinions thoroughly canvassed the relevant American law. What is most striking about them is that both the majority and minority agreed that *Robins* made eminent sense in its own particular fact situation. Where they differed was in the breadth they considered the *Robins* rule to have. As colourfully put, at p. 1021: "The meaning of *Robins Dry Dock v. Flint* ... (Holmes, J.) is the flag all litigants here seek to capture." The majority concluded that the *Robins* rule should be upheld in its broad rule version to exclude all claims for economic loss in the absence of physical injury to the plaintiff. At page 1021, it stated:

Dans les motifs du jugement, on a examiné à fond le droit américain pertinent. Ce qui frappe le plus dans ces motifs, c'est que les juges formant la majorité et ceux formant la minorité ont convenu que l'arrêt *Robins* est éminemment logique selon ses propres faits. Ils ne s'entendaient pas cependant sur la portée qu'avait, selon eux, la règle de l'arrêt *Robins*. Comme on le mentionne dans un style coloré, à la p. 1021, [TRADUCTION] «[l]e sens de l'arrêt *Robins Dry Dock c. Flint* [...] (le juge Holmes) est le drapeau que toutes les parties au présent litige cherchent à saisir.» Les juges formant la majorité ont conclu que la règle de l'arrêt *Robins* devrait être maintenue dans sa version générale afin d'exclure toutes les demandes d'indemnisation d'une perte économique en l'absence de préjudice physique causé au demandeur. À la page 1021, ils déclarent:

After extensive additional briefs and oral argument, we are unpersuaded that we ought to drop physical damage to a proprietary interest as a prerequisite to recovery for economic loss. To the contrary, our reexamination of the

[TRADUCTION] Après avoir entendu la plaidoirie et avoir examiné des dossiers supplémentaires approfondis, nous ne sommes pas convaincus que nous devrions laisser tomber l'atteinte physique à un droit de propriété

history and central purpose of this pragmatic restriction on the doctrine of foreseeability heightens our commitment to it. Ultimately we conclude that without this limitation foreseeability loses much of its ability to function as a rule of law.

In a judgment concurring with the majority, Garwood J., at p. 1035, underlined the insufficiency of the proximate cause, foreseeability and remoteness formulations to "alone provide an adequate guide for distinguishing, on a normative, pre-event basis, between the classes of cases in which recovery will be allowed and those in which it will not" (emphasis added).

The minority disagreed as to the scope of the *Robins* rule and consequently as to its application to the facts of the case. In essence, it considered that *Robins* excluded only contractual relational economic loss. The minority recognized the "sound reasons" underlying the narrow formulation of the *Robins* rule and did not contest its applicability where the claim is derived solely through contract with an injured party (at p. 1039):

Courts recognize that once they permit recovery for economic loss to parties linked in a serial chain of contracts, defining a stopping point becomes nearly impossible.

Recognizing that perfect compensation is not possible since losses are widely disseminated, the minority accepted that the bright line test of *Robins* made good sense. It is notable that both the majority and the minority opinions in *Testbank* recognized the existence and rationale of the exclusionary rule with respect to contractual relational economic loss. Where the minority dis-

a comme condition préalable à l'indemnisation d'une perte économique. Au contraire, notre réexamen de l'historique et de l'objet principal de cette restriction pragmatique de la théorie de la prévisibilité accroît notre engagement à son égard. En fin de compte, nous concluons que, sans cette restriction, la prévisibilité perd beaucoup de sa capacité de fonctionner comme une règle de droit.

b Dans des motifs concordant avec ceux des juges formant la majorité, le juge Garwood a souligné, à la p. 1035, que les formulations de la cause immédiate, de la prévisibilité et de l'éloignement du dommage ne suffisent pas à [TRADUCTION] «fournir à elles seules un guide adéquat pour établir une distinction, sur une base normative préalable à l'événement, entre les catégories d'affaires dans lesquelles l'indemnisation sera permise et celles dans lesquelles elle ne le sera pas» (je souligne).

d Les juges formant la minorité n'étaient pas d'accord sur la portée de la règle de l'arrêt *Robins* et, par conséquent, sur son application aux faits de l'espèce. Essentiellement, ils considéraient que e l'arrêt *Robins* excluait seulement l'indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Les juges formant la minorité ont reconnu les «raisons solides» qui sous-tendent la formulation stricte de la règle de l'arrêt *Robins* et f n'ont pas contesté son applicabilité là où la demande d'indemnisation tire son origine uniquement d'un contrat conclu avec la partie lésée (à la p. 1039):

g [TRADUCTION] Les tribunaux reconnaissent qu'une fois qu'ils permettent à des parties liées par une série de contrats d'être indemnisées d'une perte économique, il devient presque impossible de fixer un point où s'arrêter.

h Reconnaisant que l'indemnisation parfaite n'est pas possible parce que les pertes sont très dispersées, les juges formant la minorité ont accepté que le critère de la démarcation très nette énoncé dans i l'arrêt *Robins* avait du bon sens. Il est remarquable que, dans l'arrêt *Testbank*, tant les juges formant la majorité que ceux formant la minorité ont admis l'existence et le principe de la règle d'exclusion en ce qui concerne la perte économique relationnelle j découlant d'un contrat. Le point sur lequel les juges formant la minorité ne partageaient pas

agreed with the majority was in the extension of *Robins* to exclude non-contractual claimants.

As noted, the *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, devotes section 766C to the narrow question of negligent interference with contract or prospective contractual relations. The comment notes that although a number of cases scattered through the years have allowed recovery, no general recognition of liability exists for negligent interference with an existing contract or with a prospective contractual relation. The Restatement rule unconditionally excludes recovery for pure economic loss that results from negligent interference with a third person's performance of his or her contract with the plaintiff, with the plaintiff's performance of his or her own contract or with the plaintiff's acquisition of prospective contractual relations.

Civil Law Systems

Since my colleagues have also supported their conclusions by forays into comparative law, and notably their understanding of the civil law experience, I find it necessary to enter into some discussion of that experience. I say at the outset that it does not seem to me to provide as much comfort for my colleagues' views as they seem to derive from it.

It is undeniable that not all legal systems have isolated cases like the present as presenting specific problems. Some civil law systems do not apply any particular rules either to pure economic loss cases or to contractual relational economic loss cases. The opinions of my colleagues in this case particularly rely on the law of France and Quebec. The argument from French and Quebec law is really about the floodgates argument. Since those systems allow recovery for pure economic loss without breaking down, the argument goes, we should not be deterred by floodgates arguments: see Juras, "Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?" (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 295, at p. 310. In my opinion the relevant

l'opinion de ceux formant la majorité, était l'extension de l'arrêt *Robins* de manière à exclure les auteurs de réclamations non fondées sur un contrat.

Comme je l'ai déjà mentionné, le *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, consacre son article 766C à la question stricte de l'ingérence par négligence dans un contrat ou dans des rapports contractuels éventuels. Dans ce commentaire, on souligne que, même si au fil des ans, il y a eu un certain nombre de cas où on a permis l'indemnisation, il n'y a aucune reconnaissance générale de l'existence d'une responsabilité pour ingérence par négligence dans un contrat existant ou dans un rapport contractuel éventuel. La règle énoncée dans le Restatement exclut inconditionnellement l'indemnisation de la perte purement économique qui découle de l'ingérence par négligence dans l'exécution par un tiers d'un contrat qu'il a conclu avec le demandeur, dans l'exécution de son propre contrat par le demandeur ou dans la formation par le demandeur de rapports contractuels éventuels.

Les systèmes de droit civil

Comme mes collègues ont également justifié leurs conclusions en faisant appel au droit comparé et notamment à leur compréhension de l'expérience du droit civil, j'estime nécessaire d'analyser jusqu'à un certain point cette expérience. Je dirai d'abord qu'elle ne me semble pas fournir aux opinions de mes collègues un fondement aussi solide qu'ils le voudraient bien.

Il est indéniable que des affaires comme la présente ne sont pas considérées dans tous les systèmes juridiques comme présentant des problèmes particuliers. Certains systèmes de droit civil n'appliquent aucune règle particulière aux cas de perte purement économique ou de perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Les opinions de mes collègues, dans la présente affaire, se fondent tout particulièrement sur le droit français et le droit québécois. L'argument tiré du droit français et du droit québécois concerne véritablement l'argument de l'avalanche de poursuites. Comme ces systèmes permettent l'indemnisation de la perte purement économique sans pour autant s'effondrer, selon cet argument, nous ne devrions pas

comparative reference is to contractual relational economic loss, not to the broad question of pure economic loss. To consider comparative law at the level of generality of "economic loss" is not, in my view, helpful. I have already explained why I think the cases grouped under the rubric of economic loss deserve a more refined analysis. The same narrowing of the question should be employed in the recourse to comparative law. The legal system of every society faces essentially the same problems and solves these problems by quite different means, though often with similar results: see Zweigert and Kötz, *Introduction to Comparative Law, Volume I—The Framework* (2nd ed. 1987), at p. 31. While some of these systems have not retained the concept of "economic loss" as a limiting factor, they have generally not recognized claims of the type put forward here.

Second, the French and Quebec approach involves applying the same criteria to a case of this type as to any other tort claim. Although some scholars argue that the common law should change its focus entirely to a concern with causation as the limiting factor (see Tetley, "Damages and Economic Loss in Marine Collision: Controlling the Floodgates" (1991), 22 *J. Mar. Law & Com.* 539, at p. 584), this does not appear to me to be an advisable option. Our current causality test of foreseeability is clearly insufficient to control liability. The directness criterion was rejected in *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. (The Wagon Mound)*, [1961] A.C. 388, for determinations as to remoteness and does not seem to me to provide much predictive value: see *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall and Son Ltd.*, *supra*, at p. 343.

nous laisser dissuader par des arguments fondés sur une avalanche de poursuites; voir Jutras, «Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?» (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 295, à la p. 310. À mon avis, la base de comparaison pertinente est la perte économique relationnelle découlant d'un contrat et non la question générale de la perte purement économique. Considérer le droit comparé sur le plan général de la «perte économique» ne nous aide pas selon moi. J'ai déjà expliqué pourquoi je pense que les affaires réunies sous la rubrique de la perte économique méritent une analyse plus poussée. Il faut utiliser le même processus de limitation de la question lorsque l'on recourt au droit comparé. Le système juridique de chaque société fait face essentiellement aux mêmes problèmes et les règles par des moyens complètement différents, quoiqu'il obtienne souvent des résultats similaires; voir Zweigert et Kötz, *Introduction to Comparative Law, Volume I—The Framework* (2^e éd. 1987), à la p. 31. Quoique certains de ces systèmes n'aient pas retenu la notion de «perte économique» comme facteur limitatif, en général ils n'ont pas admis les demandes d'indemnisation du genre de celles présentées en l'espèce.

Deuxièmement, la méthode française et québécoise comporte l'application des mêmes critères à une affaire de ce genre qu'à toute autre réclamation en matière délictuelle. Bien que certains auteurs de doctrine soutiennent que la common law devrait changer radicalement d'orientation et mettre l'accent sur le lien de causalité comme facteur limitatif (voir Tetley, «Damages and Economic Loss in Marine Collision: Controlling the Floodgates» (1991), 22 *J. Mar. Law & Com.* 539, à la p. 584), cela ne m'apparaît pas être une option souhaitable. Notre critère actuel du lien de causalité suffisant, à savoir la prévisibilité, ne suffit manifestement pas à lui seul à contrôler la responsabilité. Le critère du caractère direct a été rejeté dans *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. (The Wagon Mound)*, [1961] A.C. 388, pour déterminer s'il y avait éloignement et il ne me semble pas avoir une grande valeur prophétique: voir *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. c. W. J. Whittall and Son Ltd.*, précité, à la p. 343.

A close examination of French law in this area reveals that the floodgates problem is resolved by the use of a number of control devices such that liability is very rare. French delict doctrine treats the question of *dommage par ricochet* in relation first to the requirement that the injury suffered must have a "personal character"; see Viney, "Les obligations: La responsabilité: conditions" (1982), in Ghestin, *Traité de droit civil*, nos. 288 et seq. Undoubtedly, in general terms, French law allows generous recovery for *dommage par ricochet*: see Viney, at no. 309. However, with respect to persons who were contractually linked to the initial victim, Viney writes as follows, at no. 312:

[TRANSLATION] The courts have from time to time had before them claims made by some customer, supplier or creditor, or by a partner, employee or employer, of the initial victim when the latter's death endangers their interests. In general, the courts have so far been very hesitating to allow such claims, especially those made by a creditor, employer or partner; but at the same time a more liberal solution may well be envisaged in the case of employees who are thrown out of work by the employer's death.

The position in French law is no more harsh in this respect than that of foreign systems of law, which generally refuse to take into consideration this type of repercussive damage. . . . [Emphasis added.]

The distinction of the case of the employee is not specifically justified, but the most obvious rationale for distinguishing that particular case is surely that the employee is least able to protect himself or herself from the consequences of the accident. As for mere *créanciers* of the primary victim like CN, recovery is generally denied. The 1975 Cour de cassation case which left open the issue of recovery for a creditor whose debtor died as result of the defendant's fault, Cass. civ. 2^e, June 25, 1975, Bull. II no. 195, eventually returned to that court in 1979: see Cass. civ. 2^e, February 21, 1979, Bougues-Montès, J.C.P. 1979, IV, 145. The finding that the damages were indirect and hence unrecoverable was, as noted by Durry, partly justified by the fact that the lender should have protected

Il ressort d'un examen attentif du droit français en la matière que le problème de l'avalanche de poursuites est résolu par l'utilisation d'un certain nombre de mécanismes de contrôle, de sorte que la responsabilité est très rare. La doctrine française relative au délit traite de la question du «dommage par ricochet» en ce qui a trait d'abord à l'exigence que le préjudice subi ait un «caractère personnel»; voir Viney, «Les obligations: La responsabilité: conditions» (1982), dans Ghestin, *Traité de droit civil*, nos 288 et suiv. Il ne fait pas de doute qu'en général le droit français permet des indemnités généreuses pour le dommage par ricochet: voir Viney, au n° 309. Toutefois, en ce qui concerne les personnes qui étaient liées par contrat avec la victime initiale, Viney écrit ce qui suit, au n° 312:

Les tribunaux sont parfois saisis de demandes présentées soit par un client, un fournisseur ou un créancier quelconque, soit par un associé, un salarié ou l'employeur de la victime initiale, lorsque le décès de celui-ci met en péril leurs intérêts. Dans l'ensemble pourtant les tribunaux sont restés jusqu'à présent très réservés à l'égard de ces prétentions, notamment de celles qui émanent d'un créancier, d'un employeur ou d'un associé. Mais on peut penser, en revanche, qu'une solution plus libérale pourrait prévaloir au profit des salariés que le décès de l'employeur contraint au chômage.

La position du droit français n'est d'ailleurs pas plus sévère, à cet égard, que celle des droits étrangers qui refusent très généralement de prendre en considération ce type de dommage par ricochet. . . . [Je souligne.]

La distinction du cas de l'employé n'est pas justifiée de façon précise, mais la raison la plus évidente de distinguer ce cas particulier est sûrement que l'employé est celui qui est le moins en mesure de se protéger des conséquences de l'accident. Quant aux simples «créanciers» d'une première victime comme le CN, l'indemnisation leur est généralement refusée. L'affaire jugée en 1975 par la Cour de cassation qui a laissé en suspens la question de l'indemnisation du créancier dont le débiteur était décédé à la suite de la faute du défendeur, Cass. civ. 2^e, 25 juin 1975, Bull. II n° 195, est finalement revenue devant cette cour en 1979: voir Cass. civ. 2^e, 21 février 1979, Bougues-Montès, J.C.P. 1979, IV, 145. La conclusion selon laquelle les dommages étaient indirects et ne pou-

himself by contract by requiring his debtor to contract life insurance; see "Obligations et contrats spéciaux" (1979), 77 *Rev. trim. dr. civ.* 610. Larroumet speaks of recovery in such cases (other than in cases of contracts concluded *intuitus personae*) as an [TRANSLATION] "academic hypothesis" and notes that [TRANSLATION] "it is rarely found in the cases": see Bordeaux, May 17, 1977, D.1978, I.R. 34, note Larroumet.

Cases in which contractual relational economic loss have been awarded as a result of property damage to a third party are even more rare. These cases are admittedly also subject to the same basic framework of analysis. However, the Cour de cassation exercises its control over the lower courts determinations of causality; see Starck, *Droit civil: Obligations: 1. Responsabilité délictuelle* (3rd ed. 1988), by Roland and Boyer, at no. 851. Recovery is rarely allowed. Durry describes the state of the law in this area as follows, "Obligations et contrats spéciaux" (1976), 74 *Rev. trim. dr. civ.* 132, at p. 134:

[TRANSLATION] Physical repercussive damage to one who is neither parent, relative, fiancé or mistress of the immediate victim responds to a well-known dialectic: though in principle compensation may be obtained it in fact rarely is.

Markesinis' comparative examination of English and French law in this area (Markesinis, "La politique jurisprudentielle et la réparation du préjudice économique en Angleterre: une approche comparative", [1983] *Rev. int. dr. comp.* 31, at pp. 44-45), also points out the remarkable similarity of result despite the different analytical approaches:

[TRANSLATION] The first point to note is that French judges are fully aware of these dangers. Some fifty years ago the Tribunal civil of Bordeaux indicated it had no doubts on the matter when it said "that extending entitlement to damages to everyone who might in some way suffer tangible or intangible injury from a quasi-delict would amount to creating a kind of social disorder

vaient donc pas donner lieu à indemnisation était, ainsi que l'a fait remarquer Durry, justifiée en partie par le fait que le prêteur aurait dû se protéger au moyen d'un contrat en exigeant que son débiteur souscrive une assurance sur la vie; voir «Obligations et contrats spéciaux» (1979), 77 *Rev. trim. dr. civ.* 610. Larroumet qualifie l'indemnisation en pareils cas (autres que celui des contrats conclus *intuitus personae*) d'«hypothèse d'école» et fait remarquer qu'«on a bien du mal à en trouver dans la jurisprudence»; voir Bordeaux, 17 mai 1977, D.1978, I.R. 34, note Larroumet.

Les affaires dans lesquelles l'indemnisation d'une perte économique relationnelle découlant d'un contrat a été accordée à la suite d'un dommage matériel causé à un tiers sont même plus rares. Certes, ces affaires sont également assujetties au même cadre d'analyse fondamental. Toutefois, la Cour de cassation exerce son contrôle sur les décisions des tribunaux d'instance inférieure relativement à la causalité; voir Starck, *Droit civil: Obligations: 1. Responsabilité délictuelle* (3^e éd. 1988), par Roland et Boyer, au n^o 851. L'indemnisation est rarement permise. Durry décrit ainsi l'état du droit en la matière, dans «Obligations et contrats spéciaux» (1976), 74 *Rev. trim. dr. civ.* 132, à la p. 134:

Le dommage matériel par ricochet de qui n'est ni parent, ni allié, ni fiancé, ni concubin de la victime immédiate obéit à une dialectique bien connue: réparable dans son principe, il est, en fait, rarement réparé.

L'examen comparatif du droit français et du droit anglais en la matière que fait Markesinis (Markesinis, «La politique jurisprudentielle et la réparation du préjudice économique en Angleterre: une approche comparative», [1983] *Rev. int. dr. comp.* 31, aux pp. 44 et 45), souligne également la similitude remarquable du résultat malgré les méthodes d'analyse différentes:

La première chose à remarquer est que les juges français sont parfaitement conscients de ces dangers. Il y a presque cinquante ans, le Tribunal civil de Bordeaux ne laissait déjà apparaître aucun doute sur cette question lorsqu'il précisait «qu'étendre le droit à des dommages-intérêts à tous ceux qui, à un degré quelconque, pourraient éprouver un préjudice matériel ou moral du fait

which can never be the purpose of the law" . . . Accordingly, what is special about this judgment is that it *openly* expresses the philosophy of many judgments which have followed and which, though *in theory* they admit the possibility of compensation, have in many if not all cases proceeded to a denial of the right of action in practice. Consequently, what is interesting in these cases is to examine the method used to arrive at the result which English law obtains in a generally and rigidly applicable manner.

A variety of "causal" dispositions, which sometimes seemed to involve duplication, have been skilfully (and at times arbitrarily) used to attain this result. In some cases, it is said that the victim assumed the risk; in other cases, that the injury suffered is only indirect; and in still others, that it is only hypothetical and not certain; but in all cases, the possibility of compensation is recognized in theory. [Emphasis added.]

Recovery has been allowed in a few contractual relational economic loss cases. The first is where the contract that is disturbed is *intuitus personae*, i.e., a personal service contract where the particular individual cannot be replaced. In one case, a soccer club recovered for damages incurred as a result of the death of a star player: see Cour d'appel de Colmar (Ch. détachée à Metz), April 20, 1955, D.1956.723 (*Football Club de Metz c. Wiroth*). Even here, however, the law is not certain: recovery was denied to an opera director for the loss caused by an injury to the leading tenor: see Cass. civ. 2^e, November 14, 1958, G.P. 1959.1.31 (*Demeyer c. Camerlo*). In a preliminary procedure at first instance, recovery was allowed to employees whose unemployment was caused by the tortfeasor who damaged their hair salon: see Trib. gr. inst. Nanterre, October 22, 1975, G.P. 1976.1.392 (*Brunet c. Rico et Caisse mutuelle d'assurance et de prévoyance*).

Marcailloux v. R.A.T.V.M., Cass. civ. 2^e, April 28, 1965, D.S. 1965.777, cited by McLachlin J., involved a traffic accident that led to a traffic jam.

d'un quasi-délit, aboutirait à créer un désordre social à quoi ne doit jamais aboutir l'application de la loi» [. . .] Ce qui est donc particulier dans ce jugement, c'est qu'il exprime *ouvertement* la philosophie de nombreuses décisions qui ont suivi et qui, bien qu'elles admettent *théoriquement* la possibilité d'une compensation, ont dans de nombreux cas, sinon dans tous, abouti à un refus du droit à l'action dans la pratique. Par conséquent, ce qui est intéressant à noter dans ces cas, c'est l'étude de la méthode utilisée pour atteindre le résultat que le droit anglais obtient d'une manière rigide applicable de manière générale.

Une variété de dispositions «causales», qui parfois semble faire double emploi, ont été habilement (sinon quelquefois arbitrairement) utilisées pour atteindre ce résultat. Dans certains cas, on dit que la victime a assumé le risque; dans d'autres cas, que le préjudice subi n'est qu'indirect; dans d'autres encore, qu'il n'est qu'hypothétique et non pas certain. Mais dans tous les cas, la possibilité de dédommagement est théoriquement reconnue. [Je souligne.]

L'indemnisation a été permise dans quelques cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Le premier cas est celui où le contrat dans lequel il y a ingérence est *intuitus personae*, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un contrat de services personnels dans lequel l'individu particulier ne peut pas être remplacé. Dans une affaire, un club de soccer a obtenu l'indemnisation des dommages survenus à la suite du décès d'un joueur vedette; voir Cour d'appel de Colmar (Ch. détachée à Metz), 20 avril 1955, D.1956.723 (*Football Club de Metz c. Wiroth*). Même ici, cependant, le droit n'est pas certain: on a refusé d'indemniser un directeur d'opéra pour la perte résultant d'une blessure causée au ténor principal: voir Cass. civ. 2^e, 14 novembre 1958, G.P. 1959.1.31 (*Demeyer c. Camerlo*). Dans une procédure préliminaire en première instance, on a accordé une indemnité à des employés réduits au chômage à cause de l'auteur d'un délit qui avait causé des dommages à leur salon de coiffure: voir Trib. gr. inst. Nanterre, 22 octobre 1975, G.P. 1976.1.392 (*Brunet c. Rico et Caisse mutuelle d'assurance et de prévoyance*).

L'arrêt *Marcailloux c. R.A.T.V.M.*, Cass. civ. 2^e, 28 avril 1965, D.S. 1965.777, cité par le juge McLachlin, concernait un accident de la circula-

The person who caused the accident was held liable for damages of 39 francs to the local transport authority for the loss of receipts caused by the resulting delay to the circulation of its vehicles. It is unclear what distinguishes this claim from other potential traffic jam claims. The note by Professor Esmein in the *Marcailloux* case observes that the characterization of a particular damage as direct or indirect, far from being a factual inquiry, is simply the statement of a conclusion as to recovery; in this regard, it plays a similar function to the concept of proximity in our law. See Note under Cass. civ. 2^e, April 28, 1965, D.S. 1965.777.

In Quebec, the expansive interpretation of "another" in art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada* referred to by McLachlin J. has served to shift the analysis to the terrain of causality: see Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle* (3rd ed. 1990), at no. 177. Baudouin recognizes the difficulty of generalizing with respect to determinations of directness but he considers that a trend toward an exclusion of liability is discernable, *supra*, at no. 354:

[TRANSLATION] The problem of determining what is "direct" damage is complex and here again any attempt at generalization would be presumptuous. However, one trend seems to be clear. The courts will not recognize loss the immediate source of which is not the fault itself but some other injury already caused by the fault. In other words, damage resulting from damage, repercussive damage, "second degree" damage, is indirect.

However, as the author recognizes, this is at most a trend. He further notes that Quebec courts have tended to consider causality as a question of fact: *supra*, at no. 349. This would constitute a significant difference with the French regime. However, the author notes that the decision of this Court in *Morin v. Blais*, [1977] 1 S.C.R. 570, considered the question of causality to constitute a question of law. Recovery of contractual relational economic loss has been allowed in a few cases in Quebec.

tion qui avait causé un embouteillage. La personne qui a causé l'accident a été tenue de verser la somme de 39 francs à titre de dommages-intérêts à la société de transports en commun locale pour la perte de recettes due au retard occasionné à la circulation de ses véhicules. On ne voit pas clairement ce qui distingue cette demande d'indemnisation d'avec les autres demandes d'indemnisation possibles relatives à un embouteillage. La note du professeur Esmein, dans l'affaire *Marcailloux*, fait remarquer que la qualification d'un dommage particulier comme étant direct ou indirect, loin d'être un examen fondé sur les faits, est simplement l'énoncé d'une conclusion au sujet de l'indemnisation; à cet égard, elle joue un rôle analogue à la notion du lien étroit dans notre droit: voir note sous Cass. civ. 2^e, 28 avril 1965, D.S. 1965.777.

Au Québec, l'interprétation large du mot «autrui» à l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada* mentionnée par le juge McLachlin a eu pour effet de faire porter l'analyse sur le plan de la causalité: voir Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle* (3^e éd. 1990), au n^o 177. Baudouin reconnaît qu'il est difficile de généraliser quand vient le temps de déterminer le caractère direct d'un dommage, mais il considère qu'une tendance semble se dégager en faveur de l'exclusion de la responsabilité, *op. cit.*, au n^o 354:

Le problème de déterminer ce que constitue un dommage «direct» est complexe et là encore il serait présomptueux de vouloir généraliser. Toutefois, une tendance semble se dégager. Les tribunaux ne reconnaissent pas le préjudice qui puise sa source immédiate non dans la faute elle-même, mais dans un autre préjudice déjà causé par la faute. En d'autres termes, est indirect le dommage issu du dommage, le dommage par ricochet, le dommage au «second degré».

Cependant, comme le reconnaît l'auteur, il s'agit tout au plus d'une tendance. Il note en outre que les tribunaux québécois ont eu tendance à considérer la causalité comme une question de fait: *op. cit.*, au n^o 349. Cela constituerait une différence importante avec le régime français. Toutefois, l'auteur fait observer que, dans l'arrêt *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570, notre Cour a jugé que la question de la causalité constituait une question de droit. L'indemnisation de la perte économique

Employers have been allowed to recover for the loss of the services of their employees.

In my view, the French and Quebec experience remains inconclusive. Although the cases are theoretically not subject to any special requirements for recovery, cases of recovery of contractual relational economic loss are few. The rarity of the cases has resulted in little doctrinal discussion of the issues raised and the brevity of the reasons makes the grounds for determination difficult to analyze. While French law does not establish an absolute bar, it is very close to establishing a *de facto* bar through the use of the dual requirements of directness and proof of causality. The number of cases in which recovery has been allowed is very few when one considers that relational losses occur as a result of practically every accident causing property damage in the commercial area.

Furthermore, one is at pains to establish the grounds for distinguishing successful claims from other relational claims. What little doctrinal discussion there is appears to be both keenly aware of the potential for open-ended liability and conscious that recovery is generally denied. Such analysis also points to factors entering into the directness and causality analysis that would exclude CN's claim, factors such as the *intuitus personae* nature of the contractual relationship and the inability of the plaintiff to protect itself through contract or otherwise. I shall have occasion to consider such factors later.

In addition, civil law scholars have remarked on the lack of emphasis in French and Quebec law on the problems raised by the nature of particular protected interests; see Jutras, *supra*, at pp. 295-96 and 310-11. In civil law systems such as the German system which, unlike the French system, have focused significant attention on the problems

relationnelle découlant d'un contrat a été permise dans quelques cas au Québec. Des employeurs ont pu se faire indemniser de la perte des services de leurs employés.

^a À mon avis, l'expérience française et québécoise reste peu concluante. Bien que, théoriquement, les affaires ne soient assujetties à aucune condition spéciale d'indemnisation, les cas où il y a eu indemnisation d'une perte économique relationnelle découlant d'un contrat sont peu nombreux. Vu la rareté de ces cas, il y a eu peu d'analyse doctrinale des questions soulevées et, vu la concision des motifs, il est difficile d'analyser le fondement des décisions rendues. Quoique le droit français n'établisse pas d'interdiction absolue, il vient tout près d'établir une interdiction de fait en recourant aux doubles exigences du caractère direct et de la preuve de causalité. Le nombre de cas où l'indemnisation a été permise est très peu élevé si l'on considère que des pertes relationnelles résultent de presque tous les accidents qui causent un dommage matériel dans le domaine commercial.

De plus, on se donne beaucoup de mal pour établir les raisons de distinguer les réclamations couronnées de succès d'avec les autres réclamations pour perte relationnelle. Dans l'analyse doctrinale qui existe, on semble à la fois se rendre compte de la possibilité d'une responsabilité sans limite et être conscient que l'indemnisation est généralement refusée. La doctrine attire également l'attention sur des facteurs qui jouent dans l'examen du caractère direct et de la causalité et qui auraient pour effet d'exclure la réclamation du CN, lesquels facteurs comprennent notamment la nature *intuitus personae* du rapport contractuel et l'incapacité du demandeur de se protéger au moyen d'un contrat ou autrement. J'aurai l'occasion d'examiner ces facteurs plus loin.

ⁱ En outre, les civilistes ont fait remarquer que le droit français et le droit québécois n'insistent pas sur les problèmes soulevés par la nature des droits particuliers qui sont protégés; voir Jutras, *loc. cit.*, aux pp. 295 et 296 et aux pp. 310 et 311. Dans les systèmes de droit civil tels que le système allemand qui, contrairement au système français, ont

posed by the nature of different protected interests, (see Limpens, Kruithof and Meinertzhagen-Limpens, "Liability for One's Own Act", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, ch. 2, IV.), recovery is denied for contractual relational claims based on the type of damage; see Markesinis, *A Comparative Introduction to the German Law of Torts* (2nd ed. 1990), at pp. 39 *et seq.* Other civil law systems have strict exclusionary rules. Switzerland apparently excludes *le dommage par ricochet*, allowing only recovery for wrongful death; see Herbots, "Le «duty of care» et le dommage purement financier en droit comparé" [1985], *Rev. dr. int. et dr. comp.* 7, at p. 32.

What conclusions can be drawn from the civil law? First, I think there is general agreement that economic loss cases cannot simply be subjected to the same analysis as cases involving other types of damage: see Atiyah, *supra*, at p. 270. No one is suggesting, after all, that we modify the rules adopted in *Hedley Byrne* for an undifferentiated *Donoghue* test in economic loss cases.

There remains the argument that French and Quebec experience puts the lie to the floodgates problem in this area. In my view, this is simply not borne out. First of all, as Markesinis points out, French judges are acutely aware of the potential for unlimited liability. They use different analytical tools to reach much the same result.

One can of course attempt to meet the floodgates argument by contending that recovery for contractual relational economic loss will remain exceptional even if the exclusionary rule is relaxed. This is perhaps the most that can be drawn from the civil law experience: the replacement of an exclusionary rule with what amounts to very close to a *de facto* bar will not lead to many cases

accordé une grande importance aux problèmes que pose la nature des différents droits protégés (voir Limpens, Kruithof et Meinertzhagen-Limpens, «Liability for One's Own Act», dans *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, ch. 2, IV.), l'indemnisation n'est pas permise dans le cas des demandes d'indemnisation d'une perte relationnelle découlant d'un contrat, qui sont fondées sur le genre de dommages; voir Markesinis, *A Comparative Introduction to the German Law of Torts* (2^e éd. 1990), aux pp. 39 et suiv. D'autres systèmes de droit civil possèdent des règles strictes d'exclusion. La Suisse exclut apparemment le dommage par ricochet, en permettant seulement l'indemnisation d'une perte découlant d'un décès causé illégalement; voir Herbots, «Le «duty of care» et le dommage purement financier en droit comparé», [1985] *Rev. dr. int. et dr. comp.* 7, à la p. 32.

Quelles conclusions peut-on tirer du droit civil? Premièrement, je pense qu'on s'entend généralement pour dire que les cas de perte économique ne peuvent pas simplement faire l'objet de la même analyse que ceux mettant en cause d'autres genres de dommages: voir Atiyah, *loc. cit.*, à la p. 270. Personne ne propose, après tout, que nous modifions les règles adoptées dans l'arrêt *Hedley Byrne* pour appliquer un critère *Donoghue* uniforme dans les cas de perte économique.

Il reste l'argument selon lequel l'expérience française et québécoise donne un démenti au problème de l'avalanche de poursuites dans ce domaine. À mon avis, ce n'est tout simplement pas confirmé. Tout d'abord, comme le souligne Markesinis, les juges français sont profondément conscients de la possibilité d'une responsabilité illimitée. Ils recourent à différents moyens d'analyse pour aboutir sensiblement au même résultat.

On peut naturellement essayer de répondre à l'argument fondé sur l'avalanche de poursuites en prétendant que l'indemnisation d'une perte économique relationnelle découlant d'un contrat restera exceptionnelle même si la règle d'exclusion est assouplie. C'est peut-être le maximum que l'on puisse tirer de l'expérience du droit civil: le remplacement d'une règle d'exclusion par ce qui équi-

being brought forward. Unlike the civil law rules in these areas, however, the traditional control devices in our tort law have been elaborated to deal with damages that are generally by their nature limited.

I am principally concerned about the relative advisability of attempting to draw a line within the group of contractual claimants as opposed to distinguishing based on the nature of the interest at stake. Specifically, I am concerned about the nature and the workability of the criteria used to distinguish valid claims. In my view, any incursions into the exclusionary rule should be carefully justified on policy grounds. With respect to this question, I do not find any theory put forward in either France or Quebec that would aid in making distinctions amongst contractual claimants on valid policy grounds; see the discussion by Mayrand J.A. of the difficulties in making the directness determination with respect to "victims by ricochet" in *J.E. Construction Inc. v. General Motors du Canada Ltée*, [1985] C.A. 275, at pp. 278-79.

To the extent that recovery has been allowed, the inability of doctrine to elucidate the characteristics leading to recovery or to a finding of directness gives the lie to the idea that allowing recovery in a few cases of this nature will provide material for an *ex post* rationalisation that the court is incapable of formulating beforehand. I do not share McLachlin J.'s confidence that turning this issue over to the common law to decide cases on the basis of proximity will lead to the gradual formation of categories of recovery that make sense in policy terms, and nothing in the civil law experience with findings of directness leads me to greater confidence in this regard: see Herbots, *supra*, at p. 21.

vaut de très près à une interdiction de fait ne fera pas en sorte que beaucoup d'actions seront intentées. Toutefois, contrairement aux règles de droit civil dans ces domaines, les mécanismes de contrôle traditionnels de notre droit de la responsabilité civile délictuelle ont été élaborés de manière à traiter des dommages qui, de par leur nature, sont généralement limités.

b Je m'intéresse principalement à l'opportunité relative de tenter de tracer une ligne de démarcation à l'intérieur de la catégorie des réclamants en vertu d'un contrat par opposition à l'opportunité d'établir la distinction à partir de la nature du droit en cause. Je m'intéresse tout particulièrement à la nature et à la maniabilité des critères utilisés pour distinguer les réclamations valides. À mon avis, toute incursion dans la règle d'exclusion devrait être soigneusement justifiée par des raisons de principe. À cet égard, je ne trouve aucune théorie mise de l'avant soit en France soit au Québec qui nous aiderait à établir des distinctions parmi les réclamants en vertu d'un contrat, qui soient fondées sur des raisons de principe valables; voir l'analyse que le juge Mayrand de la Cour d'appel fait des difficultés rencontrées lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère direct du dommage dans le cas des «victimes par ricochet» dans *J.E. Construction Inc. c. General Motors du Canada Ltée*, [1985] C.A. 275, aux pp. 278 et 279.

g Dans la mesure où l'indemnisation a été accordée, l'incapacité de la doctrine d'élucider les caractéristiques qui mènent à l'indemnisation ou à la conclusion au caractère direct d'un dommage contredit l'idée que l'indemnisation dans quelques affaires de cette nature permettra une explication après coup que la cour est incapable de formuler préalablement. Je ne partage pas la confiance du juge McLachlin que le renvoi de cette question à la common law pour trancher les affaires en fonction de l'existence d'un lien étroit aboutira à la formation graduelle de catégories d'indemnisation qui auront du sens sur le plan des principes, et rien dans l'expérience du droit civil en matière de conclusions à l'existence du caractère direct du dommage n'augmente ma confiance à cet égard: voir Herbots, *loc. cit.*, à la p. 21.

The narrow exclusionary rule distinguishes between property claims and contract claims and excludes the latter in cases of property damage. This bright line test has been in the past extended to the wider field of pure economic loss; in this wider field, it is in retreat in a number of areas. In my view, this case presents the court with the following problem: should the court eliminate the bright line test in the narrow area of contractual relational economic loss in favour of a test that will discriminate differently, this time amongst the class of contractual claimants, those who merit recovery and those who do not? If yes, what criteria should govern recovery?

Before dealing further with the question of contractual relational economic loss, however, it is necessary to consider a different set of arguments advanced by the respondent.

Part II: Alternative Interest Theories

Introductory

CN argues that its case does not rest on a mere contractual interest. It seeks to avoid the application of the narrow exclusionary rule by arguing that it has alternative interests at stake that differentiate it from the ordinary contractual claimant. It does not seek to place itself under a long-standing exception to the exclusionary rule enunciated in *Simpson & Co. v. Thomson*, *supra*, at p. 290, which involves cases allowing recovery to a plaintiff with a proprietary or possessory interest. If CN could argue that its interest in the bridge was analogous to the interest of a demise charterer in the chartered ship, it would be able to recover since it would be, vis-à-vis third parties, the temporary owner of the bridge; see *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (19th ed. 1984), at pp. 47-52; *Baumwooll Manufactur von Carl Scheibler v. Furness*, [1893] A.C. 8 (H.L.); *The "Father Thames"*, [1979] 2 Lloyd's Rep. 364. A demise charterer's interest typically entirely supplants the

La règle stricte d'exclusion établit une distinction entre les réclamations fondées sur un droit de propriété et celles fondées sur un contrat et exclut ces dernières dans les cas de dommage matériel. Ce critère de la démarcation très nette a, dans le passé, été étendu au champ plus vaste de la perte purement économique; dans ce champ plus vaste, il est en régression dans un certain nombre de domaines. À mon avis, la présente affaire saisit la cour du problème suivant: la cour doit-elle éliminer le critère de la démarcation très nette dans le domaine restreint de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat en faveur d'un critère qui établira une distinction de façon différente, cette fois parmi la catégorie de réclamants en vertu d'un contrat, entre ceux qui méritent d'être indemnisés et ceux qui ne le méritent pas? Dans l'affirmative, quels critères devraient régir l'indemnisation?

Avant de poursuivre sur la question de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat, il faut examiner une autre série d'arguments avancés par l'intimée.

Partie II: Les théories des droits subsidiaires

Introduction

Le CN allègue que sa demande d'indemnisation ne repose pas sur un simple droit découlant d'un contrat. Il cherche à éviter l'application de la règle stricte d'exclusion en prétendant qu'il possède des droits subsidiaires qui le différencient du réclamant ordinaire en vertu d'un contrat. Il n'essaie pas de se prévaloir d'une exception de longue date à la règle d'exclusion énoncée dans l'arrêt *Simpson & Co. c. Thomson*, précité, à la p. 290, qui concerne des affaires permettant l'indemnisation d'un demandeur ayant un droit de propriété ou de possession. Si le CN pouvait soutenir que son droit sur le pont était analogue au droit que l'affrètement en coque nue a sur le navire affrété, il pourrait obtenir des dommages-intérêts puisque, vis-à-vis des tiers, il serait le propriétaire temporaire du pont; voir *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (19^e éd. 1984), aux pp. 47 à 52; *Baumwooll Manufactur von Carl Scheibler c. Furness*, [1893] A.C. 8 (H.L.); *The «Father Thames»*,

interest of the owner of the ship, even in the repair of physical damage: see *Candlewood*, *supra*, at p. 18. For example, in *Rivtow*, the plaintiff was a demise charterer. No argument was directed to contesting Rivtow's interest.

CN's licence agreement gives it no proprietary or possessory interest. This state of affairs was surely not entirely fortuitous in light of the fact that the existence of such an interest was a central consideration in the *Gypsum Carrier* case. CN's contract with PWC establishes no proprietary or possessory interest in the bridge, and it did not attempt to argue that its contract resembled that of a demise charterer.

Unable to contend for the existence of a possessory right to the bridge, CN, we saw, put forward essentially two arguments to the effect that its interest is more than that of a mere contractor. First, it says, it suffered from a transferred loss of use. Secondly, it maintains, it is involved in a common adventure with PWC. These arguments are centred on the relationship between the plaintiff and the property owner, i.e., between CN and PWC.

Transferred Loss Theories

CN frames its argument with respect to transferred loss in two different ways. First, it submits that "P.W.C. initially suffered the physical loss for the damage to the bridge, but pursuant to their contracts with the railways all costs are ultimately borne by the railways, substantially by the C.N.R.". Along a similar line, it contends that PWC "acted like a trustee" in providing the bridge to the railways and particularly CN. The second manner in which it frames its argument on transferred loss involves arguing that granting judgment to CN in this case would not impose additional liability on the defendants over and above what they

[1979] 2 Lloyd's Rep. 364. Habituellement, le droit d'un affréteur en coque nue supplante complètement le droit du propriétaire du navire, même en ce qui concerne le droit d'agir pour la réparation de dommages matériels: voir *Candlewood*, précité, à la p. 18. Par exemple, dans l'arrêt *Rivtow*, la demanderesse était un affréteur en coque nue. Aucun argument ne visait à contester le droit de Rivtow.

Le contrat de licence du CN ne lui confère aucun droit de propriété ou de possession. Cet état de choses n'était sûrement pas totalement fortuit, compte tenu du fait que l'existence d'un tel droit était un facteur important dans l'affaire *Gypsum Carrier*. Le contrat intervenu entre le CN et TPC n'établit aucun droit de propriété ou de possession sur le pont, et le CN n'a pas tenté de soutenir que son contrat ressemblait à celui d'un affréteur en coque nue.

Incapable de soutenir qu'il avait un droit de possession sur le pont, le CN, nous l'avons vu, a avancé essentiellement deux arguments selon lesquels le droit qu'il possède est davantage qu'un simple droit de nature contractuelle. Premièrement, dit-il, il a subi une perte d'usage transférée. Deuxièmement, maintient-il, il participe à une entreprise commune avec TPC. Ces arguments sont axés sur le rapport existant entre la demanderesse et le propriétaire du bien, c.-à-d. entre le CN et TPC.

Théories de la perte transférée

Le CN formule son argumentation de deux façons différentes en ce qui concerne la perte transférée. Premièrement, il avance que [TRADUCTION] «T.P.C. a subi à l'origine une perte matérielle résultant des dommages causés au pont, mais qu'en vertu des contrats qu'il a conclus avec les compagnies ferroviaires, tous les frais seront assumés en fin de compte par ces compagnies et, en grande partie, par le CN.» De la même façon, il prétend que TPC [TRADUCTION] «a agi à la manière d'un fiduciaire» en mettant le pont à la disposition des compagnies ferroviaires et tout particulièrement du C.N. La deuxième manière dont il for-

would normally be incurred by the owner of commercial property. I will deal with these in turn.

The respondent's first argument, as I understand it, is that the contract provides for a particularly mechanical passing through of the costs of the accident to the eventual users. CN's claim is thus different from the typical contractual relational claim.

I find this unconvincing. The rates are not set after all the costs are established. Canada unilaterally sets the rate for each three-year period of the licence after the initial three-year period, in light of the principle set out in the preamble of "total recovery to Canada of all the costs of operating and maintaining the Bridge" (see Recital E of the Preamble of the License Agreement). After each renewal of the contract the railway has a guaranteed unit rate for three years. CN is less exposed to costs incurred by the property owner than the typical consumer, for whom the costs incurred today are often passed through almost immediately. Before any such costs are passed through to CN, the current unit rate must expire and CN must decide that it wishes to renew the contract for another three-year period.

Second, it must be noted that PWC recovered damages as property owner in this case. Since PWC was fully compensated, none of the costs of property damage in this case will be passed through, even in the future. The only transferred loss in this case concerned a loss of use.

Third, the real reason all the loss of use costs appear to be passed through in this case has nothing to do with any special characteristics of CN or of the licence agreement. Rather, it results from the fact that PWC runs the bridge on a non-profit

mule son argument relatif à la perte transférée consiste notamment à faire valoir que donner gain de cause au CN en l'espèce n'aurait pas pour effet d'élargir la responsabilité des défendeurs au-delà de celle à laquelle ils s'exposeraient normalement envers le propriétaire d'un bien commercial. Je vais examiner ces arguments à tour de rôle.

