

K.M. Appellant

v.

H.M. Respondent

and

Women's Legal Education and Action Fund Intervener

INDEXED AS: M. (K.) v. M. (H.)

File No.: 21763.

1991: November 8; 1992: October 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Limitation of actions — Torts — Assault and battery — Incest — Woman bringing action against father for damages for incest — Whether action limited by Limitations Act — Application of the reasonable discoverability principle — Whether incest a separate and distinct tort — Limitations Act, R.S.O. 1980, c. 240, ss. 45(1)(j), 47.

Limitation of actions — Equity — Fiduciary relationship — Parent-child — Woman bringing action against father for damages for incest — Whether incest constitutes a breach of fiduciary duty by a parent — Whether limitation period applicable and whether the defence of laches applies.

Limitation of actions — Fraudulent concealment — Incest — Whether a limitation period in an incest action is postponed by defendant's fraudulent concealment.

Appellant was the victim of incest. It began with fondling by her father and, after the age of ten or eleven, involved regular sexual intercourse with him. Her cooperation and silence were elicited by various threats which appellant had good reason to take seriously. She was also rewarded with pop, potato chips and money. In time, respondent gave her the responsibility for initiating sexual contact. Appellant tried several times to dis-

K.M. Appelante

c.

^a **H.M. Intimé**

et

b Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes Intervenant

RÉPERTORIÉ: M. (K.) c. M. (H.)

^c Nº du greffe: 21763.

1991: 8 novembre; 1992: 29 octobre.

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

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

e Prescription — Responsabilité délictuelle — Voies de fait — Inceste — Action en dommages-intérêts pour inceste intentée par une femme contre son père — L'action est-elle prescrite par la Loi sur la prescription des actions? — Application de la règle de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi — L'inceste constitue-t-il un délit séparé et distinct? — Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1980, ch. 240, art. 45(1)jj), 47.

g Prescription — Equity — Rapport fiduciaire — Parent-enfant — Action en dommages-intérêts pour inceste intentée par une femme contre son père — L'inceste constitue-t-il un manquement à une obligation fiduciaire par un parent? — Le délai de prescription est-il applicable et le moyen de défense fondé sur le manque de diligence s'applique-t-il?

^h *Prescription — Dissimulation frauduleuse — Inceste — La dissimulation frauduleuse a-t-elle pour effet de reporter le moment où le délai de prescription commence à courir?*

j L'appelante a été victime d'inceste. Son père a commencé à la toucher et ensuite à avoir régulièrement des relations sexuelles avec elle lorsqu'elle était âgée de dix ou onze ans. La coopération et le silence de l'appelante étaient obtenus au moyen de diverses menaces que l'appelante avait de bons motifs de prendre au sérieux. Il la récompensait aussi en lui donnant des boissons gazeuses, des croustilles et de l'argent. Plus tard, il lui a

close this abuse to no avail. At the age of ten or eleven appellant tried to tell her mother and at age sixteen she told a high school guidance counsellor, who referred her to a school psychologist. Her father had her recant both to the psychologist and to a lawyer for the local school board. Other disclosures made after leaving home came to nothing until she finally attended meetings of a self-help group for incest victims and realized that her psychological problems as an adult were caused by the incest. With therapy appellant also came to realize that it was her father rather than herself who was at fault. Professional opinion was that appellant was unable to assess her situation rationally until she entered this therapy.

In 1985, at the age of 28, appellant sued her father for damages arising from the incest and for breach of a parent's fiduciary duty. A jury found that the respondent had sexually assaulted his daughter, and assessed tort damages of \$50,000. The trial judge ruled, however, that the action was barred by s. 45 of the *Limitations Act*. The Ontario Court of Appeal dismissed an appeal from the trial judge's ruling.

At issue here are: (1) whether incest is a separate and distinct tort not subject to any limitation period; (2) whether incest constitutes a breach of fiduciary duty by a parent not subject to any limitation period; and (3) if a limitation period applies, whether it is postponed by the reasonable discoverability principle.

Held: The appeal should be allowed.

Per La Forest, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Incest is both a tortious assault and a breach of fiduciary duty. The tort claim, although subject to limitations legislation, does not accrue until the plaintiff is reasonably capable of discovering the wrongful nature of the defendant's acts and the nexus between those acts and the plaintiff's injuries. In this case, that discovery occurred only when the appellant entered therapy, and the lawsuit was commenced promptly thereafter. The time for bringing a claim for breach of a fiduciary duty

demandé de prendre l'initiative des relations sexuelles. L'appelante a tenté à maintes reprises, mais sans résultat, de révéler l'existence des agressions. À l'âge de dix ou onze ans, l'appelante a essayé de raconter à sa mère ce qui se passait et, à l'âge de seize ans, elle a raconté les incidents à un conseiller d'orientation scolaire qui l'a envoyée consulter un psychologue scolaire. Son père l'a fait se rétracter devant le psychologue et un avocat du conseil scolaire local. Après avoir quitté le foyer, elle a à d'autres reprises révélé l'existence de l'inceste, mais cela n'a rien donné. Elle a finalement assisté aux réunions d'un groupe d'entraide pour les victimes d'inceste et c'est alors qu'elle s'est rendu compte que ses problèmes psychologiques d'adulte étaient causés par l'inceste dont elle avait été victime. Avec la thérapie, l'appelante s'est aussi rendu compte que c'était son père, et non elle, qui était en faute. De l'avis des professionnels, l'appelante n'était pas en mesure d'évaluer rationnellement sa situation jusqu'à ce qu'elle commence à suivre une thérapie.

e En 1985, à l'âge de 28 ans, l'appelante a intenté contre son père une action en dommages-intérêts pour inceste et pour manquement à l'obligation fiduciaire d'un parent. Un jury a conclu que l'intimé avait agressé sexuellement sa fille et a accordé 50 000 \$ de dommages-intérêts. Toutefois, le juge de première instance a conclu que l'action était prescrite en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur la prescription des actions*. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel interjeté contre la décision du juge de première instance.

g Le présent pourvoi soulève les questions suivantes: (1) l'inceste est-il un délit séparé et distinct qui n'est assujetti à aucun délai de prescription? (2) L'inceste constitue-t-il un manquement à une obligation fiduciaire par un parent, qui n'est assujetti à aucun délai de prescription? (3) Si un délai de prescription s'applique, le principe de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi a-t-il pour effet de reporter le moment où ce délai commence à courir?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

i *Les juges La Forest, Gonthier, Cory et Iacobucci:* L'inceste constitue à la fois un délit de voies de fait et un manquement à une obligation fiduciaire. L'action délictuelle, quoiqu'elle soit assujettie aux lois sur la prescription, ne prend naissance qu'au moment où la partie demanderesse peut raisonnablement découvrir le caractère répréhensible des actes du défendeur et le lien entre ces actes et les préjudices qu'elle a subis. En l'espèce, cette découverte s'est produite seulement au moment où l'appelante a commencé à suivre une thérapie.

is not limited by statute in Ontario, and this breach therefore stands along with the tort claim as a basis for recovery by the appellant. Incest does not constitute a distinct tort, separate and apart from the intentional tort of assault and battery, and the continuous nature of the tort need not be decided here.

Incest unquestionably constitutes an assault and battery, and based on the jury's verdict, all of the requisite elements of the test were proved. Assault and battery, however, can only serve as a crude legal description of incest; the law must also take account of the unique and complex nature of incestuous abuse and its consequential harms. Various psychological and emotional harms immediately beset the victim of incest, but much of the damage is latent and extremely debilitating. When the damages begin to become apparent, the causal connection between the incestuous activity and present psychological injuries is often unknown to the victim. A statute of limitations provides little incentive for an incest victim to prosecute his or her action in a timely fashion if the victim has been rendered psychologically incapable of recognizing that a cause of action exists.

The reasonable discoverability rule, as developed in previous decisions of this Court, should be applied and the limitations period should begin to run only when the plaintiff has a substantial awareness of the harm and its likely cause. The causal link between fault and damage is an important fact, essential to the formulation of the right of action, that is often missing in cases of incest. In making this link, the plaintiff must have an awareness of the wrongfulness of the defendant's incestuous conduct. Battery consists of wrongful touching, and the plaintiff must discover the wrongfulness of the contact and its consequential effects before the cause of action accrues. The issue properly turns on the question of when the victim becomes fully cognizant of who bears the responsibility for his or her childhood abuse, for it is then that the victim realizes the nature of the wrong suffered. As such, responsibility plays a pivotal role in both the genesis and the cessation of the harms caused by incestuous abuse.

pie et l'action en justice a été intentée peu de temps après. En Ontario, la prescription ne s'applique pas aux actions pour manquement à une obligation fiduciaire et, par conséquent, l'appelante peut non seulement intenter une action délictuelle, mais également fonder sa demande de dédommagement sur le manquement à une obligation fiduciaire. L'inceste ne constitue pas un délit séparé et distinct du délit intentionnel de voies de fait et il n'est pas nécessaire en l'espèce de déterminer si le délit est de nature continue.

L'inceste constitue indiscutablement des voies de fait et, selon le verdict du jury, tous les éléments requis du critère ont été établis. Toutefois, l'expression «voies de fait» ne donne qu'une description juridique sommaire de l'inceste; le droit doit aussi tenir compte du caractère unique et complexe de l'agression incestueuse et de ses conséquences préjudiciables. La victime d'inceste éprouve immédiatement divers troubles psychologiques et émotifs, mais la majeure partie du préjudice est latente et extrêmement débilitante. Lorsque les préjudices se manifestent, la victime ignore souvent le lien de causalité qui existe entre l'activité incestueuse et ses troubles psychologiques actuels. Une loi sur la prescription des actions incite peu les victimes d'inceste à intenter leur action en temps opportun si elles ont été rendues psychologiquement incapables de reconnaître l'existence d'une cause d'action.

La règle de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi, conçue dans des arrêts antérieurs de notre Cour, devrait s'appliquer et le délai de prescription ne devrait commencer à courir que lorsque la partie demanderesse est réellement consciente du préjudice subi et de sa cause probable. Le lien de causalité entre la faute et le préjudice est un fait important, essentiel à la formulation du droit d'action, qui est souvent absent dans les affaires d'inceste. En établissant ce lien, la partie demanderesse doit être consciente du caractère répréhensible de la conduite incestueuse du défendeur. Les voies de fait consistent en des attouchements répréhensibles et la partie demanderesse doit découvrir le caractère répréhensible du contact et ses conséquences pour que prenne naissance sa cause d'action. Il s'agit à juste titre de déterminer quand la victime en vient à savoir parfairement qui est responsable des agressions sexuelles dont elle a été victime pendant son enfance, car c'est à ce moment qu'elle se rend compte de la nature du mal qui lui a été causé. La responsabilité joue un rôle primordial en ce qui concerne à la fois le commencement et la fin des préjudices causés par les agressions sexuelles.

The close connection between therapy and the shifting of responsibility is typical in incest cases and creates a presumption that incest victims only discover the necessary connection between their injuries and the wrong done to them (thus discovering their cause of action) during some form of psychotherapy. If the evidence in a particular case is consistent with the typical features of "post-incest" syndrome, then the presumption will arise. The defendant can refute the presumption by leading evidence showing that the plaintiff appreciated the causal link between the harm and its origin without the benefit of therapy.

In this case, the trial judge did not address the critical issue of when appellant discovered her cause of action, in the sense of having a substantial awareness of the harm and its likely cause, and made no finding that appellant had made the necessary connection at any time before entering therapy. Moreover, the presumption outlined above should be applied here. Appellant was a typical incest survivor, and both presumptively and in fact did not make the causative link between her injuries and childhood history until she received therapeutic assistance. Evidence to the contrary was entirely speculative. In the result, the limitations period did not begin to run against her until she received therapy, and this action was commenced before that period expired.

Appellant argued that the limitation period was also tolled by respondent's fraudulent concealment of her cause of action. This point need not be decided, but some comment on the law of fraudulent concealment is provided for the sake of clarity. Fraudulent concealment (when applicable) will toll the limitation of both common law and equitable claims until the time the plaintiff can reasonably discover her cause of action. Incest cases may be amenable to the application of fraudulent concealment as an answer to a limitations defence; incest takes place in a climate of secrecy, and the victim's silence is attained through various insidious measures which condition the victim to conceal the wrong from herself. The fact that the abuser is a trusted family authority figure in and of itself masks the wrongfulness of the conduct in the child's eyes, thus fraudulently concealing the cause of action.

Les affaires d'inceste se caractérisent par l'existence d'un lien étroit entre la thérapie et le déplacement de la responsabilité et ce lien crée une présomption que c'est seulement en suivant une forme quelconque de psychothérapie que les victimes d'inceste découvrent le lien nécessaire entre les préjudices qu'elles ont subis et le mal qu'on leur a fait (et ainsi leur cause d'action). Si, dans une affaire donnée, la preuve fait ressortir les éléments caractéristiques du syndrome des victimes d'inceste, il y a alors application de la présomption. Le défendeur peut réfuter la présomption en présentant des éléments de preuve établissant que la partie demanderesse était, sans le bénéfice de la thérapie, consciente du lien de causalité entre le préjudice subi et son origine.