Selon le premier argument de l'intimée, si je comprends bien, le contrat prévoit que les frais de l'accident seront transmis presque automatiquement aux usagers éventuels. La réclamation du CN diffère donc de la réclamation typique pour perte relationnelle découlant d'un contrat.

Je ne trouve pas cet argument convaincant. Les tarifs ne sont pas fixés après que tous les frais ont été établis. Le Canada fixe unilatéralement le tarif pour chaque période de trois ans de la licence qui suit la période initiale de trois ans, à la lumière du principe, énoncé dans le préambule, [TRADUCTION] «du remboursement total au Canada de tous les frais d'exploitation et d'entretien du pont» (voir l'alinéa E du préambule du contrat de licence). Après chaque renouvellement du contrat, la compagnie ferroviaire jouit d'un tarif unitaire garanti pendant trois ans. Le CN risque moins de se voir transmettre les frais engagés par le propriétaire du bien que le consommateur typique qui se voit souvent transmettre les frais engagés presque immédiatement. Pour que des frais de ce genre soient transmis au CN, le tarif unitaire en vigueur doit prendre fin et le CN doit décider de renouveler le contrat pour une autre période de trois ans.

Deuxièmement, il faut noter que TPC a obtenu des dommages-intérêts en tant que propriétaire du bien dans la présente affaire. Vu que TPC a été indemnisé intégralement, aucuns frais découlant des dommages matériels en l'espèce ne seront transmis à quelqu'un d'autre, même à l'avenir. La seule perte transférée dans la présente affaire était une perte d'usage.

Troisièmement, la véritable raison pour laquelle les frais liés à la perte d'usage paraissent avoir été transmis en l'espèce n'a rien à voir avec une quelconque caractéristique spéciale du CN ou du contrat de licence. Cela découle plutôt du fait que TPC

basis. PWC did suffer a loss of use of its fee-earning capacity; its pricing policy is such that the economic value of its loss of use is zero. In most cases, the owner of a profit-making chattel damaged by the tortfeasor will suffer a loss of use in the form of reduced payments by users. Here, the loss of use appears to be transferred *in toto* only because PWC does not use the bridge to earn a profit so it incurs no financial loss owing to interruption of transit fees. PWC's pricing policy, which happens to be particularly advantageous to CN and the other users at the expense of the taxpayers of Canada, does not mean that any more transferred loss of use occurred in this case than in the typical case.

Fourth, the toll structure does not support the "unique relationship" theory since all railways were equally situated with respect to this factor. The loss of use in this case was initially spread over the four railways. A wide range of people and companies were undoubtedly affected by the unavailability of the bridge. People who contracted for carriage of their goods by the railways, for example, may well have had shipment of the goods delayed in transit. The eventual bearer of this loss would be determined by the terms of the contract of carriage.

As the appellants rightly suggest, the contract CN had for the shared use of the bridge puts it in no better position to recover its loss than a time charterer who contracts for the sole use of a vessel. Recovery has been regularly denied in the time charterer cases: see *Konstantinidis v. World Tankers Corp.* (*The World Harmony*), [1967] P. 341, at p. 362.

The unique features of the toll structure are not such as to found an alternative legally protected

exploite le pont à des fins non lucratives. TPC a effectivement subi une perte de sa capacité de toucher des redevances; sa politique d'établissement des prix est telle que la valeur économique de sa perte d'usage est nulle. Dans la plupart des cas, le propriétaire d'un bien meuble rentable qui est endommagé par l'auteur d'un délit subira une perte d'usage sous la forme d'une réduction des versements provenant des usagers. En l'espèce, la perte du droit d'usage paraît entièrement transférée uniquement parce que TPC n'utilise pas le pont pour en tirer un profit de sorte qu'il ne subit aucune perte financière due à l'interruption du versement de droits de passage. La politique de tarification de TPC, qui en l'occurrence est particulièrement avantageuse pour le CN et les autres usagers aux dépens des contribuables canadiens, ne signifie pas que la perte d'usage transférée en l'espèce est plus grande que dans le cas typique.

Quatrièmement, la structure de péage n'étaye pas la thèse du «rapport exceptionnel» puisque toutes les compagnies ferroviaires se trouvent sur un pied d'égalité en ce qui concerne ce facteur. La perte d'usage dans la présente affaire s'étendait à l'origine aux quatre compagnies ferroviaires. Une vaste gamme de personnes et de compagnies ont sans doute été touchées par l'impossibilité d'utiliser le pont. Il se peut bien, par exemple, que les gens qui avaient conclu des contrats pour le transport ferroviaire de leurs marchandises aient vu ce transport de leurs marchandises retardé. La personne qui assumerait éventuellement cette perte serait déterminée par les dispositions du contrat de transport.

Comme les appelants le suggèrent à juste titre, le contrat conclu par le CN, pour l'utilisation partagée du pont, ne le plaçait pas dans une meilleure position pour se faire indemniser de sa perte qu'un affrèteur à temps qui passe un contrat pour l'usage exclusif d'un navire. L'indemnisation a été refusée régulièrement dans les affaires d'affrèteurs à temps: voir *Konstantinidis c. World Tankers Corp.* (*The World Harmony*), [1967] P. 341, à la p. 362.

Les caractéristiques exceptionnelles de la structure de péage ne sont pas de nature à justifier

interest over and above the contractual interest of the plaintiff. *A fortiori*, they also are not such as to justify a characterization of PWC as a trustee.

The second manner in which the respondent frames its loss of use argument involves arguing that granting judgment to CN in this case would not be extending the liability of the defendants over and above what they would normally incur to the owner of commercial property. Here, the respondent essentially argues that the defendants' liability should not be reduced merely because it was fortunate enough to strike a bridge being used by railways. Had PWC, i.e., the owner, been using the bridge, it could have recovered loss of use profits as consequential economic loss.

A variant of the respondent's transferred loss argument was rejected in the *Candlewood* case, *supra*, on stronger facts for the plaintiff than in this case. There, the ship *Ibaraki Maru* was damaged in a collision with the *Mineral Transporter* owned by the defendant. The negligence of the *Mineral Transporter* was established. Repairs to the *Ibaraki Maru* were delayed for several weeks owing to labour unrest.

The plaintiff time charterer ("time charterer") was also the owner of the *Ibaraki Maru*. As owner, it had let the ship on a bareboat charter to the second plaintiff ("bareboat charterer") and by a time charter of the same date, the bareboat charterer had let it back to the owner on a time charter. The bareboat charterer had a proprietary or possessory interest and could bring an action for damage to property and for consequential economic loss. Under the terms of the bareboat charter, the bareboat charterer was liable as against the owners to bear the cost of repairs resulting from the collision. It paid this amount to the owner and collected damages for this amount from the tortfeasor. Under the terms of the time charter, the daily hire payable during the time charter was reduced while

l'existence d'un autre droit protégé par la loi en plus du droit que le contrat confère à la demanderesse. À plus forte raison, elles ne permettent pas non plus de qualifier TPC de fiduciaire.

La deuxième manière dont l'intimée formule son argument de la perte d'usage consiste notamment à faire valoir que donner gain de cause au CN en l'espèce n'aurait pas pour effet d'élargir la responsabilité des défendeurs au-delà de celle à laquelle ils s'exposeraient normalement envers le propriétaire d'un bien commercial. En l'espèce, l'intimée soutient essentiellement que la responsabilité des défendeurs ne devrait pas être réduite uniquement parce qu'ils ont eu la chance de heurter un pont utilisé par des compagnies ferroviaires. Si TPC, c.-à-d. le propriétaire, avait été l'usager du pont, il aurait pu être indemnisé de la perte de profits liés à l'interruption de l'usage du pont à titre de perte économique indirecte.

Une variante de l'argument de la perte transférée invoqué par l'intimée a été rejetée dans l'affaire *Candlewood*, précitée, où les faits étaient plus favorables à la partie demanderesse qu'en l'espèce. Dans cette affaire, le navire *Ibaraki Maru* a été endommagé lors d'une collision avec le *Mineral Transporter* qui appartenait à la défenderesse. La négligence du *Mineral Transporter* a été prouvée. Les réparations que devait subir l'*Ibaraki Maru* ont été retardées pendant plusieurs semaines à cause d'un conflit ouvrier.

L'affrètement à temps et partie demanderesse dans l'instance («l'affrètement à temps») était également propriétaire de l'*Ibaraki Maru*. À titre de propriétaire, il avait loué le navire selon un affrètement coque nue à la deuxième demanderesse («l'affrètement en coque nue») et, au moyen d'un affrètement à temps portant la même date, l'affrètement en coque nue l'avait reloué au propriétaire selon un affrètement à temps. L'affrètement en coque nue avait un droit de propriété ou de possession et pouvait intenter une action pour dommages matériels et pour perte économique indirecte. Aux termes du contrat d'affrètement coque nue, l'affrètement était tenu envers le propriétaire d'assumer les frais de réparation résultant de la collision. Il a payé ce montant au propriétaire et a obtenu de l'auteur du

the ship was undergoing repairs to about one quarter of the normal daily rate. The bareboat charterer also recovered the amounts necessary to make up the reduced payments. These findings were not challenged before the Privy Council where the case centred on the rights of recovery of the time charterer.

The time charterer claimed for the amount of hire it paid while the vessel was not operational and the profits it lost during that period. Its first argument was that its reversionary interest as owner was sufficient to ground recovery. Their Lordships rejected this contention on the ground that the claim was made in respect of losses it suffered as time charterer (at p. 18). The time charterer's second argument was that, if it had incurred the loss of use in its capacity as owner, it would have been entitled to recover the whole cost of repairing the collision damage, and also its whole loss of profits while the ship was out of service. Because the ship was subject to the bareboat charter and the time charter, the loss was divided between the bareboat charterers (as disponent owners) and the time charterers, but the loss was the same and should be recoverable by the party on whom it happened to fall. The court apparently pushed the first plaintiffs to take their argument to its logical conclusion: if there had been a chain of sub-charterers and sub-sub-charterers, each party in the chain would have been entitled to recover his particular loss. Lord Fraser of Tullybelton rejected the argument on the following grounds, at p. 19:

It may be asked, and Mr. Gleeson did ask rhetorically, why the wrongdoer should escape paying for part of the loss for which he is responsible merely because the loss is divided between two victims. One answer was given by Holmes J. in *Robins Dry Dock & Repair Co. v. Flint*, 275 U.S. 303, where he said, at p. 309:

délit des dommages-intérêts correspondant à ce montant. Aux termes de l'affrètement à temps, le loyer quotidien payable durant l'affrètement à temps a été réduit, pendant que le navire était en réparation, à environ un quart du tarif quotidien normal. L'affréteur en coque nue a également obtenu le remboursement des montants nécessaires pour suppléer aux versements réduits. Ces conclusions n'ont pas été contestées devant le Conseil privé où l'affaire a porté principalement sur les droits d'indemnisation de l'affréteur à temps.

L'affréteur à temps a réclamé le montant du loyer qu'il avait payé pendant que le navire était inutilisable et les profits qu'il avait perdus pendant cette période. Comme premier argument, il a soutenu que son droit de réversion en tant que propriétaire suffisait à justifier l'indemnisation. Les lords juges ont rejeté cette prétention pour le motif que la réclamation visait les pertes qu'il avait subies en tant qu'affréteur à temps (à la p. 18). Comme deuxième argument, l'affréteur à temps a avancé que, s'il avait subi la perte d'usage en sa qualité de propriétaire, il aurait eu droit au remboursement de la totalité des frais de réparation des dommages résultant de la collision et également de la totalité des profits perdus pendant que le navire était hors service. Vu que le navire était assujéti à l'affrètement coque nue et à l'affrètement à temps, la perte a été répartie entre les affréteurs en coque nue (à titre de propriétaires cédants) et les affréteurs à temps, mais la perte était la même et aurait dû donner lieu à indemnisation pour la partie qui l'a subie. La cour a apparemment forcé les premiers demandeurs à pousser leur argument jusqu'à sa conclusion logique: s'il y avait eu une chaîne de sous-affréteurs et de sous-sous-affréteurs, chaque maillon de la chaîne aurait eu le droit d'être indemnisé de sa propre perte. Lord Fraser of Tullybelton a rejeté l'argument pour les raisons suivantes, à la p. 19:

[TRADUCTION] On peut se demander, et M. Gleeson l'a effectivement fait pour la forme, pourquoi l'auteur du méfait éviterait d'assumer la part de la perte dont il est responsable simplement parce que la perte est répartie entre deux victimes. Une réponse a été fournie par le juge Holmes, dans *Robins Dry Dock & Repair Co. c. Flint*, 275 U.S. 303, où il a dit, à la p. 309:

“justice does not permit that the petitioner [wrongdoer] be charged with the full value of the loss of use unless there is some one who has a claim to it *as against the petitioner*” (emphasis added).

a

If the bareboat charter and the time charter are accepted as valid and effective contracts, it cannot be right to disregard them or to treat claims from parties to them as if the contracts did not exist. Another, and perhaps less technical, answer is that the argument, if accepted, would have far-reaching consequences, which would run counter to the accepted policy of the law. If this exception to the rule against allowing recovery by persons who are in merely contractual relationship with the injured party were admitted, there appears to be no reason why contracts under time charters should be treated differently in this regard from other contracts between the owner or disponent owner of a ship and other parties. In the, not uncommon, case where the damaged vessel is the subject of a chain of sub-charters and sub-sub-charters, made at different dates, some of the charters may be profitable to the charterer though the respective rates of profit may be different, and some charters may result in a loss to the charterer. Is a sub-charterer who is wholly or partly released from a loss-making charter to be expected to contribute to the damages fund, in order to relieve the wrongdoer pro tanto? That would be surprising, yet it seems to be the logical consequence of treating the damages as a fund which is divisible among those who have suffered loss in proportion to their loss. And if claims for economic loss by sub-charterers are to be admitted, why not also claims by any person with a contractual interest in any goods being carried in the damaged vessel, and by any passenger in her, who suffers economic loss by reason of the delay attributable to the collision? An exceedingly wide new range of liability would be opened up. Their Lordships accordingly reject this submission.

b

c

d

e

f

g

h

i

«la justice ne permet pas d'imputer au requérant [l'auteur du méfait] la valeur totale de la perte d'usage à moins que quelqu'un n'ait un droit d'action à cet égard *contre le requérant*» (italiques ajoutées.)

Si l'affrètement coque nue et l'affrètement à temps sont reconnus comme des contrats valides et exécutoires, il ne saurait être juste de ne pas en tenir compte ou de traiter les réclamations de parties à ces contrats comme si ces derniers n'existaient pas. Une autre réponse, peut-être moins technique, serait de dire que l'argument, s'il est admis, aurait des conséquences considérables qui iraient à l'encontre du principe reconnu en droit. Si cette exception à la règle interdisant l'indemnisation des personnes qui ont simplement un rapport contractuel avec la partie lésée était admise, il semble n'y avoir aucune raison pour laquelle les contrats sous forme d'affrètements à temps devraient être traités de façon différente à cet égard des autres contrats conclus entre le propriétaire ou le propriétaire cédant d'un navire et d'autres parties. Dans le cas fréquent où le navire endommagé est assujéti à une chaîne de sous-affrètements et de sous-sous-affrètements conclus à des dates différentes, certains des affrètements peuvent être rentables pour l'affrèteur bien que les taux respectifs de profit puissent être différents, et certains affrètements peuvent entraîner une perte pour l'affrèteur. Doit-on s'attendre à ce que le sous-affrèteur qui est libéré en totalité ou en partie d'un affrètement entraînant une perte contribue au fonds des dommages-intérêts afin de dégager d'autant l'auteur du méfait? Cela serait surprenant, mais malgré tout il semble que ce soit la conséquence logique du fait de traiter les dommages-intérêts comme un fonds qui peut être divisé entre ceux qui ont subi une perte en proportion de leur perte. Et s'il faut admettre les réclamations pour perte économique présentées par des sous-affrèteurs, pourquoi ne pas admettre également les réclamations présentées par toute personne ayant un droit découlant d'un contrat sur toutes les marchandises transportées dans le navire endommagé et par tout passager voyageant sur celui-ci, qui subit une perte économique en raison du retard attribuable à la collision? Cela donnerait lieu à un nouveau champ de responsabilité extrêmement étendu. Leurs Seigneuries rejettent donc cet argument.

Lord Fraser's speech also noted that the appeal of the argument was strong in that case because the whole loss of use fell on only two parties. In the case at bar, the loss of use fell initially on only the four railways. However, if the theory of recovery is based on a transferred loss of use rationale, there

j

Lord Fraser a également fait remarquer que cet argument avait beaucoup de poids dans cette affaire parce que la totalité de la perte d'usage était subie par seulement deux des parties. En l'espèce, la perte d'usage a été subie à l'origine par les quatre compagnies ferroviaires seulement. Toute-

is no reason to limit recovery to such cases. Obviously, all users of a damaged bridge suffer a loss of use of the bridge and damage to bridges, unlike damage to a single ship, is very likely to cause loss to a wide group of people. Difficulties of measuring, tracing, and apportioning damages would bring excessive uncertainties and complexity into damage actions, and thereby overburden the courts. There would be a significant risk of duplicate recovery. Setting up a fund to compensate all such losses in every case of transferred loss would be impractical.

fois, si la théorie de l'indemnisation est fondée sur le principe de la perte d'usage transférée, il n'y a aucune raison de limiter l'indemnisation à des affaires de ce genre. Il est évident que tous les usagers d'un pont endommagé subissent une perte d'usage du pont, et les dommages causés aux ponts, contrairement aux dommages causés à un seul navire, sont très susceptibles d'entraîner une perte pour un grand nombre de personnes. Les difficultés d'évaluation, d'identification et de répartition des dommages subis engendreraient une incertitude et une complexité excessives dans les actions en dommages-intérêts et auraient ainsi pour effet de surcharger les tribunaux. Il y aurait un risque élevé d'indemnisation en double. Il ne serait pas pratique d'établir un fonds pour l'indemnisation de toutes ces pertes dans chaque cas de perte transférée.

d

The facts in *Candlewood*, as I noted, were more favourable to the plaintiff than those in this case. The time charterer was also the actual owner. It suffered exactly the same kind of damage as the owner would suffer. It constituted a single user whereas CN is merely one of four users of the bridge. The respondent attempted to distinguish *Candlewood* on a number of grounds. They first argued that the time charterer had mere contractual rights. If a time charterer who suffers the entire loss of use has mere contractual rights, I am unable to see how a company like CN, which merely suffers a partial loss of use, has anything more. Second, it asserts that the time charterer was attempting to recover loss of profit whereas it is trying to recoup losses. This contention involves a misreading of the case: the time charterer was claiming both for the amount of hire paid whilst the vessel was not operational and for loss of profits. Its claim to recoup losses was rejected as was its claim for lost profits.

Dans l'affaire *Candlewood*, comme je l'ai mentionné, les faits étaient plus favorables à la demanderesse que ce n'est le cas en l'espèce. L'affrètement à temps était également le véritable propriétaire. Il a subi exactement le même genre de dommages que subirait le propriétaire. Il était le seul usager tandis que le CN n'est que l'un de quatre usagers du pont. L'intimée a essayé d'établir une distinction d'avec l'arrêt *Candlewood* pour un certain nombre de raisons. Elle a d'abord allégué que l'affrètement à temps possédait simplement des droits découlant d'un contrat. Si l'affrètement à temps qui subit toute la perte d'usage possède simplement des droits découlant d'un contrat, je ne puis concevoir comment une compagnie comme le CN, qui subit simplement une perte d'usage partielle, a quelque chose de plus. Deuxièmement, l'intimée affirme que l'affrètement à temps essayait de se faire indemniser de la perte de profits alors qu'elle essaie de se faire rembourser les pertes subies. Cette prétention suppose une interprétation erronée de l'affaire: l'affrètement à temps réclamait des dommages-intérêts tant pour le montant du loyer payé pendant que le navire n'était pas utilisable que pour la perte de profits. Sa demande de remboursement des pertes subies a été rejetée, tout comme l'a été sa demande d'indemnisation des profits perdus.

j

CN also attempted to distinguish the case on the ground that the defendants had no knowledge of the identity of the charterer or even that the vessel was chartered at all and that the plaintiff owned no adjacent property that was interfered with because of the negligent act; in sum, there was no special relationship. I shall deal with these arguments in Part III devoted to the special relationship question.

A time charterer typically suffers exactly the same type of damages the owner would have suffered. This gives particular force to the transferred loss argument in that context. The use value of the ship is limited to chartering fees and transport profits. The defendant would not be exposed to a different liability from that which he would ordinarily expect; see Feldthusen, *Economic Negligence*, *supra*, at p. 234. It is this similarity which explains why in certain cases in the United States, the rule against recovery by a time charterer has occasionally been relaxed. In *Venore Transportation Co. v. M/V Struma*, 583 F.2d 708 (1978), the time charterer had to continue paying charter hire during repairs. The court found that the time charterer could recover his lost charter hire but not lost profits, at pp. 710-11:

... payment for loss of use of the damaged vessel is a conventional item of recovery, and the fact that the charter party has transferred the risk of loss of use from the owner to the time charterer should not extinguish the right to a recovery of a traditional item of damages. [Emphasis added.]

I am uncertain whether it is advisable to so extend recovery to a type of damages that would normally be recovered by an owner. I am certain, however, that to extend recovery to everything that could be recovered by an owner would be impractical.

To accept wide recovery for transferred loss as proposed by the plaintiff here would have the effect of entitling the plaintiff to compensation in all cases dealing with contracts for the use of

Le CN a également essayé d'établir une distinction d'avec cette affaire pour le motif que les défendeurs ne connaissaient pas l'identité de l'affrèteur ou encore ne savaient pas que le navire avait même été affrété et que la demanderesse ne possédait aucune propriété adjacente sur laquelle il y avait eu empiétement en raison de l'acte négligent; en somme, il n'existait aucun rapport spécial. Je traiterai ces arguments dans la partie III consacrée à la question du rapport spécial.

Habituellement, l'affrèteur à temps subit exactement le même genre de dommages qu'aurait subis le propriétaire. Cela donne un poids particulier à l'argument de la perte transférée dans ce contexte. La valeur d'usage du navire se limite aux frais d'affrètement et aux profits tirés du transport. Le défendeur ne s'exposerait pas à une responsabilité différente de celle à laquelle il s'attendrait ordinairement; voir Feldthusen, *Economic Negligence*, *op. cit.*, à la p. 234. C'est cette similitude qui explique pourquoi, dans certains cas aux États-Unis, la règle interdisant l'indemnisation d'un affrèteur à temps a été parfois assouplie. Dans l'affaire *Venore Transportation Co. c. M/V Struma*, 583 F.2d 708 (1978), l'affrèteur à temps devait continuer de payer le loyer prévu dans l'affrètement durant les réparations. Le tribunal a conclu que l'affrèteur à temps pouvait être indemnisé de la perte du loyer prévu dans l'affrètement mais non des profits perdus, aux pp. 710 et 711:

[TRADUCTION] ... le paiement de la perte d'usage du navire endommagé est un poste d'indemnisation conventionnel, et le fait que la charte-partie a transféré le risque de perte d'usage du propriétaire à l'affrèteur à temps ne devrait pas éteindre le droit à l'indemnisation d'un poste traditionnel de dommages. [Je souligne.]

Je ne suis pas sûr qu'il soit souhaitable d'étendre ainsi l'indemnisation à un genre de dommages dont le propriétaire serait normalement indemnisé. Je suis toutefois certain qu'il ne serait pas pratique d'étendre l'indemnisation à tout ce dont le propriétaire pourrait être indemnisé.

Accepter une indemnisation générale de la perte transférée, comme le propose ici la demanderesse, aurait pour effet de donner au demandeur le droit d'être indemnisé dans toutes les affaires ayant trait

another's property. If loss of use is extended to include the costs of finding alternate sources for the same benefits, it goes considerably beyond what is normally payable to the owner in commercial cases, although admittedly it could be payable to the owner.

True transferred loss cases involve a claim which is in essence a claim for property damage which the owner himself would have recovered, had the loss not fallen on the plaintiff because of their contract. A true transferred loss case requires that the risk of property damage have passed, as in the case of goods damaged in transit after the risk (but not the property) has passed to the buyer. In such a case, unless the buyer is given a right of action, the carrier will be liable to neither party: not to the seller because he has suffered no loss, nor to the buyer who has no protected interest; see Fleming, *The Law of Torts* (7th ed. 1987), at pp. 164-65.

Even in that type of case, recovery was denied in the recent House of Lords decision in *Leigh and Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, *supra*, essentially on the ground that contract law provided a sufficient protection in the circumstances of that case. It was only the particular variation of the contract to which the buyers agreed that deprived them of their usual right of action.

The present is not a true transferred loss case. PWC has collected for the property damage it has sustained. The transferred loss claimed in this case is thus not with respect to the property damage claim. Rather, it is a claim for the transferred loss of use, or transferred economic loss.

In these circumstances, I fail to see how the respondent suffered a transferred loss such as to

à des contrats d'utilisation du bien d'une autre partie. S'il y a extension de la perte d'usage de manière à inclure les frais engagés pour trouver d'autres sources en vue de tirer les mêmes profits, on va bien au-delà de ce qui est normalement payable au propriétaire dans les affaires de nature commerciale quoique, de l'aveu de tous, ils pourraient être payables au propriétaire.

Les affaires où il y a une véritable perte transférée concernent une réclamation qui est essentiellement une demande d'indemnisation d'un dommage matériel dont le propriétaire lui-même aurait été indemnisé si la perte n'avait pas été subie par le demandeur en raison de leur contrat. Pour qu'il y ait véritable perte transférée, il faut qu'il y ait eu transmission du risque de dommage matériel, comme dans le cas des marchandises endommagées durant le transport après que le risque (mais non le bien) a été transmis à l'acheteur. Dans un tel cas, à moins qu'un droit d'action ne soit conféré à l'acheteur, le transporteur ne sera responsable envers aucune des parties: ni envers le vendeur parce qu'il n'a subi aucune perte, ni envers l'acheteur qui ne possède aucun droit protégé; voir Fleming, *The Law of Torts* (7^e éd. 1987), aux pp. 164 et 165.

Même dans ce genre d'affaire, l'indemnisation a été refusée dans l'arrêt récent de la Chambre des lords *Leigh and Silavan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, précité, essentiellement pour le motif que le droit des contrats fournissait une protection suffisante dans les circonstances de cette affaire. C'est seulement la variante particulière du contrat que les acheteurs ont conclu qui les privait de leur droit d'action ordinaire.

L'espèce n'est pas un cas de véritable perte transférée. TPC a été indemnisé pour le dommage matériel qu'il a subi. La perte transférée dont on réclame l'indemnisation en l'espèce ne concerne donc pas la réclamation pour dommage matériel. La réclamation vise plutôt la perte d'usage transférée ou la perte économique transférée.

Dans ces circonstances, je ne vois pas comment l'intimée a subi une perte transférée de nature à

create an alternative protected interest to its contractual interest.

Common Adventure or Joint Venture

MacGuigan J.A. refers, at p. 167, to the finding of the trial judge that recovery is supported by "the CNR's role in supplying materials and inspection and consulting services for the bridge, and CNR's preponderant usage of the bridge, recognized even in the periodic negotiations for routine maintenance closings". CN argues that these findings bring into play the "common adventure" cases: see *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265; *Aktieselskabet Cuzco v. The Sucarseco*, 294 U.S. 394 (1935).

I disagree. In my view, the appellants are correct in arguing that there was no common adventure in this case. The parties agreed that the bridge was owned, operated and maintained by the PWC. PWC was, by contract with the railways, obligated to operate and maintain the bridge.

CN's preponderant usage of the bridge and participation in negotiations over bridge closure do not justify a finding of common adventure. I can see no reason to allow recovery based simply on the plaintiff's status as a principal client. Undoubtedly, many suppliers of services consult with their principal clients with respect to planning necessary interruptions of supply so as to minimize disruption. While this is certainly good business practice, it does not establish a finding of common adventure.

CN also argues that paragraph 10 of its licence agreement (cited *supra*), together with its provision of materials for repairs, is sufficient to constitute a "common adventure" between itself and PWC. In my view, that provision is far from sufficient to create an alternative interest. While it does

créer un droit subsidiaire protégé s'ajoutant à son droit découlant du contrat.

Entreprise commune ou conjointe

À la page 167, le juge MacGuigan se reporte à la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'indemnisation est justifiée par «le rôle que joue le CN en fournissant des matériaux et des services d'inspection et de consultation pour le pont, ainsi que l'utilisation prépondérante du pont par le CN, fait qui est admis même dans les négociations périodiques en vue de la fermeture pour l'entretien habituel». Le CN soutient que ces conclusions font intervenir les cas d'«entreprise commune»: voir *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265, *Aktieselskabet Cuzco c. The Sucarseco*, 294 U.S. 394 (1935).

Je ne suis pas d'accord. À mon avis, les appellants ont raison de soutenir qu'il n'y a aucune entreprise commune en l'espèce. Les parties ont convenu que le pont était possédé, exploité et entretenu par TPC. TPC était, en vertu du contrat conclu avec les compagnies ferroviaires, tenu d'exploiter et d'entretenir le pont.

L'usage prépondérant du pont par le CN et sa participation aux négociations relatives à la fermeture du pont ne justifient pas une conclusion à l'existence d'une entreprise commune. Je ne puis voir aucune raison de permettre l'indemnisation en me fondant simplement sur le statut de client principal de la demanderesse. Il ne fait aucun doute que beaucoup de prestataires de services consultent leurs principaux clients en ce qui concerne la planification des interruptions nécessaires de fourniture de services afin d'en minimiser les effets. Bien qu'il s'agisse sûrement d'une bonne pratique commerciale, elle ne permet pas de conclure à l'existence d'une entreprise commune.

Le CN prétend également que le paragraphe 10 de son contrat de licence (précité), conjugué au fait qu'il fournit les matériaux nécessaires aux réparations, suffit pour qu'il y ait «entreprise commune» entre lui-même et TPC. À mon avis, cette disposition est loin de suffire pour créer un autre droit.

provide that CN will make emergency repairs, it provides both for prior approval and reasonable reimbursement by Canada. The consulting services, inspections, maintenance and repairs are subject to a similar regime. These provisions merely provide for the establishment of further contractual relations between CN and PWC. CN is both a supplier to PWC and a contractor for services from PWC. None of the clauses provides for any joint responsibility for property losses. It would be curious if a bridge user could found a contractual loss claim on the fortuitous circumstance that it also was the company hired to fix the bridge on occasion.

There is no case for a common adventure that equates to the relationship between ship and cargo in a general average case. In cases of common adventure, A, the ship, has suffered damage which is recoverable against the wrongdoer C. B is bound to contribute to A's loss and seeks to recover the amount of its contribution from the wrongdoer: see *The Greystoke Castle*, *supra*, at p. 304, *per* Lord Simonds (dissenting). In *The Sucarseco*, *supra*, the United States Supreme Court considered a claim by owners of undamaged cargo against the non-carrying ship arising out of a collision. The cargo owners claimed for damages in the amount of their contributions to the general average. In allowing the claim, Hughes C.J. carefully distinguished the case before him from a general contractual claim (at pp. 404-5):

This is not a case of an attempt, by reason of "a tort to the person or property of one man," to make the tortfeasor liable to another "merely because the injured person was under a contract with that other, unknown to the doer of the wrong." See *Robins Dry Dock & Repair Co. v. Flint*, 275 U.S. 303, 309; *Elliott Steam Tug Co. v. Shipping Controller* [1922] 1 K. B. 127, 139, 142; *The*

Bien que ce paragraphe prévoie effectivement que le CN effectuera les réparations d'urgence, il prévoit aussi que le Canada devra donner son approbation préalable et rembourser les frais raisonnables. Les services de consultation, les inspections, l'entretien et les réparations sont assujettis à un régime similaire. Ces dispositions prévoient simplement l'établissement de rapports contractuels supplémentaires entre le CN et TPC. Le CN est à la fois un fournisseur de TPC et une partie à un contrat pour la fourniture de services par TPC. Aucune des clauses ne prévoit une quelconque responsabilité conjointe pour les pertes matérielles. Il serait étrange que l'utilisateur d'un pont puisse fonder une réclamation pour perte découlant d'un contrat sur le fait qu'il se trouvait par hasard à être également la compagnie engagée pour réparer le pont à l'occasion.

Il n'y a aucune raison de conclure à l'existence d'une entreprise commune qui équivaille au rapport existant entre le navire et la cargaison dans une affaire d'avarie commune. Dans les cas d'entreprise commune, A, le navire, a subi des dommages qui peuvent donner lieu à une demande d'indemnisation contre C, l'auteur du méfait. B est tenu de payer sa part de la perte subie par A et il cherche à récupérer ce montant auprès de l'auteur du méfait: voir *The Greystoke Castle*, précité, à la p. 304, lord Simonds (dissident). Dans l'affaire *The Sucarseco*, précitée, la Cour suprême des États-Unis a pris en considération une réclamation présentée, à la suite d'une collision, par les propriétaires d'une cargaison indemne contre le navire qui ne la transportait pas. Les propriétaires de la cargaison réclamaient des dommages-intérêts selon le montant de leur contribution à l'avarie commune. En faisant droit à la réclamation, le juge en chef Hughes a pris soin de distinguer l'affaire dont il était saisi d'avec une réclamation générale fondée sur un contrat (aux pp. 404 et 405):

[TRADUCTION] Il ne s'agit pas ici d'une tentative, en raison de «lésions corporelles ou d'un dommage matériel causés à une personne», de rendre l'auteur du délit responsable envers une autre personne «simplement parce que la personne lésée était liée par contrat avec cette autre personne qui n'était pas connue de l'auteur du méfait.» Voir *Robins Dry Dock & Repair Co. c. Flint*,

Federal No. 2, 21 F. (2d) 313. Here, cargo as well as ship was placed in jeopardy. That jeopardy was due in part to the negligence of the vessel against which the claim is made. The fact that the vessel and the cargo under the "Jason clause" bear their proportionate shares of the expenses gives Sucarseco no ground for a contention that the expenses themselves, or the share that cargo bears, were not occasioned directly by the tort. In the light of the nature of the general average contributions, and of the event which made them necessary, the fact that they were made under the stipulation in the "Jason clause" is no more a defense to Sucarseco than is the fact that the cargo was placed on board under a contract to carry it. [Emphasis added.]

Earlier in his reasons, the Chief Justice had underlined that the Jason clause "in no way changes the essential features of general average contributions" (at p. 402). In addition to the other distinctions with respect to the case at bar, the contractual clause in these cases largely serves to reaffirm the application of a special legal regime.

The Greystoke Castle, *supra*, is very similar to *The Sucarseco* and the House of Lords in fact relied on the American case. It involves the law of general average and is easily distinguishable from this case. I would confine Lord Roche's dictum, at p. 280, to cases of general average and common adventure narrowly defined: see *Murphy v. Brentwood District Council*, *supra*, at p. 460, *per* Lord Keith. At the very least, a requirement exists that the expenses be incurred in avoiding or mitigating personal or property damage threatened by the defendant's negligence: see *Fleming*, *supra*, at p. 164.

These cases involve discretionary decisions made in the common interest that impose cost disproportionately amongst those who benefit from the decision. In the words of Hughes C.J. in *The Sucarseco*, *supra*, at pp. 402-3: "It must still appear that voluntary and successful sacrifices have been made or extraordinary expenses

275 U.S. 303, 309; *Elliott Steam Tug Co. v. Shipping Controller* [1922] 1 K. B. 127, 139, 142; *The Federal No. 2*, 21 F. (2d) 313. En l'espèce, la cargaison ainsi que le navire ont été mis en péril. Ce péril était dû en partie à la négligence du navire contre lequel la réclamation a été présentée. Le fait qu'en vertu de la «clause Jason» le navire et la cargaison assument leurs parts proportionnelles des frais ne donne à Sucarseco aucun motif de prétendre que les frais eux-mêmes, ou la part que la cargaison assume, n'ont pas été occasionnés directement par le délit. Compte tenu de la nature des contributions à l'avarie commune et de l'événement qui les a rendues nécessaires, le fait qu'elles ont été faites en vertu de la stipulation contenue dans la «clause Jason» ne constitue pas plus un moyen de défense opposable à Sucarseco que le fait que la cargaison était placée à bord en vertu d'un contrat relatif à son transport. [Je souligne.]

Antérieurement dans ses motifs, le Juge en chef avait souligné que la clause Jason [TRADUCTION] «ne change nullement les caractéristiques essentielles des contributions à l'avarie commune» (à la p. 402). En plus des autres distinctions concernant l'affaire en cause, la clause contractuelle dans ces affaires sert essentiellement à réaffirmer l'application d'un régime juridique spécial.

L'arrêt *The Greystoke Castle*, précité, ressemble beaucoup à l'arrêt américain *The Sucarseco* sur lequel la Chambre des lords s'est effectivement fondée. Il concerne la règle de l'avarie commune et peut se distinguer facilement de la présente affaire. Je restreindrais l'opinion incidente de lord Roche à la p. 280, aux cas d'avarie commune et d'entreprise commune définis strictement: voir *Murphy v. Brentwood District Council*, précité, à la p. 460, lord Keith. À tout le moins, il existe une exigence que les dépenses soient engagées pour éviter ou atténuer la menace de lésions corporelles ou de dommage matériel qui résulte de la négligence du défendeur; voir *Fleming*, *op. cit.*, à la p. 164.

Ces affaires comportent la prise, dans l'intérêt de tous, de décisions discrétionnaires qui répartissent disproportionnellement le coût parmi ceux qui tirent profit de la décision en cause. Pour reprendre les termes du juge en chef Hughes dans l'arrêt *The Sucarseco*, précité, aux pp. 402 et 403: [TRADUCTION] «Il doit encore apparaître que des sacrifices

incurred on behalf of those interested in the adventure in order to avert a common imminent peril, with resulting benefit to the adventure upon which the burden of such sacrifices and expenses appropriately rests." In my view, these general average cases are not applicable to the facts of this case. There was no common imminent peril. CN was not required to contribute to PWC's loss. The loss fell exactly where the contract between CN and PWC attributed it. It cannot suffice that losses were incurred by both parties, for that is always the case in this type of situation.

With respect to CN's voluntary contributions to bridge maintenance, which constitute the principal extra-contractual aspect of the relationship between the plaintiff and the property owner in this case, it should be remembered that CN and the other railways were paying a low price under the contract, merely sufficient to cover PWC's costs. In return, PWC's repair obligations under the contract were not particularly strict. In the event of the complete or partial destruction of the bridge or any damage thereto, the decision to replace or repair was entirely at Canada's discretion. Canada was under no obligation to rebuild, replace or repair such destruction or damage and the railway was not entitled to claim any compensation or damages. No time limits for repairs were provided for. It thus made perfect commercial sense for CN to voluntarily inspect and repair the bridge on occasion in its own interest, especially since it must, in any event, maintain the necessary manpower and equipment to repair its own bridges in the area. CN may have provided some maintenance services when it suited its purposes, but it cannot be said that CN operates and maintains the bridge. The railway had no obligation to provide any service without being paid. It also had no obligation to contribute financially in any manner to compensate any losses incurred by PWC. CN's voluntary

volontaires et fructueux ont été faits ou que des dépenses extraordinaires ont été engagées pour le compte de ceux qui sont intéressés dans l'entreprise afin d'éviter un péril commun imminent, et qu'il en a résulté un bénéfice pour l'entreprise sur laquelle repose à juste titre la charge de ces sacrifices et de ces dépenses.» À mon avis, ces cas d'avarie commune ne s'appliquent pas aux faits de l'espèce. Il n'y avait aucun péril commun imminent. Le CN n'était pas tenu de payer sa part de la perte subie par TPC. La perte est survenue exactement là où le contrat intervenu entre le CN et TPC l'a attribuée. Il ne saurait suffire que les pertes aient été subies par les deux parties, car c'est toujours le cas dans ce genre de situation.

En ce qui concerne les contributions volontaires du CN à l'entretien du pont, qui constituent le principal aspect extra-contractuel du rapport entre la demanderesse et le propriétaire du bien en l'espèce, il faudrait se rappeler que le CN et les autres compagnies ferroviaires payaient un prix peu élevé aux termes du contrat, qui suffisait simplement à permettre à TPC de rentrer dans ses frais. En retour, les obligations de réparer que le contrat imposait à TPC n'étaient pas particulièrement strictes. En cas de destruction totale ou partielle du pont ou de tout dommage causé à celui-ci, la décision de le remplacer ou de le réparer était laissée à l'entière discrétion du Canada. Le Canada n'était nullement tenu de reconstruire, de remplacer ou de réparer le pont et la compagnie ferroviaire n'était pas autorisée à réclamer une indemnité ou des dommages-intérêts. Aucun délai n'était fixé pour effectuer les réparations. Il était donc parfaitement logique, sur le plan commercial, que le CN inspecte et répare volontairement le pont à l'occasion dans son propre intérêt, étant donné particulièrement qu'il devait, de toute façon, conserver la main-d'œuvre et le matériel nécessaires pour réparer ses propres ponts dans la région. Le CN a pu fournir certains services d'entretien quand cela lui convenait, mais on ne saurait dire que le CN exploite et entretient le pont. La compagnie ferroviaire n'était nullement tenue de fournir quelque service sans rémunération. Elle n'était pas tenue non plus de contribuer financièrement de quelque

contributions are not such as to constitute a joint venture.

It remains unclear to me how the Court is to proceed to establish the existence of a joint venture other than by looking at the contractual relationship between the plaintiff and the property owner. McLachlin J. considers that the evidence in this case is sufficient to establish the existence of a joint venture. With respect, I am unable to agree. None of the traditional indicia of a joint venture is present either through contract or extra-contractually. There was no legal entity in the nature of the partnership. There was no joint undertaking of any commercial enterprise. There was no duty to share both profits and losses. In my view, where the contractual or extra-contractual relationship between the parties excludes any form of possible joint liability or contribution in cases of loss of this type, a finding of the existence of a joint venture in this context is excluded.

In conclusion, I do not find the respondent's arguments to the effect that it had more than a mere contractual interest convincing. CN's entitlement to use the bridge finds its sole source in the contract. The contract sets out the full extent of CN's rights: without the contract, CN would be trespassing. It has wisely not argued the existence of any possessory interest. Its transferred loss is merely the transfer of a loss of use and is a less compelling case for recovery than the loss incurred by a time charterer. This case does not involve a common adventure such as exists in the cases dealing with general average contributions. As a result, I cannot accept the rationale for recovery set forth by McLachlin J., at pp. 1162-63, to the effect that the purpose of allowing recovery in this case is to permit "a plaintiff whose position for practical purposes, vis-à-vis the tortfeasor, is indistinguishable from that of the owner of the damaged property, to

manière à l'indemnisation des pertes subies par TPC. Les contributions volontaires du CN sont insuffisantes pour qu'il y ait entreprise commune.

^a Je ne vois pas très bien comment la Cour va procéder pour établir l'existence d'une entreprise commune autrement qu'en prenant en considération le rapport contractuel qui existe entre la demanderesse et le propriétaire du bien. Le juge McLachlin considère que la preuve présentée en l'espèce est suffisante pour établir l'existence d'une entreprise commune. En toute déférence, je ne puis être d'accord. On ne relève aucun signe traditionnel de l'existence d'une entreprise commune que ce soit dans un contrat ou en dehors d'un contrat. Il n'existait aucune entité juridique tenant d'une société en nom collectif. Il n'y avait aucune entreprise commune de nature commerciale. Il n'y avait aucune obligation de partager les profits et les pertes. À mon avis, lorsque le rapport contractuel ou extra-contractuel qui existe entre les parties exclut toute forme de responsabilité ou contribution conjointe possible dans les cas de perte de ce genre, on ne saurait conclure à l'existence d'une entreprise commune dans ce contexte.

^f En conclusion, je ne trouve pas convaincants les arguments de l'intimée selon lesquels elle possédait plus qu'un simple droit découlant d'un contrat. Le droit du CN d'utiliser le pont trouve son unique source dans le contrat. Le contrat indique toute la portée des droits du CN: sans le contrat, le CN commettrait une violation de propriété en empruntant le pont. Il a eu la sagesse de ne pas alléguer l'existence d'un droit de possession quelconque. Sa perte transférée ne réside que dans le transfert d'une perte d'usage et constitue un cas d'indemnisation moins impérieux que la perte subie par un affréteur à temps. La présente affaire ne porte pas sur une entreprise commune telle qu'il en existe dans les cas de contributions à l'avarie commune. ⁱ Par conséquent, je ne puis admettre le principe d'indemnisation énoncé par le juge McLachlin (aux pp. 1162 et 1163) selon lequel l'indemnisation en l'espèce vise à permettre «au demandeur dont la position, à toutes fins pratiques, vis-à-vis de l'auteur du délit, ne saurait être distinguée de celle du propriétaire des biens endommagés, de

recover what the actual owner could have recovered”.

CN's recovery in the courts below, however, was not founded on a different interest than the typical contractual claimant; rather, it was founded on greater proximity with respect to the same interest. As a result, I propose to return to the issue of contractual relational economic loss. I will first examine the various proposals to relax the bright line rule. Then I will consider the rationale behind that rule in light of the proposals.

Part III: The Proposed Tests

CN argues that even if we reject its “alternative interests” argument and find its interest merely contractual, the existence of other factors is sufficient to constitute a special relationship with the tortfeasor and to ground recovery for its contractual claims in this case. In particular, it points to the high degree of subjective and objective foreseeability in this case as sufficient to constitute a special relationship between Norsk and CN, but other factors are invoked as well. The respondent does not deny the existence of the rule in *Cattle*. It contends, however, that the rationale for *Cattle* is simply that the mere disruption of contractual rights without more is insufficient to ground recovery. These arguments represent an attempt to qualify the application of the contractual relational economic loss exclusionary rule.