En l'espèce, le juge de première instance n'a pas abordé la question cruciale de savoir quand l'appelante a découvert sa cause d'action au sens d'être réellement consciente du préjudice subi et de sa cause probable et il n'a pas conclu que l'appelante avait fait le lien nécessaire à quelque moment que ce soit avant de suivre une thérapie. De plus, la présomption exposée ci-dessus devrait s'appliquer en l'espèce. L'appelante est une victime type d'inceste, et il ressort de la présomption et des faits qu'elle n'a établi le lien de causalité entre les préjudices qu'elle a subis et les expériences qu'elle a vécues pendant son enfance que lorsqu'elle a reçu une aide thérapeutique. Tous les éléments de preuve contraires qui ont été présentés ne sont que pures hypothèses. En définitive, le délai de prescription n'a commencé à courir qu'au moment où elle a commencé à recevoir une aide thérapeutique et la présente action a été intentée avant l'expiration de ce délai.

L'appelante a fait valoir que la dissimulation frauduleuse de sa cause d'action par l'intimé a également interrompu le délai de prescription. Ce point n'a pas à être tranché en l'espèce, mais certains commentaires sont apportés afin de clarifier le droit en matière de dissimulation frauduleuse. La dissimulation frauduleuse (lorsqu'elle s'applique) interrompt la prescription d'une action fondée sur la common law ou l'*equity* jusqu'au moment où la partie demanderesse peut raisonnablement découvrir sa cause d'action. Il peut arriver, dans les cas d'inceste, que l'on oppose la dissimulation frauduleuse à la prescription invoquée comme moyen de défense; l'inceste est commis sous le voile du secret et le silence de la victime est souvent obtenu par divers moyens insidieux qui la conditionnent à se cacher à elle-même le tort qu'elle subit. Le fait que l'agresseur soit un membre de la famille en qui on a toute confiance contribue à masquer le caractère répréhensible de la conduite aux yeux de l'enfant, d'où la dissimulation frauduleuse de sa cause d'action.

Incest also constitutes a breach of the fiduciary relationship between parent and child. Ontario's *Limitations Act* does not limit actions against a fiduciary, although certain equitable doctrines may bar a claim because of delay. The courts below did not consider appellant's claim in equity, but the issue should now be addressed; a breach of fiduciary duty cannot be automatically overlooked in favour of concurrent common law claims. The relationship between parent and child is fiduciary in nature, and the sexual assault of one's child is a grievous breach of the obligations arising from that relationship. Equity has imposed fiduciary obligations on parents in contexts other than incest, and a duty to refrain from incestuous assaults on one's child is an obvious addition to this category. The three indicia of a fiduciary relationship are all evident in this case, and the non-economic interests of an incest victim are particularly susceptible to protection from the law of equity.

The plaintiff's delay in bringing her claim for breach of fiduciary duty raises three potential hurdles that may bar her claim: limitations legislation, the application of that legislation by analogy, and the equitable doctrine of laches. All of these hurdles, however, are overcome in this case. First Ontario's *Limitations Act* applies only to a closed list of enumerated causes of action which does not include fiduciary obligations. Equity in some cases will operate by analogy and adopt a statutory limitation period that does not otherwise expressly apply, but this is not such a case. Equity has rarely limited a claim by analogy when the action falls within its exclusive jurisdiction, as in this claim for breach of fiduciary duty. Moreover, even if it is appropriate to draw an analogy to a common law action, the analogy will be governed by the parameters of the equitable doctrine of laches. Finally, any analogy would be nullified by the doctrine of fraudulent concealment. Even if an analogy could be drawn, it would not be fatal to appellant's claim: as with the limitation in tort, a limitation by analogy would be tolled by the operation of the reasonable discoverability principle.

L'inceste constitue aussi un manquement à l'obligation fiduciaire qui existe entre un parent et son enfant. La *Loi sur la prescription des actions* de l'Ontario ne s'applique pas aux actions pour manquement à une obligation fiduciaire, quoique certains principes d'*equity* peuvent empêcher une action en raison du délai écoulé. Les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas examiné la réclamation fondée sur l'*equity*, présentée par l'appelante, mais il y a lieu maintenant de le faire; un manquement à une obligation fiduciaire ne saurait être automatiquement oublié au profit de réclamations concurrentes fondées sur la common law. La relation qui existe entre le parent et son enfant est de nature fiduciaire et l'agression sexuelle commise contre son propre enfant constitue un grave manquement aux obligations qui découlent de cette relation. L'*equity* a imposé aux parents des obligations fiduciaires dans des contextes autres que l'inceste et l'obligation de s'abstenir de commettre des agressions incestueuses sur son enfant vient de toute évidence s'ajouter à cette catégorie. Les trois indices de l'existence d'un rapport fiduciaire sont tous évidents en l'espèce et les intérêts non pécuniaires d'une victime d'inceste sont particulièrement susceptibles d'être protégés par les principes de l'*equity*.

Le retard de la demanderesse à intenter son action pour manquement à une obligation fiduciaire suscite trois obstacles possibles à son droit d'intenter une action: la loi sur la prescription des actions, l'application de cette loi par analogie et l'application de la règle d'*equity* du manque de diligence. Cependant, tous ces obstacles sont surmontés en l'espèce. D'abord, la *Loi sur la prescription des actions* de l'Ontario ne s'applique qu'à une liste exhaustive de causes d'action qui ne comprend pas les obligations fiduciaires. Dans certains cas, l'*equity* fonctionne par analogie et adopte un délai légal de prescription qui, par ailleurs, ne s'appliquerait pas expressément, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Il est rare en *equity* qu'une action soit prescrite par analogie lorsqu'une affaire relève exclusivement de la compétence d'*equity*, comme c'est notamment le cas de la présente réclamation pour manquement à une obligation fiduciaire. De plus, même s'il est approprié d'établir une analogie avec une action de common law, cette analogie sera régie par les paramètres de la règle d'*equity* du manque de diligence. Enfin, toute analogie serait invalidée par la règle de la dissimulation frauduleuse. Toute analogie qui pourrait être établie ne serait pas fatale à la réclamation de l'appelante: comme dans le cas de la prescription en matière délictuelle, la prescription par analogie serait interrompue par l'application de la règle de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi.

For the respondent to benefit from the defence of laches, acquiescence on the part of the appellant must be demonstrated. Acquiescence in this context consists of delay by a plaintiff despite knowledge that her rights have been violated. Such a delay gives rise to an inference that the plaintiff's rights have been waived. A plaintiff's conduct will be measured objectively: was it reasonable for the plaintiff to have remained ignorant of her legal rights given her knowledge of the facts relevant to a legal claim? In this case, because the appellant mistakenly blamed herself for the incest, it was entirely reasonable for her to have been incapable of appreciating that her rights in equity or in law had been violated. As such, she could not have acquiesced to the respondent's conduct. The doctrine of acquiescence bears a marked similarity to the common law discoverability principle. They share the common requirement of knowledge on the part of the plaintiff. The point of distinction is a residual inquiry in equity: in light of the plaintiff's knowledge, can it reasonably be inferred that the plaintiff has acquiesced to the defendant's conduct? The answer to that question depends on the circumstances of each case, but it would require particularly compelling evidence to demonstrate that an incest victim had "acquiesced" to the sexual assaults made against her.

As for the remedy in this case, the jury has assessed damages in tort, and this award should not be disturbed. An additional remedy in equity should not be awarded in this case, as the policy objectives animating the remedy for this breach of a parent's fiduciary duty are the same as those underlying incestuous sexual assault. Both seek to compensate the victim for her injuries and to punish the wrongdoer.

Per L'Heureux-Dubé J.: The reasons and result of La Forest J. and the comments of McLachlin J. on the nature and quantum of damages associated with a breach of fiduciary duty, as opposed to those underlying the torts of battery and assault, were agreed with.

Per Sopinka J.: The reasons and result of La Forest J. were agreed with except with respect to the creation of a presumption and the shifting of the legal burden of proof.

Pour que l'intimé puisse bénéficier du moyen de défense fondé sur le manque de diligence, il doit démontrer qu'il y a eu acquiescement de la part de la partie demanderesse. Dans ce contexte, l'acquiescement de la partie demanderesse réside dans le fait qu'elle tarde à intenter une action même si elle sait que ses droits ont été violés, ce qui amène à conclure qu'elle a renoncé à ses droits. La conduite de la partie demanderesse s'évalue objectivement: est-il raisonnable que la partie demanderesse continue d'ignorer ses droits alors qu'elle connaît les faits qui peuvent donner lieu à un recours en justice? En l'espèce, parce que l'appelante croyait à tort qu'elle était responsable de l'inceste, il était tout à fait raisonnable qu'elle n'ait pas été en mesure de se rendre compte que ses droits en *equity* ou en common law avaient été violés. Elle n'était donc pas en mesure d'acquiescer à la conduite de l'intimé. Il existe une forte similitude entre la règle de l'acquiescement et la règle de common law de la possibilité de découvrir le préjudice subi. Les deux ont en commun l'exigence de connaissance de la part de la partie demanderesse. Elles diffèrent en ce qu'en *equity* il faut ensuite trancher la question suivante: compte tenu de la connaissance de la partie demanderesse, peut-on raisonnablement déduire qu'elle avait acquiescé à la conduite du défendeur? La réponse à cette question dépend des circonstances de chaque cas, mais il faudrait des éléments de preuve particulièrement convaincants pour établir qu'une victime d'inceste a «acquiescé» aux agressions sexuelles dont elle a fait l'objet.

En ce qui concerne le redressement en l'espèce, le jury a évalué le montant des dommages-intérêts en matière délictuelle et ce montant ne devrait pas être modifié. Il n'y a pas lieu d'accorder ici un redressement additionnel en *equity* puisque les objectifs de principe qui sous-tendent le redressement dans le cas d'un manquement à une obligation fiduciaire de la part du parent sont les mêmes que dans le cas de l'agression sexuelle incestueuse. Dans les deux cas, on cherche à indemniser la victime des préjudices qu'elle a subis et à punir l'auteur du méfait.

Le juge L'Heureux-Dubé: Les motifs du juge La Forest et le résultat auquel il arrive sont acceptés ainsi que les observations du juge McLachlin concernant la nature et le montant des dommages-intérêts liés au manquement à une obligation fiduciaire par rapport à ceux qui sous-tendent les délits de voies de fait.

Le juge Sopinka: Les motifs du juge La Forest et le résultat auquel il arrive sont acceptés, sauf en ce qui concerne la création d'une présomption et le déplacement du fardeau ultime de la preuve.

Resort should not be had to a presumption that a plaintiff typical of the syndrome is unaware of the injury done to her until she undergoes therapy. Firstly, the legal effect of presumptions is varied and uncertain as to its evidentiary effect. Secondly, this presumption will create difficulties for the trial judge and the litigants in that it will reverse the ordinary burden of proof without any justification. It is not clear whether the presumption, which would require determination on a *prima facie* basis, would create merely an evidentiary burden or a legal burden. The former could be blunted by the defendant's leading some evidence restoring the legal burden of proof to the plaintiff. The latter would reverse the legal burden of proof so that the defendant would bear the risk of non persuasion and is the probable result intended because of the use of the term "refute".

There was no reason to reverse the traditional burden of proof. The basic criteria for the allocation of the burden of proof apply to justify maintaining the legal burden of proof with respect to reasonable discoverability on the plaintiff. It is the plaintiff who is seeking an exemption from the normal operation of the statute of limitations asserting that she was not aware of her cause of action for many years after the statutory period would otherwise have commenced to run. Moreover the plaintiff is in the best position to adduce evidence of her lack of awareness and the defendant is not. The appeal should be disposed of as proposed by La Forest J.

Per McLachlin J.: Agreement with the reasons of La Forest J. was qualified.

A presumption that the plaintiff discovers the cause of action when a therapeutic relationship begins is not necessary. The question is a matter of fact to be determined in all the circumstances. A presumption is appropriate in special circumstances, as where the facts are largely in the possession of the opposing party on an issue, but there were no such circumstances here. Further, there was no magic in the commencement of a therapeutic relationship. The commencement of the relationship is only one of a number of factors which should be considered in determining when the limitation period begins to run.

Il n'y a pas lieu de recourir à la présomption qu'une victime type d'inceste ne se rend compte du préjudice qu'elle a subi qu'au moment où elle suit une thérapie. Premièrement, les répercussions juridiques des présomptions sont variées et incertaines sur le plan de la preuve. Deuxièmement, cette présomption causera des difficultés au juge du procès et aux parties du fait qu'elle entraînera un déplacement injustifié du fardeau habituel de la preuve. On ne sait pas clairement si cette présomption, qui devrait être tranchée par le biais d'une preuve *prima facie*, créerait un simple fardeau de présentation ou encore un fardeau de persuasion. Dans le premier cas, elle pourrait être atténuée si le défendeur présentait des éléments de preuve visant à faire assumer de nouveau le fardeau ultime de la preuve par le demandeur. Dans le second cas, il y aurait déplacement du fardeau ultime de la preuve de sorte que le défendeur assumerait le risque de non-persuasion, et c'est probablement le résultat qu'on a voulu obtenir en raison de l'utilisation du terme «réfuter».

Il n'y avait aucun motif de déplacer le fardeau traditionnel de la preuve. Les critères de base en matière d'attribution du fardeau de la preuve justifient le maintien de l'imposition à la partie demanderesse du fardeau ultime de la preuve relativement à la question de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi. C'est la partie demanderesse qui cherche à être dispensée de l'application normale de la prescription en soutenant qu'elle n'a pris conscience de la cause d'action que plusieurs années après le début normal du délai de prescription. C'est aussi la partie demanderesse, et non le défendeur, qui est la mieux placée pour établir qu'elle n'était pas consciente de la cause d'action. Le pourvoi devrait être tranché de la façon proposée par le juge La Forest.

Le juge McLachlin: Les motifs du juge La Forest sont acceptés sous certaines réserves.

Il n'est pas nécessaire de recourir à une présomption selon laquelle la partie demanderesse découvre l'existence d'une cause d'action au moment où commence un rapport thérapeutique. Il s'agit d'une question de fait qui doit être tranchée en fonction de toutes les circonstances. Il convient d'appliquer une présomption dans des circonstances particulières, comme dans le cas où les faits sont en grande partie en la possession de la partie opposée sur un point, mais il n'y avait aucune circonstance de cette nature en l'espèce. De plus, le commencement d'un rapport thérapeutique n'avait rien de magique. Le commencement de ce rapport ne constitue que l'un des nombreux facteurs dont il y a lieu de tenir compte pour déterminer le moment où le délai de prescription commence à courir.

The award which the jury made was not adequate. The jury assessed damages for the tort of battery and assault, as requested, and the appellant did not appeal from that award and only asked that the jury's award be reinstated. The question of whether the award was appropriate or not did not arise here.

The measure of damages for assault and battery would not necessarily be the same as compensation for breach of fiduciary duty. The wrong encompassed by the torts of battery and assault may be different from the wrong encompassed by the action for a breach of fiduciary duty. Trustees have always been held to highest account in a manner stricter than that applicable to tortfeasors. While agreeing with La Forest J. that where the same policy objectives underlie two different causes of action similar measures of compensation may be appropriate, the policy objectives or the wrong involved in breach of fiduciary duty of this nature are not necessarily the same as those which underlie the torts of battery and assault.

Les dommages-intérêts accordés par le jury n'étaient pas adéquats. Le jury a évalué les dommages-intérêts pour le délit de voies de fait comme on lui avait demandé de le faire, et l'appelant n'a pas interjeté appel contre le montant accordé, se contentant de demander qu'il soit rétabli. La question de savoir si le montant accordé est approprié ne se pose pas en l'espèce.

Le montant des dommages-intérêts pour voies de fait ne serait pas nécessairement le même que celui d'une indemnité pour manquement à une obligation fiduciaire. La faute que vise l'action pour voies de fait peut être différente de celle que vise l'action pour manquement à une obligation fiduciaire. Les fiduciaires ont toujours été tenus à une reddition de compte des plus astreignantes, et ce, plus rigoureusement que les auteurs de délits. Tout en convenant avec le juge La Forest que des mesures d'indemnisation similaires peuvent être appropriées lorsque les mêmes objectifs de principe sous-tendent deux causes d'action différentes, il reste que les objectifs de principe et la faute en cause dans un manquement à une obligation fiduciaire de cette nature ne sont pas nécessairement identiques à ceux qui sous-tendent les délits de voies de fait.

Cases Cited

By La Forest J.

Considered: *Tyson v. Tyson*, 727 P.2d 226 (1986); *R. v. L. (W.K.)*, [1991] 1 S.C.R. 1091; *Stubblings v. Webb*, [1991] 3 All E.R. 949; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *DeRose v. Carswell*, 242 Cal. Rptr. 368 (1987); *Hammer v. Hammer*, 418 N.W.2d 23 (1987); *Evans v. Eckelman*, 265 Cal. Rptr. 605 (1990); *Gray v. Reeves* (1992), 64 B.C.L.R. (2d) 275; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Hovenden v. Annesley* (1806), 2 Sch. & Lef. 607, 9 R.R. 119; **referred to:** *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830; *Doe on the demise of Count Duroure v. Jones* (1791), 4 T.R. 301, 100 E.R. 1031; *A'Court v. Cross* (1825), 3 Bing. 329, 130 E.R. 540; *Dundee Harbour Trustees v. Dougall* (1852), 1 Macq. 317; *Deaville v. Boegeman* (1984), 48 O.R. (2d) 725; *Cholmondeley v. Clinton* (1820), 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527; *Urie v. Thompson*, 337 U.S. 163 (1949); *Raymond v. Eli Lilly & Co.*, 371 A.2d 170 (1977); *Franklin v. Albert*, 411 N.E.2d

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts examinés: *Tyson c. Tyson*, 727 P.2d 226 (1986); *R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091; *Stubblings c. Webb*, [1991] 3 All E.R. 949; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *DeRose c. Carswell*, 242 Cal. Rptr. 368 (1987); *Hammer c. Hammer*, 418 N.W.2d 23 (1987); *Evans c. Eckelman*, 265 Cal. Rptr. 605 (1990); *Gray c. Reeves* (1992), 64 B.C.L.R. (2d) 275; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Kitchen c. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Hovenden c. Annesley* (1806), 2 Sch. & Lef. 607, 9 R.R. 119; **arrêts mentionnés:** *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830; *Doe on the demise of Count Duroure c. Jones* (1791), 4 T.R. 301, 100 E.R. 1031; *A'Court c. Cross* (1825), 3 Bing. 329, 130 E.R. 540; *Dundee Harbour Trustees c. Dougall* (1852), 1 Macq. 317; *Deaville c. Boegeman* (1984), 48 O.R. (2d) 725; *Cholmondeley c. Clinton* (1820), 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527; *Urie c. Thompson*, 337 U.S. 163 (1949); *Raymond c. Eli Lilly & Co.*, 371 A.2d 170 (1977); *Franklin c. Albert*, 411 N.E.2d 458

458 (1980); *Johnson v. Johnson*, 701 F.Supp. 1363 (1988); *Mary D. v. John D.*, 264 Cal. Rptr. 633 (1989); *E.W. v. D.C.H.*, 754 P.2d 817 (1988); *Lindabury v. Lindabury*, 552 So.2d 1117 (1989); *Doe v. LaBrosse*, 588 A.2d 605 (1991); *Osland v. Osland*, 442 N.W.2d 907 (1989); *Raymond v. Ingram*, 737 P.2d 314 (1987); *Kaiser v. Milliman*, 747 P.2d 1130 (1988); *Whatcott v. Whatcott*, 790 P.2d 578 (1990); *Petersen v. Bruen*, 792 P.2d 18 (1990); *Meiers-Post v. Schafer*, 427 N.W.2d 606 (1988); *Nicolette v. Carey*, 751 F.Supp. 695 (1990); *Levitt v. Carr* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 58; *Gibbs v. Guild* (1882), 9 Q.B.D. 59; *Armstrong v. Milburn* (1886), 54 L.T. 723; *Oelkers v. Ellis*, [1914] 2 K.B. 139; *Lynn v. Bamber*, [1930] 2 K.B. 72; *Legh v. Legh* (1930), 143 L.T. 151; *Massie & Renwick Ltd. v. Underwriters' Survey Bureau*, [1940] S.C.R. 218, approving [1938] 2 D.L.R. 31; *Pigott v. Nesbitt Thomson & Co.*, [1939] O.R. 66 (C.A.), aff'd [1941] S.C.R. 520; 447927 *Ontario Inc. v. Pizza Pizza Ltd.* (1987), 16 C.P.C. (2d) 277; *Mouat v. Boyce*, N.Z.C.A., March 11, 1992, unreported; *Follis v. Albemarle TP.*, [1941] 1 D.L.R. 178; *Henderson v. Johnson* (1956), 5 D.L.R. (2d) 524; *Menick v. Goldy*, 280 P.2d 844 (1955); *Ohio Casualty Insurance Co. v. Mallison*, 354 P.2d 800 (1960); *Fitzgerald v. Newark Morning Ledger Co.*, 267 A.2d 557 (1970); *Emery v. Emery*, 289 P.2d 218 (1955); *Soar v. Ashwell*, [1893] 2 Q.B. 390; *Taylor v. Davies*, [1920] A.C. 636; *Knox v. Gye* (1872), L.R. 5 H.L. 656; *Metropolitan Bank v. Heiron* (1880), 5 Ex. D. 319; *Lindsay Petroleum Co. v. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221; *Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co.* (1878), 3 App. Cas. 1218; *Canada Trust Co. v. Lloyd*, [1968] S.C.R. 300; *Blundon v. Storm*, [1972] S.C.R. 135; *Re Howlett*, [1949] Ch. 767; *Taylor v. Wallbridge* (1879), 2 S.C.R. 616; *Aquaculture Corp. v. New Zealand Green Mussel Co.*, [1990] 3 N.Z.L.R. 299.

By Sopinka J.

Referred to: *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] S.C.R. 481.

By McLachlin J.

Referred to: *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Courts of Justice Act, 1984, S.O. 1984, c. 11, s. 121(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 155(1).
Limitation Act, R.S.B.C. 1979, c. 236, ss. 3(4), 6(3).

(1980); *Johnson c. Johnson*, 701 F.Supp. 1363 (1988); *Mary D. c. John D.*, 264 Cal. Rptr. 633 (1989); *E.W. c. D.C.H.*, 754 P.2d 817 (1988); *Lindabury c. Lindabury*, 552 So.2d 1117 (1989); *Doe c. LaBrosse*, 588 A.2d 605 (1991); *Osland c. Osland*, 442 N.W.2d 907 (1989); *Raymond c. Ingram*, 737 P.2d 314 (1987); *Kaiser c. Milliman*, 747 P.2d 1130 (1988); *Whatcott c. Whatcott*, 790 P.2d 578 (1990); *Petersen c. Bruen*, 792 P.2d 18 (1990); *Meiers-Post c. Schafer*, 427 N.W.2d 606 (1988); *Nicolette c. Carey*, 751 F.Supp. 695 (1990); *Levitt c. Carr* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 58; *Gibbs c. Guild* (1882), 9 Q.B.D. 59; *Armstrong c. Milburn* (1886), 54 L.T. 723; *Oelkers c. Ellis*, [1914] 2 K.B. 139; *Lynn c. Bamber*, [1930] 2 K.B. 72; *Legh c. Legh* (1930), 143 L.T. 151; *Massie & Renwick Ltd. c. Underwriters' Survey Bureau*, [1940] R.C.S. 218, approuvant [1938] 2 D.L.R. 31; *Pigott c. Nesbitt Thomson & Co.*, [1939] O.R. 66 (C.A.), conf. par [1941] R.C.S. 520; 447927 *Ontario Inc. c. Pizza Pizza Ltd.* (1987), 16 C.P.C. (2d) 277; *Mouat c. Boyce*, N.Z.C.A., 11 mars 1992, inédit; *Follis c. Albemarle TP.*, [1941] 1 D.L.R. 178; *Henderson c. Johnson* (1956), 5 D.L.R. (2d) 524; *Menick c. Goldy*, 280 P.2d 844 (1955); *Ohio Casualty Insurance Co. c. Mallison*, 354 P.2d 800 (1960); *Fitzgerald c. Newark Morning Ledger Co.*, 267 A.2d 557 (1970); *Emery c. Emery*, 289 P.2d 218 (1955); *Soar c. Ashwell*, [1893] 2 Q.B. 390; *Taylor c. Davies*, [1920] A.C. 636; *Knox c. Gye* (1872), L.R. 5 H.L. 656; *Metropolitan Bank c. Heiron* (1880), 5 Ex. D. 319; *Lindsay Petroleum Co. c. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221; *Erlanger c. New Sombrero Phosphate Co.* (1878), 3 App. Cas. 1218; *Canada Trust Co. c. Lloyd*, [1968] R.C.S. 300; *Blundon c. Storm*, [1972] R.C.S. 135; *Re Howlett*, [1949] Ch. 767; *Taylor c. Wallbridge* (1879), 2 R.C.S. 616; *Aquaculture Corp. c. New Zealand Green Mussel Co.*, [1990] 3 N.Z.L.R. 299.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt mentionné: *National Trust c. Wong Aviation Ltd.*, [1969] R.C.S. 481.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 155(1).
Limitation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 236, art. 3(4), 6(3).
Limitation Act, 1623, (Angl.), 21 Jac. 1, ch. 16.

- Limitation Act, 1623*, (Eng.), 21 Jac. 1, c. 16.
Limitation Act, 1939, 1939 (Eng.), c. 21, s. 26.
Limitation Amendment Act, 1992, S.B.C. 1992, c. 44.
Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, c. L-15, ss. 6, 4(1)(g).
Limitation of Actions Act, R.S.M. 1987, c. L150, s. 2(1)(n).
Limitation of Actions Act, R.S.N.B. 1973, c. L-8, s. 6.
Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, c. L-15, s. 3(1)(j).
Limitations Act, R.S.O. 1980, c. 240, ss. 2, 45(1)(j), 42, 43(2), 47.
Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255.
Real Property Limitation Act, 1833, (Eng.), 3 & 4 Will. 4, c. 27.
Statute of Limitations, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7, art. 2(1)(g).
- Limitation Act, 1939*, 1939 (Angl.), ch. 21, art. 26.
Limitation Amendment Act, 1992, S.B.C. 1992, ch. 44.
Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, ch. L-15, art. 6, 4(1)(g).
^a *Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1978, ch. L-15, art. 3(1)(j).
Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, L.O. 1984, ch. 11, art. 121(2).
Loi sur la prescription, L.R.M. 1987, ch. L150, art. 2(1)n).
Loi sur la prescription, L.R.N.-B. 1973, ch. L-8, art. 6.
Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1980, ch. 240, art. 2, 45(1)(j), 42, 43(2), 47.
Municipal Act, R.S.B.C. 1960, ch. 255.
^c *Real Property Limitation Act, 1833*, (Angl.), 3 & 4 Will. 4, ch. 27.
Statute of Limitations, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-7, art. 2(1)g).