My colleague McLachlin J. has set forth guideposts for the search for the answer to the issue in the case at bar. In brief, she underlines the need for limits to liability, the need for the limits to be reasonably clear and the need for the rule to respond to considerations of policy and fairness. She also recognizes that a single rule for all economic loss cases is probably unattainable. I am in substantial agreement with her on these points but I consider

recouvrer ce que le véritable propriétaire aurait pu recouvrer».

Toutefois, les dommages-intérêts obtenus par le CN devant les tribunaux d'instance inférieure n'étaient pas fondés sur un droit différent de celui du réclamant typique en vertu d'un contrat; ils se fondaient plutôt sur l'existence d'un lien plus étroit en ce qui concernait le même droit. Je propose donc de revenir à la question de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. J'examinerai d'abord les diverses propositions visant à assouplir la règle de la démarcation très nette. J'étudierai ensuite le principe qui sous-tend cette règle à la lumière de ces propositions.

Partie III: Les critères proposés

Le CN soutient que, même si nous rejetons son argument fondé sur les «droits subsidiaires» et concluons que le droit qu'il possède découle simplement d'un contrat, l'existence d'autres facteurs suffit pour qu'il ait un rapport spécial avec l'auteur du délit et pour justifier qu'on fasse droit à ses réclamations fondées sur un contrat dans la présente affaire. Il attire notamment l'attention sur le fait que le degré élevé de prévisibilité subjective et objective en l'espèce suffit pour qu'il y ait un rapport spécial entre Norsk et le CN, mais d'autres facteurs sont également invoqués. L'intimée ne nie pas l'existence de la règle énoncée dans l'arrêt *Cattle*. Cependant, elle prétend que le principe établi dans cet arrêt prévoit simplement que la simple interruption de l'exercice des droits découlant d'un contrat sans plus est insuffisante pour justifier l'indemnisation. Ces arguments représentent une tentative en vue de limiter l'application de la règle d'exclusion de l'indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat.

Ma collègue le juge McLachlin a énoncé les critères applicables à la recherche d'une réponse à la question qui se pose en l'espèce. En bref, elle souligne qu'il faut fixer des limites à la responsabilité, que ces limites doivent être raisonnablement claires et que la règle doit répondre à des considérations de principe et d'équité. Elle admet également qu'il est probablement impossible de parvenir à une seule règle qui soit applicable à tous les

that a number of additional aspects are relevant to the choice of a rule in this area.

First, with respect to the need for limits to liability, it is important to underline that perfect justice is not possible in this area; it is impossible to compensate everybody who suffers loss owing to their contractual relationships with the property owner. Some losses, which were undoubtedly incurred as a result of a defendant's negligence, are going to remain uncompensated. The challenge, then, is to come up with a rule that divides the winners and the losers in the best possible manner.

A good test should distinguish on a rational basis between potential plaintiffs, all of whom were injured by the defendants' negligence. The plaintiff's proposed rule should offer a convincing and practical rationale for distinguishing its claim from those other claims, contractual or otherwise, which are to be rejected. Victims whose claims are to be denied must perceive a minimum of justice in the result. In my view, none of the theories that involve the acceptance of CN's claim but which would lead to the rejection of the claims of the other railways can be accepted as just from this perspective.

A test for recovery in cases of economic loss to contractual entitlements caused by property damage to another party should reflect the characteristics of this type of litigation, described in Feldthusen, *Economic Negligence*, *supra*, at pp. 207-8:

The defendants in this type of case are not typically heinous wrongdoers, but rather individuals and enterprises engaged in common and useful social activity. The same is true of the plaintiffs who are inadvertently harmed by some unfortunate and often inevitable consequence of modern life. Few important moral, social or symbolic issues are involved. Here, if anywhere, the economists' suggestion that the law should devise rules which permit the occasionally incompatible activities of

cas de perte économique. Je suis d'accord avec elle sur ces points, mais je considère qu'un certain nombre d'aspects supplémentaires sont pertinents quant au choix d'une règle dans ce domaine.

Premièrement, en ce qui concerne la nécessité de fixer des limites à la responsabilité, il est important de souligner que la justice parfaite n'est pas possible dans ce domaine; il est impossible d'indemniser toute personne qui subit une perte en raison des rapports contractuels qu'elle a avec le propriétaire du bien. Certaines pertes, qui sont sans doute dues à la négligence d'un défendeur, ne feront pas l'objet d'une indemnisation. Le défi consiste alors à proposer une règle qui départage le mieux possible les gagnants des perdants.

Un bon critère devrait établir une distinction logique entre les demandeurs possibles qui ont tous été lésés par la négligence des défendeurs. La règle proposée par la demanderesse devrait offrir une raison convaincante et pratique de distinguer sa réclamation d'avec les autres réclamations, fondées sur un contrat ou sur un autre intérêt juridique, qui doivent être rejetées. Les victimes dont les réclamations doivent être rejetées doivent percevoir un minimum de justice dans le jugement rendu. À mon avis, aucune des théories qui comportent l'acceptation de la réclamation du CN mais qui aboutiraient au rejet des réclamations des autres compagnies ferroviaires ne peut être considérée comme juste de ce point de vue.

Le critère applicable à l'indemnisation d'une perte économique, à l'égard de droits découlant d'un contrat, causée par un dommage matériel subi par une autre partie devrait refléter les caractéristiques de ce genre de litige, décrites par Feldthusen dans *Economic Negligence*, *op. cit.*, aux pp. 207 et 208:

[TRADUCTION] Les défendeurs dans ce genre d'affaire sont habituellement non pas des auteurs de méfait odieux, mais plutôt des individus et des entreprises engagés dans des activités sociales courantes et utiles. Il en est de même des demandeurs auxquels un préjudice est causé par inadvertance en raison de certaines conséquences malencontreuses et souvent inévitables de la vie moderne. Peu de questions morales, sociales ou symboliques importantes sont en jeu. Dans cette affaire entre

plaintiffs and defendants to continue at the lowest possible total social cost should be taken seriously. This includes rules which encourage *both parties* to take cost-efficient accident prevention measures. And in respect of the unavoidable accidents which remain, it suggests that the loss should be borne by the party who can insure against it at the lowest cost. [Emphasis in original.]

This description is pertinent in the present case. A good rule should thus place some incentive on both parties to act in an economically rational manner to reduce total accident costs.

The rule must, of course, also confront the problem of indeterminacy. It is often suggested that this is the only problem the rule must confront. This was perhaps natural in light of the importance of potential indeterminate liability in negligent misrepresentation cases and the fact that the breakthrough in allowing recovery for economic loss came in *Hedley Byrne*. However, this confusion between the two issues tended to obscure the variety of issues raised in different kinds of economic loss cases. If the principal reason lying behind the broad exclusionary rule for pure economic loss is the concern over indeterminate liability, then the exclusionary rule can be easily discarded in favour of a more direct test of whether liability would be indeterminate. The plaintiff's case here is essentially built on this proposition and they offer this Court a wide variety of factual distinctions which they contend respond to the concern about indeterminate liability. As the above discussion indicates, I do not agree with that approach; a rule in this area should serve to do more than simply exclude indeterminate liability. However, in contractual economic loss cases, the proposed rule must certainly confront this issue.

toutes, il faudrait prendre au sérieux la suggestion des économistes selon laquelle le droit devrait concevoir des règles qui permettent que les activités parfois incompatibles des demandeurs et des défendeurs se poursuivent au plus bas coût possible pour la société. Cela inclut les règles qui encouragent les *deux parties* à prendre des mesures rentables de prévention des accidents. Quant aux accidents inévitables qui restent, cette approche laisse entendre que la perte devrait être assumée par la partie qui peut s'assurer contre elle au coût le moins élevé. [En italique dans l'original.]

Cette description est pertinente en l'espèce. Une bonne règle devrait donc inciter quelque peu les deux parties à agir d'une manière rationnelle sur le plan économique afin de réduire le coût total des accidents.

Il va sans dire que la règle doit également surmonter le problème de l'indétermination. On laisse souvent entendre que c'est le seul problème que doit surmonter la règle. Cela était peut-être naturel compte tenu de l'importance de risque de responsabilité indéterminée qui existe dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence et du fait que la percée permettant l'indemnisation de la perte économique ait eu lieu dans *Hedley Byrne*. Toutefois, cette confusion entre les deux problèmes tendait à obscurcir les diverses questions soulevées dans différents genres d'affaires de perte économique. Si la principale raison qui sous-tend la règle d'exclusion de portée générale applicable à la perte purement économique est la préoccupation relative à la responsabilité indéterminée, la règle d'exclusion peut alors être facilement écartée en faveur d'un critère plus direct où il s'agirait de déterminer si la responsabilité serait indéterminée. La preuve présentée par la demanderesse en l'espèce repose essentiellement sur cette proposition et il soumet à notre Cour toute une gamme de distinctions de fait qui, d'après lui, répondent à la préoccupation exprimée au sujet de la responsabilité indéterminée. Comme l'indique l'analyse ci-dessus, je ne suis pas d'accord avec cette méthode; une règle dans ce domaine devrait faire davantage que simplement exclure la responsabilité indéterminée. Cependant, dans les cas de perte économique découlant d'un contrat, la règle proposée doit certainement surmonter ce problème.

What then does it mean for a particular liability to be determinate? The first critical question is whether the liability needs to be determinate before or after the accident. It is important to underline that since most claims of this nature occur in the commercial area, the requisite certainty should exist before the accident occurs. A company like CN should be able to consult legal counsel and receive reasonably clear advice with respect to potential recovery in the case of an accident that is as common as a ship hitting a bridge. So should a company like Burlington Northern Railway. Even more importantly, when the shoe is on the other foot, CN should also be able to get some reasonably clear guidance from counsel with respect to its potential liabilities in a case where a train derails and damages a factory. Estimating such liability is, of course, a key aspect to the pricing of insurance for potential tortfeasors. Under the exclusionary rule, liability is determinate before the accident; unless the contract is such as to create a joint venture or a possessory interest, all parties are aware that no recovery will lie for damage to those contractual interests.

The second important point is that the objection is not simply to a large number of claims since an accident may injure a large number of people or cause extensive property damage. But in physical damage cases, the number of potential first-victim claims is usually foreseeable even when large. Even more importantly, it is rare for multiple physical damage claims to ripple down a chain; physical injury to one person rarely gives rise to physical injury to others down a chain: see Stapleton, *supra*, at p. 255. Such ripple effects are on the contrary the very essence of contractual relational economic loss. The concern is that the volume of

Que faut-il alors pour qu'une responsabilité en particulier soit déterminée? La première question cruciale est de savoir si la responsabilité doit être déterminée avant ou après l'accident. Il importe de souligner que, comme la plupart des réclamations de cette nature se présentent dans le domaine commercial, la certitude requise devrait exister avant que l'accident ne survienne. Une compagnie comme le CN devrait pouvoir consulter des conseillers juridiques et obtenir des avis raisonnablement clairs en ce qui concerne l'indemnisation possible dans le cas d'un accident aussi courant que la collision d'un navire avec un pont. Une compagnie comme Burlington Northern Railway devrait pouvoir le faire également. Qui plus est, lorsque c'est l'inverse qui se produit, le CN devrait également pouvoir obtenir de conseillers juridiques des conseils assez clairs sur sa responsabilité possible dans un cas où un train déraille et endommage une usine. L'évaluation d'une telle responsabilité constitue naturellement un aspect clé de la fixation du prix de l'assurance pour les auteurs de délits éventuels. En vertu de la règle d'exclusion, la responsabilité est déterminée avant l'accident; à moins que le contrat ne soit de nature à créer une entreprise commune ou un droit de possession, toutes les parties savent qu'il n'y aura pas d'indemnisation de l'atteinte à ces droits découlant d'un contrat.

Le deuxième point important est qu'on ne s'oppose pas simplement à un grand nombre de réclamations puisqu'un accident peut blesser un grand nombre de gens ou causer des dommages matériels considérables. Mais dans les cas de préjudice physique, le nombre possible de réclamations de première victime est habituellement prévisible même s'il est élevé. Aspect plus important encore, il est rare que des réclamations pour préjudice physique se multiplient par des effets d'enchaînement; les lésions corporelles causées à une personne entraînent rarement des lésions corporelles chez d'autres par enchaînement: voir Stapleton, *op. cit.*, à la p. 255. De tels effets d'enchaînement constituent au contraire l'essence même de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. On s'inquiète de ce que le nombre de réclamations soit

claims is indeterminate and therefore difficult and expensive to insure against.

A third important consideration is the indeterminacy of each claim. Recovery for contractual expectancies requires analysis of who bore the loss. What would happen if CN effectively passed on any increased costs incurred owing to the unavailability of the bridge to its customers? Refusing to address this question could result in a very expensive tort case leading to compensation for a party who suffered no loss. In a multi-stage chain of contracts, it becomes very difficult to analyze the economic effects of an accident on a particular link in the chain. A related concern is with false or inflated claims: see *Spartan Steel, supra*.

The problem with this case from the perspective of indeterminacy is that it involves a type of accident that will very likely lead to a great number of claims. It so happens that on the facts of this case, the number of injured parties is small. The fact that Norsk was fortunate enough to hit a bridge with few users does not make its potential liability for contractual relational economic loss any less indeterminate. Its liability after the accident is, of course, determinate; but beforehand, when potential tortfeasors are looking for insurance, they and their insurance company do not know which bridge will be hit. It seems odd to establish one set of rules for negligent tortfeasors who hit busy bridges—liability for economic loss is excused because of indeterminacy—and a different set for those who hit bridges used by few users.

I turn to an examination of the proposed tests. The principal authority in the Commonwealth allowing recovery for contractual relational economic loss is *Caltex, supra*. *Caltex* involved an oil refinery and pipeline owned by the Australian Oil

indéterminé et qu'il soit donc difficile et coûteux de s'assurer contre ce risque.

Un troisième facteur important est le fait que chaque réclamation est indéterminée. L'indemnisation des attentes en matière contractuelle exige qu'on procède à une analyse afin de déterminer qui a essuyé la perte. Qu'arriverait-il si le CN transmettait effectivement à ses clients toute augmentation des frais engagés en raison de l'impossibilité d'utiliser le pont? Le refus d'aborder cette question pourrait engendrer un cas de responsabilité délictuelle très coûteux qui entraînerait l'indemnisation d'une partie qui n'a subi aucune perte. Dans une chaîne de contrats à plusieurs maillons, il devient très difficile d'analyser les effets économiques d'un accident sur un maillon donné de la chaîne. Un problème connexe se pose en ce qui concerne les réclamations fausses ou exagérées: voir l'arrêt *Spartan Steel*, précité.

Le problème que soulève la présente affaire, du point de vue de l'indétermination, est qu'il est question d'un type d'accident fort susceptible d'engendrer une multitude de réclamations. Il arrive ainsi que, suivant les faits de la présente affaire, le nombre de parties lésées soit peu élevé. Le fait que Norsk a eu la chance de heurter un pont dont le nombre d'utilisateurs était peu élevé ne rend pas moins indéterminée sa responsabilité possible à l'égard de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Sa responsabilité après l'accident est naturellement déterminée; mais lorsque les auteurs de délits éventuels veulent s'assurer, ni eux ni leur compagnie d'assurances ne savent d'avance quel pont sera endommagé. Il semble étrange d'établir une série de règles applicables aux auteurs de délits par négligence qui heurtent des ponts achalandés—la responsabilité d'une perte économique est écartée pour cause d'indétermination—et une série différente de règles applicables à ceux qui heurtent des ponts dont les usagers sont peu nombreux.

Je passe maintenant à l'analyse des règles proposées. Le principal arrêt dans le Commonwealth qui permet l'indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat est l'arrêt *Caltex*, précité. Cette affaire concernait une raffinerie

Refinery ("AOR") that carried oil to a terminal owned by the plaintiff Caltex. While oil was moving through the pipeline between the refinery and the Caltex terminal a dredge negligently damaged the pipeline. AOR was compensated for its loss as property owner.

Under the terms of the Caltex-AOR contract, the oil in the pipeline was owned by Caltex but was at the risk of AOR. Caltex claimed against the dredge and its owners for its economic loss resulting from the damage, specifically the expense to which it was put in arranging for continued supply of its terminal either by ship or road. One of the questions before the court was whether the plaintiff could recover damages for economic loss sustained as a result of damage negligently caused to the property of a third party. Although all five judges held that the right to economic loss must rest on something more than mere foreseeability they all agreed that the plaintiff must succeed. Each, however, suggested different approaches for the appropriate test to be applied. I shall examine the various proposed rules under the headings set out below.

Foreseeability of the Individual Plaintiff or of an Ascertained Class of Plaintiffs

CN heavily stressed the defendants' undoubtedly high level of subjective and objective knowledge that CN as a particular company would suffer loss. My colleague Stevenson J. relies on this factor as his principal ground for finding liability in this case. There is no question that Norsk knew and ought to have known that CN would suffer loss. Indeed, the facts reveal that the tug captain thought CN would suffer even more than it did, since he erroneously thought the bridge belonged

de pétrole et un pipeline appartenant à la compagnie Australian Oil Refinery («AOR»); le pipeline en cause servait à transporter le pétrole jusqu'à un terminal appartenant à la demanderesse Caltex. Pendant le transport du pétrole au moyen du pipeline entre la raffinerie et le terminal de Caltex, un dragueur a endommagé le pipeline par négligence. AOR a été indemnisée de sa perte en tant que propriétaire du pipeline.

Selon les modalités du contrat liant Caltex et AOR, le pétrole dans le pipeline appartenait à Caltex mais était sous la responsabilité d'AOR. Caltex a intenté une action contre le dragueur et ses propriétaires pour la perte économique découlant des dommages causés, plus précisément pour les dépenses qu'elle avait dû engager pour prendre des mesures afin de continuer d'approvisionner son terminal par bateau ou par route. L'une des questions dont la cour était saisie était de savoir si la demanderesse pouvait être indemnisée de la perte économique subie à la suite de dommages causés par négligence au bien d'un tiers. Bien que les cinq juges aient statué que le droit à l'indemnisation d'une perte économique doit reposer sur quelque chose de plus que la simple prévisibilité, ils ont tous convenu que la demanderesse devait obtenir gain de cause. Cependant, chacun a suggéré une façon différente d'aborder le critère qui devait être appliqué. Je vais examiner les diverses règles proposées sous les rubriques inscrites ci-après.

Prévisibilité d'un demandeur particulier ou d'une catégorie déterminée de demandeurs

Le CN a insisté grandement sur le niveau indubitablement élevé de connaissance subjective et objective des défendeurs que le CN en tant que compagnie particulière subirait une perte. Mon collègue le juge Stevenson invoque ce facteur comme principal motif pour conclure à la responsabilité dans la présente affaire. Il ne fait pas de doute que Norsk savait et aurait dû savoir que le CN subirait une perte. En effet, il ressort des faits que le capitaine du remorqueur pensait que le CN subirait une perte encore plus grande que celle qu'il a subie, car il croyait à tort que le pont lui

to it. I am unable to see the importance of this "excess of foresight" in policy terms, however.

First, the subjective view of the defendants with respect to the ownership of the bridge is obviously not sufficient to ground a claim. Such an error does not, of course, negate the defendants' duty with respect to the actual owner of the property. Why should it have the effect of creating new duties in the absence of a protected interest? It remains true, however, that Norsk could reasonably foresee that a specific plaintiff, CN, would suffer loss as a contractual claimant. Should this factor distinguish CN from other contractual claimants?

Two judges in *Caltex* suggested versions of an individual plaintiff test, at least one that would allow recovery in this case. At the level of a general test for all cases of pure economic loss, Mason J. adopted what can be termed the specific individual test. "A defendant", he held at p. 274, "will then be liable for economic damage due to his negligent conduct when he can reasonably foresee that a specific individual, as distinct from a general class of persons, will suffer financial loss as a consequence of his conduct". Gibbs J. also incorporated the known plaintiff test into his analysis as a necessary but not sufficient condition for liability (at p. 245). As he saw it, the existence of a common adventure or physical propinquity may have supporting roles, but are neither necessary nor sufficient. The ascertained class test would allow recovery where the defendant knows or has the means of knowing that the persons likely to be affected by his or her negligence consist of a definite number of persons.

In *Candlewood*, *supra*, at p. 24, the House of Lords rejected the individual plaintiff test and the ascertained class of plaintiffs test in the following terms:

appartenait. Toutefois, je ne puis voir l'importance de cette «prévision excessive» sur le plan des principes.

Premièrement, le point de vue subjectif des défendeurs en ce qui concerne la propriété du pont ne suffit évidemment pas à justifier une réclamation. Il va sans dire, qu'une telle erreur n'annule pas l'obligation des défendeurs en ce qui concerne le véritable propriétaire du bien. Pourquoi devrait-elle avoir pour effet de créer de nouvelles obligations en l'absence d'un droit protégé? Il reste vrai cependant que Norsk pouvait raisonnablement prévoir qu'un demandeur précis, le CN, subirait une perte en tant qu'auteur d'une réclamation fondée sur un contrat. Ce facteur devrait-il distinguer le CN d'avec d'autres auteurs de réclamations fondées sur un contrat?

Dans l'arrêt *Caltex*, deux juges ont proposé des versions d'une règle exigeant un demandeur particulier, dont l'une au moins permettrait l'indemnisation en l'espèce. Le juge Mason a adopté, en tant que règle générale applicable à tous les cas de perte purement économique, la règle dite du demandeur connu. [TRADUCTION] «Un défendeur», dit-il, à la p. 274, «sera alors responsable du préjudice économique résultant de sa conduite négligente lorsqu'il peut raisonnablement prévoir qu'une personne en particulier, par opposition à une catégorie générale de personnes, subira une perte financière du fait de sa conduite». Le juge Gibbs a également incorporé la règle du demandeur connu dans son analyse comme étant une condition nécessaire mais non suffisante de la responsabilité (à la p. 245). D'après lui, l'existence d'une entreprise commune ou d'une proximité physique peut jouer un rôle de soutien, mais elle n'est ni nécessaire ni suffisante. La règle de la catégorie déterminée, quant à elle, permettrait l'indemnisation lorsque le défendeur sait ou a le moyen de savoir qu'il y a un nombre déterminé de personnes susceptibles d'être touchées par sa négligence.

Dans l'arrêt *Candlewood*, précité, à la p. 24, la Chambre des lords a rejeté en ces termes la règle exigeant un demandeur particulier et celle exigeant une catégorie déterminée de demandeurs:

Their Lordships have carefully considered these reasons for the decision in the *Caltex* case, 136 C.L.R. 529. With regard to the reasons given by Gibbs and Mason JJ., their Lordships have difficulty in seeing how to distinguish between a plaintiff as an individual and a plaintiff as a member of an unascertained class. The test can hardly be whether the plaintiff is known by name to the wrongdoer. Nor does it seem logical for the test to depend upon the plaintiff being a single individual. Further, why should there be a distinction for this purpose between a case where the wrongdoer knows (or has the means of knowing) that the persons likely to be affected by his negligence consist of a definite number of persons whom he can identify either by name or in some other way (for example as being the owners of particular factories or hotels) and who may therefore be regarded as an ascertained class, and a case where the wrongdoer knows only that there are several persons, the exact number being to him unknown, and some or all of whom he could not identify by name or otherwise, and who may therefore be regarded as an unascertained class? Moreover much of the argument in favour of an ascertained class seems to depend upon the view that the class would normally consist of only a few individuals. But would it be different if the class, though ascertained, was large? Suppose for instance that the class consisted of all the pupils in a particular school. If it was a kindergarten school with only six pupils they might be regarded as constituting an ascertained class, even if their names were unknown to the wrongdoer. If the school was a large one with over a thousand pupils it might be suggested that they were not an ascertained class. But it is not easy to see a distinction in principle merely because the number of possible claimants is larger in one case than in the other. Apart from cases of negligent misstatement, with which their Lordships are not here concerned, they do not consider that it is practicable by reference to an ascertained class to find a satisfactory control mechanism which could be applied in such a way as to give reasonable certainty in its results.

In *Kamloops*, *supra*, Wilson J. also questioned the advisability of the individual plaintiff test. At pages 30-31, she stated:

[TRANSLATION] Leurs Seigneuries ont examiné soigneusement les motifs du jugement dans l'affaire *Caltex*, 136 C.L.R. 529. En ce qui concerne les motifs exprimés par les juges Gibbs et Mason, leurs Seigneuries ont de la difficulté à concevoir comment faire la distinction entre un demandeur pris individuellement et un demandeur en tant que membre d'une catégorie indéterminée. Le critère peut difficilement être celui de savoir si le nom du demandeur était connu de l'auteur du méfait. Il ne semble pas logique non plus que le critère dépende du fait que le demandeur soit un simple particulier. En outre, pourquoi faudrait-il faire une distinction à cette fin entre une affaire où l'auteur du méfait sait (ou a le moyen de savoir) qu'il y a un nombre déterminé de personnes susceptibles d'être touchées par sa négligence qu'il peut identifier soit par leur nom soit d'une autre façon (par exemple comme étant les propriétaires d'usines ou d'hôtels déterminés) et qui peuvent donc être considérées comme une catégorie déterminée, et une affaire où l'auteur du méfait sait seulement qu'il y a plusieurs personnes, dont il ne connaît pas le nombre exact, qu'il ne pouvait pas identifier en totalité ou en partie par leur nom ou autrement, et qui peuvent donc être considérées comme une catégorie indéterminée? De plus, l'argument en faveur d'une catégorie déterminée semble dépendre en grande partie de l'opinion selon laquelle la catégorie ne comprendrait normalement que quelques individus. Mais cela serait-il différent si la catégorie, bien que déterminée, était vaste? Supposons, par exemple, que la catégorie comprenait tous les élèves d'une école donnée. Si c'était une maternelle de seulement six élèves, ils pourraient être considérés comme formant une catégorie déterminée, même si leurs noms n'étaient pas connus de l'auteur du méfait. S'il s'agissait d'une grande école d'environ mille élèves, on pourrait laisser entendre qu'ils ne constituaient pas une catégorie déterminée. Mais il n'est pas facile de voir une distinction de principe simplement parce que le nombre de réclamants possibles est plus élevé dans un cas que dans l'autre. Sauf en ce qui concerne les cas de renseignements inexacts fournis par négligence, qui n'intéressent pas leurs Seigneuries en l'espèce, celles-ci ne considèrent pas qu'il est pratique, par rapport à une catégorie déterminée, de trouver un mécanisme de contrôle satisfaisant qui pourrait s'appliquer de façon à donner des résultats d'une certitude raisonnable.

Dans l'arrêt *Kamloops*, précité, le juge Wilson a également mis en doute l'à-propos de la règle exigeant un demandeur particulier. Aux pages 30 et 31, elle affirme:

It is quite apparent that Gibbs and Jacobs JJ., and possibly Stephen J. also, were seeking some means of permitting recovery for pure economic loss while avoiding the undesirable consequences of applying the reasonable foreseeability rule, namely indeterminate liability to an indeterminate class. They saw the solution in limiting foreseeability to specific individuals rather than members of a class. I am not sure, however, that their exception solves the problem. It may make the class determinate but it gives no guarantee that it will be small.

Both Lord Fraser of Tullybelton's unanimous opinion and Wilson J.'s majority opinion stressed the practical difficulties in applying such a test. I agree that the practical difficulties of applying such a test are considerable to say the least.

In my view, problems also exist at the level of principle. In the absence of any malicious intent on the part of the defendant, of what significance is the fact that the defendant knew that the individual plaintiff would suffer? In my view, its only role is to limit liability. The individual plaintiff or class of plaintiff or special relationship test serves a very different and more focused policy function in the context of the negligent misrepresentation cases where it has been employed: see *Hedley Byrne, supra*; *Candler v. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164. Professor Feldthusen remarks as follows on its function in those cases ((1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, at pp. 376-77):

... the duty of care is derived from a business relationship between the parties which antedates, and is independent from, the negligent act. The assumption of responsibility or special relationship duty tests and the known limited class remoteness test were developed to deal with transaction-specific negligence. The defendant makes a reflective transactional undertaking to a third party which affects (and is probably intended to affect) the plaintiff. The defendant is actually contemplating advice or service and its consequences in the transaction. It makes some sense to speak of parties known to be at risk from the contemplated transaction. The entire

Il est clair que les juges Gibbs et Jacobs, et peut-être aussi le juge Stephen, cherchaient un moyen de permettre l'indemnisation d'une perte purement financière tout en évitant les inconvénients de l'application de la règle de la prévisibilité raisonnable, savoir l'imposition d'une responsabilité indéterminée envers une catégorie indéterminée de demandeurs. Comme solution ils ont choisi de limiter la prévisibilité à des personnes précises plutôt qu'aux membres d'une catégorie de personnes. Je ne suis cependant pas certaine que leur exception résout le problème. Elle peut rendre déterminée la catégorie de personnes mais ne garantit pas qu'elle sera limitée.

Tant l'opinion unanime exprimée par lord Fraser of Tullybelton que l'opinion majoritaire du juge Wilson soulignaient les difficultés pratiques que soulève l'application d'une telle règle. Je conviens que les difficultés pratiques que soulève l'application d'une telle règle sont à tout le moins considérables.

À mon avis, il existe également des problèmes au niveau des principes. En l'absence de toute intention malveillante de la part du défendeur, jusqu'à quel point est-il important que le défendeur ait su que ce demandeur particulier subirait un préjudice? Selon moi, son seul rôle est de limiter la responsabilité. La règle exigeant un demandeur particulier ou une catégorie de demandeurs ou encore l'existence d'un rapport spécial joue un rôle de principe très différent et plus focalisé dans le contexte des affaires de déclaration inexacte faite par négligence où elle a été utilisée: voir *Hedley Byrne*, précité, *Candler c. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164. Le professeur Feldthusen fait observer ce qui suit au sujet du rôle de cette règle dans ces affaires ((1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, aux pp. 376 et 377):

[TRADUCTION] ... l'obligation de diligence découle d'un rapport commercial entre les parties qui existait avant l'acte négligent et qui est indépendant de cet acte. Les critères de l'endossement de la responsabilité ou de l'obligation découlant de l'existence d'un rapport spécial et le critère de l'éloignement d'une catégorie limitée connue ont été conçus pour traiter la négligence propre aux affaires. Le défendeur prend un engagement transactionnel réfléchi envers un tiers qui touche (et qui vise probablement à toucher) le demandeur. Le défendeur envisage des conseils ou des services et leurs conséquences sur la transaction. Il est assez logique de parler

thrust of misrepresentation and services law is to limit liability to contemplated transaction-specific situations. One may describe this in proximity language, but it is a different use of the proximity principle than in a relational case. [Emphasis added.]

Those cases involve the defendant's making a representation voluntarily. It makes sense to impose upon the defendant a requirement that he or she put his or her mind to the question of who might be affected, since the defendant has the opportunity to reflect on this issue before making the representation: see *Haig v. Bamford*, *supra*.

Here we are dealing with an accident. There is no intention to affect the plaintiff; rather the effect on the plaintiff is merely a result of the accident. Norsk cannot be said to contemplate a particular act of negligence, a particular plaintiff or a particular loss in the same sense as a bank manager who provides financial information. Knowledge of the individual plaintiff serves solely to eliminate "indeterminate liability": it operates arbitrarily both in terms of singling out defendants and in terms of singling out plaintiffs.

In the context of an accident, this criteria has thus no link with fault or with a lack of care; surely no one is suggesting tort law should strive to protect bridges with high profile users more than bridges used by anonymous users, or that defendants who damage bridges with high profile users are more guilty than others. Its sole function is to distinguish one plaintiff from another and thus "solve" the indeterminacy problem, a function that could be as effectively performed by a rule based on the colour of CN's trains.

Allowing CN's claim to be distinct from the other contractual victims by virtue of its particular foreseeability as an individual victim would in my view give rise to an unjust rule owing to its sheer arbitrariness. It serves neither to distinguish particularly meritorious victims, nor to single out partic-

de parties considérées comme étant à risque à partir de la transaction envisagée. La visée essentielle du droit régissant les déclarations inexactes et les services est de restreindre la responsabilité au contexte d'une transaction spécifique et prévue. On peut décrire cela en termes de lien étroit, mais c'est une utilisation du principe du lien étroit qui n'est pas la même que dans un cas de perte relationnelle. [Je souligne.]

Dans ces affaires, le défendeur fait une déclaration volontairement. Il est logique d'imposer au défendeur l'obligation de se demander qui pourrait être touché, puisque le défendeur a l'occasion de réfléchir à cette question avant de faire la déclaration: voir l'arrêt *Haig c. Bamford*, précité.

Il est question ici d'un accident. Il n'y avait aucune intention de toucher le demandeur; les répercussions sur celui-ci découlent simplement de l'accident. On ne peut pas dire que Norsk envisageait un acte particulier de négligence, un demandeur particulier ou une perte particulière dans le sens où le ferait un directeur de banque qui fournit des renseignements financiers. La connaissance du demandeur particulier sert uniquement à éliminer la «responsabilité indéterminée»: elle fonctionne arbitrairement tant pour départager les défendeurs que pour départager les demandeurs.

Dans le contexte d'un accident, ce critère n'a donc aucun lien avec la faute ou avec un manque de diligence; personne ne prétend que le droit de la responsabilité délictuelle devrait s'efforcer de protéger les ponts dont les usagers sont très connus encore plus que les ponts dont les usagers sont anonymes, ou que les défendeurs qui endommagent des ponts dont les usagers sont très connus sont plus coupables que les autres. Son seul rôle est de distinguer un demandeur d'un autre et de «résoudre» ainsi le problème de l'indétermination, rôle qui pourrait être joué aussi efficacement par une règle fondée sur la couleur des trains du CN.

Permettre de distinguer le CN des autres victimes en vertu d'un contrat parce qu'il était particulièrement prévisible qu'il serait une victime aurait pour effet, à mon avis, de créer une règle injuste à cause de sa nature purement arbitraire. Cela ne permet pas de discerner les victimes qui

ularly careless tortfeasors. Its sole function is to reduce the class of claimants to a small group, a function that could be equally well performed by any other factual distinction. Further, the test would have the effect of singling out the wrong parties for relief. It would offer a premium to notoriety, a premium for which I can find no legal or social justification, particularly since such persons are most likely to advert to the matter and to contract out or insure against the harm.

méritent particulièrement d'être indemnisées ou encore les auteurs de délits particulièrement négligents. Son seul rôle est de réduire à un petit groupe la catégorie des réclamants, ce que toute autre distinction factuelle permettrait aussi bien de faire. En outre, le critère aurait pour effet d'accorder l'indemnisation aux parties les moins méritantes. Il accorderait beaucoup d'importance à la notoriété, importance pour laquelle je ne puis trouver aucune justification juridique ou sociale, étant donné particulièrement que ces personnes risquent fort d'être celles qui sont les mieux placées pour mesurer le risque et de s'y soustraire par contrat ou par assurance.

The Defendant's Foresight with Respect to the Specific Nature of the Loss Incurred by the Plaintiff

The second factor put forward as founding proximity is that Norsk foresaw the specific nature of the loss incurred by CN. The argument based on the foreseeability of the specific nature of the loss would presumably found recovery for all three railroads, so it sits rather awkwardly with CN's unique relationship claim. It is also clearly insufficient to function on its own as a limit on indeterminate damages, since even if there were thousands of users of the bridge, the specific nature of the losses incurred would be foreseeable for all users. In practically all cases of this type, the defendant will be aware that the "specific nature of the loss" will be the loss of use of the property he or she has damaged.

Additionally, the tortfeasor does not actually know the specific nature of the loss, since the allocation of the loss will depend primarily on the terms of the contract between the plaintiff and the property owner as well as on other contracts between the plaintiff and the other parties. It is certain that Norsk knew that CN's use of the bridge would be interrupted. What is less clear and in fact quite doubtful is whether Norsk knew about the allocation of risk of bridge failure in the contract between CN and PWC.

La prévision par le défendeur de la nature précise de la perte du demandeur

Le deuxième facteur mis de l'avant pour justifier l'existence d'un lien étroit est que Norsk a prévu la nature précise de la perte subie par le CN. L'argument fondé sur la prévisibilité de la nature précise de la perte justifierait vraisemblablement l'indemnisation des trois compagnies ferroviaires, de sorte que cela sied plutôt mal avec la réclamation du CN fondée par ailleurs sur son unicité. Il est aussi nettement insuffisant pour limiter à lui seul les dommages indéterminés, puisque, même s'il y avait des milliers d'utilisateurs du pont, la nature précise des pertes subies serait prévisible pour tous les usagers. Dans presque toutes les affaires de ce genre, le défendeur sait que la «nature précise de la perte» sera précisément la perte d'usage du bien qu'il aura endommagé.

De plus, l'auteur du délit ne connaît pas vraiment la nature précise de la perte, puisque la répartition de la perte dépendra principalement des modalités du contrat passé entre le demandeur et le propriétaire du bien et de celles d'autres contrats passés entre le demandeur et les autres parties. Il est certain que Norsk savait que l'utilisation du pont par le CN serait interrompue. Ce qui est moins évident et, en fait, assez douteux, c'est de savoir si Norsk était au courant de la répartition du risque d'interruption de la circulation sur le pont dans le contrat intervenu entre le CN et TPC.

It is thus incorrect to say that, because Norsk knew that CN's use of the bridge would be interrupted, it knew the "precise nature of the loss" CN would incur. The precise nature of the loss, and in fact whether any loss is incurred at all, would be a result of the contractual allocation of risk, of which Norsk would normally be unaware. In many cases of contractual relational loss, the variety of contractual entitlements will be much greater and more complex.

Physical Propinquity

The third factor that is said to found proximity is the physical proximity of CN's property to the accident. CN's property is closely joined to the bridge on both sides of the river and the bridge forms an integral part of its railway network. CN relies here primarily on the judgment of Jacobs J. in *Caltex*. Jacobs J. there recognized that where the plaintiff's loss arises solely from a contractual relationship with a third party, recovery will be denied (at p. 279). However, he held, at p. 279, that if the damage arose owing to "physical effect on the person or property of the plaintiff, it will not be irrecoverable simply because it is economic loss". The judge, at p. 278, defined physical effect short of physical injury as an act or omission that prevents physical movement of a person or physical movement or operation of property. In that case, the physical effect was the immobilization of the flow of crude oil through the pipeline.

CN does not, in my view, meet this physical effect test, even if such a test were adopted. Its trains have certainly not been immobilized. Its land has not been damaged and it makes no sense to speak of its being immobilized. In the absence of such a "physical effect", physical propinquity of property cannot constitute an alternative potential interest. As the appellants rightly point out, the other railways suffered identical damages despite not owning any property in physical propinquity to the accident.

Il n'est donc pas correct de dire que, parce que Norsk savait qu'il y aurait interruption de l'utilisation du pont par le CN, elle connaissait la «nature précise de la perte» que subirait le CN. La nature précise de la perte et, en fait, la question de savoir si une perte a vraiment été subie résulteraient de la répartition contractuelle du risque, dont Norsk ne serait normalement pas au courant. Dans bien des cas de perte relationnelle découlant d'un contrat, la gamme des droits contractuels est plus étendue et plus complexe.

Proximité physique

Le troisième facteur qui, dit-on, justifie l'existence d'un lien étroit est la proximité physique entre le bien du CN et le lieu de l'accident. Le bien du CN est relié étroitement au pont des deux côtés du fleuve et le pont fait partie intégrante de son réseau ferroviaire. Le CN s'appuie ici principalement sur les motifs du juge Jacobs dans l'affaire *Caltex*. Le juge Jacobs y a reconnu que, lorsque la perte du demandeur résulte seulement d'un rapport contractuel avec un tiers, l'indemnisation est refusée (à la p. 279). Toutefois, il a conclu, à la p. 279, que, si le préjudice résulte de [TRADUCTION] «l'effet physique sur la personne ou le bien du demandeur, il ne sera pas irréparable simplement parce qu'il constitue une perte économique». À la page 278, le juge a défini l'effet physique, en dehors de la lésion corporelle ou du dommage matériel, comme un acte ou une omission qui a pour effet d'immobiliser une personne ou d'empêcher le déplacement ou l'exploitation d'un bien. Dans cette affaire, l'effet physique était l'arrêt de l'écoulement du pétrole brut dans le pipeline.

Le CN ne satisfait pas, à mon avis, à ce critère de l'effet physique, même si celui-ci était adopté. Ses trains n'ont certainement pas été immobilisés. Ses terrains n'ont pas été endommagés et il est irrationnel de dire qu'ils sont immobilisés. En l'absence d'un tel «effet physique», la proximité physique du bien ne saurait constituer un droit subsidiaire potentiel. Comme les appelants le soulignent à juste titre, les autres compagnies ferroviaires ont subi des dommages identiques même si elles ne possédaient pas un bien situé près du lieu de l'accident.

The application of this test would also lead to minimal damages even if it were met. Jacobs J. describes the damages that flow from his test as being limited to those resulting from the physical effect. In the *Caltex* case, the quantification of the damage was conceded. No inquiry was required as to whether all the crude oil for which alternative arrangement had to be made was "at the time of the incident already in physical propinquity to the place of the incident". In the case at bar, however, damages under this test would presumably be recoverable only as regards those trains that were in "physical propinquity" to the bridge when the barge hit the bridge. How close they would have to be is a matter for speculation.

My colleague McLachlin J. has adopted a geographic proximity factor as one element of her proximity analysis. With respect, I am unable to discern any policy significance in the fact that a particular plaintiff owns property in proximity to an accident.

Proximity

The fourth approach taken by the respondent is more general and involves deciding economic loss cases on the basis of proximity. To this end it puts forward not only the three above mentioned factors regarding its relationship with Norsk but also the aspects of its relationship with PWC which I examined, i.e., the alleged common adventure and the transferred loss. In fact, it provides the Court with a lengthy list of factors which, it alleges, create the necessary proximity in this case.

Stephen J. in *Caltex* adopted this approach. My colleague McLachlin J. also relies on this approach. I agree with Stevenson J. that the concept of proximity is incapable of providing a principled basis for drawing the line on the issue of liability for the reasons expressed by him (at

L'application de ce critère aboutirait également à des dommages-intérêts minimum même si on y satisfaisait. Le juge Jacobs décrit les dommages-intérêts qui découlent de son critère comme se limitant à ceux qui résultent de l'effet physique. Dans l'affaire *Caltex*, la quantification du préjudice a été concédée. Aucune enquête n'a été requise pour déterminer si tout le pétrole brut pour lequel on avait du prendre des mesures de rechange était [TRADUCTION] «déjà près du lieu de l'incident au moment où celui-ci est survenu». En l'espèce toutefois, les dommages selon ce critère, ne pourraient probablement donner lieu à indemnisation qu'en ce qui concerne les trains qui étaient «près» du pont lorsque le chaland l'a heurté. La question de savoir à quelle distance ils devraient être donne lieu à des conjectures.

Ma collègue le juge McLachlin a adopté un facteur de proximité géographique comme l'un des éléments de son analyse du lien étroit. En toute déférence, je ne puis discerner aucune importance, en principe, dans le fait qu'un demandeur particulier possède un bien situé près du lieu d'un accident.

Lien étroit

La quatrième méthode adoptée par l'intimée est plus générale et vise à trancher les cas de perte économique en fonction de l'existence d'un lien étroit. À cette fin, elle met de l'avant non seulement les trois facteurs susmentionnés relatifs à son rapport avec Norsk mais également les aspects de son rapport avec TPC que j'ai examinés, c.-à-d. l'entreprise commune alléguée et la perte transférée. En fait, elle fournit à la Cour une longue liste de facteurs qui, selon elle, créent le lien étroit nécessaire en l'espèce.

Dans l'affaire *Caltex*, le juge Stephen a adopté cette méthode. Ma collègue le juge McLachlin s'appuie également sur cette méthode. Je conviens avec le juge Stevenson que la notion de lien étroit n'est pas susceptible de fournir une justification, fondée sur des principes, qui permette de définir l'étendue de la responsabilité, pour les motifs qu'il a exprimés (à la p. 1178). Comme il le fait remar-

p. 1178). As he notes, it expresses a result, rather than a principle.

The Argument from Morality

Stephen J.'s opinion in *Caltex*, at p. 255, rejects the exclusionary rule since it possesses the "unattractive quality of being quite unresponsive to the grossness of the wrongdoer's want of care in its exclusion of non-consequential economic loss". In a similar vein, McLachlin J. at p. 1159 criticizes the contractual allocation of risk argument on the ground that it "overlooks the historical centrality of personal fault to our concept of negligence or 'delict' and the role this may have in curbing negligent conduct and thus limiting the harm done to innocent parties, not all of whom are large enterprises capable of maximizing their economic situation". With respect, liability in this particular area should not be established based on the court's perception of the extent of the defendant's moral fault.

Liability is very often vicarious in cases like the present one. Vicarious liability is not based on the breach of any personal duty owed by the employer, but on his or her employee's tort being imputed to him or her: see Fleming, *supra*, at p. 341. As Fleming notes, "[t]he hallmark of vicarious liability ... is that it is based neither on any conduct by the defendant himself nor even on breach of his own duty". This makes it unrealistic in this context to calibrate liability on the degree of fault of the tortfeasor.

Second, to the extent that the concern about fault is linked to deterrence, the deterrent effect of tort law is already present owing to the tort action of the property owner. In my view, cases like the present do not fall to be decided on the grounds of personal fault. Rather they concern the effort to

quer, elle exprime un résultat plutôt qu'un principe.

L'argument tiré de la moralité

Dans l'opinion qu'il exprime à la p. 255 de l'arrêt *Caltex*, le juge Stephen rejette la règle d'exclusion, car elle possède la [TRADUCTION] «qualité peu attrayante d'être tout à fait indifférente à l'énormité du manque de diligence de l'auteur du méfait, dans son exclusion de la perte économique non indirecte». Dans la même veine, le juge McLachlin, aux pp. 1159 et 1160, critique l'argument fondé sur la répartition contractuelle du risque pour le motif qu'il «ne tient pas compte du rôle historique central que joue la faute personnelle dans notre notion de négligence ou de «délict», et de l'effet que cela peut avoir dans la répression de la conduite négligente et ainsi dans la limitation du préjudice causé à des parties innocentes qui ne sont pas toutes de grandes entreprises capables de tirer le maximum de leur situation financière». En toute déférence, la responsabilité dans ce domaine particulier ne devrait pas s'établir en fonction de la perception qu'a le tribunal de l'étendue de la faute morale du défendeur.