Authors Cited

- Allen, Margaret J. «Tort Remedies for Incestuous Abuse» (1983), 13 *Golden Gate U. L. Rev.* 609.
Atrens, Jerome J. «Intentional Interference with the Person». In Allen M. Linden, ed. *Studies in Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworths, 1968.
- Brunyate, John. «Fraud and the Statutes of Limitations» (1930), 4 *Camb. L.J.* 174.
- Brunyate, John. *Limitation of Actions in Equity*. London: Stevens & Sons, 1932.
- DeRose, Denise M. «Adult Incest Survivors and the Statute of Limitations: The Delayed Discovery Rule and Long-Term Damages» (1985), 25 *Santa Clara L. Rev.* 191.
- Des Rosiers, Natalie. «Les recours des victimes d'inceste et d'agression sexuelle». Dans Pierre Legrand, dir. *Common law d'un siècle à l'autre*. Cowansville: Yvon Blais, 1992.
- Des Rosiers, Natalie. «Limitation Periods and Civil Remedies for Childhood Sexual Abuse» (1992), 9 *C.F.L.Q.* 43.
- 54 C.J.S. *Limitation of Actions* § 36.
51 Am Jur 2d § 83.
- Finkelhor, David and Angela Browne. «The Traumatic Impact of Child Sexual Abuse: A Conceptualization» (1985), 55 *Amer. J. Orthopsychiat.* 530.
- Fridman, Gerald Henry Louis. *Fridman on Torts*. London: Waterlow Publishers, 1990.
- Gelinas, Denise J. «The Persisting Negative Effects of Incest» (1983), 46 *Psychiatry* 312.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 20, 2nd ed. London: Butterworths, 1936.
- ^d Allen, Margaret J. «Tort Remedies for Incestuous Abuse» (1983), 13 *Golden Gate U. L. Rev.* 609.
Atrens, Jerome J. «Intentional Interference with the Person». In Allen M. Linden, ed. *Studies in Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworths, 1968.
- Brunyate, John. «Fraud and the Statutes of Limitations» (1930), 4 *Camb. L.J.* 174.
- Brunyate, John. *Limitation of Actions in Equity*. London: Stevens & Sons, 1932.
- DeRose, Denise M. «Adult Incest Survivors and the Statute of Limitations: The Delayed Discovery Rule and Long-Term Damages» (1985), 25 *Santa Clara L. Rev.* 191.
- ^g Des Rosiers, Natalie. «Les recours des victimes d'inceste et d'agression sexuelle». Dans Pierre Legrand, dir. *Common law d'un siècle à l'autre*. Cowansville: Yvon Blais, 1992.
- Des Rosiers, Natalie. «Limitation Periods and Civil Remedies for Childhood Sexual Abuse» (1992), 9 *C.F.L.Q.* 43.
- 54 C.J.S. *Limitation of Actions* § 36.
51 Am Jur 2d § 83.
- Finkelhor, David and Angela Browne. «The Traumatic Impact of Child Sexual Abuse: A Conceptualization» (1985), 55 *Amer. J. Orthopsychiat.* 530.
- Fridman, Gerald Henry Louis. *Fridman on Torts*. London: Waterlow Publishers, 1990.
- ^j Gelinas, Denise J. «The Persisting Negative Effects of Incest» (1983), 46 *Psychiatry* 312.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 20, 2nd ed. London: Butterworths, 1936.

- Halsbury's Laws of England*, vol. 28, 4th ed. London: Butterworths, 1979.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 16, 4th ed. reissue. London: Butterworths, 1992.
- Handler, Carolyn B. "Civil Claims of Adults Molested as Children: Maturation of Harm and the Statute of Limitations Hurdle" (1987), 15 *Fordham Urb. L.J.* 709.
- Hartnett, Elaine M. "Use of the Massachusetts Discovery Rule by Adult Survivors of Father-Daughter Incest" (1990), 24 *New England L. Rev.* 1243.
- Jorgenson, L. and R. M. Randles, "Time Out: The Statute of Limitations and Fiduciary Theory in Psychotherapist Sexual Misconduct Cases" (1991), 44 *Okla. L. Rev.* 181.
- Lamm, Jocelyn B. "Easing Access to the Courts for Incest Victims: Toward an Equitable Application of the Delayed Discovery Rule" (1991), 100 *Yale L.J.* 2189.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. Lawyer's ed. By Edward W. Cleary. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.
- Meagher, R. P., W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane. *Equity Doctrines and Remedies*. Sydney: Butterworths, 1984.
- Nabors, Kelli L. "The Statute of Limitations; A Procedural Stumbling Block in Civil Incestuous Abuse Suits" (1990), 14 *Law & Psychology Rev.* 153.
- Ontario. Ministry of the Attorney General. Limitations Act Consultation Group. Report of the Limitations Act Consultation Group. "Recommendations for a New Limitations Act". Toronto: Ministry of the Attorney General, 1991.
- Rosenfeld, Alan. "The Statute of Limitations Barrier in Childhood Sexual Abuse Cases: The Equitable Estoppel Remedy" (1989), 12 *Harv. Women's L.J.* 206.
- Salten, Melissa G. "Statutes of Limitations in Civil Incest Suits: Preserving the Victim's Remedy" (1984), 7 *Harv. Women's L.J.* 189.
- Shepherd, J. C. *The Law of Fiduciaries*. Toronto: Carswell, 1981.
- Summit, Roland C. "The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome" (1983), 7 *Child Abuse & Neglect* 177.
- APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 18 A.C.W.S. (3d) 490, dismissing an appeal from a judgment of Maloney J. Appeal allowed.
- James W. W. Neeb, Q.C.*, and *Shelly J. Harper*, for the appellant.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 28, 4th ed. London: Butterworths, 1979.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 16, 4th ed. reissue. London: Butterworths, 1992.
- Handler, Carolyn B. «Civil Claims of Adults Molested as Children: Maturation of Harm and the Statute of Limitations Hurdle» (1987), 15 *Fordham Urb. L.J.* 709.
- Hartnett, Elaine M. «Use of the Massachusetts Discovery Rule by Adult Survivors of Father-Daughter Incest» (1990), 24 *New England L. Rev.* 1243.
- Jorgenson, L. and R. M. Randles, «Time Out: The Statute of Limitations and Fiduciary Theory in Psychotherapist Sexual Misconduct Cases» (1991), 44 *Okla. L. Rev.* 181.
- Lamm, Jocelyn B. «Easing Access to the Courts for Incest Victims: Toward an Equitable Application of the Delayed Discovery Rule» (1991), 100 *Yale L.J.* 2189.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. Lawyer's ed. By Edward W. Cleary. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.
- Meagher, R. P., W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane. *Equity Doctrines and Remedies*. Sydney: Butterworths, 1984.
- Nabors, Kelli L. «The Statute of Limitations; A Procedural Stumbling Block in Civil Incestuous Abuse Suits» (1990), 14 *Law & Psychology Rev.* 153.
- Ontario. Ministère du procureur général. Limitations Act Consultation Group. Report of the Limitations Act Consultation Group. «Recommendations for a New Limitations Act». Toronto: Ministère du procureur général, 1991.
- Rosenfeld, Alan. «The Statute of Limitations Barrier in Childhood Sexual Abuse Cases: The Equitable Estoppel Remedy» (1989), 12 *Harv. Women's L.J.* 206.
- Salten, Melissa G. «Statutes of Limitations in Civil Incest Suits: Preserving the Victim's Remedy» (1984), 7 *Harv. Women's L.J.* 189.
- Shepherd, J. C. *The Law of Fiduciaries*. Toronto: Carswell, 1981.
- Summit, Roland C. «The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome» (1983), 7 *Child Abuse & Neglect* 177.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 18 A.C.W.S. (3d) 490, qui a rejeté l'appel d'une décision du juge Maloney. Pourvoi accueilli.
- James W. W. Neeb, c.r.*, et *Shelly J. Harper*, pour l'appelante.

Murray E. McGee, for the respondent.

Elizabeth McIntyre and *Nicole Tellier*, for the intervener.

The judgment of La Forest, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

LA FOREST J.—This case concerns the procedural obstacles facing victims of childhood incestuous abuse who attempt to vindicate their rights in a civil action for damages against the perpetrator of the incest. While the problem of incest is not new, it has only recently gained recognition as one of the more serious depredations plaguing Canadian families. Its incidence is alarming and profoundly disturbing. The damages wrought by incest are peculiarly complex and devastating, often manifesting themselves slowly and imperceptibly, so that the victim may only come to realize the harms she (and at times he) has suffered, and their cause, long after the statute of limitations has ostensibly proscribed a civil remedy. It has been said that the statute of limitations remains the primary stumbling block for adult survivors of incest, and this has proved to be the case thus far for the appellant in the present action. The appellant commenced this action for damages occasioned as a result of recurrent sexual assaults between the ages of eight and sixteen when she was twenty-eight. A jury found that the respondent committed sexual assault upon the appellant and assessed damages at \$50,000, but her action was dismissed on the basis of a statute of limitations.

Background

The appellant testified at trial that the abuse began when she was eight when the respondent, her father, asked her about her knowledge of the female genital and breast areas and the male genital area. It progressed to the respondent's touching her body and telling her that "if he played with [her] breasts that they would grow big". Intercourse began when she was between ten and

Murray E. McGee, pour l'intimé.

Elizabeth McIntyre et *Nicole Tellier*, pour l'intervenant.

Version française du jugement des juges La Forest, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE LA FOREST—Ce pourvoi porte sur les obstacles procéduraux auxquels se heurtent les personnes victimes d'agressions incestueuses pendant leur enfance, qui tentent de faire valoir leurs droits dans une action civile en dommages-intérêts intentée contre l'auteur de l'inceste. Bien que le problème de l'inceste ne soit pas nouveau, ce n'est que récemment qu'il a été reconnu comme l'un des plus graves maux qui affligen les familles canadiennes. La fréquence de l'inceste est alarmante et profondément troublante. Les préjudices causés par l'inceste sont particulièrement complexes et dévastateurs et se manifestent souvent d'une façon lente et imperceptible, de sorte qu'il se peut que la victime (parfois du sexe masculin) finisse par prendre conscience des préjudices qu'elle a subis et de leur cause longtemps après que tout recours civil soit apparemment prescrit. On a dit que la prescription demeure le principal obstacle auquel se heurtent les victimes d'inceste rendues à l'âge adulte, et jusqu'à maintenant cela s'est avéré être le cas de l'appelante en l'espèce. C'est à l'âge de vingt-huit ans que l'appelante a intenté une action en dommages-intérêts pour les agressions sexuelles fréquentes dont elle avait été victime entre huit et seize ans. Un jury a conclu que l'intimé avait commis les agressions sexuelles en question et a évalué à 50 000 \$ le montant des dommages-intérêts, mais l'action de l'appelante a été rejetée pour cause de prescription.

Les faits

Au procès, l'appelante a témoigné qu'elle a commencé à être agressée à l'âge de huit ans lorsque l'intimé, son père, lui a demandé ce qu'elle connaissait de l'appareil génital féminin, des seins et de l'appareil génital mâle. La situation a ensuite dégénéré au point où l'intimé a commencé à la toucher en lui disant que [TRADUCTION] «s'il jouait avec [ses] seins, ils deviendraient gros». Les rela-

eleven and continued thereafter two or three times a week. Her cooperation and silence were elicited by various means: the respondent reportedly threatened that disclosure would cause her mother to commit suicide, the family would break up, nobody would believe her, and finally that he would kill her. The appellant had good reason to take these threats seriously, inasmuch as she was told that her mother had been hospitalized for attempting to harm her when she was an infant by cutting her wrists; her father pointed out the scars on her wrist as proof. The appellant's mother, who was also named as a defendant in the action, confirmed the incident, but attributed it to depression. The appellant also gave evidence that her mother regularly exhibited irrational behaviour when she was upset, such as pulling her hair and screaming.

In addition to the threats, the respondent induced his daughter to submit to the abuse silently; he rewarded her with pop, potato chips and money. In time, he gave her the responsibility for initiating sexual contact. She was instructed to leave her bedroom light on when she wanted him, and she complied out of fear that he would turn to her younger sister for gratification. Eventually, she turned on the light because "that was the way for [her] to do it". Her mental process during the act of intercourse was to imagine herself as an inanimate object, for example a door handle or carpet. This process took place against an emotional backdrop of fear—fear of him and fear of discovery.

At the age of ten or eleven the appellant tried to tell her mother what was occurring by obliquely referring to a white substance that appeared on her genital area, but she testified that her mother ignored the complaint. Her mother denied that she was unresponsive, and testified that she gave her daughter a book on menstruation. When the appellant was sixteen she told a high school guidance counsellor that her father was having sex with her. She made the disclosure because she thought she

tions sexuelles ont commencé alors qu'elle avait entre dix et onze ans et se sont poursuivies au rythme de deux ou trois fois par semaine. La co-operation et le silence de l'appelante était obtenus de diverses façons: l'intimé lui aurait dit que sa mère se suiciderait si elle apprenait ce qui se passait, qu'il y aurait éclatement de la famille, que personne ne la croirait et enfin, qu'il la tuerait. L'appelante avait de bons motifs de prendre ces menaces au sérieux, car on lui avait dit que sa mère avait été hospitalisée pour avoir tenté de lui faire mal en lui taillant les poignets lorsqu'elle était bébé; comme preuve, son père lui montrait les cicatrices qu'elle avait aux poignets. La mère de l'appelante, également nommée comme défenderesse dans l'action, a confirmé l'incident, mais l'a attribué à une dépression. L'appelante a également témoigné que sa mère, lorsqu'elle était fâchée, se comportait régulièrement d'une façon irrationnelle, par exemple en se tirant les cheveux et en criant.