La responsabilité résulte très souvent du fait d'autrui dans des cas comme la présente affaire. La responsabilité du fait d'autrui n'est pas fondée sur le manquement à une obligation personnelle de l'employeur, mais sur le délit de son employé qui lui est imputé: voir Fleming, *op. cit.* à la p. 341. Comme Fleming le fait remarquer, [TRADUCTION] «[l]a responsabilité du fait d'autrui [...] est caractérisée par le fait qu'elle ne se fonde ni sur la conduite du défendeur lui-même ni même sur le manquement par celui-ci à sa propre obligation». Il devient donc irréaliste dans ce contexte de mesurer la responsabilité d'après le degré de faute de l'auteur du délit.

Deuxièmement, dans la mesure où cette préoccupation de la faute est liée à la dissuasion, l'effet dissuasif du droit de la responsabilité délictuelle se fait déjà sentir en raison de l'action délictuelle intentée par le propriétaire du bien. À mon avis, les affaires telles que l'espèce ne doivent pas être tran-

deter accidents and to allocate losses in a reasonable and efficient manner.

chées en fonction de la faute personnelle. Elles concernent plutôt l'effort en vue de prévenir les accidents et de répartir les pertes d'une manière raisonnable et efficace.

CN's Argument

CN, of course, concedes that a line must be drawn and that not all losses can be compensated. It suggests, however, that the line be situated somewhere on the other side of its recovery. It suggests that although its own and at least some other contractually based claims should be allowed, the Court should re-erect a bright line barrier excluding all plaintiffs who are not contractually linked with the property owner victim. In particular, co-contractors of CN, whatever the circumstances with respect to foreseeability and other traditional tort doctrines, "clearly cannot recover" owing to the lack of a direct contractual relationship with PWC. It is unclear to me why drawing a new bright line around potential claimants in this manner is a significantly better solution.

Part IV: A Refined Proximity Analysis in Contractual Relational Economic Loss Cases

The crucial problem with the various formulations of the proximity test examined so far is that they look at the problem strictly from the perspective of the defendant. The defendant's negligence places it in a position of liability vis-à-vis the entire world. However, if it can show that its liability would be indeterminate, it can be excused. In my opinion, given the eminently pragmatic and policy basis of decisions about liability in this area, the situation of both the defendant and the plaintiff needs to be examined in cases of this kind. In particular, the plaintiff's ability to foresee and provide for the particular damage in question is a key factor in the proximity analysis.

L'argument du CN

Naturellement, le CN reconnaît qu'il faut tracer une ligne de démarcation et qu'il ne peut y avoir indemnisation de toutes les pertes. Cependant, il suggère que la ligne de démarcation se situe quelque part de l'autre côté de son indemnisation. Il propose que, même si sa propre réclamation fondée sur un contrat devait être accueillie à l'instar d'autres réclamations du même genre, la Cour devrait tracer de nouveau une ligne de démarcation très nette excluant tous les demandeurs qui n'ont pas de lien contractuel avec la victime propriétaire du bien. En particulier, quelles que soient les circonstances relatives à la prévisibilité et les autres théories traditionnelles en matière de responsabilité délictuelle, les cocontractants du CN [TRADUCTION] «ne peuvent sûrement pas se faire indemniser» en raison de l'absence d'un lien contractuel direct avec TPC. Je ne vois pas très bien pourquoi le fait de tracer ainsi une nouvelle ligne de démarcation très nette autour des réclamants potentiels constitue une bien meilleure solution.

Partie IV: Analyse approfondie du lien étroit dans les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat

Le problème crucial que posent les diverses formulations du critère du lien étroit examinées jusqu'ici réside dans le fait qu'elles abordent la question strictement du point de vue du défendeur. La négligence du défendeur le place en situation de responsabilité envers le monde entier. Toutefois, s'il peut prouver que sa responsabilité serait indéterminée, il peut-être excusé. À mon avis, compte tenu du fondement éminemment pragmatique des décisions sur la responsabilité dans ce domaine, il faut examiner la situation et du défendeur et du demandeur dans ce genre de cas. En particulier, la capacité du demandeur de prévoir le dommage particulier et d'y parer est un facteur clé dans l'analyse du lien étroit.

The Legitimacy of this Type of Consideration

In my view, it is legitimate to consider which party is the better loss bearer in this type of case. This term requires definition. Determining which party is best able to bear the loss essentially involves asking which party is in a better position to predict the frequency and severity of CN's economic loss when bridges are damaged, and to plan accordingly. Analysis of loss bearing ability emphasizes how the parties deal with accidents that tort law has not succeeded in preventing, rather than with preventing accidents.

The question of which party is best able to bear the loss should be distinguished from the question of which party is best able to avoid the accident's occurring. Analysis of the issues pertaining to deterrence, or accident avoidance, involves the question of the relative ability of parties to act in a way that will reduce the risk of occurrence of the type of accident in question and is widely recognized as relevant in tort law. In my view, analysis of loss bearing ability is particularly relevant in determining whether proximity exists in the context of contractual relational economic loss cases.

Tort law has not generally given much consideration to analysis of loss bearing ability. This type of approach is obviously ill-suited to personal injury cases. In property damage cases involving the primary liability of the tortfeasor, the courts have often rightly been more concerned to ensure deterrence by placing liability on the party best able to avoid the accident's occurring. Under modern conditions, deterrence may, of course, be difficult to effect through tort law; nonetheless, placing liability on the injurer serves to internalize the costs of accidents legitimately to the accident-causing activity. In many cases, loss shifting to the better loss bearer runs squarely into the powerful objection that it is not also the better risk avoider. When the case involves the question whether that

La légitimité de ce genre d'examen

D'après moi, il est légitime de se demander quelle partie est la mieux en mesure d'assumer la perte dans ce genre d'affaire. Ce mot doit être défini. Pour déterminer quelle partie est la mieux en mesure d'assumer la perte, il faut essentiellement se demander laquelle est la mieux en mesure de prévoir la fréquence et la gravité de la perte économique du CN en cas de dommages causés à des ponts, et de planifier en conséquence. L'analyse de la capacité d'assumer la perte est axée sur la façon dont les parties traitent les accidents que le droit de la responsabilité délictuelle n'a pas réussi à empêcher, plutôt que sur la façon dont elles préviennent les accidents.

Il y a lieu d'établir une distinction entre la question de savoir quelle partie est la mieux en mesure d'assumer la perte et celle de savoir quelle partie est la mieux en mesure d'éviter que l'accident ne se produise. L'analyse des questions se rapportant à la dissuasion ou à l'évitement de tout accident soulève la question de la capacité relative des parties d'agir d'une façon qui réduira le risque que le genre d'accident en question se produise, et elle est généralement reconnue comme pertinente dans le droit de la responsabilité délictuelle. À mon avis, l'analyse de la capacité d'assumer la perte est particulièrement utile pour déterminer s'il y a lien étroit dans le contexte des affaires de perte économique relationnelle découlant d'un contrat.

Le droit de la responsabilité délictuelle n'a pas accordé, en général, beaucoup d'importance à l'analyse de la capacité d'assumer la perte. Ce genre de méthode ne convient évidemment pas aux cas de lésions corporelles. Dans les affaires relatives à des dommages matériels mettant en jeu la responsabilité primaire de l'auteur du délit, les tribunaux se sont souvent davantage préoccupés à juste titre de garantir la dissuasion en imputant la responsabilité à la partie qui était la mieux en mesure d'éviter que l'accident ne se produise. De nos jours, la dissuasion peut être difficile à réaliser au moyen du droit de la responsabilité délictuelle; néanmoins, imputer la responsabilité à l'auteur du préjudice permet de rattacher légitimement le coût des accidents aux activités qui les provoquent.

party will be held liable at all, the concern for deterrence overrides the concern about loss-bearing ability. Thus, in cases involving primary liability for accidents, tort law has given priority to preventing accidents by requiring those who cause accidents to pay for their damage or more likely to pay for insurance.

Consideration of loss bearing ability is by no means entirely absent from the cases, however, and it has been increasingly recognized in recent cases. In *Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, *supra*, at p. 819, Lord Brandon relied on the fact that the plaintiff had open to it an adequate avenue of protection in contract in refusing liability. A recent article by Stapleton, *supra*, at pp. 270-71, has suggested a formulation that seems to me to encapsulate this aspect of that case and may well be of more general application, as the author suggests, in cases of economic loss. She writes:

The power of this neglected argument [that the plaintiff had available to it an adequate avenue of protection] is that it does not depend on a circular proposition about where "principle" or precedent has in the past drawn the tort boundary. It is an argument explaining where that boundary should, on clear and stated principle, be placed. In our agenda of considerations, then, about where a tort duty in respect of economic loss should be recognised, we could place alongside the necessary (but not sufficient) condition of the absence or controllability of floodgates problems, a second requirement: the necessary but not sufficient condition that the plaintiff did not have, nor could reasonably be expected to have acquired, protection against the risk of economic loss.

Dans bien des cas, le transfert de la perte à la personne qui est la mieux en mesure de l'assumer se heurte de plein fouet à la puissante objection selon laquelle elle n'est pas en même temps la mieux en mesure d'éviter le risque de perte. Lorsque l'affaire porte sur la question de savoir si cette partie sera tenue responsable ou non, la préoccupation de dissuader l'emporte sur celle de la capacité d'assumer la perte. Ainsi, dans les affaires portant sur la responsabilité primaire des accidents, le droit de la responsabilité délictuelle a donné la priorité à la prévention des accidents en exigeant de ceux qui causent des accidents qu'ils paient pour les dommages qu'ils causent ou, plus vraisemblablement, qu'ils s'assurent contre l'éventualité de tels dommages.

Cependant, l'examen de la capacité d'assumer la perte n'est pas tout à fait absent de la jurisprudence et il a été de plus en plus admis dans la jurisprudence récente. Dans l'arrêt *Leigh and Sillavan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, précité, à la p. 819, lord Brandon s'est fondé sur le fait que le demandeur disposait d'un moyen adéquat de protection dans le contrat en refusant toute responsabilité. Dans un article récent, *loc. cit.*, aux pp. 270 et 271, Stapleton a proposé une formulation qui me semble résumer cet aspect de cette affaire et qui peut bien s'appliquer de manière plus générale, comme le laisse entendre l'auteur, dans les cas de perte économique. Elle écrit:

[TRADUCTION] La force de cet argument négligé [selon lequel le demandeur disposait d'un moyen adéquat de protection] réside dans le fait qu'il ne dépend pas d'une proposition sophistiquée au sujet de l'endroit où le «principe» ou le précédent a, dans le passé, tracé la limite de la responsabilité délictuelle. C'est un argument qui explique où, selon un principe clair et explicite, cette limite devrait être tracée. Alors, dans notre examen des cas où il y a lieu de reconnaître une obligation en matière délictuelle en ce qui a trait à la perte économique, nous pourrions placer à côté de la condition nécessaire (mais non suffisante) de l'absence de problèmes d'avalanche de poursuites ou de la possibilité de les contrôler, une deuxième condition nécessaire mais non suffisante: savoir que le demandeur ne s'était pas protégé contre le risque de perte économique et qu'on ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce qu'il le fasse.

In *Smith v. Bush*, [1990] 1 A.C. 831 (H.L.), the House of Lords, in allowing recovery in a case where a purchaser acquired defective property in reliance on the competence of a professional adviser, considered whether the plaintiff could have protected herself by contract. Prompted by the *Unfair Contract Terms Act 1977*, 1977 (U.K.), c. 50, the House expressly acknowledged the difficulty purchasers of small houses have in affording a second survey. The issue of indeterminacy became by the same token of lesser concern, since the ambit of liability was confined to a relevant vulnerable sub-set of property acquirers—those buying modest dwellings: see Stapleton, *supra*, at pp. 278-79. Moreover, as I noted in reference to comparative law, in those systems that in theory allow recovery for relational economic loss, recovery has apparently been denied in some cases where the plaintiff had adequate means of protecting itself.

Increasingly, our courts have openly addressed the issue of insurance as one of these policy concerns. In *Lamb v. Camden London Borough Council*, [1981] Q.B. 625 (C.A.), at pp. 637-38, Lord Denning M.R. wrote as follows:

On broader grounds of policy, I would add this: the criminal acts here—malicious damage and theft—are usually covered by insurance. By this means the risk of loss is spread throughout the community. It does not fall too heavily on one pair of shoulders alone. The insurers take the premium to cover just this sort of risk and should not be allowed, by subrogation, to pass it on to others It is commonplace nowadays for the courts, when considering policy, to take insurance into account. It played a prominent part in *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* [1980] A.C. 827. The House of Lords clearly thought that the risk of fire should be borne by the fire insurers who had received the full premium for fire risk—and not by Securicor's insurers,

Dans l'arrêt *Smith c. Bush*, [1990] 1 A.C. 831 (H.L.), la Chambre des lords, en permettant l'indemnisation dans une affaire où une personne avait acheté un bien défectueux en se fiant à la compétence d'un conseiller professionnel, s'est demandé si la demanderesse aurait pu se protéger au moyen d'un contrat. Incitée par l'*Unfair Contract Terms Act 1977*, 1977 (R.-U.), ch. 50, la Chambre a reconnu expressément la difficulté que les acheteurs de petites maisons ont à se payer une deuxième visite d'expert. La question de l'indétermination est devenue par le fait même moins préoccupante, vu que l'étendue de la responsabilité a été limitée à un sous-ensemble vulnérable et pertinent d'acquéreurs de propriétés—ceux qui achètent des habitations modestes; voir Stapleton, *loc. cit.*, aux pp. 278 et 279. En outre, comme je l'ai mentionné en ce qui concerne le droit comparé, dans les systèmes qui, en théorie, permettent l'indemnisation de la perte économique relationnelle, l'indemnisation a apparemment été refusée dans certains cas où le demandeur avait des moyens suffisants de se protéger.

Nos tribunaux ont de plus en plus abordé ouvertement le problème de l'assurance comme l'une de ces questions de principe. Dans l'arrêt *Lamb c. Camden London Borough Council*, [1981] Q.B. 625 (C.A.), aux pp. 637 et 638, le maître des rôles Denning écrit ceci:

[TRADUCTION] Pour des raisons de principe plus générales, j'ajouterais ceci: les actes criminels en l'espèce—vol et dommages causés dans l'intention de nuire—sont habituellement couverts par l'assurance. Par ce moyen, le risque de perte est réparti dans toute la société. Il ne repose pas trop lourdement sur les épaules d'une seule personne. Les assureurs perçoivent la prime afin de couvrir justement ce genre de risque et ne devraient pas pouvoir, par subrogation, le transmettre à d'autres. [. . .] Il est courant, de nos jours, que les tribunaux, lorsqu'ils examinent une question de principe, tiennent compte de l'assurance. Elle a joué un rôle prépondérant dans *Photo Production Ltd. c. Securicor Transport Ltd.* [1980] A.C. 827. La Chambre des lords a cru manifestement que le risque d'incendie devrait être assumé par les assureurs contre les incendies qui ont reçu la pleine prime pour le risque d'incendie—et non par les assureurs de Securicor qui avaient reçu seulement une

who had only received a tiny premium. That, too, was a policy decision. . . .

So here, it seems to me that if Mrs. Lamb was insured against damage to the house and theft, the insurers should pay the loss. If she was not insured, that is her misfortune.

See also Fleming, *supra*, at p. 202 and p. 224.

The judges in *Caltex* implicitly or explicitly deny the importance of insurance considerations in resolving the pragmatic question of where to draw the line in this type of case. Four of the five judgments did not consider insurance issues at all. Stephen J. explicitly denies the court any role in this regard. In his view, the task of the courts remains that of fixing loss rather than spreading loss, and if this is to be altered it is a matter for direct legislative action rather than for the courts (at p. 265).

With respect, I do not agree with Stephen J. that the consideration of insurance changes the task of the courts from loss fixing to loss spreading. Insurance considerations are merely one element in an analysis of where it is appropriate to fix the loss, in a case where a solution is necessarily pragmatic. Many of the extensions of tort liability that have occurred over the last 50 years would have been inconceivable in the absence of insurance. Many cases have referred to insurance considerations to justify extending liability: see, for example, Laskin J. in *Rivtow*, *supra*, at p. 1221. To reject, as does Stephen J., the open consideration of insurance as "covert judicial action" is paradoxical, since what is proposed is to bring insurance considerations into the open rather than merely expressing conclusions in terms of proximity. Fleming notes that Stephen J.'s concern that the new policy dimension may appear more germane to the legislative than to the judicial function, but responds, in my view accurately, that "the change in perspective is dictated by inescapable external developments, to ignore which would be deliberately short-sighted and self-defeating": see Fleming, *supra*, at p. 11. I agree with my colleagues McLachlin J. and

prime minime. Cela, également, était une décision de principe . . .

Ainsi en l'espèce, il me semble que, si M^{me} Lamb était assurée contre les dommages à sa maison et contre le vol, les assureurs devraient rembourser la perte. Si elle n'était pas assurée, tant pis pour elle.

Voir également Fleming, *op. cit.*, aux pp. 202 et 224.

Dans l'arrêt *Caltex*, les juges ont nié implicitement ou explicitement l'importance des considérations en matière d'assurance pour résoudre la question pragmatique de savoir où tracer la ligne de démarcation dans ce genre d'affaire. Quatre des cinq juges n'ont absolument pas tenu compte des questions d'assurance. Le juge Stephen refuse expressément de reconnaître à la cour tout rôle à cet égard. Selon lui, la tâche des tribunaux consiste toujours à déterminer qui doit essuyer la perte et non pas à répartir la perte; si cela doit changer, selon lui, c'est au législateur qu'il incombe d'agir directement et non pas aux tribunaux (à la p. 265).

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec le juge Stephen pour dire que la prise en considération de l'assurance fait passer la tâche des tribunaux de l'attribution de la perte à sa répartition. Les considérations en matière d'assurance ne représentent que l'un des éléments d'une analyse de la question de savoir à qui il convient d'attribuer la perte, dans une affaire où toute solution est nécessairement pragmatique. Bon nombre des extensions de la responsabilité délictuelle qui sont survenues au cours des 50 dernières années auraient été inconcevables en l'absence de l'assurance. Dans un grand nombre d'affaires, on s'est reporté à des considérations en matière d'assurance pour justifier l'extension de la responsabilité: voir, par exemple, le juge Laskin dans l'arrêt *Rivtow*, précité, à la p. 1221. Refuser, comme le fait le juge Stephen, que l'assurance soit ouvertement prise en considération parce que ce serait une «action judiciaire voilée» est paradoxal, puisque ce qu'on propose, c'est de rendre publiques les considérations en matière d'assurance plutôt que de simplement formuler des conclusions fondées sur le lien étroit. Fleming constate l'inquiétude du juge Stephen que la nouvelle dimension de principe puisse sembler

Stevenson J. that insurance deserves to be considered in cases of this kind; however, I disagree with them as to its relevance.

In the context of contractual relational economic loss, policy concerns with respect to which party can best bear the loss are particularly important for three reasons. First, policy concerns with respect to deterrence and cost internalisation are generally at least substantially met by the tortfeasor's primary liability to the property owner. In cases where the property damage is inconsequential, it might make sense to impose additional liability on deterrence grounds; that is not the case here, however, and I expressly reserve that question.

Second, they can be raised since current law denies recovery; rather than pose the risk of a revolutionary result, the approach merely articulates another policy lying behind a well-established rule. In some areas of the law, an examination of relative loss bearing ability might lead to arguments for fundamental changes in the law, changes best left to Parliament. Here, however, such considerations simply serve to establish a new rationale, or perhaps more accurately, to articulate explicitly an underlying rationale for a long-standing rule in an area of the law where the importance of policy considerations is now clearly recognized. As the law of torts has evolved, the courts have not been averse to modifying their mode of analysis of cases and have not waited for the legislature to do so. One imagines with difficulty a statute henceforth

se rapporter davantage au pouvoir législatif qu'au pouvoir judiciaire, mais il répond, correctement à mon avis, que [TRADUCTION] «le changement de perspective est dicté par des changements externes inévitables, et les ignorer reviendrait à manquer délibérément de clairvoyance et à aller à l'encontre du but recherché»: voir Fleming, *op. cit.*, à la p. 11. Je conviens avec mes collègues les juges McLachlin et Stevenson que la question de l'assurance mérite d'être considérée en pareils cas; cependant, je ne suis pas d'accord avec eux quant à sa pertinence.

Dans le contexte de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat, les préoccupations de principe quant à la partie qui est la mieux en mesure d'assumer la perte revêtent une importance particulière pour trois raisons. Premièrement, les préoccupations de principe relatives à la dissuasion et au désir de faire supporter le coût des accidents par ceux qui profitent des activités qui les provoquent sont généralement tout au moins dissipées en grande partie par la responsabilité primaire de l'auteur du délit envers le propriétaire du bien. Dans les affaires où le dommage matériel est minime, il pourrait être logique d'imposer une responsabilité supplémentaire pour des motifs de dissuasion; toutefois, ce n'est pas le cas en l'espèce et je mets expressément cette question de côté.

Deuxièmement, ces considérations peuvent être évoquées vu que le droit, dans son état actuel, refuse l'indemnisation; plutôt que risquer d'entraîner un résultat révolutionnaire, cette méthode ne fait qu'énoncer un autre principe qui sous-tend une règle bien établie. Dans certains domaines du droit, un examen de la capacité relative d'assumer la perte pourrait conduire à des arguments en faveur de modifications fondamentales du droit, qu'il incombe davantage au législateur d'apporter. En l'espèce, cependant, de telles considérations servent seulement à établir une nouvelle justification, ou peut-être plus exactement, à exprimer expressément un principe sous-jacent d'une règle qui existe depuis longtemps dans un domaine du droit où l'importance des questions de principe est maintenant clairement reconnue. Dans l'évolution du

requiring the courts to take such considerations into account.

Finally, in this field the crucial problem remains that of limiting liability. All recognize that recovery of this type of claim must remain exceptional, if only because the potential number of claims of this type is practically unlimited. In these circumstances, a significantly higher threshold for recovery is, in my view, entirely justified. In other areas of tort law, where the trend has been towards extending liability, placing an onus on the plaintiff is inconceivable. In this area, however, there is an overriding need for strict controls on potential liability.

In my view, it is legitimate for these reasons to consider explicitly the ability of the plaintiff to bear the risk of loss in this type of case.

Turning then to an application of these criteria to this case, a determination of which party is the better loss bearer is relatively straightforward. CN is undoubtedly in a better position to bear the loss than Norsk. First, in light of the significant information available regarding bridge failure and CN's long use of the bridge, CN was probably at least equally competent in terms of estimating the potential risks of bridge failure. This aspect seems to me to be clear in light of the facts.

Second, CN would clearly be in a better position than PWC to estimate the potential costs of bridge failure to CN's operations. CN knows exactly how much use it gets out of the various bridges crossed by its trains. It also knows what the alternatives are in cases of bridge failure. Norsk, of course, is very poorly placed to estimate the value of the use that various people and companies get out of the bridges that cross the rivers its tugs sail on. It is

droit de la responsabilité délictuelle, les tribunaux n'ont pas répugné à modifier leur façon d'analyser les cas et n'ont pas attendu que la législature les invite à le faire. Il est difficile d'imaginer une loi qui exigerait désormais que les tribunaux tiennent compte de telles questions.

Enfin, dans ce domaine, le problème crucial demeure la limitation de la responsabilité. Tous reconnaissent que l'indemnisation en pareils cas doit rester exceptionnelle, ne serait-ce que du fait que le nombre potentiel de réclamations de ce genre est quasi illimité. Dans ces circonstances, un seuil d'indemnisation beaucoup plus élevé est, à mon avis, entièrement justifié. Dans d'autres domaines du droit de la responsabilité délictuelle, où on a eu tendance à étendre la responsabilité, il est inconcevable d'imposer une obligation au demandeur. Dans ce domaine, cependant, il y a un besoin primordial de contrôle strict de la responsabilité potentielle.

J'estime que, pour ces raisons, il est légitime d'examiner expressément la capacité du demandeur d'assumer le risque de perte dans ce genre d'affaire.

Si on passe alors à l'application de ces critères à la présente affaire, il est relativement simple de déterminer quelle partie est mieux en mesure d'assumer la perte. Il n'y a pas de doute que le CN est mieux en mesure que Norsk d'assumer la perte. Premièrement, compte tenu de l'abondance des renseignements disponibles quant au risque d'interruption de la circulation sur le pont et de la longue utilisation du pont par le CN, ce dernier était probablement au moins aussi qualifié pour évaluer ce risque. Cet aspect me semble clair compte tenu des faits.

Deuxièmement, le CN serait manifestement mieux en mesure que TPC d'évaluer les coûts éventuels, sur le plan de ses propres opérations, de l'impossibilité d'utiliser le pont. Le CN sait exactement quelle utilisation il fait des différents ponts qu'empruntent ses trains. Il sait également quelles sont les solutions de rechange en cas d'impossibilité d'utiliser un pont. Norsk est, naturellement, très mal placée pour évaluer l'utilisation que diver-

also poorly placed to estimate the potential costs to those users of an interruption in bridge service. Unlike the first factor, which depends to a large degree on the facts of each case, this factor tends to weigh heavily in favour of the defendant in almost every case of this type.

ses personnes et compagnies font des ponts qui enjambent les cours d'eau sur lesquels naviguent ses remorqueurs. Elle est également mal placée pour évaluer les frais possibles que l'interruption de la circulation sur le pont entraînera pour ces usagers. Contrairement au premier facteur qui dépend en grande partie des faits de chaque affaire, ce facteur tend à favoriser énormément le défendeur dans presque tous les cas de ce genre.

Third, CN was better placed to protect itself from the consequences of those losses. This point requires further discussion. It is hard to imagine a more sophisticated group of plaintiffs than the users of railway bridges. These parties have access to the full range of protective options: first party commercial insurance or self-insurance, contracts both with the bridge owner and with the railway's customers.

Troisièmement, le CN était mieux en mesure de se prémunir contre les conséquences de ces pertes. Cet aspect mérite une analyse plus approfondie. Il est difficile d'imaginer un groupe de demandeurs plus avisés que les usagers de ponts ferroviaires. Ces parties ont accès à toute la gamme des protections possibles: l'assurance commerciale de première partie ou l'autoassurance, les contrats conclus avec le propriétaire du pont et les clients de la compagnie ferroviaire.

Insurance

Assurance

My colleague McLachlin J. rejects the idea that insurance considerations justify a denial of liability and relies on an article by Bishop: see Bishop, "Economic Loss in Tort" (1982), 2 *Oxf. J. Legal Studies* 1. Bishop argues that the insurance argument must overcome two difficulties in the context of economic loss. First, he states that to eliminate recovery for economic loss would reduce the incentive to take care. With respect, I do not find this argument persuasive in the context of relational economic loss cases, since the primary liability of the tortfeasor to the owner of the bridge is largely sufficient to create incentives to take care. This, as I noted earlier, is one of the key distinguishing features that justifies separate treatment of relational economic loss cases.

Ma collègue le juge McLachlin rejette l'idée que les considérations en matière d'assurance justifient une dénégation de responsabilité et elle s'appuie sur un article de Bishop: voir Bishop, «Economic Loss in Tort» (1982), 2 *Oxf. J. Legal Studies* 1. Bishop soutient que l'argument de l'assurance doit surmonter deux difficultés dans le contexte de la perte économique. Premièrement, il déclare que l'élimination de l'indemnisation de la perte économique contribuerait à réduire l'incitation à faire preuve de diligence. En toute déférence, je ne trouve pas cet argument convaincant dans le contexte des affaires de perte économique relationnelle, puisque la responsabilité primaire de l'auteur du délit envers le propriétaire du pont est amplement suffisante pour inciter à faire preuve de diligence. Il s'agit, comme je l'ai mentionné précédemment, de l'une des caractéristiques clés qui justifie que l'on traite séparément les affaires de perte économique relationnelle.

Bishop's second argument is that insurance is unavailable at reasonable cost. He argues in particular that insurance for loss of profits is not available. Insurance companies understandably refuse to insure profitability. However, that is not the issue

Selon le deuxième argument de Bishop, l'assurance n'est pas disponible à un coût raisonnable. Il fait valoir notamment qu'il n'existe pas d'assurance contre la perte de profits. Les compagnies d'assurances refusent, comme on peut facilement

here. CN is not claiming for loss of profit, but rather for the costs occasioned by the interruption of its access to the bridge. That risk is analogous to a business interruption. Many businesses have interruption insurance covering interruption caused by factors others than breach of contract: see Waddams, *The Law of Damages* (2nd ed. 1991), at § 14.330. Even if insurance is not available in the commercial market, CN is ideally situated to self-insure.

Undoubtedly in certain cases, an affected business will not have purchased insurance. However, as James has noted, if the business community accepts a rule of non-liability for indirect economic losses without securing insurance protection against them by a relatively inexpensive method, then this fact at least suggests that these losses do not present a social problem serious enough to justify the cost to society in providing for their compensation by the most expensive method in its arsenal—liability based on fault: see James, *supra*, at p. 114. In other words, if the business community is insured, then there is no point in shifting the loss from one insurance company to another at high cost. If the business community is not insured, then that reveals that other ways of defraying such losses are perceived as superior to insurance and the problem is not that serious.

Conclusions about the insurance market are of course somewhat tentative and it would behoove lawyers, as Atiyah notes, to inform themselves about fundamental matters of insurability in new tort cases and to see to it that courts are also informed: see Atiyah, "Note: Economic Loss in the United States" (1985), 5 *Oxf. J. Legal Studies* 485. However, the weight of opinion is certainly to the effect that first-party insurance is a cheaper and more effective method of protecting against loss than liability insurance, particularly where the liability is of uncertain amount; see *Photo Production*

le comprendre, d'assurer la rentabilité. Toutefois, telle n'est pas la question en l'espèce. L'action du CN n'est pas en indemnisation de la perte de profits, mais plutôt en indemnisation des coûts occasionnés par l'impossibilité dans laquelle il se trouvait d'utiliser le pont. Ce risque est analogue à une interruption des affaires. Beaucoup d'entreprises possèdent une assurance contre les interruptions causées par des facteurs autres qu'une rupture de contrat: voir Waddams, *The Law of Damages* (2^e éd. 1991), au § 14.330. Même si l'assurance n'est pas disponible sur le marché, le CN est très bien placé pour s'assurer lui-même.

Il n'y a pas de doute que, dans certains cas, une entreprise touchée n'aura pas souscrit d'assurance. Cependant, comme James l'a fait remarquer, si le milieu des affaires admet une règle de non-responsabilité pour les pertes économiques indirectes sans l'obtention d'une couverture d'assurance contre elles par une méthode relativement peu onéreuse, ce fait semble au moins indiquer que ces pertes ne présentent pas un problème social suffisamment grave pour justifier le coût qu'entraînerait pour la société leur indemnisation au moyen de la méthode la plus onéreuse de son arsenal—la responsabilité fondée sur la faute: voir James, *op. cit.*, à la p. 114. En d'autres termes, si le milieu des affaires est assuré, il n'y a alors aucune raison de transférer à prix élevé la perte d'une compagnie d'assurances à une autre. Si le milieu des affaires n'est pas assuré, cela indique que d'autres moyens de défrayer ces pertes sont considérés comme supérieurs à une assurance et que le problème n'est pas si grave.

Il va sans dire que les conclusions sur le marché des assurances sont quelque peu sujettes à révision, et, comme le souligne Atiyah, il conviendrait que les avocats s'informent des questions fondamentales d'assurabilité dans les nouvelles affaires de responsabilité délictuelle et veillent à ce que les tribunaux en soient également informés; voir Atiyah, «Note: Economic Loss in the United States» (1985), 5 *Oxf. J. Legal Studies* 485. Toutefois, l'opinion va certainement dans le sens que l'assurance de première partie est un moyen moins coûteux et plus efficace de se protéger contre les

Ltd. v. Securicor Transport Ltd., [1980] A.C. 827, at p. 851; Smillie, "Negligence and Economic Loss" (1982), 32 *U.T.L.J.* 231, at pp. 240-42; James, *supra*, at pp. 113-16. In my opinion, the burden of showing otherwise must rest on those who would have the court overturn a long-standing rule excluding recovery.

Contract

I agree with McLachlin J. that in many cases the contractual allocation of risk does not supply a rationale for refusing recovery. Inequality of bargaining power is in fact only one of a number of reasons why contract may not be a real alternative in a given case. In many cases, protecting oneself from economic losses through contract is not possible. In the cases involving interruptions in services provided by utilities, the service is often supplied by a monopoly supplier on standard form contracts. Any shifting of the risk from consumer to utility company may even be statutorily excluded. Such cases involve contracts in name only. Or again, the risk which materializes may be so unusual that the parties never contemplated it. Though there may be other reasons for denying liability, in all of these cases the argument from the contractual allocation of risk is not convincing.

In this case, however, it is. The facts in this case establish that all parties were well aware of the risk of bridge failure. CN knew what it was doing. The very bridge at issue here had been damaged on a number of previous occasions, and various studies of the problem had been carried out. CN participated actively in at least one of these studies. CN was even aware of the traditional legal rule; as I noted, it brought a very similar claim for bridge failure in similar circumstances in 1973 for which recovery was denied.

perles que l'assurance-responsabilité, particulièrement lorsque le montant de la responsabilité est incertain: voir *Photo Production Ltd. c. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827, à la p. 851; Smillie, «Negligence and Economic Loss» (1982), 32 *U.T.L.J.* 231, aux pp. 240 à 242; James, *op. cit.*, aux pp. 113 à 116. À mon avis, la charge de prouver le contraire doit incomber à ceux qui feraient renverser par les tribunaux une règle qui interdit depuis longtemps l'indemnisation.

Contrat

Je conviens avec le juge McLachlin que, dans bien des cas, la répartition contractuelle du risque ne justifie pas le refus d'accorder une indemnité. L'inégalité du pouvoir de négociation est, en fait, une seule parmi un certain nombre de raisons pour lesquelles le contrat ne peut pas constituer une véritable solution de rechange dans une affaire donnée. Dans bien des cas, il n'est pas possible de se protéger des pertes économiques au moyen d'un contrat. Dans les cas d'interruptions de services publics, ils sont alors souvent assurés par un fournisseur monopoliste selon des contrats d'adhésion. Tout transfert du risque du consommateur à la compagnie de services publics peut même être interdit par la loi. Les contrats en question dans ces affaires n'ont du contrat que le nom. Ou encore une fois, le risque qui se concrétise peut être si inhabituel que les parties ne l'ont jamais envisagé. Quoiqu'il puisse exister d'autres raisons de nier la responsabilité, dans tous ces cas l'argument tiré de la répartition contractuelle du risque n'est pas convaincant.

Dans la présente affaire, cependant, il l'est. Les faits en l'espèce établissent que toutes les parties étaient bien au courant du risque d'impossibilité d'utiliser le pont. Le CN savait ce qu'il faisait. Le pont en question avait été endommagé à un certain nombre de reprises auparavant et diverses études du problème avaient été effectuées. Le CN a participé activement à au moins une de ces études. Le CN était même au courant de la règle juridique traditionnelle; comme je l'ai mentionné, il a présenté une réclamation très similaire pour impossibilité d'utiliser le pont dans des circonstances analogues en 1973 et l'indemnisation a alors été refusée.

The risk of bridge failure could have been borne by PWC, which also has a right of action in tort. The economic losses of contractual users of the bridge would then likely have been made good under the contract. The property owner is able to collect these losses from the tortfeasor subject to the limiting principles of tort damages. If PWC contracted to provide bridge services and is unable to do so because of the negligence of the tug and has to pay damages as a result, it can collect for those damages from the tug owner: see Fleming, *supra*, at p. 226. Liability in the contractual relational economic loss case is channelled rather than denied.

In many cases, contracting parties are not willing to insure performance; the contractual allocation of risk in this case is probably typical in that risk is allocated to the potential victim of interrupted service, who benefits from a lower price and who is best placed to take other measures to deal with accidental interruption of contractual benefits. That such an arrangement is so frequent despite the fact that under current law it precludes recovery by the contracting party is significant. That such an arrangement existed in this case despite the fact that CN's identical claim had been refused in 1973 is doubly significant.

CN's ability to protect itself through contract is not limited to its contract with the property owner. CN can also protect itself to some degree through its contractual arrangements with its clients, suppliers and others. It can plan ahead for the case of unavailability of the property in question. Denying recovery will provide incentives to all parties to act in ways that will combine to minimize the impact of losses once they occur, while still providing the

Le risque d'impossibilité d'utiliser le pont aurait pu être assumé par TPC qui a également un droit d'action en matière délictuelle. Les pertes économiques des usagers du pont en vertu d'un contrat auraient alors vraisemblablement fait l'objet d'une indemnisation en vertu du contrat. Le propriétaire du bien peut se faire indemniser de ces pertes par l'auteur du délit sous réserve des principes limitatifs des dommages-intérêts en matière de responsabilité délictuelle. Si TPC s'est engagé par contrat à fournir les services du pont et ne peut pas le faire à cause de la négligence du remorqueur et qu'il doit, en conséquence, verser des dommages-intérêts, il peut se faire rembourser ces dommages-intérêts par le propriétaire du remorqueur: voir Fleming, *op. cit.*, à la p. 226. La responsabilité, dans le cas d'une perte économique relationnelle découlant d'un contrat, est canalisée plutôt que niée.

Dans bien des cas, les parties contractantes ne veulent pas garantir l'exécution du contrat; la répartition contractuelle du risque en l'espèce est probablement typique en ce sens que le risque est attribué à la victime potentielle d'une interruption des services, qui bénéficie d'un prix moins élevé et qui est la mieux placée pour prendre d'autres mesures pour remédier à une interruption accidentelle des bénéfices contractuels. Il est révélateur qu'un tel arrangement soit si fréquent malgré le fait qu'en vertu du droit actuel il empêche l'indemnisation par la partie contractante. Il est doublement révélateur qu'un tel arrangement ait existé en l'espèce malgré le fait qu'une réclamation identique du CN ait été refusée en 1973.

La capacité du CN de se protéger par contrat ne se limite pas à son contrat avec le propriétaire du bien. Le CN peut également se protéger jusqu'à un certain point au moyen des arrangements contractuels qu'il prend avec ses clients, ses fournisseurs et d'autres parties. Il peut planifier d'avance ce qu'il fera en cas de non-disponibilité du bien en question. Refuser l'indemnisation incitera toutes les parties à agir de façons qui se conjugueront pour minimiser les répercussions des pertes lorsqu'elles se produiront, tout en continuant de fournir au remorqueur l'incitation nécessaire pour qu'il

critical incentive to the tug to avoid causing accidents in the first place.

In my view, a denial of recovery in this case is justified in light of CN's overwhelmingly superior risk bearing capacity on the facts of this case.

Before leaving the issue of CN's ability to protect itself, it should be noted that the rule proposed by my colleagues will still require parties such as CN to protect themselves since they will never know before the particular accident whether they will be part of the determinate class. It is to say the least difficult to predict whether a particular railway bridge will be knocked out by someone who knows you by name. Alternatively, it is difficult to know whether of the many possible bridges that will be damaged, the one that will be damaged is the one next to which you own property. As a result, the only solution for the prudent railway will be to purchase insurance. Presumably, the cost of this insurance will reflect the value the insurance company places on the possibility of its recovering from the tortfeasor.

The critical effect of allowing recovery is that it would also require defendants in Norsk's position to insure for potential contractual relational economic loss as well, since they will obviously never know beforehand whether the bridges damaged by its tugs will be used by plaintiffs whose name it knows or who have property nearby. The principal beneficiaries of the rule proposed by my colleagues would be insurance companies, who would benefit from the existence of a new and highly uncertain risk against which companies likely to inflict property damage would need to insure.

The rules suggested by my colleagues thus will require that both parties insure at considerable additional social cost. The only gain will be a slight reduction in the plaintiff's first party insurance costs to take into account the possibility that

prenne des mesures afin d'éviter de causer des accidents en premier lieu.

À mon avis, le refus d'accorder une indemnité en l'espèce est justifié compte tenu de la capacité nettement supérieure du CN d'assumer les risques selon les faits de la présente affaire.

Avant de laisser la question de la capacité du CN de se protéger, il faudrait noter que la règle proposée par mes collègues continuera d'exiger des parties telles que le CN qu'elles se protègent puisqu'elles ne sauront jamais avant l'accident donné si elles feront partie de la catégorie déterminée. Il est pour le moins difficile de prédire si un pont ferroviaire en particulier sera mis hors d'usage par quelqu'un qui connaît votre nom. Subsidiairement, il est difficile de savoir si, parmi les nombreux ponts susceptibles d'être endommagés, celui qui le sera est proche de votre propriété. Par conséquent, la compagnie ferroviaire prudente n'aura d'autre choix que de souscrire une assurance. Le coût de cette assurance reflètera probablement la valeur que la compagnie d'assurances accorde à la possibilité qu'elle a de se faire rembourser par l'auteur du délit.

Permettre l'indemnisation aurait également pour effet crucial d'obliger les défendeurs, dans la situation de Norsk, à s'assurer contre le risque de perte économique relationnelle découlant d'un contrat, car il est évident qu'ils ne sauront jamais d'avance si les ponts endommagés par leurs remorqueurs seront utilisés par des demandeurs dont ils connaissent le nom ou qui possèdent des biens dans les environs. Les principaux bénéficiaires de la règle proposée par mes collègues seraient les compagnies d'assurances qui profiteraient de l'existence d'un risque nouveau et très incertain contre lequel les compagnies susceptibles de causer des dommages matériels devraient s'assurer.

Les règles proposées par mes collègues exigent donc que les deux parties s'assurent à un coût social supplémentaire élevé. Le seul gain en sera une légère diminution des frais d'assurance de première partie pour le demandeur de manière à tenir

the insurance company will recover from a tortfeasor under the new doctrine.

A further practical difficulty should be noted. In cases where the tortfeasor is either not insured or insufficiently insured with respect to the initial property damage or personal injury claim or the relational claim or both, serious problems will arise with respect to the primacy of one type of claim over another. For example, if the tortfeasor is liable for both a \$500,000 personal injury claim and \$500,000 in relational claims but his total assets and insurance only cover half of that amount, the actual compensation of the personal injury claim will presumably be halved in order to allow recovery for a relational claim which as noted will often involve recovery for a subrogated insurance company: see Feldthusen, *Economic Negligence*, *supra*, at p. 207.

Conclusion

It is unclear to me why the current state of the law on contractual relational economic loss, which channels claims to the property owner, is unsatisfactory at least in the commercial area involving sophisticated parties. It is also unclear whether significant amounts of court time should be expended in distinguishing between contractual relational economic loss sufferers those who are proximate to the tortfeasor and those who are not.

There is no question that the outcome of cases of this nature under the exclusionary rule depends upon the terms of the contract. This operates in two ways: the contract may create a possessory interest or a joint venture or it may provide for an indemnity from the property owner. The question to be resolved is whether allowing the contract to

compte de la possibilité que la compagnie d'assurances se fasse rembourser par l'auteur du délit en vertu de la nouvelle théorie.

Il faudrait noter une autre difficulté pratique. Dans les affaires où l'auteur du délit n'est pas assuré ou n'est pas suffisamment assuré en ce qui concerne la demande initiale d'indemnisation des dommages matériels ou des lésions corporelles ou la demande d'indemnisation de la perte relationnelle, ou les deux à la fois, il se posera de graves problèmes relativement à la primauté d'un type de demande sur l'autre. Par exemple, si l'auteur du délit est tenu de verser 500 000 \$ pour une réclamation pour lésions corporelles et 500 000 \$ relativement à des réclamations pour pertes relationnelles mais que la valeur totale de ses biens et de son assurance couvre seulement la moitié de ce montant, l'indemnité réelle pour les lésions corporelles sera probablement réduite de moitié afin de permettre l'indemnisation relativement à une réclamation pour perte relationnelle qui, comme il a déjà été indiqué, comportera souvent l'indemnisation d'une compagnie d'assurances par subrogation; voir Feldthusen, *Economic Negligence*, *op. cit.*, à la p. 207.

Conclusion

L'état actuel du droit concernant la perte économique relationnelle découlant d'un contrat, qui canalise les réclamations vers le propriétaire du bien, ne m'apparaît pas insatisfaisant au moins dans le domaine commercial mettant en jeu des parties avisées. Je ne sais pas très bien non plus si les tribunaux devraient consacrer beaucoup de temps à établir une distinction entre, d'une part, les victimes d'une perte économique relationnelle découlant d'un contrat qui ont un lien étroit avec l'auteur du délit et, d'autre part, celles qui n'en ont pas.

Il ne fait aucun doute que l'issue des affaires de ce genre, sous le régime de la règle d'exclusion, dépend des modalités du contrat. Cela fonctionne de deux façons: soit que le contrat crée un droit de possession ou une entreprise commune, soit qu'il prévoit le paiement d'une indemnité par le propriétaire du bien. La question à résoudre est la sui-

determine whether the plaintiff has the requisite interest and where the loss falls is more arbitrary, unfair or unworkable than the various tests referred to above.

The arguments against recovery in this case can be summed up as follows. First, the arguments for recovery are weak. It is not necessary to impose liability to ensure that tortfeasors like Norsk are dissuaded from damaging bridges. The increase in deterrence that would result from imposing the additional liability called for in this case would not likely have much impact on the behaviour of potential tortfeasors. The only purpose served by recovery in this case to which the judgment of McLachlin J. refers, at pp. 1162-63, is "the purpose of permitting a plaintiff whose position for practical purposes, vis-à-vis the tortfeasor, is indistinguishable from that of the owner of the damaged property, to recover what the actual owner could have recovered". In my view, the argument that CN is indistinguishable from the owner founders on the fact that CN does not qualify under the well-established cases in which the law provides for recovery by the contracting party where it in fact has a proprietary or possessory interest. CN's interest is merely contractual.

CN argues that restricting recovery to the owner or person in possession is based on pragmatism not logic, and therefore to require logical support for an exception to a pragmatic rule which in a particular case results in an injustice, is in itself illogical. In my view, cases such as *Rivtow* and *Kamloops* which have allowed recovery for pure economic loss have established criteria that do provide logical support for an exception to a pragmatic rule.

The argument that Norsk was at fault and CN was innocent and that fault should justify recovery is also unconvincing here. Fault alone cannot jus-

vante: est-il plus arbitraire, injuste ou irréaliste de permettre au contrat de déterminer si le demandeur a l'intérêt requis et, en conséquence, qui subira la perte, plutôt que d'employer un des différents critères susmentionnés?

Les arguments à l'encontre de l'indemnisation en l'espèce peuvent se résumer ainsi. Premièrement, les arguments en faveur de l'indemnisation sont faibles. Il n'est pas nécessaire d'imposer une responsabilité pour garantir que les auteurs de délits comme Norsk soient dissuadés d'endommager des ponts. La dissuasion accrue qui découlerait de l'imposition de la responsabilité supplémentaire demandée en l'espèce n'aurait probablement pas beaucoup d'effet sur le comportement des auteurs de délits éventuels. La seule fin à laquelle l'indemnisation peut servir en l'espèce et dont parle le juge McLachlin, aux pp. 1162 et 1163, est de «permettre au demandeur dont la position, à toutes fins pratiques, vis-à-vis de l'auteur du délit, ne saurait être distinguée de celle du propriétaire des biens endommagés, de recouvrer ce que le véritable propriétaire aurait pu recouvrer». À mon avis, l'argument selon lequel on ne peut pas établir de distinction entre le CN et le propriétaire ne peut pas surmonter le fait que le CN ne remplit pas les conditions requises en vertu de la jurisprudence bien établie qui prévoit l'indemnisation de la partie contractante lorsqu'elle possède, en fait, un droit de propriété ou de possession. Le droit que possède le CN découle simplement d'un contrat.

Le CN soutient que la limitation de l'indemnisation au propriétaire ou à la personne en possession du bien a un fondement pragmatique et non logique, et par conséquent il est illogique en soi d'exiger une justification logique pour une exception à une règle pragmatique qui, dans un cas particulier, entraîne une injustice. À mon avis, les arrêts tels que *Rivtow* et *Kamloops* qui ont permis l'indemnisation d'une perte purement économique ont établi des critères qui fournissent effectivement des justifications logiques des exceptions qu'ils établissent à une règle pragmatique.

L'argument selon lequel Norsk était fautif et le CN innocent et selon lequel la faute devrait justifier l'indemnisation n'est pas non plus convaincant

tify recovery in this area since some admittedly injured claimants will have their claims denied. Since the whole exercise in this kind of situation involves drawing a line amongst those who are undeniably injured by the tortfeasor who was undeniably at fault, appeals to fault beg the question. The defendants were equally at fault with respect to other claims that will be denied. CN is unable to show any special damage different in kind from that suffered by the other potential contractual claimants. None of the factual distinctions the company puts forward has any relevance with respect to the defendants' fault.

The second group of reasons focus on the weaknesses of the proposed rules that would allow recovery. The tests that would allow recovery do not meet the criteria that a rule should have in this area. The concept of a "special relationship" is not applicable to cases involving accidents. None of the facts put forward by CN as indicative of its special relationship has any other policy significance than to attempt to meet, after the fact, the problem of indeterminate liability. The individual plaintiff test would presumably preclude recovery by the other railways that suffered losses identical in nature to those suffered by CN. If the test were extended to cover a foreseeable class of plaintiffs such as users of the railway bridge, it would simply restate the general requirement that the plaintiff be foreseeable and recovery would be allowed whether the users of the bridge were four or four thousand. The proximity test has practically no predictive value; it remains impossible to say whether that test would lead to recovery for the other railways in this case, let alone its application in other cases.

Finally, there are the reasons supporting the exclusionary rule. These are, of course, essentially pragmatic, as has been recognized in cases of this type from the very beginning. First, denial of

en l'espèce. La faute seule ne saurait justifier l'indemnisation dans ce domaine car certains des réclamants qui ont subi un préjudice verront leurs réclamations rejetées. Puisque, dans ce genre de situation, la cour est obligée d'établir une ligne de démarcation parmi ceux à qui l'auteur du délit, qui était indéniablement fautif, a indéniablement causé un préjudice, le recours à la faute présume de la réponse. Les défendeurs étaient également fautifs relativement aux autres réclamations qui seront refusées. Le CN est incapable de prouver l'existence d'un préjudice spécial qui serait différent de celui qu'ont subi les autres réclamants potentiels en vertu d'un contrat. Aucune des distinctions de fait que la compagnie met de l'avant ne se rapporte à la faute du défendeur.

Le deuxième groupe de raisons est axé sur les faiblesses des règles proposées qui permettraient l'indemnisation. Les règles qui permettraient l'indemnisation ne satisfont pas aux critères qu'une règle devrait respecter dans ce domaine. La notion de «rapport spécial» n'est pas applicable aux affaires où il est question d'un accident. Aucun des faits avancés par le CN comme indiquant l'existence de son rapport spécial n'a, en principe, d'autre utilité que d'essayer de régler, après le fait, le problème de la responsabilité indéterminée. La règle du demandeur particulier empêcherait probablement l'indemnisation des autres compagnies ferroviaires qui ont subi des pertes identiques à celles subies par le CN. Si l'application de la règle était élargie de façon à viser une catégorie prévisible de demandeurs tels que les usagers du pont ferroviaire, cela reviendrait simplement à reformuler l'exigence générale que le demandeur soit prévisible et l'indemnisation serait permise, que le nombre d'usagers du pont s'élève à quatre ou à quatre mille. Le critère du lien étroit n'a pratiquement aucune valeur prophétique; il reste impossible de dire si ce critère mènerait à l'indemnisation des autres compagnies ferroviaires en l'espèce, sans parler de son application dans les autres affaires.

Enfin, il y a les raisons étayant la règle d'exclusion. Il va sans dire qu'elles sont essentiellement pragmatiques, comme on l'a reconnu dès le départ dans les affaires de ce genre. Premièrement, le

recovery places incentives on all parties to act in ways that will minimize overall losses, a legitimate and desirable goal for tort law in this area. Second, denial of recovery allows for only one party carrying insurance rather than both parties. Third, it will result in a great saving of judicial resources for cases in which more pressing concerns are put forward. The difficult job of drawing the line is at least done quickly without a great deal of factual investigation into the various factors that found proximity. The right to recover can be most often determined from the face of the contract. Fourth, it also eliminates difficult problems of sharing an impecunious defendant's limited resources between relational claims and direct claims. Fifth, the traditional rule is certain, and although like any pragmatic solution, borderline cases may cause problems, the exceptions to the rule in cases of joint ventures, general average contributions, and possessory and proprietary interests are reasonably well defined and circumscribed. This case, in my view, does not even constitute a borderline case in this respect, since CN has no property interest of any kind. The consequence of that certainty is that contracting parties can be certain of where the loss with respect to the unavailability of property will lie in the absence of any contractual arrangement.

refus d'accorder une indemnité a pour effet d'inciter toutes les parties à agir de façon à minimiser les pertes globales, ce qui constitue un but légitime et souhaitable du droit de la responsabilité délictuelle dans ce domaine. Deuxièmement, le refus d'accorder une indemnité permet qu'une seule des parties possède une assurance et non les deux. Troisièmement, il en résultera une grande économie des ressources judiciaires qui pourront être utilisées dans des causes portant sur des questions plus urgentes. La tâche difficile de tracer la ligne de démarcation est au moins remplie rapidement sans que l'on procède à un long examen factuel des différentes considérations qui justifient l'existence d'un lien étroit. Le droit à l'indemnisation peut très souvent être déterminé à la lecture même du contrat. Quatrièmement, elle élimine les difficiles problèmes du partage des ressources limitées d'un défendeur impecunieux entre les réclamations pour perte relationnelle et celles pour dommages directs. Cinquièmement, la règle traditionnelle est certaine et, quoiqu'à l'instar de toute solution pragmatique, les cas limites puissent causer des problèmes, les exceptions à la règle dans les affaires relatives à des entreprises communes, à des contributions à l'avarie commune et à des droits de possession ou de propriété sont raisonnablement bien définies et délimitées. À mon avis, la présente affaire ne constitue même pas un cas limite à cet égard, puisque le CN ne possède aucun droit de propriété quelconque. Cette certitude a pour conséquence que les parties contractantes peuvent être certaines quant à savoir où se situera la perte relative à la non-disponibilité du bien en l'absence de tout arrangement contractuel.

I add one final consideration. This case is one of maritime law, which in large measure encompasses a global system. The bright line exclusionary rule against recovery has for nearly a century been in effect in that system, and continues to be followed by the major trading nations, in particular Great Britain and the United States. In making arrangements for allocating risks in essentially maritime matters, those engaged in navigating and shipping should, as much as possible, be governed by a uniform rule, so that they can plan their

J'ajoute une dernière considération. Il s'agit en l'espèce d'une affaire de droit maritime qui, dans une large mesure, constitue un système international. La règle d'exclusion dite de la démarcation très nette interdisant l'indemnisation est en vigueur depuis près d'un siècle dans ce système et continue d'être observée par les grandes nations commerçantes, notamment la Grande-Bretagne et les États-Unis. En prenant des mesures pour répartir les risques dans les affaires essentiellement maritimes, ceux qui œuvrent dans les domaines de la naviga-

affairs ahead of time, whether by contract or insurance against possible contingencies.

In my view, to justify recovery in cases of this nature, the plaintiff would, at the very least, have to respond effectively not only to the concern about indeterminacy but also show that no adequate alternative means of protection was available. Other concerns may also need to be met. At the very least, the requirement that the plaintiff not have had any commercially reasonable method of protecting itself is an important addition to what remains a conceptually difficult *ex post facto* inquiry into the "determinate nature" of the particular victim and damage from the perspective of the defendant.

The question of whether recovery should be allowed in the residual cases in which these two barriers are overcome does not require an answer in the context of this case. Individuals and small businesses may be incapable of effectively protecting themselves in any meaningful fashion. In some cases, of course, contractual relational economic loss may occur in a different form such as loss of salary and the failure to protect against it by first-party insurance cannot be said to lead to an inference of social unimportance. In such cases, however, the indeterminacy problem is often very acute. If the number of potential individual plaintiffs is great, recovery will be denied on the grounds of "indeterminacy", even though the plaintiffs may not have had any real ability to protect themselves. Where the plaintiff passes the indeterminacy tests, it will often be sophisticated. The argument that recovery should be denied to those who could have protected themselves does not support a bright line in and of itself. Rather, it complements the indeterminacy analysis. It suggests that those who are most likely to emerge from the indeterminacy analysis are those with the ability to protect themselves and questions the advisability of a rule with the effect of allowing

tion et de l'expédition par eau devraient, le plus possible, être régis par une règle uniforme, de manière à pouvoir planifier à l'avance contre des éventualités, que ce soit au moyen d'un contrat ou d'une assurance.

À mon avis, pour justifier l'indemnisation en pareils cas, le demandeur devrait non seulement, tout au moins, tenir compte efficacement de la préoccupation relative à l'indétermination, mais aussi démontrer qu'il ne disposait d'aucun autre moyen de protection suffisant. Il peut également se révéler nécessaire de tenir compte d'autres préoccupations. À tout le moins, l'exigence que le demandeur n'ait eu aucun moyen commercialement raisonnable de se protéger est un ajout important à ce qui reste une enquête après coup conceptuellement difficile sur la «nature déterminée» de la victime et du préjudice particuliers, du point de vue du défendeur.

Il n'est pas nécessaire, dans le contexte de la présente affaire, de savoir s'il y a lieu de permettre l'indemnisation dans les cas où ces deux obstacles sont surmontés. Il se peut que les particuliers et les petites entreprises soient incapables de se protéger efficacement et utilement. Dans certaines affaires, il va sans dire, la perte économique relationnelle découlant d'un contrat peut se présenter sous une forme différente, comme sous celle d'une perte de salaire, et, on ne saurait dire que l'omission de se protéger contre cette perte au moyen d'une assurance de première partie mène à une inférence que la perte n'est pas importante sur le plan social. En pareils cas, cependant, le problème de l'indétermination est souvent très aigu. Si le nombre potentiel de demandeurs particuliers est élevé, l'indemnisation sera refusée pour cause d'«indétermination», même lorsque les demandeurs n'ont pas vraiment eu la capacité de se protéger. Lorsque le demandeur satisfait aux critères de l'indétermination, ce sera souvent quelqu'un d'avisé. L'argument selon lequel l'indemnisation devrait être refusée à ceux qui auraient pu se protéger ne justifie pas en soi l'établissement d'une ligne de démarcation très nette. Il complète plutôt l'analyse de l'indétermination. Il laisse entendre que ceux qui sont le plus

recovery to only that group of contractual claimants, rather than denying recovery to all.

The exclusionary rule is not in itself attractive. It excludes recovery by people who have undeniably suffered losses as a result of an accident. It also leads to some arbitrary but generally predictable results in cases at the margin. The results with respect to time charters may be "capricious", but time charterers know their rights and obligations from the start and can act accordingly. The rule only becomes defensible when it is realized that full recovery is impossible, that recovery is in fact going to be refused in the vast majority of such claims regardless of the rule we adopt, and when the exclusionary rule is compared to the alternatives. In my view, it should not be disturbed on the facts of this case.

I should add a few words about McLachlin J.'s suggestion that the essential difference between her approach and mine lies in the flexibility allowed by her approach. She characterizes my approach as providing for recovery depending exclusively on the terms of the formal contract between the plaintiff and the property owner. She considers an approach based on the terms of the contract involves a "rigid categorization which denies the possibility of recovery in new cases which may not meet the categorical test" (at p. 1164), a problem that is avoided under the proximity test she sets forth.

I do not see the essential difference between our two approaches as that between certainty and flexibility. In my view, the key difference is between a principled flexibility, which adheres to a general rule in the absence of policy reasons for excluding its application, and arbitrariness. Among the policy factors considered in the course of this opinion

susceptibles de franchir la barrière de l'indétermination sont ceux qui ont la capacité de se protéger et il met en doute l'à-propos d'une règle ayant pour effet de permettre l'indemnisation à ce seul groupe de réclamants en vertu d'un contrat plutôt que de refuser l'indemnisation à tous.

La règle d'exclusion n'est pas attrayante en soi. Elle exclut l'indemnisation de gens qui ont indéniablement subi des pertes à la suite d'un accident. Elle entraîne également des résultats quelque peu arbitraires mais en général prévisibles dans des cas limites. Les résultats en ce qui concerne les affrêteurs à temps peuvent être «capricieux», mais les affrêteurs à temps connaissent leurs droits et obligations dès le départ et peuvent agir en conséquence. La règle ne devient défendable que lorsqu'on réalise que l'indemnisation intégrale est impossible, que l'indemnisation va effectivement être refusée en ce qui concerne la grande majorité de ces réclamations, peu importe la règle que nous adoptons, et que la règle d'exclusion est mise en parallèle avec les autres solutions possibles. À mon avis, il convient de ne pas y toucher dans le contexte de la présente affaire.

Je dois ajouter quelques mots au sujet de la proposition du juge McLachlin selon laquelle la différence essentielle entre sa méthode et la mienne réside dans la souplesse qui caractérise la sienne. Elle interprète ma méthode comme prévoyant que l'indemnisation dépend exclusivement des modalités du contrat formel intervenu entre le demandeur et le propriétaire du bien en cause. Elle considère qu'une méthode fondée sur les modalités du contrat implique une «catégorisation stricte qui nie la possibilité d'une indemnisation dans les nouvelles affaires qui peuvent ne pas satisfaire au critère fondé sur la catégorie» (p. 1164), un problème qui serait évité par l'emploi du critère, qu'elle énonce, de l'existence d'un lien étroit.

Je ne perçois pas la différence essentielle entre nos deux méthodes, comme étant celle qui existe entre la certitude et la souplesse. À mon avis, la différence clé est entre une souplesse fondée sur des principes, qui respecte une règle générale en l'absence de raisons de principe d'exclure son application, et l'arbitraire. Parmi les facteurs de

that might justify relaxing the rule are the ability of the plaintiff to protect itself and the quantum of property damage caused by the tortfeasor with its attendant impact on the issue of deterrence. I have not found it necessary to consider the precise role of these factors in this case since CN was clearly able to protect itself and the property damage sustained was sufficient to afford deterrence. Whether such factors would in fact provide workable criteria sufficient to provide for recovery despite the strong arguments in favour of the long standing exclusionary rule, based on certainty and other factors, is an open question. What I have decided is that in the absence of all of these factors, there is no reason to disturb the rule.

Thus I do not say that the right to recovery in all cases of contractual relational economic loss depends exclusively on the terms of the contract. Rather, I note that such is the tenor of the exclusionary rule and that departures from that rule should be justified on defensible policy grounds. The Court should do more than simply establish a rule that allows judges to resolve cases as they see fit. That, as I see it, is the effect of the approach proposed by my colleague.

Disposition

I would allow the appeal and dismiss the claim for damages.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—The issue in this case is whether a person who contracts for the use of the property of another can sue a person who damages that property for losses resulting from his or her inability to use the property during the period of repair. Can purely economic losses such as this be recovered? Or is the right to recover in tort con-

principe examinés dans les présents motifs qui pourraient justifier l'assouplissement de la règle; il y a la capacité du demandeur de se protéger et le montant des dommages matériels causés par l'auteur du délit avec ses répercussions concomitantes sur la question de la dissuasion. Je n'ai pas jugé nécessaire d'étudier le rôle précis de ces facteurs en l'espèce, étant donné que le CN était tout à fait capable de se protéger et que les dommages matériels subis étaient suffisants pour qu'il y ait dissuasion. Reste en suspens la question de savoir si de tels facteurs fourniraient effectivement des critères pratiques suffisants pour prévoir l'indemnisation malgré les arguments solides, fondés sur la certitude et d'autres facteurs, en faveur du maintien de la règle d'exclusion en vigueur depuis longtemps. J'en suis venu à la conclusion qu'en l'absence de tous ces facteurs, il n'y a aucune raison de toucher à la règle.

Ainsi, je ne dis pas que le droit à l'indemnisation, dans tous les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat, dépend exclusivement des modalités du contrat. Je ferai plutôt remarquer que tel est le sens de la règle d'exclusion et que les dérogations à cette règle devraient se justifier par des raisons de principe défendables. La Cour devrait faire plus que de simplement établir une règle permettant aux juges de trancher à leur gré les litiges. Tel est, selon moi, l'effet de la méthode proposée par ma collègue.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter l'action en dommages-intérêts.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Il s'agit en l'espèce de savoir si la personne qui passe un contrat pour l'utilisation du bien d'une autre personne peut poursuivre la personne qui a endommagé ce bien pour les pertes découlant de son incapacité d'utiliser le bien pendant les réparations. Les pertes purement économiques comme celles-ci peuvent-elles donner lieu à indemnisation? Ou bien le droit à l'indemnisation en matière délictuelle se limite-t-il

fined to cases where the plaintiff can show that his or her property or person was injured?

aux cas où le demandeur peut prouver que son bien a été endommagé ou que lui-même a été blessé?

The Facts

The accident which gives rise to these proceedings occurred near the mouth of the Fraser River in British Columbia. A tug owned and operated by the Norsk Pacific Steamship Co. and Norsk Pacific Marine Services Ltd., negligently struck a railway bridge owned by Public Works Canada ("PWC"). A number of railway companies, including the Canadian National Railway ("CN"), held contracts with PWC for the use of the bridge. CN was the primary user of the bridge (86 percent of the total use), which was known locally as "the CNR bridge". The bridge connects the Vancouver terminus to the main line and is the sole direct link between CN rails on the north and south shores of the Fraser.

CN has property (land and rails) close to the bridge. When the bridge is closed for maintenance, the timing and duration are negotiated between PWC and CN. The appellants knew that the bridge was essential to CN's operations since there was no other rail bridge in the area. In fact, the bridge had to be closed once due to an accident and, as a result, the appellants were aware of the consequences of such closing for CN.

After the accident involving Norsk's tug, it took several weeks to repair the bridge. CN and the other railways had to reroute their traffic. This raised the cost of their operations and may have diminished the amount of freight hauled.

The railways sued the tug owners and operators for the additional cost incurred as a result of the closure of the bridge.

a Les faits

L'accident à l'origine de la présente instance s'est produit près de l'embouchure du fleuve Fraser en Colombie-Britannique. Un remorqueur appartenant aux appelantes Norsk Pacific Steamship Co. et Norsk Pacific Marine Services Ltd. a heurté par négligence un pont ferroviaire de Travaux publics Canada («TPC»). Un certain nombre de compagnies ferroviaires, dont la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada («CN»), avaient conclu des contrats avec TPC pour l'utilisation du pont. Le CN était le principal usager du pont (86 pour cent de l'utilisation totale), connu dans la région sous le nom de «pont du CN». Ce pont relie le terminus de Vancouver à la voie principale et constitue le seul lien direct entre les rails du CN situés sur la rive nord et ceux situés sur la rive sud du Fraser.

Le CN possède des biens (terrains et rails) près du pont. Lorsque le pont est fermé à des fins d'entretien, le moment et la durée des travaux se négocient entre TPC et le CN. Les appelants savaient que ce pont était essentiel aux opérations du CN puisqu'il n'y avait aucun autre pont ferroviaire dans la région. En fait, le pont avait déjà dû être fermé à cause d'un accident et les appelants connaissaient donc les conséquences d'une telle fermeture pour le CN.

À la suite de l'accident impliquant le remorqueur des appelantes Norsk, il a fallu plusieurs semaines pour réparer le pont. Le CN et les autres compagnies ferroviaires ont dû dérouter leur trafic. Cela a entraîné une augmentation de leurs frais d'opération et, sans doute, une réduction du volume des marchandises transportées.

Les compagnies ferroviaires ont poursuivi les propriétaires et les exploitants du remorqueur pour les frais supplémentaires découlant de la fermeture du pont.

Judgments Below

The trial judge, Addy J. (1989), 26 F.T.R. 81, held that the plaintiffs could recover. He concluded that while the rule which had once excluded recovery of such loss no longer existed in Canada, not all economic loss is recoverable in tort. He declined to enunciate a rule for when pure economic loss is recoverable, but suggested three factors upon which recovery of such loss might be conditioned:

- (1) knowledge of the specific person who is likely to suffer damage (as opposed to a class of persons);
- (2) foreseeability of the precise nature of the loss; and
- (3) sufficient proximity between the act and the injury to permit objectively the conclusion that the tortfeasor is "morally bound" to compensate the victim.

Addy J. found these requirements to be met. CN was the known user of the bridge and the precise nature of the loss was foreseeable, as it had occurred before. Moreover, the railway's relationship was sufficiently closely connected with the bridge, both physically and in terms of use, to establish proximity.

The Federal Court of Appeal, [1990] 3 F.C. 114, upheld the finding that the loss was recoverable. The old exclusionary rule no longer prevailed. According to MacGuigan J.A. (Heald J.A. concurring) as well as Stone J.A., the only prerequisites to recovery are sufficient proximity and reasonable foreseeability.

Analysis

This case requires the Court to confront squarely the vexed question of the extent to which damages for pure economic loss may be recovered in tort at common law. I propose to consider in turn: (1) the

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

Le juge Addy de la cour de première instance, (1989), 26 F.T.R. 81, a statué que les demandereses pouvaient être indemnisées. Il a conclu que, même si la règle qui avait jadis exclu l'indemnisation d'une telle perte n'existait plus au Canada, toute perte économique ne peut pas pour autant faire l'objet d'une indemnisation en matière délictuelle. Il a refusé de formuler une règle pour déterminer quand la perte purement économique peut donner lieu à indemnisation, mais il a proposé trois facteurs qui pourraient conditionner l'indemnisation d'une telle perte:

- (1) la connaissance de la personne précise qui est susceptible de subir un préjudice (par opposition à une catégorie de personnes);
- (2) la prévisibilité de la nature précise de la perte, et
- (3) l'existence d'un lien suffisamment étroit entre l'acte commis et le préjudice subi pour permettre objectivement de conclure que l'auteur du délit est «moralement tenu» de dédommager la victime.

Le juge Addy a estimé que ces conditions étaient remplies. Le CN était l'utilisateur connu du pont et la nature précise de la perte était prévisible, car pareille situation s'était produite auparavant. En outre, le lien entre le chemin de fer et le pont était suffisamment étroit, tant sur le plan matériel que sur celui de l'utilisation.

La Cour d'appel fédérale, [1990] 3 C.F. 114, a confirmé la conclusion que la perte pouvait donner lieu à indemnisation. L'ancienne règle d'exclusion n'avait plus cours. Selon le juge MacGuigan (à l'opinion duquel a souscrit le juge Heald) et le juge Stone, les seules conditions préalables à l'indemnisation sont l'existence d'un lien suffisamment étroit et la prévisibilité raisonnable de la perte.

Analyse

En l'espèce, la Cour doit examiner carrément la question controversée de la mesure dans laquelle la perte purement économique peut donner lieu à indemnisation en matière délictuelle en commun

nature of the problem; (2) how different jurisdictions have dealt with the problem; (3) the approach which should be adopted in the common law provinces of Canada; (4) application of the indicated approach to the facts of this case.

1. *The Nature of the Problem*

A fundamental proposition underlies the law of tort: that a person who by his or her fault causes damage to another may be held responsible. Where the fault is negligence, the duty extends to all those to whom the tortfeasor may foreseeably cause harm: *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.). This is a proposition of great breadth. It was soon realized that it would be necessary to limit recovery for practical, policy reasons. As Cardozo J. put it in *Ultramares Corporation v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), at p. 444, limits were needed to prevent "liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class".

The search for a principled mechanism of limitation has proved elusive. The law began by limiting recovery to cases where the tortfeasor had caused physical loss or injury to the plaintiff: *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453. That case denied recovery of "relational losses" consequent upon the negligent infliction of damage to the property of another person. Only a person whose person or property is damaged can recover in tort. This rule was followed for decades in England and elsewhere in the Commonwealth.

While the criterion of physical damage successfully avoided the spectre of unlimited damages, it suffered from the defect that it arbitrarily, and in some cases, arguably unjustly, deprived deserving plaintiffs of recovery. Why, it was asked, should the right to recover economic loss be dependant on

law. Je me propose d'étudier à tour de rôle (1) la nature du problème, (2) la façon dont le problème a été abordé par différentes juridictions, (3) l'approche qui devrait être adoptée dans les provinces canadiennes de common law et (4) l'application de l'approche indiquée aux faits de la présente affaire.

1. *La nature du problème*

Une proposition fondamentale sous-tend le droit en matière de responsabilité délictuelle: la personne qui, par sa faute, cause un préjudice à autrui peut en être tenue responsable. Lorsque cette faute est la négligence, l'obligation s'étend à toutes les personnes auxquelles l'auteur du délit peut de façon prévisible causer un préjudice: *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.). C'est une proposition très large. On s'est vite rendu compte qu'il faudrait limiter l'indemnisation pour des raisons pratiques générales. Comme le mentionne le juge Cardozo dans la décision *Ultramares Corporation c. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), à la p. 444, il fallait établir des limites afin d'éviter [TRADUCTION] «une responsabilité pour un montant indéterminé, pour un temps indéterminé et envers une catégorie indéterminée».

La recherche d'un mécanisme de limitation fondé sur un principe n'a pas donné les résultats escomptés. Le droit a commencé par limiter l'indemnisation aux cas où l'auteur du délit avait causé un dommage matériel ou une lésion corporelle au demandeur: *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453. Dans cette affaire, le tribunal a refusé l'indemnisation des [TRADUCTION] «pertes relationnelles» consécutives au dommage causé par négligence aux biens d'une autre personne. Seule la personne qui est blessée ou dont les biens sont endommagés peut obtenir une indemnisation en matière délictuelle. Cette règle a été suivie durant des décennies en Angleterre et ailleurs au sein du Commonwealth.

Bien que le critère du préjudice physique ait permis d'éviter le spectre des dommages-intérêts illimités, il avait le défaut de priver arbitrairement et, dans certains cas, on pourrait dire injustement, des demandeurs d'une indemnisation qu'ils auraient méritée. Pourquoi, s'est-on demandé, le droit à

whether physical damage, however minuscule, had been inflicted on the plaintiff's property? Why should a plaintiff who waits for a defective machine to break and cause physical injury or damage be able to recover, while one who prudently repairs the machine before the physical damage or injury occurs be left without remedy? Is there really a generic distinction between the loss resulting from repair of physical damage and loss resulting from loss of use in a commercial situation where the only real loss is one of profit? While it may be argued that physical injury is inherently more deserving than economic loss, particularly where the economic loss is not associated with physical damage (see Feldthusen, *Economic Negligence* (2nd ed. 1989), at pp. 8-14), that does not explain why the law should not permit recovery for economic loss where justice so requires nor how damage to property and economic losses can be distinguished in many situations. Someone who invests in a bridge in order to use it cannot be distinguished from someone who leases a bridge in order to use it. If the bridge is lost they have both lost something of value: the use of the bridge.

Not surprisingly, the courts began to allow recovery of pure economic loss where they thought it was just. However, apart from reliance damages for negligent misrepresentation, the course of the law has been neither uniform nor uncontroversial. This appeal raises anew the issue in the Canadian context.

The answers to the question of recovery economic loss in negligence are not easy, as the uncertain history of the cases attests. On the one hand, the jurisprudence of the past three decades discloses a resurgent feeling on the part of judges that in some cases beyond physical damage and reli-

l'indemnisation d'une perte économique devrait-il dépendre de la question de savoir si le demandeur a subi un dommage matériel, si infime soit-il? Pourquoy le demandeur qui attend qu'une machine défectueuse brise et cause une lésion corporelle ou un dommage matériel pourrait-il être indemnisé, tandis que celui qui, par mesure de prudence, fait réparer la machine avant que ne survienne un dommage matériel ou une lésion corporelle ne pourrait pas obtenir réparation? Y a-t-il vraiment une différence générale entre la perte résultant de la réparation d'un dommage matériel et celle résultant d'une perte d'utilisation dans un contexte commercial où la seule véritable perte en est une de profit? Bien qu'on puisse soutenir que la lésion corporelle mérite davantage en soi de faire l'objet d'une indemnisation que la perte économique, tout particulièrement lorsque celle-ci n'est pas associée à un préjudice physique (voir Feldthusen, *Economic Negligence* (2^e éd. 1989), aux pp. 8 à 14), cela n'explique pas pourquoi le droit ne devrait pas permettre l'indemnisation de la perte économique lorsque la justice l'exige ni comment on peut établir une distinction entre le dommage matériel et les pertes économiques dans bien des cas. On ne peut pas établir de distinction entre quelqu'un qui investit dans un pont dans le but de l'utiliser et quelqu'un qui loue un pont dans le but de l'utiliser. En cas de perte du pont, les deux personnes perdront quelque chose de valeur: l'usage du pont.

Comme on pouvait s'y attendre, les tribunaux ont commencé à permettre l'indemnisation de la perte purement économique lorsqu'ils ont estimé que cela était juste. Toutefois, sauf en ce qui concerne les dommages-intérêts pour le crédit accordé à une déclaration inexacte faite par négligence, l'évolution du droit sur ce point ne s'est faite ni de façon uniforme ni sans controverse. Le présent pourvoi soulève à nouveau la question dans le contexte canadien.

Il n'est pas facile de répondre à la question de l'indemnisation de la perte économique découlant d'une négligence, comme l'atteste l'évolution incertaine des affaires concernées. D'une part, la jurisprudence des trois dernières décennies indique que les juges estiment de nouveau que, dans cer-

ance, economic loss should be recoverable in negligence. On the other hand lies the fear of indiscriminately opening the floodgates of liability.

It is worth stating at the outset certain general propositions which have been often put and may serve as guideposts in our search for the answer to the difficult issue we face.

First, some limits on the potentially unlimited liability which can theoretically flow from negligence are necessary; potential defendants must be able to gauge the extent of the risk they incur and frivolous litigation should be discouraged. The need for a limiting device is recognized in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189, and acknowledged in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2.

Second, the limits should be relatively clear. Commentators have adverted to the need for certainty such that commercial enterprises have some appreciation of what risk is to be borne by whom. See, for example, Smith, *Liability in Negligence* (1984), at p. 166, *Winfield and Jolowicz on Tort* (13th ed. 1989), at p. 86, and Fleming, *The Law of Torts* (7th ed. 1987), at pp. 162 *et seq.*

Third, as Lord Denning observed in *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27 (C.A.), at p. 36, "At bottom . . . the question of recovering economic loss is one of policy." The question is not only one of legal doctrine, but of where, from the point of view of individual fairness and economic policy, the loss should ultimately fall.

Finally, a single, simple criterion for recovery in all the disparate circumstances where economic loss is foreseeable and ought to be recoverable is, given the record to date, probably unattainable: see Oliver L.J. in *Leigh and Sullivan Ltd. v. Aliakmon*

tains cas, outre le préjudice physique et la confiance, la perte économique devrait donner lieu à indemnisation pour négligence. D'autre part, il y a la crainte de déclencher une avalanche d'actions en responsabilité.

Il vaut la peine de mentionner au départ certaines propositions générales qui ont souvent été exprimées et qui peuvent servir de jalons dans notre recherche d'une réponse à la question difficile dont nous sommes saisis.

Premièrement, il est nécessaire de fixer certaines limites à la responsabilité virtuellement illimitée, qui en théorie, peut découler de la négligence; les défendeurs éventuels doivent pouvoir évaluer la portée du risque qu'ils courent et il convient de décourager les procès futiles. Dans les arrêts *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, et *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, on reconnaît la nécessité d'avoir un mécanisme de limitation.

Deuxièmement, les limites devraient être assez claires. Selon les commentateurs, il faut une certitude telle que les entreprises commerciales aient une idée du risque qui doit être assumé et par qui. Voir, par exemple, Smith, *Liability in Negligence* (1984), à la p. 166, *Winfield and Jolowicz on Tort* (13^e éd. 1989), à la p. 86, et Fleming, *The Law of Torts* (7^e éd. 1987), aux pp. 162 et suiv.

Troisièmement, comme lord Denning le fait remarquer, à la p. 36 de l'arrêt *Spartan Steel & Alloys Ltd. c. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27 (C.A.), [TRADUCTION] «Au fond [...] la question de l'indemnisation de la perte économique en est une de principe.» Il s'agit non seulement d'une question de doctrine juridique, mais également de savoir dans quelle catégorie, du point de vue de l'équité individuelle et de la politique économique, la perte devrait entrer en fin de compte.

Enfin, étant donné l'état actuel du dossier, il n'est probablement pas possible d'arriver à un critère simple et unique d'indemnisation dans toutes les circonstances disparates où la perte économique est prévisible et devrait donner lieu à

Shipping Co., [1985] Q.B. 350, and Wilson J. in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, *supra*.

From this general statement of the problem, I turn to a more detailed analysis of the search for a limiting principle on the right to recover damages for economic loss in tort or delict in different jurisdictions.

2. *Limiting Recovery for Economic Loss—A Comparative View*

A summary of how different courts in different jurisdictions have dealt with this problem affords us perspective both on the nature of the problem and the possible solutions.

(a) United Kingdom

The traditional exclusionary rule of *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* restricted recovery of economic loss to cases where the plaintiff had suffered physical damage. This rule was lifted to allow recovery for pure economic loss in an action for negligent misstatement in *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.). The exception was pinned on the concept of reliance. Where the defendant negligently made a misstatement which the defendant should have foreseen others would rely on, and where the plaintiff relied on it and suffered financial loss, the plaintiff was entitled to recover that loss, notwithstanding the absence of any physical harm to the plaintiff. This exception is now firmly fixed in the law of tort.

Various courts in the following two decades attempted to widen the exceptions to the exclusionary rule. For example, it was extended to products liability cases in *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.). And it was allowed in maritime law where the plaintiff could be said by reason of its contract to be in a "joint venture"

indemnisation: voir les motifs du lord juge Oliver dans l'arrêt *Leigh and Sullivan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, [1985] Q.B. 350, et ceux du juge Wilson dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, *précité*.

Après cet exposé général du problème, je vais passer à une analyse plus approfondie de la recherche d'un principe limitant le droit d'obtenir, dans différents ressorts, des dommages-intérêts pour la perte économique résultant d'un délit.

2. *Limitation de l'indemnisation de la perte économique—Étude comparative*

Un résumé de la façon dont divers tribunaux ont, dans différents ressorts, traité ce problème nous donne une idée tant de la nature du problème que des solutions possibles.

a) Royaume-Uni

La règle classique d'exclusion énoncée dans la décision *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* limitait l'indemnisation de la perte économique aux cas où le demandeur avait subi un préjudice physique. Cette règle a été abolie afin de permettre l'indemnisation de la perte purement économique dans une action pour renseignement inexact fourni par négligence, dans l'affaire *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.). L'exception était rattachée à la notion de confiance. Lorsque le défendeur a fourni par négligence un renseignement inexact dont il aurait dû prévoir que d'autres personnes s'y fieraient, et lorsque le demandeur s'y est fié et a subi une perte financière, le demandeur a le droit d'être indemnisé de cette perte même s'il n'a subi aucun préjudice physique. Cette exception est maintenant profondément enracinée dans le droit en matière de responsabilité délictuelle.

Au cours des deux décennies suivantes, divers tribunaux ont essayé d'élargir le champ des exceptions à la règle d'exclusion. Par exemple, on en a étendu l'application aux actions en responsabilité du fabricant dans l'arrêt *Junior Books Ltd. c. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.). Pareille exception a été permise en droit maritime lorsque le

with the owner of damaged property: *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265. These cases culminated in the dictum of Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), which suggested that recovery should not depend on the category of case, but should lie wherever two general conditions were found: (1) foreseeability and sufficient proximity between the negligent act and the loss; and (2) the absence of considerations which call for a limitation on liability.

The House of Lords recently resiled from *Anns* and returned to the old proposition that economic loss could be recovered in negligence only where the plaintiff had suffered physical damage or in the reliance situation of *Hedley Byrne: Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398. The reasons cited in *Murphy*, at p. 472, for the return to the narrow rule focus on the absence of any "coherent and logically based doctrine" or device for avoiding the spectre of unlimited liability, an absence, in the view of Lord Keith, calculated "to put the law of negligence into a state of confusion defying rational analysis". The only way to avoid this result, in the view of their Lordships, was to return the law to its former narrow, if arbitrary state.

(b) Australia

In Australia recovery in negligence is not confined to the established cases of physical damage to the plaintiff's property or person or reliance. In *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227, the Australian High Court awarded economic loss caused by negligence in the absence of physical damage to the plaintiff. While Gibbs J. based his decision on the

demandeur pouvait être considéré, en raison de son contrat, comme participant à une [TRADUCTION] «entreprise commune» avec le propriétaire des biens endommagés: *Morrison Steamship Co. c. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265. Ces affaires ont abouti à l'opinion incidente de lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), selon laquelle l'indemnisation ne devrait pas dépendre de la catégorie d'affaire, mais devrait avoir lieu chaque fois que sont remplies deux conditions générales: (1) la prévisibilité et l'existence d'un lien suffisamment étroit entre l'acte négligent et la perte, et (2) l'absence de considérations requérant une limitation de responsabilité.

La Chambre des lords s'est détournée récemment de l'arrêt *Anns* et est revenue à l'ancienne proposition voulant que la perte économique ne puisse donner lieu à indemnisation fondée sur la négligence que dans le cas où le demandeur a subi un préjudice physique ou dans celui où il y a eu confiance au sens de l'affaire *Hedley Byrne: Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398. Les raisons mentionnées à la p. 472 de l'arrêt *Murphy* en faveur du retour à la règle stricte mettent l'accent sur l'absence de toute [TRADUCTION] «théorie cohérente et fondée sur la logique» ou d'un mécanisme permettant d'éviter le spectre de la responsabilité illimitée, une absence, selon lord Keith, ayant pour effet [TRADUCTION] «de placer le droit relatif à la négligence dans un état de confusion défiant toute analyse rationnelle». La seule façon d'éviter ce résultat, d'après leurs Seigneuries, était de remettre la règle dans l'état où elle se trouvait antérieurement, c'est-à-dire d'en refaire une règle stricte, voir même arbitraire.

b) Australie

En Australie, l'indemnisation en cas de négligence ne se limite pas aux cas où l'on a prouvé l'existence d'un préjudice physique causé aux biens, à la personne ou lié à la confiance du demandeur. Dans l'arrêt *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge «Willemstad»* (1976), 11 A.L.R. 227, la Haute Cour de l'Australie a accordé un dédommagement pour la perte écono-

special circumstances of the case, Stephen, Mason, Jacobs and Murphy JJ. held that in Australia it is possible to recover economic loss unrelated to reliance without physical damage.

(c) United States

The prevailing approach in the United States has been characterized as "pragmatic": see Tetley, "Damages and Economic Loss in Marine Collision: Controlling the Floodgates" (1991), 22 *J. Mar. Law & Com.* 539, at p. 575. The jurisprudence continues to be dominated by Cardozo J.'s fear of opening the floodgates and remains reluctant to award damages for pure economic loss. Such damages have sometimes been awarded, however in three classes of cases:

(1) in cases where the economic loss is closely related to physical damage, e.g., *Domar Ocean Transportation, Ltd. v. M/V Andrew Martin*, 754 F.2d 616 (5th Cir. 1985) where a tug was held to be an integrated unit of a barge which was physically damaged permitting recovery of economic loss for loss of use of the tug; and the *Amoco Transport Co. v. S/S Mason Lykes*, 768 F.2d 659 (5th Cir. 1985) where a cargo holder recovered non-physical damage due to collateral physical damage to a vessel). This may be regarded as the equivalent of the U.K. "joint venture" exception;

(2) pollution cases such as *Union Oil Co. v. Oppen*, 501 F.2d 558 (9th Cir. 1974), where, on grounds of public policy, economic loss has been awarded to commercial fishermen and others who suffer as a result of pollution;

mique causée par négligence en l'absence de tout préjudice physique subi par la demanderesse. Bien que le juge Gibbs ait fondé sa décision sur les circonstances spéciales de l'affaire, les juges Stephen, Mason, Jacobs et Murphy ont statué qu'en Australie il est possible de se faire indemniser de la perte économique qui n'est pas liée à la confiance en l'absence de tout préjudice physique.

c) États-Unis

La méthode la plus répandue aux États-Unis a été qualifiée de [TRADUCTION] «pragmatique»; voir Tetley, «Damages and Economic Loss in Marine Collision: Controlling the Floodgates» (1991), 22 *J. Mar. Law & Com.* 539, à la p. 575. Les tribunaux continuent d'être dominés par la crainte du juge Cardozo de causer une avalanche de poursuites et demeurent peu disposés à accorder des dommages-intérêts pour la perte purement économique. Des dommages-intérêts de ce genre ont parfois été accordés, cependant, dans trois catégories d'affaires:

(1) les affaires où la perte économique est étroitement liée au préjudice physique, par exemple, *Domar Ocean Transportation, Ltd. c. M/V Andrew Martin*, 754 F.2d 616 (5th Cir. 1985), où l'on a considéré qu'un remorqueur faisait partie intégrante d'un chaland ayant subi des dommages matériels, ce qui permettait l'indemnisation de la perte économique résultant de la perte d'usage du remorqueur; et l'affaire *Amoco Transport Co. c. S/S Mason Lykes*, 768 F.2d 659 (5th Cir. 1985), où le propriétaire d'une cargaison a été indemnisé d'un préjudice non physique résultant de dommages matériels accessoires causés à un navire. Cela peut être considéré comme l'équivalent de l'exception de l'«entreprise commune» que l'on trouve au Royaume-Uni;

(2) les affaires de pollution comme *Union Oil Co. c. Oppen*, 501 F.2d 558 (9th Cir. 1974), où, pour des raisons d'ordre public, des pêcheurs commerciaux et d'autres personnes lésées par la pollution ont été indemnisés d'une perte économique;

(3) certain products liability cases, at least where the defective product creates an unreasonable risk of harm to persons or property and such harm materializes: see *East River Steamship Corp. v. Delaval Turbine, Inc.*, 752 F.2d 903 (3d Cir. 1985), aff'd 476 U.S. 858 (1986).^a

(3) certaines affaires de responsabilité du fabricant, au moins lorsque le produit défectueux engendre un risque déraisonnable de préjudice à l'égard de personnes ou de biens et qu'un tel risque se concrétise: voir *East River Steamship Corp. c. Delaval Turbine, Inc.*, 752 F.2d 903 (3d Cir. 1985), confirmé par 476 U.S. 858 (1986).