En plus de la menacer, l'intimé a incité sa fille à se soumettre silencieusement aux agressions; il la récompensait en lui donnant des boissons gazeuses, des croustilles et de l'argent. Plus tard, il lui a demandé de prendre l'initiative des relations sexuelles. Il lui a dit de laisser la lumière de sa chambre allumée si elle voulait le voir, ce qu'elle a fait de crainte qu'il se tourne vers sa sœur cadette pour s'assouvir. Elle a fini par ouvrir la lumière parce que [TRADUCTION] «c'était la façon [dont elle devait] procéder». Pendant les relations sexuelles, elle s'imaginait être un objet inanimé comme, par exemple, une poignée de porte ou un tapis. Le tout se déroulait dans une atmosphère de crainte— crainte de l'intimé et crainte que tout éclate au grand jour.

À l'âge de dix ou onze ans, l'appelante a essayé de raconter à sa mère ce qui se passait en faisant allusion à une substance blanche apparue sur ses organes génitaux, mais elle a témoigné que sa mère avait ignoré sa plainte. La mère a nié ne pas avoir réagi et a témoigné avoir remis à sa fille un livre sur les menstruations. À l'âge de seize ans, l'appelante a raconté à un conseiller d'orientation scolaire que son père avait des relations sexuelles avec elle. Elle a fait cette révélation, d'une part,

could trust the counsellor and that she would be removed from the home so as to be "safe" from her father. Although she was not certain that having sex with her father was wrong, she knew she did not want him to do it to her any more. She was ultimately referred to a psychologist at the Kitchener-Waterloo Hospital, Dr. McKie, and she recalls that he seemed to disbelieve her complaint since he kept sending her home. His report, dated July 16, 1973, indicates that after interviewing the appellant and respondent separately, both came to see him and told him that "it was all a lie and things are fine now", whereupon no further steps were taken. The appellant does not remember this, but testified that her father brought her to see a lawyer for the local school board and forced her to tell the lawyer that she had been lying about her allegations of incest.

Later that year the appellant left home to live with another family as their baby-sitter. She told her employer of the incest, but nothing came of it. The following year she obtained employment as a waitress, where she met Steven. They were married a short while later. Her evidence was that she married him so that she could visit her siblings at the family home without being assaulted by the respondent. She harboured the belief that she was protected from further incestuous abuse because she thought her husband now "owned" her and therefore enjoyed an exclusive right to have sex with her, and that he had thus replaced her father as her owner. She also disclosed the incest to her husband, and although there was some conflict in the evidence as to what his response was, the matter went no further.

Over the next few years the appellant had three children and continued to work at a series of low-paying jobs. In the fall of 1982 the appellant and her husband separated because she could no longer tolerate sexual relations with him. She sought

parce qu'elle croyait pouvoir se fier au conseiller et, d'autre part, parce qu'elle croyait qu'elle serait retirée de son foyer de manière à être [TRADUCTION] «à l'abri» de son père. Quoiqu'elle ne fût pas certaine qu'il était mal d'avoir des relations sexuelles avec son père, elle savait qu'elle ne voulait plus que cette situation se perpétue. On l'a finalement envoyée consulter le Dr McKie, un psychologue de l'hôpital de Kitchener-Waterloo, qui, se rappelle-t-elle, n'a pas semblé la croire puisqu'il continuait de la renvoyer chez elle. Dans son rapport du 16 juillet 1973, le psychologue indique qu'après qu'il eut interviewé séparément l'appelante et l'intimé, ceux-ci sont venus le voir pour lui dire que [TRADUCTION] «toute cette histoire n'était qu'un mensonge et que les choses allaient bien maintenant», après quoi, rien d'autre n'a été fait. L'appelante ne se rappelle pas de cela, mais elle a témoigné que son père l'avait amenée voir un avocat du conseil scolaire local et qu'il l'avait forcée à dire à l'avocat que ses allégations d'inceste n'étaient que des mensonges.

Plus tard au cours de la même année, l'appelante a quitté le foyer pour aller travailler comme gardienne d'enfant dans une autre famille. Elle a fait part de l'inceste à son employeur, mais cela n'a rien donné. L'année suivante, elle a obtenu un emploi de serveuse et a rencontré Steven. Ils se sont mariés peu de temps après. D'après son témoignage, elle l'a épousé afin de pouvoir visiter ses frères et sœurs à la maison sans être agressée par l'intimé. Elle était convaincue que ce mariage la mettait à l'abri de toute autre agression incestueuse parce qu'elle croyait [TRADUCTION] «appartenir» désormais non plus à son père, mais à son mari qui, en conséquence, bénéficiait du droit exclusif d'avoir des relations sexuelles avec elle. Elle a aussi révélé à son mari qu'elle avait été victime d'inceste; toutefois, malgré certains témoignages contradictoires quant à la réaction de l'époux, l'affaire n'est pas allée plus loin.

Au cours des années qui ont suivi, l'appelante a eu trois enfants et a continué d'occuper une série d'emplois peu rémunérateurs. À l'automne 1982, l'appelante et son mari se sont séparés parce qu'elle ne pouvait plus supporter d'avoir des rela-

counselling for depression and her marital problems in the spring of 1983, and was referred to Dr. Voss, a psychologist at the Kitchener-Waterloo Hospital. He read the hospital file on her consultation with Dr. McKie in 1973, and the subject of incest was accordingly raised during one of their sessions. However, the appellant did not want to talk about the incest and Dr. Voss did not feel it prudent to pursue the subject, in light of his professional opinion that the requisite degree of trust between patient and therapist had not been established to deal effectively with the problem, and because her current problems did not appear to be directly connected to her history of incest.

tions sexuelles avec lui. Au printemps 1983, elle a demandé de l'aide pour sa dépression et ses problèmes matrimoniaux et on lui a dit de s'adresser au Dr Voss, un psychologue de l'hôpital de Kitchener-Waterloo. Celui-ci a pris connaissance du dossier hospitalier de l'appelante relativement à sa consultation du Dr McKie en 1973 et il a donc abordé la question de l'inceste pendant l'une de leurs séances. Toutefois, l'appelante n'a pas voulu en parler et le Dr Voss a jugé prudent de ne pas insister parce qu'il estimait, en sa qualité de professionnel, que le degré de confiance requis entre la patiente et le thérapeute n'avait pas été établi de manière à pouvoir traiter efficacement le problème et parce que les problèmes qu'avait alors l'appelante ne semblaient pas directement liés aux agressions incestueuses dont elle avait été victime dans le passé.

d
Later in 1983 the appellant met Peter, to whom she became engaged to be married. Shortly after they met, she told him of the incestuous abuse because, in her words, she "didn't want to lose him and I wanted him to know right away what I had done". As a result of their discussion, she made enquiries about self-help groups for incest victims and found one in Kitchener. It was during the course of attending meetings of this group in 1984 f that the appellant began to recall many of her childhood experiences and to make the connection between that history and her psychological and emotional problems. Until then she believed that her phobias, including a fear of strangers and difficulties coping with her children, were attributable to her own stupidity. She was only able to overcome her overwhelming feelings of guilt for causing the incest once she came to the realization that it was her father who was responsible for the abuse. Beginning in 1985 she has continued in therapy with a marital and family therapist, Ms. Pressman, who also testified at the trial.

e
Plus tard en 1983, l'appelante a rencontré Peter avec qui elle s'est fiancée. Peu de temps après l'avoir rencontré, elle lui a parlé des agressions incestueuses [TRADUCTION] «parce [qu'elle] ne voulai[t] pas le perdre . . . et désirai[t] qu'il sache tout de suite ce [qu'elle] avai[t] fait». Par suite de cette discussion, elle s'est renseignée sur l'existence de groupes d'entraide pour les victimes d'inceste et en a découvert un à Kitchener. C'est en assistant aux réunions de ce groupe, en 1984, que l'appelante a commencé à se rappeler d'un bon nombre des expériences vécues pendant son enfance et à faire le lien entre ces antécédents et ses problèmes psychologiques et émotifs. Jusqu'à ce moment, elle avait cru que ses phobies, notamment sa crainte des étrangers et ses difficultés de traiter avec ses enfants, étaient attribuables à sa propre stupidité. C'est seulement lorsqu'elle s'est rendu compte que c'est son père qui était responsable des agressions qu'elle a réussi à ne plus se sentir coupable d'avoir été la cause de l'inceste. Depuis 1985, elle consulte M^{me} Pressman, une thérapeute spécialisée dans les questions matrimoniales et familiales qui a aussi témoigné au procès.

j
In Ms. Pressman's opinion, the appellant would have been unaware of the connection between the incest and her psychological and emotional injuries until she understood that she was not responsi-

Selon M^{me} Pressman, l'appelante aurait ignoré le lien entre l'inceste et ses troubles psychologiques et émotifs jusqu'à ce qu'elle comprenne que ce n'était pas elle, mais bien son père, qui était

ble for her childhood abuse, and had assigned the blame to her father. Although she had a constant, if vague, awareness of the fact of incest, the appellant repressed or blocked out much of it and was thus unaware that her level of functioning was related to those earlier events in her life. This repression originally took the form of dissociation, whereby the appellant would imagine herself as some inanimate object during the course of the incestuous assaults. The appellant's later disclosure of the incest to a number of people did not detract from Ms. Pressman's opinion in this regard. Similarly, Dr. Mausberg, a psychiatrist retained by the appellant in contemplation of this litigation, testified that the earlier disclosures indicated some awareness of the incest and its consequences, but it was not until the appellant began therapy that she could make a connection between the two. Although there may at times have been an intellectual awareness of the correlation between cause and effect, the appellant did not have an emotional awareness of the connection. In other words, she was unable to assess her situation rationally. Dr. Mausberg also stressed the great feelings of guilt engendered by the appellant's perceived role in instigating the sexual contact by turning on the light, and how she came to believe that this was part of growing up. Even as she came to realize how untrue this was, she still felt responsible for the abuse. His clinical assessment was that the appellant was suffering major depression resulting from incestuous activity that occurred from childhood into adolescence.

The respondent, on the other hand, retained a psychologist, Dr. Langevin, to conduct an assessment of the appellant. He questioned Dr. Mausberg's findings, but conceded that the appellant had suffered depression at different times in her adult life. He doubted that the appellant would repress an emotional awareness of the incest and its consequences while having an intellectual

responsable des agressions dont elle avait été victime pendant son enfance. Même si elle a toujours été consciente, quoique vaguement, de l'inceste, l'appelante a réprimé ou bloqué en grande partie cette conscience et n'était donc pas consciente que son niveau de fonctionnement était lié à ces événements qui s'étaient déroulés antérieurement dans sa vie. Cette répression avait initialement pris la forme d'une dissociation par laquelle l'appelante s'imaginait être un objet inanimé pendant les agressions incestueuses. Le fait que l'appelante a parlé ultérieurement de l'inceste à un certain nombre de personnes n'a rien changé à l'opinion de M^e Pressman à cet égard. De même, le Dr Mausberg, un psychiatre dont les services ont été retenus par l'appelante en vue du présent litige, a témoigné ces révélations antérieures indiquant que l'appelante était jusqu'à un certain point consciente de l'inceste et de ses conséquences, mais ce n'est que lorsqu'elle a commencé à suivre une thérapie qu'elle a pu faire le lien entre les deux. Bien qu'elle ait pu à l'occasion être intellectuellement consciente de la corrélation entre la cause et l'effet, l'appelante ne l'était pas sur le plan émotif. En d'autres termes, elle était incapable d'évaluer rationnellement sa situation. Le Dr Mausberg a aussi insisté sur les sentiments importants de culpabilité qui découlaient du fait que l'appelante se percevait comme celle qui avait provoqué le contact sexuel en allumant la lumière, et sur la façon dont elle en était venue à croire que cela faisait partie de l'apprentissage de la vie. Même lorsqu'elle a réalisé à quel point cela était faux, elle a continué à se sentir responsable des agressions. D'après l'évaluation clinique du Dr Mausberg, l'appelante souffrait d'une grave dépression résultant des relations incestueuses dont elle avait été victime depuis son enfance jusqu'à son adolescence.

L'intimé a, par contre, retenu les services d'un psychologue, le Dr Langevin, pour procéder à une évaluation de l'appelante. Il a mis en doute les conclusions du Dr Mausberg, mais a reconnu que l'appelante avait souffert de dépression à différentes époques de sa vie adulte. Il doutait que l'appelante ait réprimé la conscience émotive de l'inceste et de ses conséquences, alors qu'elle en était

awareness of it. For him, dissociation would normally entail a lack of awareness of the total cognitive or thought processes and emotions surrounding the anxiety-producing situation. Dr. Langevin did agree that the best response that can be hoped for in an incest victim is for her to fix responsibility for the abuse on the perpetrator.

consciente intellectuellement. À son avis, la dissociation entraînerait normalement une absence de conscience de l'ensemble du processus cognitif ou de pensée et des émotions qui entourent la situation génératrice d'angoisse. Le Dr Langevin a convenu que la meilleure réaction qu'on puisse espérer de la part d'une victime d'inceste est d'attribuer la responsabilité de l'agression à son auteur.