(d) Civil Law Jurisdictions

The civil law jurisdictions of France and Quebec make no distinction between physical and economic damage. Nor do they base liability on concepts of reliance. Loss of any type is recoverable wherever fault, damage and a direct and immediate causal connection between the two are established. Thus pure economic loss is recoverable. For example, it has been held in France that a bus company can recover losses of revenue from the person at fault in a car accident which congested traffic: Cass. civ. 2^e, April 28, 1965, D.S. 1965.777 (*Marcailloux v. R.A.T.V.M.*); and in Quebec, that a chicken farmer can recover profits lost as a result of negligence which caused a power pole to fall which in turn caused a power failure: *Joly v. Ferme Ré-Mi Inc.*, [1974] C.A. 523.^b

In Quebec, art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada* states: "Every person capable of discerning right from wrong is responsible for the damage caused by his fault to another, whether by positive act, imprudence, neglect or want of skill." Parties able to recover in delict have not been restricted by this Court; "another" has been found to include all persons suffering a loss, including economic loss, as a direct result of the defendant's fault: *Regent Taxi v. Congrégation des petits frères de Marie, dits frères maristes*, [1929] S.C.R. 650, and *Hôpital Notre-Dame v. Laurent*, [1978] 1 S.C.R. 605.^c

This is not to say that the civil law does not impose limits on the recovery of economic loss.^d

d) Juridictions de droit civil

Les juridictions de droit civil de la France et du Québec ne font pas de distinction entre le préjudice physique et le préjudice économique. Elles ne fondent pas non plus la responsabilité sur des notions de confiance. Toute perte, de quelque genre qu'elle soit, peut donner lieu à indemnisation chaque fois qu'on prouve l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien causal direct et immédiat entre les deux. Ainsi la perte purement économique peut donner lieu à indemnisation. Par exemple, il a été jugé en France qu'une compagnie d'autobus pouvait se faire indemniser des pertes de revenu de la personne en tort dans un accident d'automobile qui avait causé un embouteillage: Cass. civ. 2^e, 28 avril 1965, D.S. 1965.777 (*Marcailloux c. R.A.T.V.M.*); et il a été statué au Québec qu'un aviculteur pouvait se faire indemniser des profits perdus à la suite d'une négligence qui a entraîné la chute d'un poteau d'électricité qui, à son tour, a causé une panne d'électricité: *Joly c. Ferme Ré-Mi Inc.*, [1974] C.A. 523.^e

Au Québec, l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada* stipule: «Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté.» Notre Cour n'a établi aucune limite quant aux parties qui sont indemnisables en cas de délit; elle a considéré que le mot «autrui» comprend toutes les personnes qui subissent une perte, y compris une perte économique, découlant directement de la faute du défendeur: *Regent Taxi c. Congrégation des petits frères de Marie, dits frères maristes*, [1929] R.C.S. 650, et *Hôpital Notre-Dame c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605.^f

Cela ne veut pas dire que le droit civil n'impose aucune limite à l'indemnisation de la perte écono-^g

The control mechanism against unlimited loss in the civil law lies not in the type of loss but in the factual determination of whether the loss is a direct, certain and immediate result of the negligence. It appears to have worked well in avoiding frivolous claims and the threat of unlimited liability. Thus Tetley, *supra*, concludes at p. 584:

The vigorous application of this solid theoretical framework to the analysis of damage claims of *all* types in the civil law appears to result in 'economic loss' (to use the common law term) being compensated in approximately the same types of cases as in common law jurisdictions, without the 'indeterminate' liability so much dreaded in those latter jurisdictions actually ensuing in practice.

(e) Canada — Common Law Jurisdictions

Canadian judges early on evinced skepticism about the possibility of limiting damages for negligence to cases of physical injury to the plaintiff or reliance. In 1974, four years before the landmark English case in *Anns v. Merton London Borough Council*, *supra*, this Court allowed recovery of pure economic loss in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, *supra*. There was no actual physical damage. The majority, per Ritchie J., allowed damages for the loss of use of a defective crane during its repair period on the basis that the loss was the "proximate" result of the duty to warn. Laskin J., dissenting in part, would have additionally allowed recovery for the cost of repair of the crane because the repair was necessary to prevent foreseeable damage resulting from the collapse of the crane, even though no physical damage had yet occurred.

In subsequent years this Court repeatedly held that economic loss can be recovered in tort in the absence of injury to the plaintiff's person or property in appropriate cases: *Agnew-Surpass Shoe*

mique. Le mécanisme de contrôle qui permet d'éviter le préjudice illimité en droit civil réside non pas dans le genre de préjudice subi mais dans la question de savoir si, dans les faits, le préjudice est une conséquence directe, certaine et immédiate de la négligence. Il semble que cela a permis d'éviter les réclamations futiles et la menace de responsabilité illimitée. Tetley, précité, à la p. 584, conclut ainsi:

[TRADUCTION] L'application rigoureuse de ce solide cadre théorique à l'analyse des actions en dommages-intérêts de *tout* genre en droit civil semble faire en sorte que la «perte économique» (pour utiliser l'expression de la common law) donne lieu à indemnisation dans à peu près les mêmes genres d'affaires que dans les ressorts de common law, sans que s'ensuive vraiment en pratique la responsabilité «indéterminée» tant redoutée dans ces derniers ressorts.

e) Canada — Les juridictions de common law

Les juges canadiens ont tôt fait de manifester leur scepticisme quant à la possibilité de limiter les dommages-intérêts en cas de négligence aux cas de préjudice physique causé au demandeur ou aux cas où il y a eu confiance. En 1974, c'est-à-dire quatre ans avant que ne soit rendu l'arrêt anglais *Anns c. Merton London Borough Council*, précité, qui a fait date, notre Cour a permis l'indemnisation de la perte purement économique dans l'affaire *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, précitée. Il n'y avait pas eu véritablement de préjudice physique. Le juge Ritchie, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a accordé des dommages-intérêts pour la perte d'usage d'une grue défectueuse pendant qu'elle était en réparation pour le motif que la perte était la conséquence «immédiate» du manquement à l'obligation d'avertir. Le juge Laskin, dissident en partie, aurait accordé en outre l'indemnisation des frais de réparation de la grue parce que ces réparations étaient nécessaires pour éviter le préjudice prévisible découlant de l'effondrement de la grue, même s'il n'était encore survenu aucun préjudice physique.

Au cours des années suivantes, notre Cour a jugé, à maintes reprises, dans des cas appropriés, que la perte économique peut donner lieu à indemnisation en matière délictuelle en l'absence de pré-

Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd., [1976] 2 S.C.R. 221, at p. 252, *Kamloops (City of) v. Nielsen*, *supra*, and *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, at p. 239. It has, moreover, repeatedly affirmed the test for tort liability adopted in *Anns v. Merton London Borough Council*, *supra*.

This Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, *supra*, held that the purchaser of a house which the defendant municipality had negligently caused to be constructed could recover his financial loss in the absence of physical damage, affirming the non-exclusionary test of *Anns v. Merton London Borough Council*. It confirmed that claims for economic loss in negligence are not confined to cases where the plaintiff has suffered physical damage or where there has been reliance. Determination of when such liability arises is not a matter so much of finding a single universal formula, as of identifying criteria associated with valid claims. The Court, faced with the same issue which confronts us in this case — whether recovery for economic loss should be allowed in a new category of case — adopted an approach at once doctrinal and pragmatic, asking: (1) is there a duty relationship sufficient to support recovery? and, (2) is the extension desirable from a practical point of view, i.e., does it serve useful purposes or, on the other hand, open the floodgates to unlimited liability?

The departure from the narrow exclusionary rule in Canada has not opened the floodgates to claims for pure economic loss. While acknowledging that pure economic loss could be recovered, many cases in the years that followed failed for want of satisfactory proof: see *MacMillan Bloedel Ltd. v. Foundation Company of Canada Ltd.*, [1977] 2 W.W.R. 717 (B.C.S.C.); *Gypsum Carrier Inc. v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 147; *Star Village Tavern*

judice causé à la personne ou aux biens du demandeur: *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221, à la p. 252, *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, précité, et *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, à la p. 239. Elle a de plus confirmé à maintes reprises le critère de la responsabilité délictuelle adopté dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, précité.

Dans l'affaire *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, précitée, notre Cour a statué que l'acquéreur d'une maison mal construite en raison de la négligence de la municipalité défenderesse pouvait être indemnisé de sa perte financière en l'absence de tout préjudice physique, confirmant ainsi le critère de non-exclusion énoncé dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*. Elle a confirmé que les réclamations pour perte économique en raison d'une négligence ne se limitent pas aux cas où le demandeur a subi un préjudice physique ni à ceux où il y a eu confiance. Pour déterminer quand une telle responsabilité prend naissance, il ne s'agit pas tant de trouver une formule unique et universelle que d'identifier les critères liés aux réclamations valides. La Cour, saisie de la même question que celle sur laquelle nous devons nous prononcer en l'espèce, à savoir si l'indemnisation de la perte économique devrait être permise dans une nouvelle catégorie d'affaire, a adopté une démarche à la fois doctrinale et pratique, en se demandant (1) s'il existait une relation découlant d'une obligation suffisante pour justifier l'indemnisation, et (2) si l'extension de l'indemnisation est souhaitable du point de vue pratique, c'est-à-dire sert-elle des fins utiles ou, par contre, a-t-elle pour effet de déclencher une avalanche de poursuites découlant de l'existence d'une responsabilité illimitée?

La dérogation au Canada à la règle stricte d'exclusion n'a pas entraîné une avalanche de poursuites pour perte purement économique. Bien qu'on y ait reconnu que la perte purement économique pouvait donner lieu à indemnisation, bon nombre d'actions, au cours des années qui ont suivi, ont échoué en raison de l'absence d'éléments de preuve satisfaisants: voir *MacMillan Bloedel Ltd. c. Foundation Company of Canada Ltd.*,

v. Nield (1976), 71 D.L.R. (3d) 439 (Man. Q.B.); *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, *supra*.

[1977] 2 W.W.R. 717 (C.S.C.-B.); *Gypsum Carrier Inc. c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 147; *Star Village Tavern c. Nield* (1976), 71 D.L.R. (3d) 439 (B.R. Man.); *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*,

^a précité.

(f) Implications of the Comparative Review

The foregoing comparative review suggests that in some cases damages for economic loss should be available where the plaintiff has neither suffered physical damage nor relied in the sense of *Hedley Byrne*. Civil law jurisdictions, far from precluding such recovery, require it where it is direct and certain. The common law jurisdictions started from a narrow rule excluding most pure economic loss, but found themselves in a situation where judges on a case-by-case basis persisted in awarding damages for economic loss outside the categories. Even in the United States, where fear of the floodgates of unlimited liability has held the strongest sway, courts have been forced to make exceptions in the interests of justice. The fact is that situations arise, other than those falling within the old exclusionary rule, where it is manifestly fair and just that recovery of economic loss be permitted. Faced with these situations, courts will strain to allow recovery, provided they are satisfied that the case will not open the door to a plethora of undeserving claims. They will refuse to accept injustice merely for the sake of the doctrinal tidiness which is the motivating spirit of *Murphy*. This is in the best tradition of the law of negligence, the history of which exhibits a sturdy refusal to be confined by arbitrary forms and rules where justice indicates otherwise. It is the tradition to which this Court has adhered in suggesting in *Kamloops* that the search should not be for a universal rule but for the elaboration of categories where recovery of economic loss is justifiable on a case-by-case basis.

f) Résultats de l'analyse comparative

Il ressort de l'analyse comparative ci-dessus que, dans certains cas, il y aurait lieu d'accorder des dommages-intérêts pour perte économique lorsque le demandeur n'a subi aucun préjudice physique et ne s'est pas fié au sens de l'arrêt *Hedley Byrne*. Les juridictions de droit civil, loin d'exclure une telle indemnisation, exigent qu'elle soit accordée quand le préjudice est direct et certain. Les juridictions de common law sont parties d'une règle stricte excluant la plupart des pertes purement économiques, mais elles se sont trouvées dans une situation où les juges ont, en agissant cas par cas, persisté à accorder des dommages-intérêts pour perte économique en dehors des catégories prévues. Même aux États-Unis, où la crainte d'une avalanche de poursuites découlant de l'existence d'une responsabilité illimitée a dominé le plus, les tribunaux ont dû faire des exceptions dans l'intérêt de la justice. Il reste qu'il se présente des cas, autres que ceux qui sont visés par l'ancienne règle d'exclusion, où il est manifestement juste et équitable de permettre l'indemnisation de la perte économique. Dans de tels cas, les tribunaux s'efforceront d'accorder un dédommagement, pourvu qu'ils soient convaincus que l'affaire n'ouvrira pas la porte à une pléthore de réclamations où le demandeur ne mérite pas d'être indemnisé. Ils refuseront d'accepter une injustice simplement au nom du respect de l'ordre doctrinal qui a motivé l'arrêt *Murphy*. C'est dans la meilleure tradition du droit relatif à la négligence, dont l'historique révèle un refus catégorique d'être limité par des formules et des règles arbitraires là où la justice commande le contraire. C'est la tradition à laquelle notre Cour s'est ralliée en affirmant, dans l'arrêt *Kamloops*, que l'on devrait chercher à concevoir non pas une règle universelle mais des catégories où l'indemnisation de la perte économique est justifiable sur une base individuelle.

If a comparative review suggests that economic loss should be recoverable in circumstances not covered by the traditional exclusionary rule, it also suggests that the need for some limit on such recovery is universally recognized. To permit all economic loss related to a negligent act to be recovered would be to subject potential defendants to liability which is not only unfair, but which may cripple their ability to do business.

The search then must be for a legal formulation which will permit recovery of economic loss in appropriate cases, while excluding frivolous and remote claims. The comparative jurisprudence indicates that this may be accomplished in different ways. In the civil law, a direct connection test appears to provide appropriate limits. At common law, two approaches present themselves: the "exhaustive rule" solution typified by *Murphy* and the incremental approach adopted in *Kamloops*. I turn next to a consideration of which of these two approaches should prevail.

3. *The Approach which should be Adopted to Recovery of Pure Economic Loss*

(a) Doctrinal Considerations

Murphy makes an important point. It is not enough that a rule of law be defensible on moral and economic terms. It should, in addition, provide a logical basis upon which individuals can predicate their conduct and courts can decide future cases. The history of the problem in different jurisdictions demonstrates a clear need to allow recovery of economic loss for negligence in some cases where the criteria of physical damage and reliance do not apply. On the other hand, a fair and functional legal system cannot accept that all economic loss related to negligence should be recoverable. Judges seem able to pick out deserving cases when they see them. The difficulty lies in formulating a

S'il ressort d'une analyse comparative que la perte économique devrait donner lieu à indemnisation dans certains cas auxquels ne s'applique pas la règle classique d'exclusion, il en ressort également qu'il est universellement admis qu'il faut imposer une certaine limite à cette indemnisation. Permettre l'indemnisation de toute perte économique liée à un acte négligent reviendrait à soumettre les défendeurs éventuels à une responsabilité qui est non seulement injuste, mais qui peut les empêcher de faire des affaires.

Il faut donc chercher une formule juridique qui permettra l'indemnisation de la perte économique dans des cas appropriés, tout en excluant les réclamations futiles et sans rapport immédiat. Une étude comparative de la jurisprudence indique que cela peut se faire de diverses façons. En droit civil, le critère fondé sur l'existence d'un lien direct semble fournir des limites adéquates. En common law, il y a deux approches: la solution de la «règle exhaustive» représentée par l'arrêt *Murphy* et la méthode progressive adoptée dans l'arrêt *Kamloops*. J'examinerai maintenant laquelle de ces deux approches devrait l'emporter.

3. *L'approche qui devrait être adoptée pour indemniser la perte purement économique*

a) Considérations doctrinales

L'arrêt *Murphy* souligne un point important. Il ne suffit pas qu'une règle de droit soit défendable sur les plans moral et économique. Elle devrait, en outre, fournir un principe logique sur lequel les individus pourraient fonder leur conduite et à partir duquel les tribunaux pourraient trancher les affaires à venir. L'historique du problème dans divers ressorts démontre qu'il faut manifestement permettre l'indemnisation de la perte économique découlant d'une négligence dans certains cas où les critères du préjudice physique et de la confiance ne s'appliquent pas. Par contre, dans un système juridique juste et fonctionnel, on ne saurait accepter que toute perte économique liée à une négligence devrait donner lieu à indemnisation. Les juges semblent en mesure de discerner, lorsqu'ils les voient, les cas où le demandeur mérite d'être indemnisé. La difficulté réside dans la for-

rule which explains why judges allow recovery of economic loss in some cases and not in others.

Such difficulties are not new to the common law. It was the great insight of Justice Oliver Wendell Holmes that the common law resides most fundamentally not in a set of *a priori* principles but in the decisions of the courts. The task of doctrine is to identify the factors which unite the different applications with a view to formulating emergent principles, recognizing that absolute logical formulations may not in all cases be possible or practical.

The decisions of the House of Lords in *Murphy* and of this Court in *Kamloops* illustrate two different approaches to the problem of defining the legal parameters of common law rules. The House of Lords in *Murphy* appears to have taken the view that what is required is a rule which deals with the problem in an exhaustive and definitive way. The criterion of physical damage to the plaintiff's person and property, supplemented by the exception of reliance, provides such a rule. The approach of *Anns*, in rejecting arbitrary categories and considering new cases on a policy basis as they arise, does not provide such a rule. Therefore *Anns* was rejected and the narrow but precise physical damage-reliance rule reinstated.

The approach adopted by this Court in *Kamloops* is quite different. No attempt was made to formulate an all-inclusive rule governing when damages in negligence for pure economic loss can be recovered. The Court began from the proposition that recovery of pure economic loss was available in some but not all cases. This much had been established in *Rivtow*. But it went on to state that the case before it was not like *Rivtow*. It then embarked on a consideration of whether in the category of cases before it (negligence by public authorities causing financial loss to third parties) recovery should be allowed. On the one hand, the Court, *per* Wilson J., determined that the circumstances imposed a duty of care on the defendants

mulation d'une règle qui explique pourquoi les juges permettent l'indemnisation de la perte économique dans certains cas et non dans d'autres.

Pareilles difficultés ne sont pas nouvelles en common law. C'était la conviction profonde du juge Oliver Wendell Holmes que la common law réside le plus essentiellement non pas dans un ensemble de principes rationnels mais dans les décisions des tribunaux. La doctrine a pour tâche d'identifier les facteurs qui unissent les différentes applications en vue de formuler les principes qui en émergent, tout en reconnaissant que les formulations logiques absolues ne sont peut-être pas possibles ou pratiques dans tous les cas.

Les arrêts *Murphy* de la Chambre des lords et *Kamloops* de notre Cour illustrent deux façons différentes d'aborder le problème de la définition des paramètres juridiques des règles de common law. Dans l'arrêt *Murphy*, la Chambre des lords semble avoir adopté le point de vue selon lequel il faut une règle qui traite le problème de façon exhaustive et définitive. Le critère du préjudice physique causé à la personne et aux biens du demandeur, complété par l'exception de la confiance, fournit une telle règle. L'approche adoptée dans l'affaire *Anns*, consistant à rejeter les catégories arbitraires et à examiner, en général, les nouveaux cas au fur et à mesure qu'ils se présentent, ne fournit pas une telle règle. L'arrêt *Anns* a donc été rejeté et on est revenu à la règle stricte mais précise du préjudice physique et de la confiance.

L'approche adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Kamloops* est tout à fait différente. La Cour n'a pas tenté de formuler une règle exhaustive prévoyant dans quels cas on pourrait obtenir des dommages-intérêts pour la perte purement économique découlant d'une négligence. Elle est partie du principe selon lequel l'indemnisation de la perte purement économique n'est possible que dans certains cas seulement. L'arrêt *Rivtow* avait tout au moins établi cela. Mais elle en est venue à dire que l'affaire dont elle était saisie différait de l'affaire *Rivtow*. Elle a alors entrepris d'examiner si, dans la catégorie d'affaires dont elle était saisie (négligence de la part d'autorités publiques causant un préjudice financier à des tiers), l'indemnisation devrait être

toward the plaintiff and that allowing recovery would accomplish "a number of worthy objectives". On the other, the Court satisfied itself that allowing recovery in this case would not open the floodgates of indeterminate liability. Accordingly, recovery was allowed. The approach of the Court in *Kamloops* is summarized by Irvine "Case Comment: *Kamloops v. Nielsen*" (1984), 29 C.C.L.T. 185, at p. 190, as follows:

In its identification of the bête noire of indeterminate liability; in its apparent rejection of any wild-goose chase for a universal formula of admission or exclusion of economic loss claims; in its readiness to look, case by case, for factors which inherently serve to negate the prospect of an avalanche of liability; this judgment seems to be in the mainstream of constructive modern thinking on the issue. . .

It is my view that the incremental approach of *Kamloops* is to be preferred to the insistence on logical precision of *Murphy*. It is more consistent with the incremental character of the common law. It permits relief to be granted in new situations where it is merited. Finally, it is sensitive to danger of unlimited liability.

But where, one may ask, are future courts to find guidance? The answer is that as the courts recognize new categories of cases where economic recovery is available, rules will emerge. This is what happened in the case of *Hedley Byrne*. Up to that time, it was accepted that there could be no recovery for negligent misstatement causing economic loss. The court held that there could be, and formulated conditions (reliance) which would limit claims and avoid the spectre of open floodgates. This decision was transmuted to a rule of general

permise. D'une part, la Cour, par l'entremise du juge Wilson, a décidé que les circonstances imposaient aux défendeurs une obligation de diligence envers le demandeur et que permettre l'indemnisation répondrait à «un certain nombre d'objectifs valables». D'autre part, la Cour était convaincue que permettre l'indemnisation, dans cette affaire, n'aurait pas pour effet de déclencher une avalanche de poursuites découlant de l'existence d'une responsabilité indéterminée. L'indemnisation a donc été permise. L'approche de la Cour dans l'arrêt *Kamloops* est résumée ainsi par Irvine dans «Case Comment: *Kamloops v. Nielsen*» (1984), 29 C.C.L.T. 185, à la p. 190:

[TRADUCTION] Dans son identification de la bête noire qu'est la responsabilité indéterminée, dans son rejet apparent de toute recherche inutile d'une formule universelle d'admission ou d'exclusion des actions pour perte économique, dans son empressement à chercher, dans chaque cas, des facteurs qui servent en soi à nier la perspective d'une avalanche d'actions en responsabilité, ce jugement semble se situer dans le courant dominant de la pensée moderne constructive sur la question . . .

J'estime qu'il faut préférer la méthode progressive de l'arrêt *Kamloops* à l'insistance sur la précision logique de l'arrêt *Murphy*. Elle est plus compatible avec la nature progressive de la common law. Cette méthode permet d'accorder une réparation dans des situations nouvelles où elle est méritée. Enfin, elle est sensible au danger de la responsabilité illimitée.

Mais de quoi, peut-on se demander, les tribunaux s'inspireront-ils à l'avenir? La réponse est la suivante: des règles émergeront au fur et à mesure que les tribunaux reconnaîtront de nouvelles catégories d'affaires où l'indemnisation de la perte économique est possible. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Hedley Byrne*. Jusque-là, il était admis qu'il ne pouvait pas y avoir d'indemnisation d'une perte économique résultant d'un renseignement inexact fourni par négligence. Le tribunal a jugé qu'il pouvait y avoir indemnisation et a énoncé des conditions (confiance) qui limiteraient les actions et permettraient d'éviter le spectre de l'avalanche de poursuites. Cette décision s'est transformée en une règle d'application générale

application which has functioned without difficulty and to the betterment of justice ever since.

Other categories of exceptions have been established in Canada: economic loss is recoverable in the absence of physical damage where there is a duty to warn (*Rivtow*), and where a duty lies on public officials to pursue their statutory duty (*Kamloops*). It is not suggested that either has led to difficulty of application. In the United States, it is recognized that pure economic loss can be recovered in certain 'joint venture' situations and in the case of environmental damage adversely affecting one's livelihood. Again, these extensions are arguably capable of application without undue difficulty.

If this approach is followed, as it has been to date in Canada, new categories of cases will from time to time arise. It will not be certain whether economic loss can be recovered in these categories until the courts have pronounced on them. During this period, the law in a small area of negligence may be uncertain. Such uncertainty however is inherent in the common law generally. It is the price the common law pays for flexibility, for the ability to adapt to a changing world. If past experience serves, it is a price we should willingly pay, provided the limits of uncertainty are kept within reasonable bounds.

The foregoing suggests that the incremental approach to the problem of determining the limits for the recovery of pure economic loss which was adopted by this Court in *Kamloops* should be confirmed. Where new categories of claim arise, the court should consider the matter first from the doctrinal point of view of duty and proximity, as well as the pragmatic perspective of the purposes served and the dangers associated with the extension sought.

The doctrinal inquiry introduces considerations which the cases have traditionally treated under the

qui a fonctionné sans difficulté et a permis d'améliorer l'administration de la justice depuis lors.

D'autres catégories d'exceptions ont été établies au Canada: la perte économique peut donner lieu à indemnisation en l'absence de préjudice physique lorsqu'il y a une obligation d'avertir (*Rivtow*) et que des fonctionnaires doivent remplir des fonctions prévues par la loi (*Kamloops*). Je n'insinue pas que l'un ou l'autre arrêt a mené à des difficultés d'application. Aux États-Unis, il est reconnu que la perte purement économique peut donner lieu à indemnisation dans certains cas d'«entreprise commune» et dans le cas de dommages à l'environnement qui nuisent aux moyens d'existence de quelqu'un. Encore une fois, on pourrait dire que ces extensions de l'indemnisation peuvent s'appliquer sans trop de difficultés.

Si cette approche est suivie, comme elle l'a été jusqu'à maintenant au Canada, de nouvelles catégories d'affaires prendront naissance à l'occasion. Il ne sera pas sûr que la perte économique peut donner lieu à indemnisation dans ces catégories tant que les tribunaux ne se seront pas prononcés à leur sujet. Pendant ce temps, le droit sera peut-être incertain dans un domaine restreint de la négligence. Une telle incertitude est toutefois inhérente à la common law en général. C'est le prix que doit payer la common law pour sa souplesse, pour sa capacité de s'adapter à un monde en évolution. Si l'expérience passée est utile, c'est un prix que nous devrions payer volontiers, pourvu que les limites de l'incertitude demeurent raisonnables.

Il ressort de ce qui précède qu'il y a lieu de confirmer la façon progressive d'aborder le problème de la détermination des limites de l'indemnisation de la perte purement économique, que notre Cour a adoptée dans l'arrêt *Kamloops*. Lorsque prennent naissance de nouvelles catégories d'actions, le tribunal devrait examiner la question d'abord du point de vue doctrinal de l'obligation et du lien étroit, ainsi que du point de vue pratique des objets poursuivis et des dangers liés à l'extension de l'indemnisation recherchée.

L'examen de la doctrine soulève des considérations que la jurisprudence a abordées traditionnel-

concept of proximity. Proximity may be usefully viewed, not so much as a test in itself, but as a broad concept which is capable of subsuming different categories of cases involving different factors. Deane J. in *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1, at pp. 55-56, in a passage cited by MacGuigan J.A., in the judgment below at p. 165, describes proximity as follows:

The requirement of proximity is directed to the relationship between the parties in so far as it is relevant to the allegedly negligent act or omission of the defendant and the loss or injury sustained by the plaintiff. It involves the notion of nearness or closeness and embraces physical proximity (in the sense of space and time) between the person or property of the plaintiff and the person or property of the defendant, circumstantial proximity such as an overriding relationship of employer and employee or of a professional man and his client and what may (perhaps loosely) be referred to as causal proximity in the sense of the closeness or directness of the causal connection or relationship between the particular act or course of conduct and the loss or injury sustained. It may reflect an assumption by one party of a responsibility to take care to avoid or prevent injury, loss or damage to the person or property of another or reliance by one party upon such care being taken by the other in circumstances where the other party knew or ought to have known of that reliance. Both the identity and the relative importance of the factors which are determinative of an issue of proximity are likely to vary in different categories of case. That does not mean that there is scope for decision by reference to idiosyncratic notions of justice or morality or that it is a proper approach to treat the requirement of proximity as a question of fact to be resolved merely by reference to the relationship between the plaintiff and the defendant in the particular circumstances. The requirement of a relationship of proximity serves as a touchstone and control of the *categories* of case in which the common law will adjudge that a duty of care is owed. Given the general circumstances of a case in a new or developing area of the law of negligence, the question what (if any) combination or combinations of factors will satisfy the requirement of proximity is a question of law to be resolved by the processes of legal reasoning, induction and deduction. On the other hand, the identification of the content of that requirement in such an area should not be either ostensibly or actually

lement sous la notion du lien étroit. Le lien étroit peut être utilement considéré non pas tellement comme un critère en soi, mais comme une notion large qui peut inclure différentes catégories d'affaires comportant différents facteurs. Dans l'arrêt *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1, aux pp. 55 et 56, le juge Deane décrit ainsi le lien étroit dans un passage cité par le juge MacGuigan à la p. 165 de l'arrêt de la cour d'appel:

[TRADUCTION] L'existence nécessaire d'un lien étroit concerne le rapport entre les parties dans la mesure où il a trait à l'acte ou à l'omission prétendument négligente du défendeur et au préjudice ou au dommage subi par le demandeur. Elle implique la notion d'étroitesse du lien et comprend la proximité physique (dans l'espace et le temps) entre la personne ou les biens du demandeur et la personne ou les biens du défendeur, un lien étroit circonstanciel comme des rapports prépondérants entre employeur et employé ou entre un professionnel et son client et ce qui peut (peut-être pas strictement) être mentionné comme un lien étroit de causalité au sens d'étroitesse de la relation de cause à effet entre l'acte ou le comportement particulier et le préjudice ou dommage subi. Cela peut refléter une assumption par l'une des parties de la responsabilité de prendre soin d'éviter ou de prévenir le dommage ou le préjudice à la personne ou aux biens d'une autre ou la croyance de l'une des parties qu'une telle prudence sera montrée par l'autre dans des cas où l'autre partie était ou aurait dû être au courant de cette croyance. La nature et l'importance relative des facteurs qui sont déterminants pour une question de lien étroit sont susceptibles de varier dans les diverses catégories d'affaires. Cela ne veut pas dire qu'on peut trancher la question en se reportant aux notions particulières de justice ou de morale ou que c'est une façon appropriée de traiter la nécessité d'un lien étroit comme une question de fait qui se résoudrait simplement en se reportant au rapport existant entre le demandeur et le défendeur dans les circonstances particulières. L'existence nécessaire d'un lien étroit sert de pierre de touche pour reconnaître les *catégories* d'affaires dans lesquelles la common law statuera qu'une partie bénéficiera d'une obligation de prudence. Étant donné les circonstances générales d'une affaire dans un domaine nouveau ou en pleine évolution du droit relatif à la négligence, la question de savoir si une ou des combinaisons de facteurs, le cas échéant, satisferont à la nécessité de l'existence d'un lien étroit est une question de droit qui doit être tranchée en recourant aux processus de raisonnement, d'induc-

divorced from notions of what is "fair and reasonable"

...

The matter may be put thus: before the law will impose liability there must be a connection between the defendant's conduct and plaintiff's loss which makes it just for the defendant to indemnify the plaintiff. In contract, the contractual relationship provides this link. In trust, it is the fiduciary obligation which establishes the necessary connection. In tort, the equivalent notion is proximity. Proximity may consist of various forms of closeness—physical, circumstantial, causal or assumed—which serve to identify the categories of cases in which liability lies.

Viewed thus, the concept of proximity may be seen as an umbrella, covering a number of disparate circumstances in which the relationship between the parties is so close that it is just and reasonable to permit recovery in tort. The complexity and diversity of the circumstances in which tort liability may arise defy identification of a single criterion capable of serving as the universal hallmark of liability. The meaning of "proximity" is to be found rather in viewing the circumstances in which it has been found to exist and determining whether the case at issue is similar enough to justify a similar finding.

In summary, it is my view that the authorities suggest that pure economic loss is *prima facie* recoverable where, in addition to negligence and foreseeable loss, there is sufficient proximity between the negligent act and the loss. Proximity is the controlling concept which avoids the spectre of unlimited liability. Proximity may be established by a variety of factors, depending on the nature of the case. To date, sufficient proximity has been found in the case of negligent misstatements where there is an undertaking and correlative reliance (*Hedley Byrne*); where there is a duty to warn (*Rivtow*); and where a statute imposes a responsi-

tion et de déduction sur le plan juridique. Par ailleurs, l'identification du contenu de cette nécessité dans un tel domaine ne doit pas être séparée en apparence ou effectivement des notions de ce qui est «juste et raisonnable»

a ...

On peut formuler le problème ainsi: avant que le droit n'impose une responsabilité, il doit exister un lien entre le comportement du défendeur et la perte subie par le demandeur qui fait qu'il est juste que le défendeur indemnise le demandeur. En matière contractuelle, il y a le lien contractuel. En matière fiduciaire, c'est l'obligation fiduciaire qui établit le lien nécessaire. En matière délictuelle, la notion équivalente est le lien étroit. Le lien étroit peut revêtir diverses formes—qu'il s'agisse de proximité physique, circonstancielle, causale ou présumée—qui servent à identifier les catégories d'affaires dans lesquelles il existe une responsabilité.

Sous cet angle, la notion du lien étroit peut être considérée comme une expression générale qui vise un certain nombre de circonstances disparates dans lesquelles le rapport existant entre les parties est si étroit qu'il est juste et raisonnable de permettre l'indemnisation en matière délictuelle. La complexité et la diversité des circonstances dans lesquelles la responsabilité délictuelle peut prendre naissance ne permettent pas d'identifier un critère unique qui puisse servir de marque universelle de la responsabilité. On trouvera le sens de «lien étroit» en examinant plutôt les circonstances dans lesquelles on a conclu à son existence et en déterminant si l'affaire en cause est semblable au point de justifier une conclusion similaire.

En résumé, je suis d'avis que la jurisprudence laisse entendre que la perte purement économique peut, à première vue, donner lieu à indemnisation lorsqu'en plus d'une négligence et d'une perte prévisible, il existe un lien suffisamment étroit entre l'acte négligent et la perte subie. Le lien étroit est la notion déterminante qui permet d'éviter le spectre de la responsabilité illimitée. On peut établir l'existence d'un lien étroit au moyen de toute une gamme de facteurs, selon la nature de l'affaire. Jusqu'à maintenant, on a conclu à l'existence d'un lien suffisamment étroit dans le cas de renseignements inexacts fournis par négligence où il y a

bility on a municipality toward the owners and occupiers of land (*Kamloops*). But the categories are not closed. As more cases are decided, we can expect further definition on what factors give rise to liability for pure economic loss in particular categories of cases. In determining whether liability should be extended to a new situation, courts will have regard to the factors traditionally relevant to proximity such as the relationship between the parties, physical propinquity, assumed or imposed obligations and close causal connection. And they will insist on sufficient special factors to avoid the imposition of indeterminate and unreasonable liability. The result will be a principled, yet flexible, approach to tort liability for pure economic loss. It will allow recovery where recovery is justified, while excluding indeterminate and inappropriate liability, and it will permit the coherent development of the law in accordance with the approach initiated in England by *Hedley Byrne* and followed in Canada in *Rivtow*, *Kamloops* and *Hofstrand*.

I add the following observations on proximity. The absolute exclusionary rule adopted in *Stockton* and affirmed in *Murphy* (subject to *Hedley Byrne*) can itself be seen as an indicator of proximity. Where there is physical injury or damage, one posits proximity on the ground that if one is close enough to someone or something to do physical damage to it, one is close enough to be held legally responsible for the consequences. Physical injury has the advantage of being a clear and simple indicator of proximity. The problem arises when it is taken as the only indicator of proximity. As the cases amply demonstrate, the necessary proximity to found legal liability fairly in tort may well arise

promesse et confiance corrélative (*Hedley Byrne*), où il y a une obligation d'avertir (*Rivtow*) et où une loi impose à une municipalité une responsabilité envers les propriétaires et les occupants d'un bien-fonds (*Kamloops*). Mais ces catégories ne sont pas limitatives. Comme davantage d'affaires sont jugées, nous pouvons nous attendre à une autre définition des facteurs qui engendrent la responsabilité pour perte purement économique dans des catégories particulières d'affaires. Pour déterminer s'il faudrait étendre la responsabilité à une nouvelle situation, les tribunaux tiendront compte des facteurs qui se rapportent traditionnellement à l'existence d'un lien étroit comme le rapport qui existe entre les parties, la proximité physique, les obligations présumées ou imposées et le lien étroit de causalité. Et ils insisteront sur des facteurs spéciaux suffisants pour éviter l'imposition d'une responsabilité indéterminée et déraisonnable. Il en résultera une façon fondée sur des principes et, en même temps, souple d'aborder la responsabilité délictuelle pour la perte purement économique. Cette façon de procéder permettra l'indemnisation lorsque celle-ci est justifiée, tout en excluant la responsabilité indéterminée et inopportune, et elle permettra également l'évolution cohérente du droit en conformité avec l'approche amorcée en Angleterre par l'arrêt *Hedley Byrne* et suivie au Canada dans les arrêts *Rivtow*, *Kamloops* et *Hofstrand*.

J'ajoute les observations suivantes au sujet du lien étroit. La règle d'exclusion absolue adoptée dans l'arrêt *Stockton* et confirmée dans l'arrêt *Murphy* (sous réserve de l'arrêt *Hedley Byrne*) peut elle-même être considérée comme un signe de l'existence d'un lien étroit. Lorsqu'il y a lésion corporelle ou dommage matériel, on pose en principe l'existence d'un lien étroit pour le motif que, si on est assez près de quelqu'un ou de quelque chose pour lui causer une lésion corporelle ou un dommage matériel, on est assez proche pour être considéré comme légalement responsable des conséquences qui s'ensuivent. La lésion corporelle a l'avantage d'être un signe clair et simple de l'existence d'un lien étroit. Le problème se pose lorsqu'elle est considérée comme le seul signe de l'existence d'un lien étroit. Comme la jurispru-

in circumstances where there is no physical damage.

Viewed in this way, proximity may be seen as paralleling the requirement in civil law that damages be direct and certain. Proximity, like the requirement of directness, posits a close link between the negligent act and the resultant loss. Distant losses which arise from collateral relationships do not qualify for recovery.

In many of the cases discussed above, the judiciary has focused upon the relationship between the tortfeasor and the plaintiff as an indication of proximity, a focus closely related to the foreseeability analysis inherent to all negligence actions. In the classic case of *Hedley Byrne*, the reliance analysis focuses upon the connection between the party who made the negligent misstatement and the injured party, i.e., is that plaintiff a party that the tortfeasor ought reasonably to have foreseen would rely on his or her statement? The judgments below focused on the relationship between the tortfeasor Norsk and the plaintiff CN both within and outside their discussion of proximity. A more comprehensive, and I submit objective, consideration of proximity requires that the court review all of the factors connecting the negligent act with the loss; this includes not only the relationship between the parties but all forms of proximity—physical, circumstantial, causal or assumed indicators of closeness. While it is impossible to define comprehensively what will satisfy the requirements of proximity or directness, precision may be found as types of relationships or situations are defined in which the necessary closeness between negligence and loss exists.

While proximity is critical to establishing the right to recover pure economic loss in tort, it does not always indicate liability. It is a necessary but

dence le démontre amplement, le lien étroit nécessaire pour établir équitablement une responsabilité légale en matière délictuelle peut bien prendre naissance dans des circonstances où il n'y a aucun préjudice physique.

Considérée sous cet angle, l'existence d'un lien étroit peut être considérée comme équivalant à l'exigence en droit civil que les dommages soient directs et certains. L'existence d'un lien étroit, comme l'exigence de caractère direct, pose en principe l'existence d'un rapport étroit entre l'acte négligent et la perte en résultant. Les pertes éloignées qui découlent de rapports connexes ne sauraient donner lieu à indemnisation.

Dans nombre d'affaires examinées plus haut, les juges ont mis l'accent sur le rapport entre l'auteur du délit et le demandeur comme signe de l'existence d'un lien étroit, ce qui se rapproche beaucoup de l'analyse de la prévisibilité inhérente à toutes les actions pour négligence. Dans l'affaire classique *Hedley Byrne*, l'analyse de la confiance était axée sur le lien entre la partie qui avait fourni le renseignement inexact par négligence et la partie lésée, c'est-à-dire ce demandeur est-il une partie dont l'auteur du délit aurait dû raisonnablement prévoir qu'elle se fierait à sa déclaration? Les jugements des tribunaux d'instance inférieure ont insisté sur le rapport qui existe entre l'auteur du délit Norsk et le demandeur le CN tant dans le cadre qu'en dehors de leur examen de l'existence d'un lien étroit. L'analyse plus complète et, selon moi, objective du lien étroit exige du tribunal qu'il examine tous les facteurs liant l'acte négligent à la perte; cela inclut non seulement le rapport qui existe entre les parties mais encore toutes les formes de lien étroit—des signes physiques, circonstanciels, causals ou présumés de proximité. Bien qu'il ne soit pas possible de définir en détail ce qui satisfera aux conditions de l'existence d'un lien étroit ou direct, on peut trouver des précisions car des types de rapports ou de situations sont définis où existe le degré de proximité nécessaire entre la négligence et la perte.

Bien que l'existence d'un lien étroit soit essentielle pour établir le droit à l'indemnisation de la perte purement économique en matière délictuelle,

not necessarily sufficient condition of liability. Recognizing that proximity is itself concerned with policy, the approach adopted in *Kamloops* (paralleled by the second branch of *Anns*) requires the Court to consider the purposes served by permitting recovery as well as whether there are any residual policy considerations which call for a limitation on liability. This permits courts to reject liability for pure economic loss where indicated by policy reasons not taken into account in the proximity analysis.

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*.

(b) Pragmatic Considerations

Are there practical reasons why the recovery of economic loss should be confined to cases where the plaintiff has sustained physical damage or injury or relied on a negligent misrepresentation? Will extension of recovery of economic loss to other situations open the floodgates of liability, prove so uncertain as to be unworkable, or have an adverse economic impact? Such questions are difficult to answer, but some assistance may be gained from looking at what has happened where the rule has been broadened and from examining the merits of the economic arguments urged in support of restricting recovery.

(1) *The Comparative Evidence*

The comparative historical perspective provides little support for the need for a rule which confines recovery of economic loss to cases where the plaintiff has suffered physical loss or has relied on a negligent misstatement. The civil law in Canada and abroad appears to function adequately without

elle n'indique pas toujours qu'il y a responsabilité. C'est une condition nécessaire mais pas nécessairement suffisante de la responsabilité. Tout en reconnaissant que l'existence d'un lien étroit est elle-même une question de principe, l'approche adoptée dans l'arrêt *Kamloops* (qui correspond au deuxième volet de l'arrêt *Anns*) exige que la Cour se demande quelles fins seraient servies si on permettait l'indemnisation et s'il y a d'autres considérations de principe qui exigent une limitation de la responsabilité. Cela permet aux tribunaux de rejeter la responsabilité pour perte purement économique lorsqu'il y a lieu de le faire pour des raisons de principe dont il n'a pas été tenu compte dans l'analyse du lien étroit.

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*.

b) Considérations pratiques

Y a-t-il des raisons pratiques pour lesquelles l'indemnisation de la perte économique devrait se limiter aux cas où le demandeur a subi un dommage matériel ou une lésion corporelle ou s'est fié à une déclaration inexacte faite par négligence? L'extension de l'indemnisation de la perte économique à d'autres situations entraînera-t-elle une avalanche d'actions en responsabilité, se révélera-t-elle incertaine au point de ne pas être réalisable ou aura-t-elle des répercussions économiques néfastes? Il est difficile de répondre à ces questions, mais il peut être utile de regarder ce qui s'est produit là où la règle a été élargie et d'examiner le bien-fondé des arguments économiques avancés à l'appui de la limitation de l'indemnisation.

(1) *La preuve découlant de l'analyse comparative*

La perspective historique comparée apporte peu d'appui à la nécessité d'avoir une règle qui limite l'indemnisation de la perte économique aux cas où le demandeur a subi un préjudice physique ou s'est fié à un renseignement inexact fourni par négligence. Le droit civil au Canada et à l'étranger

recourse to such a rule. In the common law jurisdictions of Canada, where the availability of damages for pure economic loss has been accepted for a decade and a half, the twin spectres of unlimited recovery and unworkable uncertainty have not materialized. And to the extent that recovery for pure economic loss has been allowed in the United States, it seems not to have provoked adverse consequences but rather to have satisfied the public demand for justice so essential to maintaining the vitality of the law of negligence.

semble bien fonctionner sans qu'on recoure à une règle de ce genre. Dans les juridictions de common law au Canada, où la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts pour la perte purement économique a été acceptée durant une décennie et demie, les deux spectres de l'indemnisation illimitée et du caractère irréalisable découlant de l'incertitude ne se sont pas concrétisés. Et dans la mesure où l'indemnisation de la perte purement économique a été permise aux États-Unis, elle semble non pas avoir entraîné des conséquences néfastes, mais plutôt avoir répondu à la demande, de la part du public, d'une justice si essentielle au maintien de la vitalité du droit relatif à la négligence.

(2) *Economic Theory*

The arguments advanced under this head proceed from the premise that a certain type of loss should not be seen in terms of fault but seen rather as the more or less inevitable by-product of desirable but inherently dangerous (or 'risky') activity. Viewing the activity thus, it is argued that it may well be just to distribute its costs among all who benefit from that activity, and conversely unfair to impose it upon individuals who (assuming human error to be the inevitable by-product of human activity) are viewed as the "faultless" instruments causing the loss. This basis for administering losses has been variously described as "collectivisation of losses" or "loss distribution": see Fleming, *The Law of Torts*, *supra*, at pp. 8-9. It arguably amounts to a rejection or diminution of the concept of personal fault on which our law of tort (and the civil law of delict) is based.

(2) *Théorie économique*

Les arguments avancés sous cette rubrique partent de la prémisse qu'un certain genre de perte devrait être considéré non pas sous l'angle de la faute, mais plutôt comme la conséquence plus ou moins inévitable d'une activité souhaitable mais dangereuse (ou «risquée») en soi. On soutient que, si l'on envisage cette activité ainsi, il peut bien être juste de répartir ses coûts entre tous ceux qui en bénéficient et inversement injuste de l'imposer aux individus qui (en admettant que l'erreur humaine soit une conséquence inévitable de l'activité humaine) sont considérés comme les instruments «irréprochables» qui causent cette perte. Cette façon de gérer les pertes a été qualifiée différemment de [TRADUCTION] «collectivisation des pertes» ou de «répartition des pertes»: voir Fleming, dans *The Law of Torts*, *op. cit.*, aux pp. 8 et 9. On pourrait soutenir que cela équivaut à un rejet ou à un adoucissement de la notion de la faute personnelle sur laquelle est fondé notre droit relatif à la négligence (ainsi que le droit civil en matière délictuelle).

Three arguments are put forward: (1) the insurance argument; (2) the loss spreading argument; and (3) the "contractual allocation of risk" argument. None of them, in my view, establishes that the extension of recovery granted by the courts in this case is unfair or inefficient.

Trois arguments sont avancés: (1) l'argument de l'assurance, (2) l'argument de la répartition des pertes, et (3) l'argument de la «répartition contractuelle du risque». À mon avis, aucun d'eux n'établit que l'extension de l'indemnisation accordée par les tribunaux en l'espèce est injuste ou inefficace.

The insurance argument says that the plaintiff is in a better position to predict economic loss consequent on an accident, and hence better able to obtain cheap insurance against the contingency. From a macro-economic point of view, this will result in an overall saving. The argument, however, depends on a number of questionable assumptions. As Bishop, "Economic Loss in Tort" (1982), 2 *Oxf. J. Legal Studies* 1, at p. 2, puts it:

It is said that the victim, even when he sustains large losses, is the least cost insurer where financial loss is concerned. This argument must overcome two difficulties. First, the common law restriction of financial loss recovery reduces incentives to tortfeasors to take care. For example it is cheaper for a builder to dig without checking for the presence of gas mains or electricity cables. Such reduced care will, in the long run, result in more accidents. So, if the insurance argument is to be sustained, the victim must be not only the better insurer, but better by some margin so great that it justifies the losses from more frequent and more severe injury. Second, it seems doubtful that either victim or tortfeasor could in fact insure at reasonable cost in the insurance markets of the real world. There does exist 'key man' or business interruption insurance, but no general insurance against lost profit — a type of insurance that would suffer from extreme moral hazard problems. The price of market insurance will always include some cost for administration. Most firms will find the price too high to justify purchase. Usually the only insurance available will be self-insurance. Why should we assume that victims do that better than tortfeasors?

The loss spreading justification asserts that it is better for the economic well-being of society to spread the risk among many parties rather than place it on the shoulders of the tortfeasor. Again, this argument is based on questionable assumptions. To quote Bishop, *supra*, at p. 2, once more:

[This argument] is a variant of the insurance argument. The tortfeasor, for example a small construction firm, easily could be bankrupted by the claims, for example those arising from interrupted power supply. In such

Selon l'argument de l'assurance, le demandeur est mieux placé pour prédire la perte économique consécutive à un accident et, de ce fait, plus en mesure de s'assurer à bon marché contre cette éventualité. Du point de vue macro-économique, il en résultera une économie globale. L'argument repose toutefois sur un certain nombre d'hypothèses contestables. Comme le dit Bishop dans «Economic Loss in Tort» (1982), 2 *Oxf. J. Legal Studies* 1, à la p. 2:

[TRADUCTION] On dit que la victime, même lorsqu'elle subit d'importantes pertes, est en mesure de s'assurer à meilleur marché lorsqu'il s'agit de pertes financières. Cet argument se heurte à deux difficultés. En premier lieu, la restriction qu'impose la common law en matière d'indemnisation de la perte financière réduit l'incitation des auteurs de délits à faire preuve de diligence. Par exemple, il coûte moins cher à un constructeur de creuser sans vérifier préalablement la présence de conduites de gaz ou de câbles électriques. À long terme, cette diligence moindre fera augmenter le nombre d'accidents. Donc, si l'argument de l'assurance doit être maintenu, la victime doit non seulement être en mesure de s'assurer à meilleur marché, mais elle doit l'être par une marge si grande qu'elle justifie la multiplication des préjudices et leur aggravation. En second lieu, il semble douteux que la victime ou l'auteur du délit puisse, en fait, s'assurer à un prix raisonnable sur les marchés réels de l'assurance. Il existe bien une assurance société ou contre les pertes d'exploitation, mais il n'existe aucune assurance générale contre la perte de profit — un type d'assurance qui subirait le contre-coup des problèmes de risques moraux extrêmes. Le prix du marché de l'assurance inclura toujours certains frais d'administration. La plupart des entreprises jugeront le prix trop élevé pour en justifier l'achat. Habituellement, la seule assurance possible sera l'autoassurance. Pourquoi devrions-nous présumer que les victimes le font mieux que les auteurs de délits?

Suivant la justification fondée sur la répartition des pertes, il est préférable pour le bien-être économique de la société de répartir le risque entre un grand nombre de parties plutôt que de le faire assumer par l'auteur du délit. Encore une fois, cet argument se fonde sur des hypothèses contestables. Je cite à nouveau Bishop, *loc. cit.*, à la p. 2:

[TRADUCTION] [Cet argument] est une variante de l'argument de l'assurance. L'auteur du délit, par exemple une petite entreprise de construction, pourrait facilement être acculé à la faillite par des réclamations comme celles

cases it is said that numerous small losses to victims are to be preferred to one large loss to the tortfeasor. The victims as a class are natural self-insurers of the loss. The tortfeasor would have to engage in expensive market transactions to insure. Perhaps this is so, but there are two points against it. First not only the question of justice or of efficient risk distribution are involved. Where losses are spread by relieving the tortfeasor of liability we can expect more accidents, and so more losses, to occur. Second, some of the victims may sustain large losses not small ones.

In any case, the loss spreading rationale cannot justify the numerous cases where *there is only one victim*. [Emphasis in original.]

A third argument focuses on the ability of persons who stand to suffer economic loss due to the damage to the property of another, to allocate the risk within their contracts effectively with property owners. The law of negligence has no business compensating such persons, it is argued, because it makes better economic sense for them to provide for the possibility of damage to the bridge by negotiating a term that in the event of failure the owner of the bridge would compensate them. The argument, applied to the facts of this case, proceeds as follows: the lessee (CN) would negotiate for indemnification in the event of damage to the bridge; any increase in the lease payments, should they result, would be based on estimates derived from information obtained directly from the parties who will suffer the loss; in the event of damage to the bridge by the negligence of a third party, the lessee (CN) would claim under its contract with the lessor (PWC) for indemnification in the amount negotiated; the lessor could, as the party suffering physical damage, turn around and claim against the tortfeasor (Norsk) for the consequent economic losses including the amount it had to pay out under its contract to the lessee (CN). Such a loss is reasonably foreseeable and falls within the established exception for recovery of economic loss where physical damage is suffered as well. In

résultant d'une panne d'électricité. En pareils cas, dit-on, il est préférable que les victimes subissent une multitude de petites pertes plutôt que de faire supporter une grosse perte à l'auteur du délit. En tant que catégorie, les victimes sont les autoassureurs naturels de la perte. Pour l'auteur du délit, s'assurer représenterait une opération onéreuse. Il en est peut-être ainsi, mais deux points militent contre cet argument. D'abord, il n'est pas seulement question de justice ou de répartition efficace des risques. Lorsqu'on répartit les pertes en dégageant l'auteur du délit de toute responsabilité, on peut s'attendre à une augmentation des accidents et, partant, des pertes. Ensuite, il est possible que les pertes subies par certaines victimes soient non pas mineures, mais majeures.

De toute façon, le raisonnement de la répartition des pertes ne saurait justifier les nombreuses affaires où *il n'y a qu'une seule victime*. [Italique dans l'original.]

Un troisième argument est axé sur la capacité des personnes qui risquent de subir une perte économique résultant de dommages causés aux biens d'autrui de répartir le risque dans les contrats qu'elles passent effectivement avec les propriétaires des biens. Le droit relatif à la négligence n'a rien à voir avec l'indemnisation de ces personnes, soutient-on, car il est beaucoup plus sensé pour elles, sur le plan économique, de prévoir la possibilité d'endommagement du pont en négociant une condition selon laquelle, advenant un bris, le propriétaire du pont les dédommagera. L'argument, appliqué aux faits de l'espèce, est le suivant: le locataire (CN) négocierait une indemnisation en cas de dommages causés au pont; toute augmentation du loyer, le cas échéant, serait fondée sur les estimations découlant des renseignements obtenus directement des parties qui subiront la perte; en cas de dommages causés au pont par la négligence d'un tiers, le locataire (CN) demanderait en vertu du contrat qu'il a conclu avec le locateur (TPC), une indemnité selon le montant négocié; le locateur pourrait, en tant que partie subissant un préjudice physique, se tourner contre l'auteur du délit (Norsk) et lui demander de l'indemniser des pertes économiques subséquentes qui comportent le montant qu'il a dû payer, en vertu de son contrat, au locataire (CN). Une telle perte est raisonnablement prévisible et est visée par l'exception reconnue qui s'applique à l'indemnisation de la perte économique lorsque survient également un préjudice

this way, relational economic losses are 'channelled' rather than denied.

The proponents of this position argue that judicial affirmation of a rule that recovery of economic loss is confined to cases where the plaintiff has sustained physical damage to its person or property or has relied in the sense of *Hedley Byrne*, will send a clear message to the business community to plan its affairs accordingly. Following this argument, the Court can presume that if CN failed to contract for this indemnification: (a) CN paid less for its lease; (b) CN did not consider the risk of unavailability to be significant enough to negotiate for such indemnification (or, alternatively, to insure itself); or (c) CN did not act reasonably and was itself negligent in organizing its business affairs. As such, the preclusion of CN from recovery is justified.

The "contractual allocation of risk" argument rests on a number of important, but questionable assumptions. First, the argument assumes that all persons or business entities organize their affairs in accordance with the laws of economic efficiency, assigning liability to the "least-cost risk avoider". Second, it assumes that all parties to a transaction share an equality of bargaining power which will result in the effective allocation of risk. It is not considered that certain parties who control the situation (e.g., the owners of an indispensable bridge) may refuse to indemnify against the negligence of those over whom they have no control, or may demand such an exorbitant premium for this indemnification that it would be more cost-effective for the innocent victim to insure itself. Thirdly, it overlooks the historical centrality of personal fault to our concept of negligence or "delict" and the role this may have in curbing negligent conduct and thus limiting the harm done to innocent parties, not all of whom are large enterprises capable of maximizing their economic situation. Given the uncertainty of these premises, it is far from clear that the Court should deny recovery

physique. De cette façon, les pertes économiques relationnelles sont «canalisées» plutôt que refusées.

Les tenants de cette position font valoir que la confirmation par les tribunaux d'une règle selon laquelle l'indemnisation de la perte économique se limite aux cas où le demandeur a subi une lésion corporelle ou un dommage matériel, ou s'est fié au sens de l'arrêt *Hedley Byrne*, indiquera de façon claire aux gens d'affaires qu'ils doivent planifier leurs affaires en conséquence. Selon cet argument, la Cour peut présumer que, si le CN n'a pas prévu par contrat cette indemnisation, a) le CN paie moins cher pour son bail, b) le CN n'a pas jugé que le risque d'impossibilité d'utiliser le pont était suffisamment important pour négocier une telle indemnisation (ou, subsidiairement, pour s'assurer lui-même), ou c) le CN n'a pas agi de façon raisonnable et a été lui-même négligent dans l'organisation de ses affaires. À ce titre, l'exclusion de toute indemnisation du CN est justifiée.

L'argument de la «répartition contractuelle du risque» repose sur un certain nombre d'hypothèses importantes mais contestables. Premièrement, on y présume que toutes les personnes ou entreprises commerciales organisent leurs affaires conformément aux règles de l'efficacité économique, en assignant la responsabilité à «celui qui se soustrait aux risques les moins coûteux». Deuxièmement, on y présume que toutes les parties à une opération partagent un pouvoir de négociation égal qui entraînera la répartition réelle du risque. On ne considère pas que certaines parties qui contrôlent la situation (par exemple, les propriétaires d'un pont indispensable) peuvent refuser l'indemnisation des pertes résultant de la négligence de ceux sur lesquels ils n'exercent aucun contrôle, ou qu'elles peuvent demander une prime tellement exorbitante pour cette indemnisation qu'il serait plus rentable pour la victime innocente de s'assurer elle-même. Troisièmement, cet argument ne tient pas compte du rôle historique central que joue la faute personnelle dans notre notion de négligence ou de «délict», et de l'effet que cela peut avoir dans la répression de la conduite négligente et ainsi dans la limitation du préjudice causé à des

of pure economic loss on the basis of arguments based on allocation of risk.

(3) *Summary of Pragmatic Considerations*

I conclude that it has not been shown that the approach enunciated by this Court in *Kamloops* threatens to open the floodgates of indeterminate liability, leads to undue uncertainty, or causes unfair or inefficient economic allocation of resources. On the contrary, the *Kamloops* approach is arguably sensitive to these concerns. Moreover, should the courts in following this approach extend liability too far, it is open to the legislatures of this country to impose limits. There is no practical reason evident at this stage for the courts to retreat to the inflexibility of a rule that never countenances recovery of economic loss except where the plaintiff has suffered physical damage or injury or has relied on a negligent misrepresentation.

4. *Application to this Case*

The plaintiff CN suffered economic loss as a result of being deprived of its contractual right to use the bridge damaged by the defendants' negligence. Applying the *Kamloops* approach, its right to recover depends on: (1) whether it can establish sufficient proximity or "closeness", and (2) whether extension of recovery to this type of loss is desirable from a practical point of view.

The first question is whether the evidence in this case establishes the proximity necessary to found liability. The case does not fall within any of the categories where proximity and liability have been hitherto found to exist. So we must consider the matter afresh.

parties innocentes qui ne sont pas toutes de grandes entreprises capables de tirer le maximum de leur situation financière. Vu l'incertitude de ces prémisses, il est loin d'être clair que la Cour devrait refuser l'indemnisation de la perte purement économique sur la base d'arguments fondés sur la répartition du risque.

(3) *Résumé des considérations pratiques*

Je conclus qu'il n'a pas été démontré que l'approche énoncée par notre Cour dans l'arrêt *Kamloops* menace d'engendrer une avalanche de poursuites découlant de l'existence d'une responsabilité indéterminée, qu'elle mène à une trop grande incertitude ou qu'elle entraîne une répartition financière injuste ou inefficace des ressources. Au contraire, on pourrait soutenir que l'approche adoptée dans l'arrêt *Kamloops* tient compte de ces préoccupations. De plus, si, en suivant cette approche, les tribunaux étendaient trop la responsabilité, il serait loisible aux législatures du pays d'imposer des limites. Il n'y a aucune raison pratique et évidente à ce stade-ci pour que les tribunaux reviennent à la rigidité d'une règle qui n'admet jamais l'indemnisation de la perte économique sauf lorsque le demandeur a subi un dommage matériel ou une lésion corporelle ou s'est fié à une déclaration inexacte faite par négligence.

4. *Application à la présente affaire*

Le demandeur le CN a subi une perte économique en étant privé de son droit contractuel d'utiliser le pont endommagé suite à la négligence des défendeurs. Si on applique l'approche adoptée dans l'arrêt *Kamloops*, son droit à l'indemnisation dépend de la question de savoir (1) s'il peut prouver l'existence d'un lien suffisamment étroit et (2) si l'extension de l'indemnisation à ce type de perte est souhaitable du point de vue pratique.

Il s'agit d'abord de savoir si la preuve soumise en l'espèce démontre l'existence du lien étroit nécessaire pour établir la responsabilité. La présente affaire ne tombe dans aucune des catégories où, jusqu'à maintenant, on a conclu à l'existence d'un lien étroit et d'une responsabilité. Nous devons donc examiner de nouveau la question.

A number of factors have been suggested in support of a finding of the necessary proximity. 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 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.

In addition to focusing upon the relationship between the appellant Norsk and CN — a significant indicator of proximity in and of itself — the trial judge based his conclusion that there was sufficient proximity on a number of factors related to CN's connection with the property damaged, the bridge, including the fact that CN's property was in close proximity to the bridge, that CN's property could not be enjoyed without the link of the

On a proposé un certain nombre de facteurs pour conclure à l'existence du lien étroit nécessaire. 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*, 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 matières 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.

En plus de mettre l'accent sur l'existence d'un rapport entre l'appelante Norsk et le CN, qui constitue en soi un signe important de l'existence d'un lien étroit, le juge de première instance a fondé sa conclusion à l'existence d'un lien suffisamment étroit sur un certain nombre de facteurs liés au rapport existant entre le CN et le bien endommagé, le pont, dont le fait que les biens du CN avaient un lien étroit avec le pont, que les biens du CN ne

bridge, which was an integral part of its railway system and that CN supplied materials, inspection and consulting services for the bridge, was its preponderant user, and was recognized in the periodic negotiations surrounding the closing of the bridge.

MacGuigan J.A. summarized the trial judge's findings on proximity as follows, at p. 167:

In effect, the Trial Judge found that the CNR was so closely assimilated to the position of PWC that it was very much within the reasonable ambit of risk of the appellants at the time of the accident. That, it seems to me, is sufficient proximity: in Deane J.'s language, it is both physical and circumstantial closeness.

Such a characterization brings the situation into the "joint" or "common venture" category under which recovery for purely economic loss has heretofore been recognized in maritime law cases from the United Kingdom (*The Greystoke Castle*, *supra*) and the United States (*Amoco Transport*, *supra*). The reasoning, as I apprehend it, is that where the plaintiff's operations are so closely allied to the operations of the party suffering physical damage and to its property (which—as damaged—causes the plaintiff's loss) that it can be considered a joint venturer with the owner of the property, the plaintiff can recover its economic loss even though the plaintiff has suffered no physical damage to its own property. To deny recovery in such circumstances would be to deny it to a person who for practical purposes is in the same position as if he or she owned the property physically damaged.

The second question is whether extension of recovery to this type of loss is desirable from a practical point of view. Recovery serves the purpose of permitting a plaintiff whose position for practical purposes, vis-à-vis the tortfeasor, is indistinguishable from that of the owner of the damaged property, to recover what the actual owner could have recovered. This is fair and avoids an anomalous result. Nor does the recovery of economic loss in this case open the floodgates to unlimited liabil-

pouvaient pas être utilisés sans le lien que constituait le pont qui faisait partie intégrante de son réseau ferroviaire, et le fait que le CN fournissait des matériaux et des services d'inspection et de consultation pour le pont et qu'il en était le principal usager, ce qui était admis dans les négociations périodiques entourant la fermeture du pont.

Le juge MacGuigan résume ainsi, à la p. 167, les conclusions du juge de première instance sur l'existence d'un lien étroit:

De fait, le juge de première instance a conclu que le CN était assimilé de si près à TPC qu'il était vraiment dans le champ raisonnable de risque des appelants au moment de l'accident. Cela constitue, me semble-t-il, un lien suffisamment étroit: pour utiliser les mots du juge Deane, c'est un lien étroit à la fois matériel et circonstanciel.

Une telle qualification fait entrer la situation dans la catégorie des «entreprises communes» ou «conjointes» dans laquelle l'indemnisation de la perte purement économique a jusqu'ici été admise dans les affaires de droit maritime au Royaume-Uni (*The Greystoke Castle*, précité) et aux États-Unis (*Amoco Transport*, précité). Le raisonnement, comme je le redoute, est que, lorsque les opérations du demandeur sont liées de si près à celles de la partie subissant un préjudice à ses biens (qui, parce qu'ils sont endommagés, occasionnent la perte du demandeur) qu'il peut être considéré comme participant à une entreprise commune avec le propriétaire des biens, le demandeur peut se faire indemniser de la perte économique même s'il n'a subi aucun dommage matériel. Refuser l'indemnisation en pareilles circonstances reviendrait à la refuser à une personne qui, à toutes fins pratiques, se trouve dans la même situation que si elle était propriétaire des biens endommagés.

Quant à la deuxième question, il s'agit de savoir si l'extension de l'indemnisation à ce genre de perte est souhaitable du point de vue pratique. L'indemnisation vise à permettre au demandeur dont la position, à toutes fins pratiques, vis-à-vis de l'auteur du délit, ne saurait être distinguée de celle du propriétaire des biens endommagés, de recouvrer ce que le véritable propriétaire aurait pu recouvrer. Cela est juste et permet d'éviter un résultat anormal. L'indemnisation de la perte éco-

ity. The category is a limited one. It has been applied in England and the United States without apparent difficulty. It does not embrace casual users of the property or those secondarily and incidentally affected by the damage done to the property. Potential tortfeasors can gauge in advance the scope of their liability. Businesses are not precluded from self-insurance or from contracting for indemnity, nor are they 'penalized' for not so doing. Finally, frivolous claims are not encouraged.

I conclude that here, as in *Kamloops*, the necessary duty and proximity are established, that valid purposes are served by permitting recovery, and that recovery will not open the floodgates to unlimited liability. In such circumstances, recovery should be permitted.

In deference to the learned judgments of my colleagues, I add the following comments. With respect to the reasons of my colleague Stevenson J., I, like La Forest J., would not accept, by itself, the "known plaintiff" test or the "ascertained class" test, which, to borrow La Forest J.'s phrase, places a premium on notoriety. With respect to the reasons of La Forest J., we are in agreement that the broad and flexible approach set out in *Anns* governs the right to recover for economic loss in tort. We also agree that the law of tort does not permit recovery for all economic loss. We further agree that where the plaintiff establishes a joint venture with the owner of the damaged property, it should be able to recover economic loss. Where we differ, in the final analysis, is on the test for determining joint venture.

nomique dans la présente affaire n'entraîne pas non plus une avalanche de poursuites découlant de l'existence d'une responsabilité illimitée. On est en présence d'une catégorie limitée. Elle a été appliquée en Angleterre et aux États-Unis sans difficulté apparente. Elle ne comprend pas les usagers occasionnels des biens ou ceux qui sont touchés de façon secondaire et accessoire par les dommages causés aux biens. Les auteurs possibles de délits peuvent évaluer d'avance l'étendue de leur responsabilité. Cela n'empêche pas les entreprises de s'autoassurer ou de conclure un contrat d'indemnisation, et elles ne sont pas «pénalisées» non plus si elles ne le font pas. Enfin, on n'encourage pas les actions futiles.

Je conclus qu'en l'espèce, comme dans l'affaire *Kamloops*, on a prouvé l'existence de l'obligation et du lien étroit requis, que le fait de permettre l'indemnisation sert des fins valables et que l'indemnisation n'entraînera pas une avalanche de poursuites découlant de l'existence d'une responsabilité illimitée. Dans ces circonstances, il y a lieu de permettre l'indemnisation.

En toute déférence pour les jugements de mes collègues, j'ajoute les observations suivantes. En ce qui concerne les motifs de mon collègue le juge Stevenson, je ne suis pas d'avis, à l'instar du juge La Forest, d'accepter comme telles la règle du «demandeur connu» ou celle de la «catégorie déterminée» qui, pour reprendre l'expression du juge La Forest, accorde beaucoup d'importance à la notoriété. Quant aux motifs du juge La Forest, nous sommes d'accord que la méthode générale et souple énoncée dans l'arrêt *Anns* régit le droit à l'indemnisation d'une perte économique en matière de responsabilité délictuelle. Nous convenons également que le droit en matière de responsabilité délictuelle ne permet pas l'indemnisation de toute perte économique. Nous convenons en outre que, lorsque le demandeur prouve l'existence d'une entreprise commune avec le propriétaire du bien endommagé, il devrait pouvoir se faire indemniser de la perte économique subie. Là où nous sommes en désaccord, en dernière analyse, c'est au sujet du critère applicable pour déterminer s'il y a entreprise commune.

La Forest J. says that the right to recovery in cases such as this depends exclusively on the terms of the formal contract between the plaintiff and the property owner. If the contract creates a possessory interest or a joint venture, or if it provides for indemnification by the property owner, the plaintiff may recover against a tortfeasor who damages the property and causes economic loss. I do not read the authorities which have considered the implications of a joint venture between the plaintiff and the owner of the damaged property as confining themselves to the formal terms of the contract. I prefer a more flexible test which permits the trial judge to consider all factors relevant to their relationship. The terms of the contract are an important consideration in determining whether economic loss is recoverable. But the contract may tell only part of the story between the parties. If the evidence establishes that having regard to the entire relationship between the owner of the damaged property and the plaintiff, the plaintiff must be regarded as standing in the relation of joint or common venturer (or a concept akin thereto) with the property owner with the result that in justice his rights against third parties should be the same as the owner's, then I would not interfere. Here as elsewhere in the law of tort, the question is where the balance between certainty and flexibility should be struck. It is my conviction, based on the development of the law relating to recovery of economic loss thus far, that the balance must be struck this side of rigid categorization which denies the possibility of recovery in new cases which may not meet the categorical test.

From the point of view of policy, I share La Forest J.'s concern with avoiding recovery which increases the cost of dealing with a given loss and agree with the importance of the considerations he raises as to the contractual allocation of the risk. While important, I do not find these considerations to be exclusively determinative of the issue. For the reasons given earlier, the policy

Le juge La Forest dit que le droit à l'indemnisation dans des affaires telles que l'espèce dépend exclusivement des modalités du contrat formel intervenu entre le demandeur et le propriétaire du bien. Si le contrat crée un droit de possession ou une entreprise commune ou, s'il prévoit l'indemnisation par le propriétaire du bien, le demandeur peut se faire indemniser par l'auteur du délit qui endommage le bien et cause une perte économique. Selon moi, la doctrine et la jurisprudence qui ont étudié les répercussions d'une entreprise commune entre le demandeur et le propriétaire du bien endommagé ne se limitent pas aux modalités formelles du contrat. Je préfère un critère plus souple qui permette au juge du procès de prendre en considération tous les facteurs pertinents au rapport qui existe entre eux. Les modalités du contrat constituent un facteur important pour déterminer si une perte économique peut donner lieu à indemnisation. Mais il se peut que le contrat ne révèle qu'une fraction de ce qui s'est passé entre les parties. S'il ressort de la preuve que, compte tenu de l'ensemble du rapport qui existe entre le propriétaire du bien endommagé et le demandeur, ce dernier doit être considéré comme participant à une entreprise commune (ou une notion qui lui ressemble) avec le propriétaire du bien, de sorte qu'en toute justice ses droits à l'égard des tiers devraient être les mêmes que ceux du propriétaire, je suis alors d'avis de ne pas intervenir. En l'espèce comme ailleurs dans le droit en matière de responsabilité délictuelle, il s'agit de savoir où se trouve le juste milieu entre la certitude et la souplesse. Je suis persuadée, en me fondant sur l'évolution jusqu'ici du droit applicable à l'indemnisation de la perte économique, qu'il faut rejeter la catégorisation stricte qui nie la possibilité d'une indemnisation dans les nouvelles affaires qui peuvent ne pas satisfaire au critère fondé sur la catégorie.

Sur le plan des principes, je partage le souci du juge La Forest d'éviter l'indemnisation qui augmente le coût du règlement d'une perte donnée et je conviens de l'importance des considérations qu'il soulève quant à la répartition contractuelle du risque. Bien qu'elles soient importantes, je ne crois pas que ces considérations soient exclusivement déterminantes à cet égard. Pour les raisons expo-

arguments against recovery are not conclusive, particularly when the individual case is considered. In general, the narrower the scope of tort liability, the cheaper liability insurance. But that is not the whole answer. It may be that elimination of all tort liability for accidents would be the best solution from the point of view of economics, given that casualty insurance is cheaper than liability insurance. But for reasons of principle and policy the law rejects such a conclusion.

I agree too that generally people should be able to predict when they can recover economic loss from third parties, so they can determine in advance how to arrange their affairs, i.e., whether to purchase casualty (or accident) insurance or not. I suggest the test I propose permits this in substantial measure, while leaving open the door to future developments in the law; at a minimum if there is no special connection, physical or circumstantial, between the plaintiff's operations and the property damaged, recovery cannot be assumed and casualty insurance should be purchased. I doubt greater predictability in practical terms can be achieved. Is it truly realistic to suggest that a business firm will decide whether or not to purchase insurance on the basis of what a particular contract with the owner of a particular property provides, as *La Forest J.* suggests? A company such as CN has a host of contracts to consider when assessing whether to buy insurance to cover loss resulting from accidents. Some will meet *La Forest J.*'s criteria, some will not. I suspect that such decisions as to insurance are more likely to be made on the more global basis of asking whether there is any significant risk of loss in the operations which may not be recovered by suing third parties. Moreover, no plaintiff can be sure it will recover its loss, even if the law permits recovery; the party at fault, for example, may be insolvent or uninsured. If there is doubt on any of these questions, the prudent firm will purchase casualty insurance. So predictability

sées précédemment, les arguments de principe à l'encontre de l'indemnisation ne sont pas concluants, tout particulièrement quand on examine l'affaire sur une base individuelle. En général, plus la portée de la responsabilité délictuelle est limitée, moins le coût de l'assurance-responsabilité est élevé. Mais cela ne répond pas à toute la question. Il se peut que l'élimination de toute responsabilité délictuelle en cas d'accident soit la meilleure solution du point de vue économique, vu que l'assurance contre les accidents coûte moins cher que l'assurance-responsabilité. Mais pour des raisons de principe, le droit rejette pareille conclusion.

Je conviens aussi que les gens devraient en général pouvoir prévoir quand ils pourront se faire indemniser d'une perte économique par des tiers, de façon à pouvoir déterminer à l'avance comment organiser leurs affaires, c'est-à-dire s'ils doivent souscrire une assurance contre les accidents ou non. Mon opinion est que le critère que je propose permet cela dans une large mesure, tout en permettant l'évolution du droit; au moins, s'il n'existe aucun lien physique, matériel ou circonstanciel entre les activités du demandeur et le bien endommagé, l'indemnisation ne saurait être présumée, et il y aurait lieu de souscrire une assurance contre les accidents. Je doute qu'on puisse prévoir davantage sur le plan pratique. Est-il vraiment réaliste de laisser entendre, comme le fait le juge *La Forest*, qu'une société commerciale va décider de souscrire ou non une assurance en fonction de ce que prévoit un contrat précis conclu avec le propriétaire d'un bien précis? Une compagnie comme le CN a une foule de contrats à prendre en considération quand vient le temps de décider si elle va s'assurer contre les pertes résultant d'un accident. Certains satisferont aux critères énoncés par le juge *La Forest*, d'autres non. Je soupçonne que de telles décisions en matière d'assurance sont davantage susceptibles de dépendre plus globalement de la question de savoir s'il existe un risque élevé de perte dans les activités qui ne peuvent pas donner lieu à indemnisation au moyen de poursuites contre des tiers. En outre, aucun demandeur ne peut être sûr d'être indemnisé de sa perte, même si la loi permet l'indemnisation; il peut arriver, par exemple, que la partie fautive soit insolvable ou ne

is revealed as a more complex matter than looking at a particular contract.

In the end, I conclude that a test for recovery of economic loss outside situations akin to *Hedley Byrne*—whether ‘contractual relational’ economic loss or otherwise—should be flexible enough to meet the complexities of commercial reality and to permit the recognition of new situations in which liability ought, in justice, to lie as such situations arise. With the greatest respect, it seems to me that a test, which is confined to the terms of the formal contract between the owner of the property damaged and the person who suffers economic loss as a consequence of that damage, may not fill these objectives.

Disposition

I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

STEVENSON J.—I have read the judgment of my colleague Justice McLachlin and while I agree with her conclusion, I reach it by a somewhat different analysis and characterization.

Issue

The appellants have formulated the issue in the following way:

Where A negligently damages the property of B which results in a contractual disruption and consequent economic loss to C:

- (i) Does the law recognize a proximity in relationship between A and C sufficient to support a duty of care, the breach of which gives rise to liability?

soit pas assurée. S’il existe un doute au sujet de l’une ou l’autre de ces questions, la société prudente souscrira une assurance contre les accidents. La prévisibilité se révèle donc une question plus

^a complexe que l’examen d’un contrat précis.

En fin de compte, je conclus qu’un critère applicable à l’indemnisation d’une perte économique en dehors de situations qui ressemblent à l’affaire *Hedley Byrne*—qu’ils s’agisse ou non d’une perte économique relationnelle découlant d’un contrat—devrait être suffisamment souple pour tenir compte de la complexité des affaires et permettre la reconnaissance de nouvelles situations où, en toute justice, une responsabilité devrait être imposée, quand de telles situations se présentent. En toute déférence, il me semble qu’un critère qui se limite aux modalités du contrat formel intervenu entre le propriétaire du bien endommagé et la personne qui subit une perte économique à la suite de ce dommage ne peut pas satisfaire à ces objectifs.

^e Dispositif

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE STEVENSON — J’ai pris connaissance des motifs de jugement de ma collègue le juge McLachlin et, bien que je sois d’accord avec sa conclusion, je parviens à ce résultat grâce à une analyse et à une qualification quelque peu différentes.

^h Question en litige

Les appelants ont ainsi formulé la question en litige:

[TRADUCTION] Lorsque A cause, par négligence, des dommages au bien de B et qu’il en résulte pour C une rupture de contrat et, par voie de conséquence, une perte économique:

- (i) Le droit reconnaît-il l’existence d’un lien suffisamment étroit entre A et C pour donner naissance à une obligation de diligence dont la violation engage la responsabilité?

(ii) If so, does the requisite proximity exist between Railway and tug in this case?

(ii) Dans l'affirmative, le lien étroit requis existe-t-il, en l'espèce, entre la compagnie ferroviaire et le remorqueur?

The General Exclusionary Rule

I first must make it clear that, in Canada, we do not accept a rule that pure economic loss is not recoverable in a negligence action. Many of the authorities are canvassed in the judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 3 F.C. 114, and I do not propose reviewing all of them.

I agree with what was said in this Court in *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221, at p. 252, where Pigeon J. wrote:

It is now settled by the judgment of this Court in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works* that recovery for economic loss caused by negligence is allowable without any recovery for property damage.

Also, in *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, at p. 239, Estey J. wrote:

... in principle, a defendant could be held liable in tort for economic losses arising wholly in the absence of associated physical injury or damage.

It should also be noted that in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, the Court allowed the recovery of a pure economic loss.

While the general exclusionary rule has been emphatically re-affirmed in England in *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.), I see no justification for our so doing. A review of the case law discussing the rule satisfies me that there is no satisfactory rationale for a general exclusionary rule and that we should, rather than apply an indefensible general rule, examine the policy considerations that led to its application in the kind of case we are considering, a claim for

a La règle générale d'exclusion

Il me faut d'abord préciser que la règle selon laquelle la perte purement économique ne peut donner lieu à indemnisation dans une action pour négligence n'est pas acceptée au Canada. Une bonne partie de la jurisprudence et de la doctrine qui ont traité de cette question est examinée dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 3 C.F. 114, et je ne compte pas la revoir au complet.

Je souscris aux propos de notre Cour dans l'arrêt *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221, où le juge Pigeon écrit, à la p. 252:

Il est maintenant établi, par l'arrêt de cette Cour *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works* que le recouvrement de la perte économique causée par la négligence est admis même sans recouvrement pour dommages matériels.

De même, dans l'arrêt *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, le juge Estey écrit, à la p. 239:

... en principe, un défendeur pouvait encourir une responsabilité délictuelle pour des préjudices financiers qui ne résultent aucunement de dommages ou de préjudices matériels connexes.

Notons également que la Cour a accordé l'indemnisation d'une perte purement économique dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2.

Bien que la règle générale d'exclusion ait été réaffirmée avec force en Angleterre dans l'arrêt *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.), je ne vois pas pourquoi nous devrions faire de même. L'examen de la jurisprudence qui traite de cette règle me convainc que la règle générale d'exclusion ne repose sur aucun fondement satisfaisant et qu'il nous faut, au lieu d'appliquer une règle générale indéfendable, analyser les considérations de principe qui ont

economic loss where the claimant has suffered no damage to property or person.

The general exclusionary rule is often traced to *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453. In that case, the plaintiff had contracted to build a tunnel for a lump sum, but the defendant—a third party—negligently flooded the tunnel causing an increase in the cost of performance of the contract. Recovery was denied but not simply because the damage was purely economic. Recovery was also denied because the loss was a “relational loss” consequent upon the negligent infliction of damage to the property of another.

Simpson & Co. v. Thomson (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.), was the first case that explicitly said that one cannot recover an economic loss if one has not also suffered a physical loss. In that case an insurance company claimed for its economic loss. Lord Penzance said at p. 290 about claims for pure economic losses that

[s]uch instances might be indefinitely multiplied, giving rise to rights of action which in modern communities, where every complexity of mutual relation is daily created by contract, might be both numerous and novel.

[An action can only lie] in the name, and therefore, in point of law, on the part of one who had either some property in, or possession of, the chattel injured.

The Extension of the Duty of Care

The general exclusionary rule was faithfully followed for many years. Then came *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), a case that is so well known that a review is trite. That case was not concerned with pure economic loss as such, but its

entraîné son application au genre d'affaire dont nous sommes saisis, soit une demande d'indemnisation pour perte économique où le demandeur n'a subi aucun dommage matériel ni aucune lésion corporelle.

On fait souvent remonter l'origine de la règle générale d'exclusion à la décision *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453. Dans cette affaire, le demandeur s'était engagé, par contrat, à percer un tunnel moyennant une somme forfaitaire, mais le défendeur, un tiers, a causé par négligence l'inondation du tunnel, faisant ainsi augmenter les coûts d'exécution du contrat. L'indemnisation a été refusée non seulement en raison de la nature purement économique du préjudice causé, mais encore parce que la perte était une «perte relationnelle» découlant de dommages causés par négligence aux biens d'un tiers.

C'est dans l'arrêt *Simpson & Co. c. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.), qu'on a, pour la première fois, affirmé expressément qu'il ne saurait y avoir indemnisation d'une perte économique s'il n'y a pas eu également perte matérielle. Dans cette affaire, une compagnie d'assurances réclamait l'indemnisation de la perte économique qu'elle avait subie. Lord Penzance affirme, à la p. 290, au sujet des demandes d'indemnisation de pertes purement économiques, que

[TRADUCTION] [p]areils cas pourraient se multiplier à l'infini et donner naissance à des droits d'action qui, dans les sociétés modernes où les contrats viennent accroître chaque jour la complexité des relations mutuelles, risquent d'être fort nombreux et inédits.

[Une action peut être intentée seulement] au nom et donc, sur le plan du droit, pour le compte de celui qui jouissait d'un certain droit de propriété ou de possession sur le bien endommagé.

L'élargissement de l'obligation de diligence

La règle générale d'exclusion a été suivie fidèlement pendant plusieurs années. Puis est venu l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), si bien connu qu'il n'y a pas lieu de le résumer. Cette affaire ne traitait pas comme telle de la

general principles on where a duty of care should lie have influenced the whole law of negligence. The exclusionary rule could, in fact, be described simply as the denial of a duty of care for pure economic losses. In *Donoghue*, the House of Lords was also confronted with a situation where traditionally, without the benefit of a contract, there was no duty of care. The House of Lords enunciated the principles to follow in order to establish a duty of care. Lord Atkin said at p. 580:

You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be—persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.

The House of Lords found a duty where traditionally there was none.

An "Exception" to the Exclusionary Rule: Negligent Misstatements

In *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.), the defendant had made a negligent misstatement to a bank about the creditworthiness of a certain company. The bank gave the information to the plaintiff who relied on it and ended up losing money. Interestingly, the case was dismissed because of a disclaimer clause found in the letter sent to the bank. Nevertheless, in a long *dictum*, the Law Lords recognized a right to compensation for purely economic losses caused by a negligent misstatement.

At page 536, Lord Pearce interpreted *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265 (H.L.), as authority for the proposition that "eco-

perte purement économique, mais les principes généraux qui y sont formulés quant aux conditions d'existence d'une obligation de diligence ont influencé tout le droit relatif à la négligence. En fait, on pourrait décrire la règle d'exclusion comme le simple refus de reconnaître l'existence d'une obligation de diligence en cas de perte purement économique. Dans l'affaire *Donoghue*, la Chambre des lords était également saisie d'une situation où traditionnellement, en l'absence de contrat, il n'y avait pas d'obligation de diligence. La Chambre des lords a énoncé les principes à suivre pour établir l'existence d'une obligation de diligence. Lord Atkin affirme, à la p. 580:

[TRADUCTION] Il faut apporter un soin raisonnable pour éviter des actes ou omissions dont on peut raisonnablement prévoir qu'ils sont susceptibles de léser son prochain. Qui alors est mon prochain en droit? La réponse semble être: les personnes qui sont touchées de si près et si directement par mon acte que je devrais raisonnablement prévoir qu'elles seront ainsi touchées lorsque je réfléchis aux actes ou omissions qui sont mis en question.

La Chambre des lords a ainsi conclu à l'existence d'une obligation là où traditionnellement il n'en existait pas.

«Exception» à la règle d'exclusion: les renseignements inexacts fournis par négligence

Dans l'arrêt *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.), la défenderesse avait fourni par négligence à une banque un renseignement inexact quant à la solvabilité d'une certaine société. La banque avait transmis ce renseignement à la demanderesse qui s'y était fiée et avait subi une perte financière. Fait intéressant à noter, l'affaire a été rejetée en raison d'une stipulation d'exonération que contenait une lettre envoyée à la banque. Néanmoins, les lords juges ont, dans une longue opinion incidente, reconnu le droit à l'indemnisation des pertes purement économiques résultant d'un renseignement inexact fourni par négligence.

À la page 536, lord Pearce a invoqué l'arrêt *Morrison Steamship Co. c. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265 (H.L.), à l'appui de la proposition que

conomic loss alone, without some physical or material damage to support it, can afford a cause of action”.

Other Direct “Exceptions”

Exceptions became more and more frequent. I will first consider the exceptions to the exclusionary rule itself to which I will refer as the direct exceptions (for a list of many of those exceptions see Chambers, “Economic Loss” in Finn, *Essays on Torts* (1989), p. 43). I will then consider the indirect exceptions, which are means of circumventing the rule without expressly creating a new exception.

One direct exception is that for the negligent performance of a service (Feldthusen, *Economic Negligence* (2nd ed. 1989), at p. 129). It is found in *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297. In that case, a solicitor negligently drafted a will causing the plaintiff to lose part of her inheritance—a pure economic loss. The plaintiff was allowed to recover.

Yet another exception is that for defective products. A defective product has not yet caused physical harm but will eventually cause some. The cost of repair is in fact a purely financial loss and there has been no physical injury. Yet some commentators argue that “[e]conomic loss in products liability is a different type of pure economic loss” (Feldthusen, *supra*, at p. 170) because the economic loss would not be distinguishable from the possible physical harm. The matter will often be governed by statute but at common law the exception could be called the “imminent risk exception”.

Some would argue that an example of this last exception can be found in the opinion of Laskin J., as he then was, in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189, at pp. 1216 *et seq.* The plaintiff had chartered a crane for its logging business. The defendants knew it needed

[TRANSDUCTION] «la seule perte économique, non fondée sur un dommage physique ou matériel, peut donner naissance à une cause d’action».

a Autres «exceptions» directes

Les exceptions sont devenues de plus en plus fréquentes. J’examinerai d’abord les exceptions à la règle d’exclusion elle-même que j’appellerai les exceptions directes (pour une liste d’un bon nombre de ces exceptions, voir Chambers, «Economic Loss», dans Finn, *Essays on Torts* (1989), p. 43). J’examinerai ensuite les exceptions indirectes qui constituent un moyen de contourner la règle sans créer expressément une nouvelle exception.

L’une des exceptions directes a trait à la négligence dans la prestation d’un service (Feldthusen, *Economic Negligence* (2^e éd. 1989), à la p. 129). On la retrouve dans l’arrêt *Ross c. Caunters*, [1980] Ch. 297. Dans cette affaire, un avocat avait fait preuve de négligence dans la rédaction d’un testament, de sorte que la demanderesse avait perdu une partie de son héritage, subissant ainsi une perte purement économique. On a reconnu que la demanderesse avait droit à un dédommagement.

Une autre exception concerne les produits défectueux. Prenons le cas d’un produit défectueux qui n’a encore causé aucun préjudice physique, mais qui en causera éventuellement. Le coût de la réparation constitue en réalité une perte purement économique et il n’y a pas eu de lésion corporelle. Mais selon certains commentateurs, [TRANSDUCTION] «[l]a perte économique en matière de responsabilité du fabricant est un type différent de perte purement économique» (Feldthusen, *op. cit.*, à la p. 170) parce qu’elle ne saurait être distinguée du préjudice physique possible. La question sera souvent régie par des textes législatifs, mais en common law, l’exception pourrait s’appeler «l’exception du risque imminent».

On pourrait soutenir qu’un exemple de cette dernière exception se retrouve dans l’opinion du juge Laskin, plus tard Juge en chef, dans l’arrêt *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, aux pp. 1216 *et suiv.* La demanderesse avait affrété une grue aux fins de l’exploita-

repair but withheld that information until they had no choice but to break the news: a similar crane belonging to someone else had collapsed and killed someone. Had the plaintiff known of the defect it would have had the crane repaired at a convenient time rather than at the height of the logging season. The plaintiff claimed the profits it lost because of a shutdown of its operation. They also claimed the cost of repairing the crane. At page 1218, Laskin J. wrote:

The present case is not of the *Hedley Byrne* type ... but recovery for economic loss alone is none the less supported under negligence doctrine. It seems to me that the rationale of manufacturers' liability for negligence should equally support such recovery in the case where, as here, there is a threat of physical harm and the plaintiff is in the class of those who are foreseeably so threatened ...

On this point Laskin J. was in dissent. Ritchie J. for the majority reinstated the decision of the trial judge which allowed the recovery of the loss of profits on the basis of a duty to warn but denied the cost of repairs. Although one might wonder why he did not go as far as Laskin J. did, Ritchie J. for the majority wrote at p. 1215:

I am conscious of the fact that I have not referred to all relevant authorities relating to recovery for economic loss under such circumstances, but I am satisfied that in the present case there was a proximity of relationship giving rise to a duty to warn and that the damages awarded by the learned trial judge were recoverable as compensation for the direct and demonstrably foreseeable result of the breach of that duty. This being the case, I do not find it necessary to follow the sometimes winding paths leading to the formulation of a "policy decision".

Both the majority and the dissent in *Rivtow* seemed willing to admit that pure economic losses could be recovered. Most commentators would admit that the majority in *Rivtow* introduces

tion de son entreprise forestière. Les défenderesses savaient que la grue nécessitait des réparations, mais elles avaient caché ce fait jusqu'à ce qu'elles n'aient d'autre choix que de rompre leur silence: une grue semblable appartenant à quelqu'un d'autre s'était effondrée, tuant une personne. Si la demanderesse avait été au courant de la défectuosité, elle aurait fait réparer la grue à un moment opportun plutôt qu'au plus fort de la saison de coupe. La demanderesse a réclamé les profits perdus en raison de l'arrêt de ses activités, en plus du coût des réparations apportées à la grue. Le juge Laskin écrit, à la p. 1218:

La présente affaire n'est pas du type *Hedley Byrne* [...] mais le recouvrement pour la perte économique seulement trouve néanmoins un appui dans la doctrine de la négligence. Il me semble que le principe de la responsabilité du fabricant pour négligence devrait également permettre ce recouvrement dans le cas où, comme en l'espèce, il y a menace de dommages physiques et le demandeur est dans la catégorie des personnes qui, peut-on prévoir, sont ainsi menacées ...