In 1985 the appellant sued her father for damages arising from the incest, or in the alternative for the infliction of mental distress. Further damages were claimed for breach of a parent's fiduciary duty to care for and minister to his child. The claims of mental distress and breach of fiduciary duty were also made against the appellant's mother. Before the trial began, counsel for the respondent moved for dismissal of the action on the ground that it was barred by the passage of time pursuant to s. 45 of the *Limitations Act*, R.S.O. 1980, c. 240. It reads:

b

En 1985, l'appelante a intenté contre son père une action en dommages-intérêts pourinceste ou, subsidiairement, pour souffrances morales. D'autres dommages-intérêts ont été réclamés pour manquement à l'obligation fiduciaire d'un parent de s'occuper de son enfant et de subvenir à ses besoins. Les réclamations pour souffrances morales et manquement à une obligation fiduciaire visaient également la mère de l'appelante. Avant le début du procès, l'avocat de l'intimé a présenté une requête en rejet de l'action pour cause de prescription conformément à l'art. 45 de la *Loi sur la prescription des actions*, L.R.O. 1980, ch. 240:

45.—(1) The following actions shall be commenced within and not after the times respectively hereinafter mentioned,

e

45 (1) Les actions suivantes se prescrivent par les délais respectifs indiqués ci-dessous:

f

(j) an action for assault, battery, wounding or imprisonment, within four years after the cause of action arose;

g

However, s. 47 of the Act postpones the limitation period if the plaintiff is under a legal disability — i.e., is a minor, mental defective, mental incompetent or of unsound mind, and the appellant had pleaded that she had been of unsound mind until she underwent therapy. It reads:

j) l'action pour voies de fait, coups, blessures ou emprisonnement se prescrit par quatre ans à compter de la naissance de la cause d'action;

h

Toutefois, l'art. 47 de la Loi reporte le moment où le délai de prescription commence à courir si la partie demanderesse est frappée d'une incapacité juridique, c'est-à-dire si elle est mineure, déficiente ou incapable mentale ou faible d'esprit, et l'appelante a plaidé qu'elle n'était pas saine d'esprit jusqu'à ce qu'elle reçoive une aide thérapeutique. En voici le texte:

i

47. Where a person entitled to bring an action mentioned in section 45 or 46 is at the time the cause of action accrues a minor, mental defective, mental incompetent or of unsound mind, the period within which the action may be brought shall be reckoned from the date when such person became of full age or of sound mind.

j

47 Lorsqu'une personne ayant le droit d'intenter une action mentionnée à l'article 45 ou 46 est, à la date où la cause d'action prend naissance, mineure, déficiente ou incapable mentale, ou faible d'esprit, le délai de prescription se calcule à compter de la date à laquelle cette personne a atteint sa majorité ou est devenue saine d'esprit.

The trial judge postponed the limitations motion until the end of the trial, so that it could be decided in light of all the evidence.

The jury found that the respondent had sexually assaulted his daughter, and awarded \$50,000 in damages. However, Maloney J. allowed the respondent's limitations application, and found that action statute-barred. He ruled that the appellant had been of sound mind from the age of majority, in that she had been capable of retaining and instructing counsel. Moreover, assuming that her cause of action only accrued when it was reasonably discoverable, Maloney J. found that from the age of sixteen the appellant was aware that she had been wronged and had suffered adverse effects. Accordingly, her cause of action was reasonably discoverable at that time, and the subsequent lapse of time before commencing the action contravened the *Limitations Act*.

By endorsement the Ontario Court of Appeal dismissed an appeal of the limitations decision. Leave to appeal to this Court was granted on November 15, 1990 and the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF) was subsequently granted leave to intervene.

Issues

Several issues were argued by the appellant, and for the sake of completeness, I will enumerate them all here: (1) incest is a separate and distinct tort which is not subject to any limitation period; (2) incest constitutes a breach of fiduciary duty by a parent and is not subject to any limitation period; (3) if a limitation period applies, the cause of action does not accrue until it is reasonably discoverable; (4) the appellant was of unsound mind pursuant to s. 47 of the *Limitations Act*; (5) the tort is continuous in nature and the limitation period does not begin to run until the plaintiff is no longer subjected to parental authority and conditioning; and

Le juge de première instance a reporté à la fin du procès sa décision sur la requête relative à la prescription de l'action, afin de pouvoir la trancher par rapport à l'ensemble de la preuve.

a The jury a conclu que l'intimé avait agressé sexuellement sa fille et a accordé 50 000 \$ de dommages-intérêts. Toutefois, le juge Maloney a accueilli la requête de l'intimé quant à la prescription de l'action. Il a décidé que l'appelante était saine d'esprit depuis qu'elle avait atteint l'âge de la majorité, étant donné qu'elle avait été en mesure de retenir les services d'un avocat. Par ailleurs, b supposant que sa cause d'action n'avait pris naissance qu'au moment où elle pouvait être raisonnablement découverte, le juge Maloney a conclu que l'appelante savait depuis l'âge de seize ans qu'elle avait fait l'objet d'un mauvais traitement qui avait eu sur elle des effets préjudiciables. En conséquence, la cause d'action aurait pu être raisonnablement découverte à cette époque et le délai qui s'est écoulé entre ce moment et celui où l'action a été intentée contrevainait à la *Loi sur la prescription des actions*.

Dans un jugement manuscrit, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel de la décision relative à la prescription de l'action. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 15 novembre 1990 et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes a par la suite été autorisé à intervenir.

g

Les questions en litige

L'appelante a soulevé plusieurs questions que h j'énumérerai toutes par souci d'exhaustivité: (1) l'inceste est un délit séparé et distinct qui n'est assujetti à aucun délai de prescription, (2) l'inceste constitue un manquement à une obligation fiduciaire par un parent et n'est assujetti à aucun délai de prescription, (3) si un délai de prescription s'applique, la cause d'action ne prend naissance qu'au moment où elle peut être raisonnablement découverte, (4) l'appelante était faible d'esprit conformément à l'art. 47 de la *Loi sur la prescription des actions*, (5) le délit est de nature continue et le délai de prescription ne commence à courir qu'au

j

(6) the equitable doctrine of fraudulent concealment operates to postpone the limitation period.

moment où la partie demanderesse n'est plus assujettie à l'autorité et au conditionnement des parents, et (6) la règle de la dissimulation frauduleuse en *equity* a pour effet de reporter le moment où le délai de prescription commence à courir.

For the reasons that follow, I am of the view that this appeal should be allowed. Incest is both a tortious assault and a breach of fiduciary duty. The tort claim, although subject to limitations legislation, does not accrue until the plaintiff is reasonably capable of discovering the wrongful nature of the defendant's acts and the nexus between those acts and her injuries. In this case, that discovery took place only when the appellant entered therapy, and the lawsuit was commenced promptly thereafter. The time for bringing a claim for breach of a fiduciary duty is not limited by statute in Ontario, and therefore stands along with the tort claim as a basis for recovery by the appellant. As for the other issues raised by the appellant, I am of the view that incest does not constitute a distinct tort, separate and apart from the intentional tort of assault and battery, and the continuous nature of the tort need not be decided in this case. Similarly, I do not find it necessary to deal with the question of whether the appellant was of unsound mind, although it seems to me that such a pejorative term is inappropriate in this context. Fraudulent concealment was not considered by the courts below, and the respondent argued that additional evidence might have been adduced had the issue been raised in those courts. As such, I make no finding on that issue, but I would not foreclose considering its availability for postponing limitation periods in other cases.

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi. L'inceste constitue à la fois un délit de voies de fait et un manquement à une obligation fiduciaire. L'action délictuelle, quoiqu'elle soit assujettie aux lois sur la prescription, ne prend naissance qu'au moment où la partie demanderesse peut raisonnablement découvrir le caractère répréhensible des actes du défendeur et le lien entre ces actes et les préjudices qu'elle a subis. En l'espèce, cette découverte s'est produite seulement au moment où l'appelante a commencé à suivre une thérapie et l'action en justice a été intentée peu de temps après. En Ontario, la prescription ne s'applique pas aux actions pour manquement à une obligation fiduciaire et, par conséquent, l'appelante peut non seulement intenter une action délictuelle, mais également fonder sa demande de dédommagement sur le manquement à une obligation fiduciaire. Quant aux autres questions soulevées par l'appelante, je suis d'avis que l'inceste ne constitue pas un délit séparé et distinct du délit intentionnel de voies de fait et qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce de déterminer si le délit est de nature continue. De même, je ne juge pas nécessaire d'examiner si l'appelante était faible d'esprit quoique, à mon avis, l'emploi d'un terme aussi péjoratif est inopportun dans le présent contexte. Les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas examiné la question de la dissimulation frauduleuse et l'intimé a soutenu que des éléments de preuve additionnels auraient pu être présentés si cette question avait été soulevée devant eux. Ainsi, je ne me prononce pas sur cette question, mais je suis d'avis que l'on pourrait examiner la possibilité de la soulever dans d'autres cas pour reporter le moment où le délai de prescription commence à courir.

The intervener, LEAF, argued that the *Limitations Act*, in so far as its provisions bar incest claims, violates s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It submits that the provi-

L'intervenant, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, a soutenu que la *Loi sur la prescription des actions* contrevient à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et*

sions bar claims of women in a disproportionate fashion and so constitutes discrimination on the basis of sex. Alternatively, it submits that the *Limitations Act* should be interpreted in a manner consistent with the *Charter* in effecting a liberal application of the limitations provisions as they affect incest victims. In view of the result I have arrived at, it is unnecessary to pursue these constitutional arguments.

^a libertés dans la mesure où ses dispositions prévoient la prescription des actions pourinceste. Il soutient que ces dispositions empêchent, de manière disproportionnée, les femmes d'intenter des actions et qu'elles établissent ainsi une distinction fondée sur le sexe. Subsidiairement, il allègue que la *Loi sur la prescription des actions* devrait être interprétée d'une façon compatible avec la *Charte* en appliquant libéralement les dispositions en matière de prescription dans la mesure où elles touchent les victimes d'inceste. Compte tenu du résultat auquel je suis arrivé, il n'est pas nécessaire de poursuivre ces arguments de nature constitutionnelle.

Recovery in Tort

Incest and the Cause of Action

Incest is defined in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 155, as follows:

155. (1) Every one commits incest who, knowing that another person is by blood relationship his or her parent, child, brother, sister, grandparent or grandchild, as the case may be, has sexual intercourse with that person.

That definition narrowly prescribes the necessary degree of consanguinity and sexual conduct for the purposes of criminal liability. The civil action may well admit of a wider ambit of relationship and sexual activity. However, it is not necessary for the purposes of this case to stray outside of the criminal law definition, since both elements of consanguinity and sexual intercourse are present in this case.

There is no question, of course, that incest constitutes an assault and battery, which can be compendiously defined as causing another person to apprehend the infliction of immediate harmful or offensive force on her person coupled with the actual infliction of that harmful or offensive force; see Atrens, "Intentional Interference with the Person", in Linden, ed., *Studies in Canadian Tort Law* (1968), at p. 392, and Fridman, *Fridman on Torts* (1990), at pp. 118-19. Although a necessary element of the tort of assault and battery is intention on the part of the defendant with respect to the

L'indemnisation en matière délictuelle

L'inceste et la cause d'action

^d L'article 155 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, donne la définition suivante de l'inceste:

155. (1) Commet uninceste quiconque, sachant qu'une autre personne est, par les liens du sang, son père ou sa mère, son enfant, son frère, sa sœur, son grand-père, sa grand-mère, son petit-fils ou sa petite-fille, selon le cas, a des rapports sexuels avec cette personne.

^e Cet article décrit strictement le degré de consanguinité et la conduite sexuelle requis pour qu'il y ait responsabilité criminelle. Il se peut bien que l'action civile soit fondée sur une plus grande gamme de liens de parenté et d'activités sexuelles. Toutefois, il n'est pas nécessaire, en l'espèce, de s'écart er de la définition que donne le droit criminel puisque l'on est en présence des deux éléments de consanguinité et de rapports sexuels.

ⁱ Il va sans dire que l'inceste constitue sans aucun doute des voies de fait qui peuvent être sommairement définies comme le fait d'amener une autre personne à craindre l'emploi direct d'une force préjudiciable ou nocive contre sa personne, conjugué à l'emploi réel de cette force préjudiciable ou novice; voir Atrens, «Intentional Interference with the Person», dans Linden, dir., *Studies in Canadian Tort Law* (1968), à la p. 392, et Fridman, *Fridman on Torts* (1990), aux pp. 118 et 119. Bien qu'un élément nécessaire du délit de voies de fait soit l'intention du défendeur relativement aux con-

consequences of his wrongful act, the following *dictum* of Cartwright J. in *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830, at p. 839, concerning onus of proof of intention has not since been doubted:

... where a plaintiff is injured by force applied directly to him by the defendant his case is made by proving this fact and the onus falls upon the defendant to prove "that such trespass was utterly without his fault". In my opinion *Stanley v. Powell* rightly decides that the defendant in such an action is entitled to judgment if he satisfies the onus of establishing the absence of both intention and negligence on his part.

In the present case no evidence of the respondent's intention was adduced, since the theory of the defence was that no assault had occurred. I am therefore satisfied, based on the jury's verdict, that all of the requisite elements of assault and battery were proved. The battery is self-evident from the jury's finding of fact, and the evidence going to the respondent's pattern of conduct makes it abundantly clear that the appellant was conditioned to be alert to the circumstances which presaged the battery, such that she had a reasonable apprehension of imminent offensive contact, thereby constituting an assault.