Le juge Laskin était dissident sur ce point. Au nom de la majorité, le juge Ritchie a rétabli la décision du juge de première instance qui accordait l'indemnisation de la perte de profits en raison d'une obligation d'avertir, mais qui rejetait le coût des réparations. Bien qu'il ne soit pas allé aussi loin que le juge Laskin, et on peut se demander pourquoi, le juge Ritchie écrit, au nom de la majorité, à la p. 1215:

Je me rends bien compte que je n'ai pas fait état de tous les précédents pertinents ayant trait au recouvrement pour perte économique dans pareilles circonstances, mais je suis convaincu qu'en l'espèce présente il y avait une proximité de rapport donnant naissance à une obligation d'avertir et que les dommages-intérêts adjugés par le savant juge de première instance étaient recouvrables à titre d'indemnité pour le résultat direct et démontrablement prévisible de la violation de cette obligation. Puisqu'il en est ainsi, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de suivre le sentier parfois tortueux qui mène à la formulation d'une «décision de ligne de conduite».

Tant les juges majoritaires que le juge dissident, dans l'arrêt *Rivtow*, semblaient disposés à reconnaître la possibilité d'obtenir l'indemnisation des pertes purement économiques. La plupart des com-

another exception to the exclusionary rule and some would argue that a second exception is introduced by the dissent. The first exception is that in matters of product liability, one can recover a purely economic loss limited to the lost profits when that loss is caused by a breach of the duty to warn of the known defects of a product.

The second exception, more doubtful because it is based on the dissent of Laskin J., is that one can recover the cost of repairs—a pure economic loss—when there is a risk of injury to property or persons. That “exception” was mentioned by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), at p. 760.

The Reasons for the Rule

In *Kamloops*, *supra*, Wilson J. questioned the need for the exclusionary rule in the following manner (at pp. 28-29):

How, it is asked, can one justify to injured plaintiffs the difference in treatment the law accords to physical and to economic loss caused by a defendant's negligent acts? In one you are compensated by the wrongdoer; in the other you have to bear the loss yourself. Does it make sense to permit the recovery of economic loss for negligent words but not for negligent acts? What is the significant difference between them? Why, if economic loss is reasonably foreseeable as a consequence of negligent acts, should it not be as recoverable as reasonably foreseeable physical injury to persons or to property? And should Chief Judge Cardozo's fear of indeterminate liability to an indeterminate class preclude recovery by a very specific plaintiff in a very specific amount? Can a policy consideration which leads to a manifest injustice in certain types of cases be a good policy consideration? Is there some *rationale* whereby injustice in specific cases can be avoided and Chief Judge Cardozo's fear guarded against at the same time?

mentateurs ont reconnu que l'opinion majoritaire, dans l'arrêt *Rivtow*, introduit une autre exception à la règle d'exclusion et certains ont soutenu qu'une seconde exception est introduite par le juge dissident. La première exception veut qu'en matière de responsabilité du fabricant, il soit possible d'obtenir l'indemnisation d'une perte purement économique limitée à la perte de profits, lorsque celle-ci résulte d'un manquement à l'obligation d'avertir des vices connus d'un produit.

La seconde exception, plus douteuse car fondée sur la dissidence du juge Laskin, veut qu'il soit possible d'obtenir un dédommagement pour le coût des réparations—une perte purement économique—lorsqu'il y a risque de dommage matériel ou de lésion corporelle. Lord Wilberforce a mentionné cette «exception» dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), à la p. 760.

La raison d'être de la règle

Dans l'arrêt *Kamloops*, précité, le juge Wilson a remis ainsi en question la nécessité de la règle d'exclusion (aux pp. 28 et 29):

Comment, se demande-t-on, expliquer aux demandeurs lésés le traitement différent que réserve le droit aux pertes matérielles et aux pertes financières dues aux actes fautifs d'un défendeur? Dans un cas, on est indemnisé par l'auteur du dommage alors que, dans l'autre, il faut assumer la perte soi-même. Est-il logique d'autoriser l'indemnisation d'une perte financière pour des paroles fautives et non pour des actes fautifs? En quoi diffèrent-ils sensiblement? Si la perte financière est raisonnablement prévisible comme conséquence d'actes fautifs, ne devrait-elle pas donner lieu à indemnisation tout comme les blessures ou les dommages matériels raisonnablement prévisibles? La crainte exprimée par le juge en chef Cardozo d'une responsabilité indéterminée envers une catégorie indéterminée devrait-elle empêcher l'indemnisation d'un demandeur bien déterminé pour un montant précis? Une considération de politique qui entraîne une injustice évidente dans certains genres de causes peut-elle être valable? Y a-t-il un raisonnement quelconque qui permette d'éviter l'injustice dans des cas précis et, en même temps, de parer à la crainte exprimée par le juge en chef Cardozo?

Some argue that there is a fundamental distinction between physical damage (personal and property damage) and pure economic loss and that the latter is less worthy of protection. Professor Feldthusen has attempted to make this argument in *Economic Negligence*, *supra*, at pp. 8-14, but I am left unconvinced. Although I am prepared to recognize that a human being is more important than property and lost expectations of profit, I fail to see how property and economic losses can be distinguished.

Some say that the rule has a policy justification in insurance and in loss spreading. McLachlin J. answers that assertion.

The real reason for the rule is obvious to me. It was eloquently stated by Cardozo C.J. in *Ultramares Corporation v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), at p. 444: he feared "liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class". In my view that is an appropriate general test for relational losses, but is not a justification for a blanket acceptance of a bar on the recovery of economic losses. I return later to the problem of relational losses.

Many judges, lawyers and jurists seem extremely concerned about what life would be like after the death of the exclusionary rule against recovery of pure economic loss. The worst apocalyptic scenarios are feared. Everyone will go bankrupt, business will be impossible to conduct, the cost of insurance will be astronomical. The floodgates will be opened and our legal system will collapse. I do not share these fears.

First I have examined numerous exceptions to the exclusionary rule which have effectively abolished the rule in many areas where it used to apply. Has anyone seen any of the predicted catastrophic consequences?

Certains font valoir qu'il existe une distinction fondamentale entre le préjudice physique (lésion corporelle et dommage matériel) et la perte purement économique, et que cette dernière ne mérite pas la même indemnisation. Le professeur Feldthusen a tenté de faire valoir cela dans *Economic Negligence*, *op. cit.*, aux pp. 8 à 14, mais il ne m'a pas convaincu. Bien que je sois disposé à reconnaître que l'être humain est plus important que les biens ou les chances perdues de réaliser des profits, je ne vois pas comment on peut faire une distinction entre les pertes matérielles et les pertes économiques.

D'aucuns justifient la règle en invoquant des principes d'assurance et de répartition des pertes. Le juge McLachlin répond à cette prétention.

La vraie raison d'être de la règle m'apparaît évidente. Le juge en chef Cardozo l'a énoncée éloquentement dans l'arrêt *Ultramares Corporation c. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), à la p. 444, où il a dit craindre de donner ouverture à [TRADUCTION] «une responsabilité pour un montant indéterminé, pour un temps indéterminé et envers une catégorie indéterminée». À mon avis, c'est là un critère général approprié pour déterminer l'existence de pertes relationnelles, mais ce n'est pas une raison pour rejeter en bloc l'indemnisation des pertes économiques. Je reviendrai plus loin sur le problème des pertes relationnelles.

De nombreux juges, avocats et juristes semblent s'inquiéter énormément de ce qui se passerait si on abolissait la règle d'exclusion interdisant l'indemnisation de la perte purement économique. Les pires scénarios sont évoqués: tout le monde ferait faillite, personne ne pourrait plus faire d'affaires et les coûts des assurances seraient astronomiques. Il y aurait avalanche de poursuites et notre système juridique s'effondrerait. Je ne partage pas ces craintes.

Premièrement, j'ai examiné de nombreuses exceptions à la règle d'exclusion qui en ont effectivement écarté l'application dans un grand nombre de domaines. Or, a-t-on vu se produire l'une des conséquences catastrophiques appréhendées?

Second, some personal injury cases can entail enormous liabilities. Liability for damage to property can also run in tens of millions of dollars. Oil spills and other environmental catastrophes can cause tremendous personal and property damage. Yet no one suggests that such tortfeasors should not be held liable. Why should the extent of potential liability for economic loss prevent recovery when it does not for property and personal damage? If our legal system is able to deal with disastrous personal and property damage, it should be able to deal with disastrous economic damage.

Third, this Court has the benefit of being the final court of appeal in a country that has two legal traditions: the English common law and the French civil law. Our two legal traditions are independent and should not be confused. Concepts and solutions found in one tradition should not be imposed on the other tradition. But this does not mean that there is no place for comparative law on this Court. The case at bar is a good example of how useful comparative law can be.

The civil law of Quebec and the civil law of France have no categorical rule preventing the recovery of pure economic loss (see Jutras, "Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?" (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 295; Tetley, "Damages and Economic Loss in Marine Collision: Controlling the Floodgates" (1991), 22 *J. Mar. Law & Com.* 539; Herbots, "Le «duty of care» et le dommage purement financier en droit comparé", [1985] *Rev. dr. int. et dr. comp.* 7; note that the German civil law tradition has such a rule: Markesinis, *A Comparative Introduction to the German Law of Torts* (2nd ed. 1990), at pp. 37 et seq.). Yet, the French civil law system works well, insurance is not impossible to get, business is conducted as anywhere else in the world. Because of

Deuxièmement, la responsabilité en matière de lésions corporelles peut être extrêmement lourde. La responsabilité pour dommage matériel peut aussi représenter des dizaines de millions de dollars. Les déversements de pétrole et autres catastrophes écologiques peuvent causer des lésions corporelles et des dommages matériels très importants. Or personne n'affirme que les auteurs de ces délits devraient échapper à toute responsabilité. Pourquoi l'ampleur possible de la responsabilité pour perte économique aurait-elle pour effet d'empêcher l'indemnisation alors qu'elle n'a pas cet effet dans le cas de dommages matériels et de lésions corporelles? Si notre système juridique est en mesure de régler les cas de lésions corporelles et de dommages matériels désastreux, il devrait être en mesure de le faire dans le cas d'un préjudice économique désastreux.

Troisièmement, notre Cour a l'avantage d'être le tribunal d'appel de dernier ressort dans un pays qui compte deux traditions juridiques: la common law anglaise et le droit civil français. Ces deux traditions juridiques sont indépendantes et ne devraient pas être confondues. Les concepts et les solutions que l'on trouve dans l'une ne devraient pas être imposés à l'autre. Mais cela ne signifie pas pour autant que le droit comparé n'a pas sa place au niveau de notre Cour. L'affaire dont nous sommes saisis est un bon exemple de la mesure dans laquelle le droit comparé peut être utile.

On ne trouve, en droit civil québécois et en droit civil français, aucune règle catégorique qui interdit l'indemnisation de la perte purement économique (voir Jutras, «Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?» (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 295; Tetley, «Damages and Economic Loss in Marine Collision: Controlling the Floodgates» (1991), 22 *J. Mar. Law & Com.* 539; Herbots, «Le «duty of care» et le dommage purement financier en droit comparé», [1985] *Rev. dr. int. et dr. comp.* 7; soulignons qu'une telle règle existe dans la tradition civiliste allemande: Markesinis, *A Comparative Introduction to the German Law of Torts* (2^e éd. 1990) aux pp. 37 et suiv.). Or, le système civiliste français fonctionne bien, s'assurer n'a rien d'impossible et les affaires se font comme

the experience this Court has in the civil law it cannot be frightened by apocalyptic scenarios about life after the rule against the recovery of pure economic loss.

As a result, I conclude that there is in Canada no general exclusionary rule precluding recovery of pure economic loss in a negligence action. This does not mean, however, that all economic losses are recoverable in a negligence action. There are policy reasons which preclude recovery of certain types of economic losses.

Relational Losses

That takes me back to *Cattle v. Stockton*, *supra*, which is the case upon which the relational loss rule is based. As the appellants correctly point out, that case denies recoverability for "relational losses" consequent upon the negligent infliction of damage to the property of another. To limit recovery to the owner and possessor imposes some restraint. As the appellants point out that case is seminal. See *Candlewood Navigation Corp. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*, [1986] A.C. 1 (P.C.), at p. 25; *Leigh and Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785 (H.L.), and *Murphy*, *supra*. *Candlewood* grounds the exceptions on reasons of practical policy. Once this Court embraced the *Anns* approach, as it did in *Kamloops*, exceptions to recovery must be based on some acceptable policy.

Like the loss in *Cattle v. Stockton*, the loss in this case is a relational loss. Fleming, *The Law of Torts* (7th ed. 1987), discusses relational losses at pp. 162 *et seq.* He describes relational losses as those which do not arise directly from an injury but rather which arise as a result of a relationship with the injured party. Relational losses usually arise as a result of damage to another's property. Fleming notes that the law's "most ingrained

partout ailleurs dans le monde. En raison de l'expérience qu'elle possède en droit civil, notre Cour ne saurait être effrayée par des scénarios apocalyptiques sur ce qui se passerait suite à l'abolition de la règle interdisant l'indemnisation de la perte purement économique.

En définitive, je conclus qu'il n'existe au Canada aucune règle générale d'exclusion qui interdise l'indemnisation de la perte purement économique dans une action pour négligence. Cela ne signifie pas, toutefois, que toutes les pertes économiques peuvent donner lieu à indemnisation dans une action pour négligence. Il existe des raisons de principe d'empêcher l'indemnisation de certains types de pertes économiques.

Les pertes relationnelles

Cela me ramène à la décision *Cattle c. Stockton*, précitée, sur laquelle est fondée la règle de la perte relationnelle. Comme les appelants le soulignent à juste titre, cette décision rejette la possibilité d'obtenir l'indemnisation des «pertes relationnelles» résultant du dommage causé par négligence à la propriété d'autrui. Limiter l'indemnisation au propriétaire et possesseur commande une certaine retenue. Comme le soulignent les appelants, il s'agit d'une décision charnière. Voir *Candlewood Navigation Corp. c. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*, [1986] A.C. 1 (C.P.), à la p. 25, *Leigh and Silavan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785 (H.L.), et *Murphy*, précité. L'arrêt *Candlewood* fonde les exceptions sur des considérations pratiques. Notre Cour ayant adopté l'analyse proposée dans l'arrêt *Anns*, comme elle l'a fait dans l'arrêt *Kamloops*, les exceptions à l'indemnisation doivent être fondées sur quelque politique acceptable.

Tout comme dans l'affaire *Cattle c. Stockton*, la perte subie en l'espèce est une perte relationnelle. Fleming, *The Law of Torts* (7^e éd. 1987), traite des pertes relationnelles, aux pp. 162 et suiv. Il définit les pertes relationnelles comme étant celles qui résultent non pas directement d'un préjudice, mais plutôt d'un rapport avec la partie lésée. Les pertes relationnelles résultent habituellement d'un dommage causé à la propriété d'autrui. Fleming sou-

opposition" to the recovery of economic loss in tort has been for relational losses. The reluctance to allow recovery of such losses is illustrated by numerous cases, such as *Cattle v. Stockton, Simpson & Co. v. Thomson*, *supra*, *Société anonyme de remorquage à hélice v. Bennetts*, [1911] 1 K.B. 243, and *Weller & Co. v. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569. According to Fleming, the reason that the law is reluctant to allow recovery of relational losses is not merely that those losses are purely economic. Rather the law is concerned that recovery of relational losses would be oppressive, as most accidents entail repercussions for all persons with whom an injured party is associated.

In other words, the reluctance to allow recovery for relational losses arises because of the possibility of indeterminate liability. The concern is not infinite liability (the "floodgates") but indeterminate liability: Cardozo C.J. feared "indeterminate" liability, not "infinite" liability. The courts already deal with massive liability where there is damage to persons or property, and can also do so for damage which is purely economic. However, it would be oppressive to expose defendants to indeterminate liability. Defendants should not be responsible for all of the consequences of their acts, even if they are negligent. Defendants should be responsible to those they directly injure, but not to all those who are affected by some relationship with the injured party. At some point, we must all bear the risk that persons with whom we are associated will be harmed. This responsibility begins at the point at which the defendant's liability could become indeterminate. For policy reasons and for reasons of fairness to defendants, the law must deny recovery of economic losses which give rise to the possibility of indeterminate liability. The appellants acknowledge that pragmatic rationale as being at the root of this limitation when they invoked

ligne qu'en droit [TRADUCTION] «l'opposition la plus tenace» à l'indemnisation de la perte économique en matière délictuelle s'est manifestée dans les cas de perte relationnelle. La réticence à permettre l'indemnisation de ces pertes est illustrée dans de nombreuses affaires, telles que les affaires *Cattle c. Stockton, Simpson & Co. c. Thomson*, précitées, *Société anonyme de remorquage à hélice c. Bennetts*, [1911] 1 K.B. 243, et *Weller & Co. c. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569. Selon Fleming, la réticence du droit à permettre l'indemnisation des pertes relationnelles ne s'explique pas par le simple fait qu'il s'agit de pertes purement économiques, mais plutôt par la crainte que l'indemnisation des pertes relationnelles soit abusive, étant donné que la plupart des accidents ont des répercussions sur l'ensemble des personnes avec qui la partie lésée est associée.

En d'autres termes, la réticence à permettre l'indemnisation des pertes relationnelles résulte de la possibilité qu'il y ait responsabilité indéterminée. On craint non pas qu'il y ait responsabilité illimitée («l'avalanche de poursuites»), mais plutôt responsabilité indéterminée: le juge en chef Cardozo craignait qu'il y ait responsabilité «indéterminée» et non pas responsabilité «illimitée». Les tribunaux instruisent déjà des affaires de responsabilité massive dans lesquelles des lésions corporelles ou des dommages matériels ont été causés et ils peuvent également le faire dans les cas de préjudice purement économique. Toutefois, il serait abusif d'exposer les défendeurs à une responsabilité indéterminée. Ceux-ci ne devraient pas être responsables de toutes les conséquences de leurs actes, même s'ils sont négligents. Les défendeurs devraient être responsables envers ceux auxquels ils causent directement un préjudice, mais pas envers tous ceux qui sont touchés en raison d'un rapport quelconque avec la partie lésée. Nous devons tous jusqu'à un certain point assumer le risque que des personnes avec lesquelles nous sommes associés subissent éventuellement un préjudice. Cette responsabilité commence là où celle du défendeur pourrait devenir indéterminée. Pour des raisons de principe et des raisons d'équité à l'égard des défendeurs, le droit doit refuser l'indemnisation des pertes économiques qui engen-

United States cases on the subject, so the question we face is starkly a policy one.

Relational losses usually create the possibility of indeterminate liability. Recovery of relational losses is therefore exceptional. In *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227 (H.C.), recovery for damage to the relational interest is acknowledged to be exceptional. The respondent also acknowledges that the recovery of relational losses is exceptional (respondent's factum, p. 6, at para. 1.1). As a matter of policy some limit on recovery of relational losses must exist to prevent indeterminate liability. The need for some limitation is recognized in *Rivtow* and acknowledged in *Kamloops*. Commentators also generally accept the need for a limitation, and also express a need for certainty so that commercial enterprises have some appreciation of what risk is to be borne by whom. See, for example, Smith, *Liability in Negligence* (1984), at p. 166; *Winfield and Jolowicz on Tort* (13th ed. 1989), at p. 86, and Fleming, *supra*, at pp. 162 *et seq.* Moreover it is clear that the civil law has developed some form of limitation through the use of concepts of foreseeability, although Jutras, *supra*, suggests that civil law may have gone too far in allowing compensation for pure economic loss which is not related to damage to a proprietary interest (at p. 311). Yet aside from the danger of indeterminate liability, there is no reason in principle that bars recovery of relational losses.

drent la possibilité d'une responsabilité indéterminée. Les appelants reconnaissent que ce raisonnement pratique est à l'origine de cette limitation lorsqu'ils invoquent la jurisprudence américaine sur le sujet, de sorte que la question dont nous sommes saisis est purement une question de principe.

Les pertes relationnelles engendrent habituellement la possibilité d'une responsabilité indéterminée. C'est pourquoi l'indemnisation des pertes relationnelles est exceptionnelle. Dans l'arrêt *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge «Willemstad»* (1976), 11 A.L.R. 227 (H.C.), l'indemnisation du préjudice causé à l'intérêt relationnel est considérée comme exceptionnelle. En l'espèce, l'intimée reconnaît également la nature exceptionnelle de l'indemnisation des pertes relationnelles (mémoire de l'intimée, p. 6, au par. 1.1). Pour des raisons de principe, une certaine limite doit être imposée à l'indemnisation des pertes relationnelles si on veut éviter la responsabilité indéterminée. La nécessité d'une limite quelconque est reconnue dans les arrêts *Rivtow* et *Kamloops*. Les commentateurs reconnaissent aussi généralement la nécessité d'une limite et parlent aussi du besoin de certitude des entreprises commerciales qui doivent être en mesure d'évaluer jusqu'à un certain point quel est le risque et qui l'assumera. Voir, par exemple, Smith, *Liability in Negligence* (1984), à la p. 166, *Winfield and Jolowicz on Tort* (13^e éd. 1989), à la p. 86, ainsi que Fleming, *op. cit.*, aux pp. 162 et suiv. De plus, il est clair que le droit civil a développé une certaine forme de limitation en recourant aux notions de prévisibilité, quoique Jutras, *loc. cit.*, laisse entendre que le droit civil est peut-être allé trop loin en permettant l'indemnisation de la perte purement économique qui n'est pas reliée à un préjudice causé à un droit de propriété (à la p. 311). Toutefois, hormis le danger de la responsabilité indéterminée, il n'y a aucune raison d'interdire en principe l'indemnisation des pertes relationnelles.

The Limit of Liability

Where do we draw the line? The decision in the courts below was very much influenced by the application of the doctrine of proximity. This elu-

La limite de responsabilité

Où tracer la ligne de démarcation? La décision des tribunaux d'instance inférieure s'explique dans une large mesure, par l'application de la théorie du

sive concept is both embraced and rejected by commentators on the law of negligence. It seems to be given a secondary role in *Anns* but a primary role in *Murphy*. It is a separate subject in some commentaries, omitted from the index of others except in the context of remoteness of damage. I express my reservations about the use of "proximity" as a test. In my view, proximity expresses a conclusion, a judgment, a result, rather than a principle. If a loss is not proximate, it may be said to be too remote. I am impressed by the criticism of the concept of proximity which has been expressed by commentators, such as McHugh, "Neighbourhood, Proximity and Reliance", in Finn, *supra*, at pp. 36-37, and by judges, such as Brennan J. in *San Sebastian Pty. Ltd. v. Minister Administering the Environmental Planning and Assessment Act 1979* (1986), 162 C.L.R. 340 (Aust. H.C.), at p. 368. The concept of proximity is incapable of providing a principled basis for drawing the line on the issue of liability.

Rather than rely on the term "proximity", which figured in the judgments appealed from, I prefer to echo the approach of Mason J. in *Caltex, supra*, at p. 274, and address the rationale for disallowing economic losses consequent upon damage to property: "the apprehension of an indeterminate liability". A defendant will then be liable for economic damage due to his negligent conduct when he can reasonably foresee that a specific individual, as distinct from a general class of persons, will suffer financial loss as a consequence of his conduct.

In *Anns*, Lord Wilberforce formulated a general theory of tort liability on the basis of a two-stage test (at pp. 751-52). At the first stage, a *prima facie* duty of care is established by reasonable foreseeability of harm. At the second stage, the *prima facie* duty of care can be negated or reduced in scope by policy considerations. In *Kamloops*, this Court accepted the *Anns* formulation of tort liability

lien étroit. Cette notion fuyante est tour à tour adoptée et rejetée par les auteurs de commentaires sur le droit relatif à la négligence. Elle semble avoir joué un rôle secondaire dans l'arrêt *Anns*, mais un rôle de premier plan dans l'arrêt *Murphy*. Elle fait l'objet d'une rubrique distincte dans certains commentaires, sa mention est omise dans l'index d'autres, sauf dans le contexte de l'éloignement du dommage. J'ai des réserves quant à l'utilisation du «lien étroit» comme critère. À mon avis, la notion du lien étroit exprime une conclusion, un jugement, un résultat plutôt qu'un principe. Si une perte n'est pas immédiate, on peut dire qu'elle est trop éloignée. Je suis impressionné par les critiques qu'ont formulées à cet égard des commentateurs tels que McHugh, «Neighbourhood, Proximity and Reliance», dans Finn, *op. cit.*, aux pp. 36 et 37, et des juges comme le juge Brennan dans l'arrêt *San Sebastian Pty. Ltd. c. Minister Administering the Environmental Planning and Assessment Act 1979* (1986), 162 C.L.R. 340 (H.C. de l'Aust.), à la p. 368. La notion du lien étroit n'est pas susceptible de fournir une justification, fondée sur des principes, qui permette de définir l'étendue quant à la question de la responsabilité.

Plutôt donc que de m'appuyer sur l'expression «lien étroit» qui figure dans les jugements visés par le pourvoi, je préfère reprendre l'analyse que fait le juge Mason, à la p. 274 de l'arrêt *Caltex*, précité, et aborder la raison de refuser l'indemnisation des pertes économiques résultant d'un dommage matériel, savoir [TRADUCTION] «la crainte d'une responsabilité indéterminée». Un défendeur sera alors responsable du préjudice économique dû à sa négligence s'il pouvait raisonnablement prévoir qu'une personne en particulier, par opposition à une catégorie générale de personnes, subirait une perte financière du fait de sa conduite.

Dans l'arrêt *Anns*, lord Wilberforce a formulé, aux pp. 751 et 752, une théorie générale de la responsabilité délictuelle fondée sur un critère à deux étapes. Dans un premier temps, une obligation *prima facie* de diligence est établie par la prévisibilité raisonnable du préjudice. Dans un deuxième temps, cette obligation *prima facie* de diligence est réfutée ou voit sa portée réduite par des considéra-

ity. As Wilson J. expressed the *Anns* test in *Kamloops* (at pp. 10-11), two questions must be asked to determine whether or not a duty of care exists:

(1) is there a sufficiently close relationship between the parties . . . so that, in the reasonable contemplation of the [defendant], carelessness on its part might cause damage to that 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?

Although in *Murphy* the House of Lords expressly overruled *Anns*, in my view this Court should not depart from the general formulation of duty of care which it accepted in *Kamloops*.

The line must be drawn by considering the policy concerns which underlie the need to limit the recovery of relational losses. The policy rationale which precludes recovery for most relational losses does not exist if there is no danger of indeterminate liability. There is no danger of indeterminate liability, and thus no policy reason to deny recoverability, when the defendant actually knows or ought to know of a specific individual or individuals, as opposed to a general or unascertained class of the public, who is or are likely to suffer a foreseeable kind of loss as a result of negligence by that defendant. For sake of convenience, this can be called the "known plaintiff" exception to the usual position that relational losses cannot be recovered for the policy reason that indeterminate liability could result.

With a known plaintiff, the scope of liability cannot become indeterminate. Liability is kept within a limited and determinate scope. The trial judge recognized that where there is a known plaintiff there is a restricted scope for recovery, and he cited the fact that the appellants actually

tions de principe. Dans l'arrêt *Kamloops*, notre Cour a accepté la notion de responsabilité délictuelle formulée dans l'arrêt *Anns*. Selon le juge Wilson qui a énoncé le critère de l'arrêt *Anns* dans l'affaire *Kamloops* (aux pp. 10 et 11), il faut se poser deux questions pour déterminer s'il existe une obligation de diligence:

(1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties [. . .] pour que [le défendeur ait] pu raisonnablement prévoir que [son] manque de diligence pourrait causer des dommages à la personne en cause? 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?

Bien que la Chambre des lords, dans l'arrêt *Murphy*, ait expressément infirmé l'arrêt *Anns*, notre Cour ne devrait pas, à mon avis, s'écarter de la formulation générale de l'obligation de diligence qu'elle a acceptée dans l'arrêt *Kamloops*.

Il faut définir l'étendue en tenant compte des considérations de principe qui sous-tendent le besoin de limiter l'indemnisation des pertes relationnelles. Il n'y a pas de raison de principe d'empêcher l'indemnisation de la plupart des pertes relationnelles s'il n'y a pas de danger de responsabilité indéterminée. Un tel danger n'existe pas, et il n'y a donc aucune raison de principe de refuser l'indemnisation, lorsque le défendeur sait effectivement ou devrait savoir qu'une ou des personnes en particulier, par opposition à une catégorie générale ou indéterminée de personnes, est ou sont susceptibles de subir une forme prévisible de perte du fait de sa négligence. Pour des motifs de commodité, on peut appeler cela l'exception du «demandeur connu» à la règle habituelle voulant qu'il ne puisse y avoir indemnisation des pertes relationnelles pour cette raison de principe qu'il pourrait en résulter une responsabilité indéterminée.

Lorsque le demandeur est connu, la portée de la responsabilité ne peut devenir indéterminée. Sa portée demeure, au contraire, limitée et déterminée. Le juge de première instance a admis que, lorsque le demandeur est connu, la portée de l'indemnisation est restreinte et il a mentionné,

knew that the respondent would be harmed by their negligence as one reason for allowing recovery (1989), 26 F.T.R. 81, at p. 100). In *Candler v. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164 (C.A.), Denning L.J., as he then was, in a dissenting judgment which was approved by the House of Lords in *Hedley Byrne*, suggested that limiting liability to the known plaintiff would be a sufficient guard against indeterminate liability for negligent misstatement. Denning L.J. recognized a duty of care for negligent misstatement but "confined the duty to cases where the accountant prepares his accounts and makes his report for the guidance of the very person in the very transaction in question" (p. 183). Denning L.J. noted that this approach was sufficient to dispose of the case before him, but he expressly left open the possibility that there could be a duty of care to a specific class of individuals, as opposed to a specific individual. However, Denning L.J. did preclude the possibility of extending liability generally, as such an extension would create the indeterminate liability feared by Cardozo C.J.

The known plaintiff approach was also followed by Gibbs and Mason J.J. in *Caltex*. Gibbs J. would still find a general exclusionary rule to preclude recovery of pure economic loss but would find an exception where there is a duty of care and the defendant has knowledge or means of knowledge that the individual plaintiff, not a member of an unascertained class, will suffer loss as a result of the defendant's negligence. Mason J. began from a different perspective with respect to the exclusionary rule but came to essentially the same conclusion. He held that limitations on the recovery of economic loss should be related to the principal factor inhibiting the recognition of a general duty of care, namely the fear of indeterminate liability. He would require reasonable foreseeability that a specific individual, rather than a general class, will

comme l'un des motifs de permettre l'indemnisation, le fait que les appelants savaient effectivement que leur négligence causerait un dommage à l'intimée (1989), 26 F.T.R. 81, à la p. 100). Dans l'arrêt *Candler c. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164 (C.A.), le lord juge Denning, tel était alors son titre, a fait valoir, dans une opinion dissidente approuvée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Hedley Byrne*, que, dans le cas d'un renseignement inexact fourni par négligence, la limitation de la responsabilité au demandeur connu constituerait une protection suffisante contre l'imposition d'une responsabilité indéterminée. Le lord juge Denning a reconnu l'existence d'une obligation de diligence lorsqu'il y a un renseignement inexact fourni par négligence, mais il a [TRADUCTION] «confiné l'obligation aux cas où le comptable prépare ses états de compte et fait son rapport pour la gouverne de la personne intéressée à l'opération en cause» (p. 183). Il a souligné que cette analyse était suffisante pour régler le litige dont il était saisi, mais il a expressément laissé en suspens la possibilité qu'il existe une obligation de diligence envers une catégorie particulière de personnes, par opposition à une personne en particulier. Toutefois, le lord juge Denning a exclu la possibilité d'élargir le champ de la responsabilité en général, parce que cela engendrerait la responsabilité indéterminée que craignait le juge en chef Cardozo.

Les juges Gibbs et Mason ont également suivi la méthode du demandeur connu dans l'arrêt *Caltex*. Tout en continuant de reconnaître l'existence d'une règle générale d'exclusion interdisant l'indemnisation de la perte purement économique, le juge Gibbs conclurait à l'existence d'une exception lorsqu'il existe une obligation de diligence et que le défendeur sait ou est en mesure de savoir qu'en tant qu'individu, et non en tant que membre d'une catégorie indéterminée de personnes, le demandeur subira une perte du fait de sa négligence. Le juge Mason a abordé la règle d'exclusion sous un angle différent, mais il est arrivé essentiellement à la même conclusion. Il a décidé que les limites à l'indemnisation de la perte économique devraient être reliées au principal facteur qui empêche la reconnaissance d'une obligation générale de dili-

suffer economic loss as a result of negligence. In *Ross v. Caunters*, *supra*, the views of Gibbs and Mason JJ. were approved and applied. Recovery was held to be possible only if the defendant knew or ought to have known that negligence would injure the individual plaintiff, not merely as a member of an indeterminate or unascertained class.

However, there has not been unanimous approval of the known plaintiff approach. The approach was doubted in *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.), at pp. 532-33, and expressly disapproved in *Candlewood*, *supra*, except with respect to actions for negligent misstatement. In *Candlewood* it was felt that the known plaintiff approach would not create a satisfactory control mechanism with reasonable certainty.

I cannot agree with this conclusion. While the known plaintiff approach may not be an adequate final limit on recovery of relational economic loss, it would seem that the known plaintiff rule at least precludes the threat of indeterminate liability. The effectiveness of the known plaintiff rule can be demonstrated by comparing *Ross v. Caunters* with *Clarke v. Bruce Lance & Co.*, [1988] 1 All E.R. 364 (C.A.). In *Ross*, the court recognized that a solicitor is liable to a disappointed beneficiary under a will when negligence in the preparation of the will invalidates the bequest. In *Clarke*, the court held that when advising a testator a solicitor does not owe a duty of care to the general body of legatees who could be affected by the testator's actions. A duty of care to the general body of legatees would create the possibility of indeterminate liability. In *Clarke*, the court found no duty of care because the solicitor cannot be expected "to contemplate the plaintiff as a person likely to be affected by any lack of care" (p. 369). Thus the known plaintiff rule was used in *Ross* to permit

gence, à savoir la crainte d'une responsabilité indéterminée. Le juge Mason exigerait qu'il soit raisonnablement prévisible qu'une personne en particulier, plutôt qu'une catégorie générale de personnes, subira une perte économique du fait de la négligence. Les opinions des juges Gibbs et Mason ont été approuvées et appliquées dans l'arrêt *Ross c. Caunters*, précité. On y a statué que l'indemnisation n'était possible que si le défendeur savait ou aurait dû savoir que sa négligence causerait un préjudice au demandeur en tant qu'individu et non simplement en tant que membre d'une catégorie indéterminée de personnes.

Cependant, la méthode du demandeur connu n'a pas fait l'unanimité. Elle a été mise en doute dans l'arrêt *Junior Books Ltd. c. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.), aux pp. 532 et 533, et a été expressément désavouée dans l'arrêt *Candlewood*, précité, sauf en ce qui concerne les actions pour renseignement inexact fourni par négligence. Dans *Candlewood*, on a estimé que la méthode du demandeur connu ne permettrait pas de créer, avec une certitude raisonnable, un mécanisme de contrôle satisfaisant.

Je ne puis souscrire à cette conclusion. Bien que la règle du demandeur connu ne constitue peut-être pas une limite définitive appropriée à l'indemnisation de la perte économique relationnelle, il semblerait que cette règle dissipe à tout le moins la menace de responsabilité indéterminée. L'efficacité de la règle du demandeur connu peut être démontrée si on compare les arrêts *Ross c. Caunters* et *Clarke c. Bruce Lance & Co.*, [1988] 1 All E.R. 364 (C.A.). Dans l'arrêt *Ross*, la cour a reconnu qu'un avocat est responsable envers un légataire déçu, lorsque la négligence dont il a fait preuve dans la préparation d'un testament a pour effet d'invalidiser le legs. Dans l'arrêt *Clarke*, le tribunal a jugé qu'en conseillant un testateur, l'avocat n'a pas d'obligation de diligence envers l'ensemble des légataires susceptibles d'être touchés par les actes du testateur. L'existence d'une obligation de diligence envers l'ensemble des légataires engendrerait la possibilité d'une responsabilité indéterminée. Dans l'arrêt *Clarke*, le tribunal a conclu à l'inexistence d'une obligation de dili-

recovery where there was no danger of indeterminate liability, and used in *Clarke* to deny recovery where there was a danger of indeterminate liability.

It is not necessary, for the purposes of this appeal, to determine where the precise limit to recovery of relational losses lies. This limit has vexed courts for many years and a precise limit may be impossible to express. Nonetheless, the known plaintiff approach does provide an appropriate basis for excluding the relational loss exclusionary rule. There is no danger of indeterminate liability when the defendant actually knows or ought to know of an identifiable plaintiff, as opposed to a general or unascertained class of the public, who is or are likely to suffer loss as a result of negligence by that defendant. There is accordingly no policy reason for excluding recovery for such a relational loss. There may be other exceptions. For example, it might be possible to permit recovery to a known specific class of plaintiffs, rather than a known individual plaintiff, without creating the possibility of indeterminate liability. Relational losses should be recoverable wherever the policy concern about indeterminate liability does not apply. At the very least, this policy concern does not apply where the defendant knows or ought to know of the specific plaintiff who is likely to be harmed.

Disposition

Viewed in this light the question in this case becomes: as a matter of policy is this foreseeable consequence of negligent navigation to be compensable? More specifically, is there a danger of indeterminate liability? On one hand, we have the genuine concern that losses are not out of proportion to the neglect, that some losses fall where they

gence parce qu'on ne peut s'attendre à ce que l'avocat [TRADUCTION] «considère le demandeur comme une personne susceptible d'être touchée par un manque de diligence» (p. 369). Ainsi, la règle du demandeur connu a été utilisée, dans l'arrêt *Ross*, pour permettre l'indemnisation lorsqu'il n'y a pas de danger de responsabilité indéterminée et, dans l'arrêt *Clarke*, pour refuser l'indemnisation devant un tel danger.

Il n'est pas nécessaire, aux fins du présent pourvoi, de déterminer avec précision la limite de l'indemnisation des pertes relationnelles. Cette question fait l'objet d'une controverse jurisprudentielle depuis de nombreuses années et il peut s'avérer impossible de formuler une limite précise. Néanmoins, la méthode du demandeur connu fournit un bon motif d'écarter la règle d'exclusion de la perte relationnelle. Il n'y a pas de danger de responsabilité indéterminée lorsque le défendeur sait effectivement ou devrait savoir qu'un demandeur identifiable, par opposition à une catégorie générale ou indéterminée de personnes, est susceptible de subir une perte du fait de sa négligence. Il n'existe, par conséquent, aucune raison de principe d'exclure l'indemnisation d'une telle perte relationnelle. Il se peut qu'il y ait d'autres exceptions. Par exemple, on pourrait peut-être permettre l'indemnisation à une catégorie particulière connue de demandeurs plutôt qu'à un demandeur individuel connu, sans engendrer la possibilité d'une responsabilité indéterminée. Il devrait y avoir indemnisation des pertes relationnelles dans tous les cas où il n'y a pas lieu, en principe, de se préoccuper de la possibilité d'une responsabilité indéterminée. Or, on peut affirmer à tout le moins que cette préoccupation n'existe pas lorsque le défendeur sait ou devrait savoir que le demandeur particulier est susceptible de subir un préjudice.

Dispositif

Dans cette perspective, la question qui se pose en l'espèce devient la suivante: cette conséquence prévisible de la navigation fautive peut-elle, en principe, donner lieu à dédommagement? Plus précisément, y a-t-il un danger de responsabilité indéterminée? D'une part, il est légitime de vouloir s'assurer que les pertes ne soient pas disproportion-

lie. On the other, we have the principle that a person who acts carelessly should be called upon to provide compensation as between himself or herself and an innocent party.

The appellants do not deny that the respondent's loss was foreseeable or that the other usual elements necessary to found a liability in negligence were present. One navigating near a bridge would ordinarily realize that damage to the bridge structure will cause damage to the users of the bridge. To use Lord Atkins' question: ought this particular plaintiff have been in the contemplation of these defendants? Ought this class of plaintiff, a known bridge user, a person with a contractual right to use the bridge be in contemplation? The answer is affirmative.

Viewed in this way this case becomes somewhat easier to decide in that one cannot readily see a policy reason for excluding liability. The loss was identifiable, the victim identifiable, the damage almost inevitable. The defendants ought to have known that the plaintiff would suffer economic loss as a result of their negligence. In fact, they even had actual knowledge that such a loss would occur. They even knew of the precise manner in which this plaintiff would be harmed. Would we deny recovery in such a case? Liability would in no way be out of proportion with the neglect. There is no danger of indeterminate liability.

The plaintiff here builds upon the breach of a duty of care to property. It does not assert any duty to protect its contractual relationships, which would raise a question of the relative duties and rights in such situations, discussed in *Cattle v. Stockton* itself. It hinges its argument upon the recognition that the class of plaintiffs needs to be limited: see *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466, at p. 483, and *Kamloops, supra*, at p. 35. It is therefore unnecessary, for the purposes of this case, to determine whether or not interference with con-

tionnées à la négligence. D'autre part, il y a le principe selon lequel celui qui agit de façon négligente devrait être appelé à indemniser la partie innocente.

a Les appelants ne nient pas le caractère prévisible de la perte subie par l'intimée ni la présence des autres éléments habituellement nécessaires à l'établissement de la responsabilité pour négligence. b Celui qui navigue près d'un pont sera ordinairement conscient que le dommage causé à la structure du pont causera aussi un préjudice à ceux qui l'utilisent. Pour reprendre la question de lord c Atkins, les défendeurs en l'espèce auraient-ils dû prévoir que la demanderesse subirait un préjudice? Aurait-on dû prévoir qu'un demandeur de cette catégorie, un usager connu du pont, c'est-à-dire d le pont, subirait un préjudice? La réponse est affirmative.

Sous cet angle, il devient un peu plus facile de statuer sur la présente affaire étant donné qu'il est difficile de déceler une raison de principe d'exclure la responsabilité. La perte était identifiable, la victime était identifiable et le dommage, presque inévitable. Les défendeurs auraient dû savoir que la demanderesse subirait une perte économique du fait de leur négligence. En réalité, ils savaient effectivement qu'une telle perte surviendrait. Ils savaient même précisément comment la demanderesse serait lésée. Devrions-nous refuser l'indemnisation en pareil cas? La responsabilité ne serait aucunement disproportionnée à la négligence. Il n'y a pas de danger de responsabilité indéterminée.

La demanderesse se fonde ici sur le manquement à une obligation de diligence envers des biens. Elle n'invoque aucun devoir de protéger ses rapports contractuels, ce qui soulèverait la question, examinée dans la décision *Cattle c. Stockton* elle-même, des obligations et des droits y relatifs dans de telles situations. Son argumentation repose sur la reconnaissance de la nécessité de limiter la catégorie des demandeurs: voir les arrêts *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466, à la p. 483, et *Kamloops*, précité, à la p. 35. Il n'est donc pas nécessaire, aux fins de l'espèce, de déterminer si l'atteinte aux obligations contractuelles peut donner

tractual duties can give rise to a duty of care in tort.

The question in this case may be viewed as one of who bears the risk of loss. Is the risk of loss borne by the plaintiff, who has no definable proprietary interest, or the defendants who must have foreseen that the plaintiff would sustain a loss of use? Policy or pragmatic considerations might justify a consideration of insurability, but that would entail empirical studies not available to us. This is one of the rare situations in which the law reform bodies have not undertaken studies that might assist in answering the question of who is better able to carry on or pass on the risk. In a case such as this one we might ask whether the carriers or the barge operators ought to carry the risk—the users or consumers of one product or the other?

In my view, the plaintiff was and ought to have been within the contemplation of the crew operating the tug. Economic loss to the plaintiff was foreseeable, in no way indeterminate or uncertain. Its nature and extent were almost predictable. The specific plaintiff was actually foreseen by the defendants. I see no policy rationale for excluding liability on the facts of this case.

I would therefore dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs, LA FOREST, SOPINKA and IACOBUCCI JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Campney & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondent: McEwen, Schmitt & Co., Vancouver.

lieu à une obligation de diligence en matière délictuelle.

La question qui se pose en l'espèce peut se ramener à celle-ci: qui assume le risque de perte? Est-ce la demanderesse, qui n'a aucun droit de propriété identifiable, ou les défendeurs qui doivent avoir prévu que la demanderesse subirait une perte d'usage? Des considérations de principe ou pratiques pourraient justifier un examen de la question du caractère assurable, mais cela nécessiterait des études empiriques dont nous ne disposons pas en l'espèce. Il s'agit d'un des rares cas où les organismes chargés de la réforme du droit n'ont pas fait d'études susceptibles de nous aider à déterminer qui est le mieux en mesure d'assumer ou de faire assumer le risque. Dans une affaire comme celle qui nous occupe, nous pourrions nous demander qui, des transporteurs ou des conducteurs de chaland, doit assumer le risque—les utilisateurs ou les consommateurs d'un produit ou de l'autre?

À mon avis, l'équipage du remorqueur a prévu et aurait dû prévoir que la demanderesse subirait un préjudice. La perte économique qu'elle a subie était prévisible et nullement indéterminée ou incertaine. Sa nature et sa portée étaient presque prévisibles. Les défendeurs ont effectivement prévu que la demanderesse subirait un préjudice. Vu les faits de l'espèce, je ne vois aucune raison de principe d'écarter la responsabilité.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges LA FOREST, SOPINKA et IACOBUCCI sont dissidents.

Procureurs des appelants: Campney & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: McEwen, Schmitt & Co., Vancouver.