Assault and battery can only serve as a crude legal description of incest, and in order to understand fully the fundamental elements of the tort in this context, it is necessary to examine the unique and complex nature of incestuous abuse and its consequential harms. Considerable expert evidence was presented at trial, and while there was some disagreement concerning the dynamics of incest, there was substantial agreement on the more significant aspects of the phenomenon. Much of the evidence was in accord with the scientific and legal literature on the subject, most of which comes from the United States. For example, Gelinas in her article "The Persisting Negative Effects of Incest" (1983), 46 *Psychiatry* 312, describes the secrecy conditioning that typifies the incestuous relationship. She observes, at pp. 313-14:

séquences de son acte répréhensible, l'opinion incidente suivante que le juge Cartwright a exprimée dans l'arrêt *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830, à la p. 839, au sujet du fardeau de la preuve d'intention, n'a jamais été mise en doute:

[TRADUCTION] ... quand un demandeur a subi un préjudice du fait d'une force directement employée contre lui par le défendeur, sa cause est établie par la preuve de ce fait et c'est au défendeur qu'il incombe de prouver que l'acte illicite n'est absolument pas de sa faute. À mon avis, *Stanley c. Powell* a justement décidé qu'un défendeur a une bonne défense à l'encontre d'une telle action s'il arrive à prouver tant l'absence d'intention que l'absence de négligence de sa part.

En l'espèce, aucune preuve de l'intention de l'intimé n'a été présentée puisque la thèse de la défense était qu'il n'y avait pas eu d'agression. En conséquence, je suis persuadé, compte tenu du verdict du jury, que tous les éléments nécessaires du délit de voies de fait ont été établis. L'existence des voies de fait ressort de la conclusion de fait tirée par le jury et la preuve relative au mode de comportement de l'intimé indique très clairement que l'appelante était conditionnée à reconnaître les circonstances qui laissaient présager les voies de fait de sorte qu'elle avait une crainte raisonnable d'un contact nocif imminent qui constituait ainsi une agression.

L'expression «voies de fait» ne donne qu'une description juridique sommaire de l'inceste et pour bien comprendre les éléments fondamentaux du délit dans ce contexte, il est nécessaire d'examiner le caractère unique et complexe de l'agression incestueuse et de ses conséquences préjudiciables. De nombreux experts ont témoigné au procès et, malgré un certain désaccord sur la dynamique de l'inceste, on s'est entendu dans une large mesure sur les aspects plus importants du phénomène. Une grande partie des témoins experts ont exprimé leur accord avec les ouvrages de doctrine scientifique et juridique sur le sujet, dont la plupart sont d'origine américaine. Par exemple, dans son article intitulé «The Persisting Negative Effects of Incest» (1983), 46 *Psychiatry* 312, Gelinas décrit le conditionnement au secret qui caractérise la relation incestueuse. Elle fait remarquer, aux pp. 313 et 314:

It is easy to gain the compliance of a young child by misrepresenting sex as affection or training, by threats and bribes, and by exploiting the child's loyalty, need for affection, desire to please, and especially trust of the parent.

[TRADUCTION] Il est facile d'obtenir la soumission d'un jeune enfant en représentant faussement le sexe comme de l'affection ou un entraînement, au moyen de menaces et de récompenses, et en exploitant la loyauté de l'enfant, son besoin d'affection, son désir de plaire et particulièrement la confiance qu'il a en son père ou sa mère.

Similarly, Summit in his article "The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome" (1983), 7 *Child Abuse & Neglect* 177, at p. 181, describes the child victim as entirely dependent on the abusive parent for whatever reality is assigned to the experience. "Of all the inadequate, illogical, self-serving, or self-protective explanations provided by the adult," he states, "the only consistent and meaningful impression gained by the child is one of danger and fearful outcome based on secrecy."

De même, dans son article intitulé «The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome» (1983), 7 *Child Abuse & Neglect* 177, à la p. 181, Summit dit que l'enfant victime est totalement tributaire du parent agresseur pour ce qui est de la réalité conférée à l'expérience. [TRADUCTION] «Quelles que soient les explications inopportunnes, illogiques, intéressées ou rassurantes que fournit l'adulte», précise-t-il à la p. 181, «la seule impression constante et significative de l'enfant en est une de danger et de crainte de ce qui pourrait arriver s'il ne gardait pas le secret».

Incest instills feelings of guilt and shame in the child, and these negative connotations become incorporated into the child's self-image; see Finkelhor and Browne, "The Traumatic Impact of Child Sexual Abuse: A Conceptualization" (1985), 55 *Amer. J. Orthopsychiat.* 530, at p. 532. What is vitally important to recognize at this stage is the sense of responsibility that is conferred on the abused child for both instigating the incestuous activity and maintaining silence to ensure family stability. The child is given the power to destroy the family and the responsibility to keep it together. Dr. Mausberg, in his evidence, thus described it:

L'inceste crée chez l'enfant des sentiments de culpabilité et de honte et ces connotations négatives viennent se greffer à l'image que l'enfant se fait de lui-même; voir Finkelhor et Browne, «The Traumatic Impact of Child Sexual Abuse: A Conceptualization» (1985), 55 *Amer. J. Orthopsychiat.* 530, à la p. 532. Il est extrêmement important de reconnaître, à ce stade, le sens des responsabilités qui est inculqué à l'enfant agressé en ce qu'il doit non prendre l'initiative des relations incestueuses, tout en gardant le silence pour assurer la stabilité familiale. L'enfant se voit conférer le pouvoir de détruire sa famille et la responsabilité de la garder ensemble. Dans son témoignage, le Dr Mausberg décrit ainsi la situation:

Imagine yourself in the role of a child with an abusive father or sibling and you can't tell the secret as to what happens between the two of you because if you reveal it the family will be destroyed, they will all scatter away, your mother might kill herself or suffer an illness of devastating proportions, your father, who is the perpetrator of this, will reject you and not love you. You, as a child of eight or nine or ten, become in one sense a person of authority in this family, you control what is going to happen to you and everyone else.

[TRADUCTION] Mettez-vous dans la peau d'un enfant qui est agressé par son père ou son frère ou sa sœur; il vous est impossible de révéler ce qui est arrivé entre vous parce que si vous le faites votre famille sera détruite, ses membres disséminés, votre mère risque de se suicider ou de souffrir d'une grave maladie, votre père, qui est l'auteur de ces agressions, vous rejettéra et ne vous aimera plus. Comme enfant de huit, neuf ou dix ans, vous devenez en un sens une personne en autorité dans la famille, vous contrôlez ce qui va vous arriver et ce qui va arriver aux autres.

Imagine being a child of eight or nine or ten and facing these awesome powers you have been entrusted with

Imaginez que vous êtes un enfant de huit, neuf ou dix ans à qui l'on a conféré ces pouvoirs impressionnantes et

and, at the same time, being so dependent on your father for his love, his money, his shelter, his food, so you can't defy him even if you choose to.

This represents but a sampling of the various psychological and emotional harms that immediately beset the victim of incest. However, much of the damage is latent, only manifesting later in adulthood.

The victim's feelings of guilt, helplessness, isolation and betrayal are reinforced when her attempts at disclosure to persons in authority are met with scepticism, incredulity and anger; see Summit, *supra*, at p. 178, and Finkelhor and Browne, *supra*, at p. 532. With respect to the long-term damages that can normally be expected, the most commonly observed effects are thus summarized by Handler in "Civil Claims of Adults Molested as Children: Maturation of Harm and the Statute of Limitations Hurdle" (1987), 15 *Fordham Urb. L.J.* 709, at pp. 716-17:

The most commonly reported long-term effects suffered by adult victims of incest abuse include depression, self-mutilation and suicidal behavior, eating disorders and sleep disturbances, drug or alcohol abuse, sexual dysfunction, inability to form intimate relationships, tendencies towards promiscuity and prostitution and a vulnerability towards revictimization.

Dr. Langevin, the psychiatrist called by the respondent, conceded that the appellant's clinical pathology might be attributable to incestuous abuse. Her symptoms included depression, hysterical anxiety, family disturbance, suspiciousness, confusion and withdrawal from other people. In short, there is ample evidence that the psychological *sequelae* from incestuous abuse can be, and in the present case have been, extremely debilitating.

The Limitations Act and Reasonable Discoverability

The appellant argues that her cause of action did not accrue until she went through a form of therapy, because her psychological injuries were

qui, en même temps, dépend tellement de son père du côté amour, argent, hébergement, nourriture, que vous ne pouvez le défier même si vous le voulez.

Ceci n'est qu'un échantillon des divers troubles psychologiques et émotifs qu'éprouve immédiatement la victime d'inceste. Toutefois, la majeure partie du préjudice est latente et ne se manifeste qu'à l'âge adulte.

Les sentiments de culpabilité, d'impuissance, d'isolement et de trahison qu'éprouve la victime s'accentuent lorsque les personnes en autorité à qui elle tente de divulguer le problème demeurent sceptiques ou incrédules ou entrent en colère; voir Summit, *loc. cit.*, à la p. 178, et Finkelhor et Browne, *loc. cit.*, à la p. 532. En ce qui concerne les préjuges qui peuvent normalement s'ensuivre à long terme, Handler résume ainsi les effets qu'on observe le plus souvent, dans «Civil Claims of Adults Molested as Children: Maturation of Harm and the Statute of Limitations Hurdle» (1987), 15 *Fordham Urb. L.J.* 709, aux pp. 716 et 717:

[TRADUCTION] Parmi les effets à long terme qui, rapporte-t-on, se font sentir le plus souvent chez les adultes qui ont été victimes d'inceste pendant leur enfance, il y a la dépression, l'automutilation, le comportement suicidaire, les désordres alimentaires et les troubles du sommeil, la toxicomanie ou l'alcoolisme, le dysfonctionnement sexuel, l'incapacité d'établir des relations intimes, les tendances à la promiscuité, à la prostitution et à la revictimisation.

Le Dr Langevin, le psychiatre appelé à témoigner par l'intimé, a reconnu que l'état pathologique clinique de l'appelante pouvait être attribuable à une agression incestueuse. Ses symptômes sont notamment les suivants: dépression, angoisse hystérique, troubles familiaux, méfiance, confusion et repli sur soi. Bref, il existe suffisamment d'éléments de preuve que les séquelles psychologiques de l'agression incestueuse peuvent être extrêmement débilitantes, ce qui est le cas en l'espèce.

La Loi sur la prescription des actions et la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi

L'appelante soutient que sa cause d'action n'a pris naissance qu'au moment où elle a suivi une forme de thérapie parce que ses troubles psycholo-

largely imperceptible until later in her adult life and thus not reasonably discoverable until she was able to confront her past with the assistance of therapy. During the hearing, counsel for the respondent conceded that the doctrine of reasonable discoverability had application to an action grounded in assault and battery for incest. He submitted, however, that the appellant was aware of her cause of action no later than when she reached the age of majority. In order to determine the time of accrual of the cause of action in a manner consistent with the purposes of the *Limitations Act*, I believe it is helpful to first examine its underlying rationales. There are three, and they may be described as the certainty, evidentiary, and diligence rationales; see Rosenfeld, "The Statute of Limitations Barrier in Childhood Sexual Abuse Cases: The Equitable Estoppel Remedy" (1989), 12 *Harv. Women's L.J.* 206, at p. 211.

Statutes of limitations have long been said to be statutes of repose; see *Doe on the demise of Count Duroure v. Jones* (1791), 4 T.R. 301, 100 E.R. 1031, and *A'Court v. Cross* (1825), 3 Bing. 329, 130 E.R. 540. The reasoning is straightforward enough. There comes a time, it is said, when a potential defendant should be secure in his reasonable expectation that he will not be held to account for ancient obligations. In my view this is a singularly unpersuasive ground for a strict application of the statute of limitations in this context. While there are instances where the public interest is served by granting repose to certain classes of defendants, for example the cost of professional services if practitioners are exposed to unlimited liability, there is absolutely no corresponding public benefit in protecting individuals who perpetrate incest from the consequences of their wrongful actions. The patent inequity of allowing these individuals to go on with their life without liability, while the victim continues to suffer the consequences, clearly militates against any guarantee of repose.

giques ne sont en grande partie devenus perceptibles que plus tard au cours de sa vie adulte et ne pouvaient donc être raisonnablement découverts avant qu'elle soit en mesure de faire face à son passé au moyen d'une thérapie. Au cours de l'audience, l'avocat de l'intimé a reconnu que la règle de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi s'appliquait à une action pourinceste fondée sur des voies de fait. Toutefois, il a prétendu que l'appelante était consciente de la cause d'action dès qu'elle avait atteint l'âge de majorité. Afin de déterminer quand sa cause d'action a pris naissance d'une façon compatible avec les objets de la *Loi sur la prescription des actions*, j'estime utile d'en examiner d'abord les justifications sous-jacentes. Il y en a trois et elles peuvent être décrites comme la certitude, la preuve et la diligence; voir Rosenfeld, «*The Statute of Limitations Barrier in Childhood Sexual Abuse Cases: The Equitable Estoppel Remedy*» (1989), 12 *Harv. Women's L.J.* 206, à la p. 211.

e On affirme depuis longtemps que les lois sur la prescription des actions sont des lois destinées à assurer la tranquillité d'esprit; voir *Doe on the demise of Count Duroure v. Jones* (1791), 4 T.R. 301, 100 E.R. 1031, et *A'Court c. Cross* (1825), 3 Bing. 329, 130 E.R. 540. Le raisonnement est assez simple. Il arrive un moment, dit-on, où un éventuel défendeur devrait être raisonnablement certain qu'il ne sera plus redévable de ses anciennes obligations. À mon avis, il s'agit là d'un motif particulièrement non convaincant d'appliquer strictement la loi sur la prescription des actions dans le présent contexte. Bien qu'il puisse y avoir des cas où il est dans l'intérêt public d'assurer la tranquillité d'esprit à certaines catégories de défendeurs (par exemple, on peut se demander quel serait le coût des services professionnels si les médecins étaient assujettis à une responsabilité illimitée), il n'existe absolument aucun motif d'intérêt public correspondant de protéger les auteurs d'inceste contre les conséquences de leurs actes répréhensibles. L'iniquité manifeste que créerait le fait de permettre à ces individus d'échapper à toute responsabilité, alors que la victime continue de subir les conséquences, milite nettement contre toute garantie de tranquillité d'esprit.

The second rationale is evidentiary and concerns the desire to foreclose claims based on stale evidence. Once the limitation period has lapsed, the potential defendant should no longer be concerned about the preservation of evidence relevant to the claim; see *Dundee Harbour Trustees v. Dougall* (1852), 1 Macq. 317 (H.L.), and *Deaville v. Boegeman* (1984), 48 O.R. (2d) 725 (C.A.). However, it should be borne in mind that in childhood incest cases the relevant evidence will often be "stale" under the most expedient trial process. It may be ten or more years before the plaintiff is no longer under a legal disability by virtue of age, and is thus entitled to sue in her own name; see *Tyson v. Tyson*, 727 P.2d 226 (Wash. 1986), at p. 232, *per* Pearson J. (dissenting). In any event, I am not convinced that in this type of case evidence is automatically made stale merely by the passage of time. Moreover, the loss of corroborative evidence over time will not normally be a concern in incest cases, since the typical case will involve direct evidence solely from the parties themselves.

Finally, plaintiffs are expected to act diligently and not "sleep on their rights"; statutes of limitation are an incentive for plaintiffs to bring suit in a timely fashion. This rationale again finds expression in several cases of some antiquity. For example in *Cholmondeley v. Clinton* (1820), 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527, the Master of the Rolls had this to say in connection with limitation periods for real property actions, at p. 140 and p. 577, respectively:

The statute is founded upon the wisest policy, and is consonant to the municipal law of every country. It stands upon the general principle of public utility. *Interest reipublicæ ut sit finis litium*, is a favorite and universal maxim. The public have a great interest, in having a known limit fixed by law to litigation, for the quiet of the community, and that there may be a certain fixed period, after which the possessor may know that his title and right cannot be called in question. It is better that the negligent owner, who has omitted to assert his right within the prescribed period, should lose his right, than

La deuxième justification se rattache à la preuve et concerne la volonté d'empêcher les réclamations fondées sur des éléments de preuve périmés. Une fois écoulé le délai de prescription, le défendeur éventuel ne devrait plus avoir à conserver des éléments de preuve se rapportant à la réclamation; voir *Dundee Harbour Trustees c. Dougall* (1852), 1 Macq. 317 (H.L.), et *Deaville c. Boegeman* (1984), 48 O.R. (2d) 725 (C.A.). Toutefois, il y a lieu de se rappeler que, dans le cas de personnes qui ont été victimes d'inceste pendant leur enfance, les éléments de preuve pertinents sont souvent «périmés» même dans le cas de poursuites intentées avec la plus grande célérité. En effet, il peut s'écouler dix ans ou plus avant que la partie demanderesse cesse d'être frappée d'une incapacité juridique fondée sur l'âge et qu'elle ait ainsi le droit d'intenter une action en son propre nom; voir *Tyson c. Tyson*, 727 P.2d 226 (Wash. 1986), à la p. 232, le juge Pearson (dissident). Quoi qu'il en soit, je ne suis pas convaincu que, dans ce type de cas, les éléments de preuve deviennent automatiquement périmés simplement en raison du temps écoulé. Par ailleurs, la perte de preuve corroborante ne constitue pas habituellement une préoccupation dans les cas d'inceste puisque normalement seules les parties elles-mêmes témoignent.

Enfin, on s'attend à ce que les demandeurs agissent avec diligence et ne «tardent pas à faire valoir leurs droits»; la prescription incite les demandeurs à intenter leurs poursuites en temps opportun. Cette justification est également mentionnée dans plusieurs arrêts assez anciens. Par exemple, dans *Cholmondeley c. Clinton* (1820), 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527, le maître des rôles a dit ceci au sujet des délais de prescription applicables aux actions immobilières, aux pp. 140 et 577 respectivement:

[TRADUCTION] La prescription est fondée sur le principe le plus judicieux et est conforme au droit municipal de tout pays. Elle repose sur le principe général de l'intérêt public. *Interest reipublicæ ut sit finis litium* est une maxime favorite et universelle. Le public a grandement intérêt, pour la tranquillité de la collectivité, à ce qu'il existe un délai légal de prescription des poursuites et à ce qu'il existe un certain délai au bout duquel le possesseur sait que son titre et son droit ne peuvent être mis en question. Il vaut mieux que le propriétaire négligent, qui n'a pas fait valoir son droit dans le délai prescrit,

that an opening should be given to interminable litigation, exposing parties to be harassed by stale demands, after the witnesses of the facts are dead, and the evidence of the title lost. The individual hardship will, upon the whole, be less, by withholding from one who has slept upon his right [Emphasis added.]

There are, however, several reasons why this rationale for a rigorous application of the statute of limitations is particularly inapposite for incest actions.

As I mentioned earlier, many, if not most, of the damages flowing from incestuous abuse remain latent until the victim is well into adulthood. Secondly, and I shall elaborate on this further, when the damages begin to become apparent, the causal connection between the incestuous activity and present psychological injuries is often unknown to the victim; see DeRose, "Adult Incest Survivors and the Statute of Limitations: The Delayed Discovery Rule and Long-Term Damages" (1985), 25 *Santa Clara L. Rev.* 191, at p. 196. This Court has already taken cognizance of the role that the perpetrator plays in delaying the reporting of incest; see *R. v. L. (W.K.)*, [1991] 1 S.C.R. 1091. That case concerned a stay of criminal proceedings, arising out of alleged childhood sexual abuse, commenced after a lengthy delay. Stevenson J., speaking for the Court, observed, at p. 1101:

For victims of sexual abuse to complain would take courage and emotional strength in revealing those personal secrets, in opening old wounds. If proceedings were to be stayed based solely on the passage of time between the abuse and the charge, victims would be required to report incidents before they were psychologically prepared for the consequences of that reporting.

That delay in reporting sexual abuse is a common and expected consequence of that abuse has been recognized in other contexts. In the United States, many states have enacted legislation modifying or extending the limitation period for the prosecution of sexual abuse cases, in recognition of the fact that sexual abuse often goes unreported, and even undiscovered by the complainant, for years. . . . Establishing a judicial statute of limitations

perde ce droit, que de laisser la porte ouverte à des poursuites interminables exposant les parties à être harcelées par des demandes périmées lorsque les témoins sont décédés et que la preuve du titre a été perdue. Le préjudice individuel sera, dans l'ensemble, moindre si l'on refuse tout recours à celui qui a tardé à faire valoir son droit [Je souligne.]

Il existe toutefois plusieurs raisons pour lesquelles il ne convient pas particulièrement d'appliquer rigoureusement la loi sur la prescription aux actions pourinceste.

Comme je l'ai déjà mentionné, un bon nombre, sinon la plupart, des préjudices découlant de l'agression incestueuse demeurent latents chez la victime bien après qu'elle a atteint l'âge adulte. Deuxièmement, et j'examinerai davantage ce point plus loin, lorsque les préjudices se manifestent, la victime ignore souvent le lien de causalité qui existe entre l'activité incestueuse et ses troubles psychologiques actuels; voir DeRose, «*Adult Incest Survivors and the Statute of Limitations: The Delayed Discovery Rule and Long-Term Damages*» (1985), 25 *Santa Clara L. Rev.* 191, à la p. 196. Notre Cour a déjà pris connaissance du rôle que joue l'agresseur dans le retard à dénoncer l'inceste; voir *R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091. Cette affaire portait sur un arrêt des procédures criminelles intentées longtemps après la perpétration des agressions sexuelles dont la plaignante aurait été victime pendant son enfance. Le juge Stevenson, s'exprimant au nom de notre Cour, fait remarquer à la p. 1101:

Il faut beaucoup de courage et de force de caractère aux victimes d'abus sexuels pour révéler ces secrets personnels et ouvrir d'anciennes blessures. Si les procédures devaient être arrêtées en raison du seul temps écoulé entre les mauvais traitements et la mise en accusation, les victimes seraient tenues de dénoncer ces incidents avant d'être psychologiquement prêtes à assumer les conséquences de leur dénonciation.

Il a été reconnu dans d'autres contextes que le retard à dénoncer les abus sexuels est une conséquence commune et prévisible dans ces cas. Aux États-Unis, de nombreux États ont adopté des dispositions législatives modifiant ou prorogeant la prescription applicable aux poursuites pour abus sexuels, parce qu'ils sont conscients du fait que souvent ces mauvais traitements ne sont pas dénoncés, et même ne sont pas reconnus par la

would mean that sexual abusers would be able to take advantage of the failure to report which they themselves, in many cases, caused. This is not a result which we should encourage. There is no place for an arbitrary rule. [Emphasis added.]

Needless to say, a statute of limitations provides little incentive for victims of incest to prosecute their actions in a timely fashion if they have been rendered psychologically incapable of recognizing that a cause of action exists.

Further, one cannot ignore the larger social context that has prevented the problem of incest from coming to the fore. Until recently, powerful taboos surrounding sexual abuse have conspired with the perpetrators of incest to silence victims and maintain a veil of secrecy around the activity. The cogency of these social forces would inevitably discourage victims from coming forward and seeking compensation from their abusers. The English Court of Appeal in *Stubbings v. Webb*, [1991] 3 All E.R. 949 (C.A.), recently acknowledged that the social climate during the mid-1970s was not at all conducive to bringing an action of this nature. That case involved a remarkably similar fact situation to that in the present case. Although the relevant statute of limitations is quite different from the Ontario Act, the following remarks made by Sir Nicolas Browne-Wilkinson, V.-C., at p. 960, are nevertheless telling:

The question is whether, in 1975, the plaintiff acted reasonably in not then suing Mr Webb and Stephen Webb for the serious wrongs alleged to have been done to her. In my judgment it is important not to consider the question by reference to the social habits and conventions of 1991. Over recent years, for the first time civil actions have been brought by victims of adult rape against their assailants. As to actions against child abusers, this is apparently the first case in which the alleged victim has sought to sue her abusers. In the present climate and state of knowledge it would in my judgment be very difficult, if not impossible, for a plaintiff coming of age in the late 1980s to establish that she acted 'reasonably' in not starting proceedings alleging child abuse within three years of attaining her majority. But we are concerned with the reasonableness of the plaintiff's behav-

plaintine (ou le plaignant) pendant des années. [. . .] Si les tribunaux devaient imposer une prescription, cela signifierait que les auteurs d'abus sexuels pourraient tirer avantage de l'absence de dénonciation dont ils sont, dans bien des cas eux-mêmes responsables. Ce n'est pas là une conséquence que nous devrions encourager. Une règle arbitraire n'a pas ici sa place. [Je souligne.]

Il va sans dire qu'une loi sur la prescription des actions incite peu les victimes d'inceste à intenter leur action en temps opportun si elles ont été rendues psychologiquement incapables de reconnaître l'existence d'une cause d'action.

Par ailleurs, on ne saurait ignorer le contexte social général qui a empêché le problème de l'inceste de se manifester. Jusqu'à récemment, de puissants tabous en matière d'agression sexuelle ont contribué, avec les auteurs de crimes d'inceste, à réduire au silence les victimes et à maintenir ces activités sous le voile du secret. La puissance de ces forces sociales dissuadait inévitablement les victimes à chercher à se faire indemniser par leurs agresseurs. Dans l'arrêt *Stubbings c. Webb*, [1991] 3 All E.R. 949 (C.A.), la Cour d'appel d'Angleterre a récemment reconnu que le climat social du milieu des années 70 n'était pas du tout favorable à ce genre d'action. Les faits de cette affaire ressemblent remarquablement à ceux du présent pourvoi. Même si la loi sur la prescription pertinente est fort différente de la loi en vigueur en Ontario, les observations suivantes du vice-chancelier sir Nicolas Browne-Wilkinson, à la p. 960, sont néanmoins révélatrices:

[TRADUCTION] Il s'agit de savoir si, en 1975, la demanderesse a agi raisonnablement en n'intendant pas de poursuites contre M. Webb et Stephen Webb relativement aux graves préjudices qu'ils lui auraient fait subir. À mon avis, il est important de ne pas examiner la question en fonction des habitudes et des conventions sociales de 1991. Au cours des dernières années, les adultes victimes de viol ont commencé à intenter des actions civiles contre leurs agresseurs. En ce qui concerne les actions contre les auteurs de mauvais traitements infligés à des enfants, c'est apparemment le premier cas où la prétendue victime cherche à poursuivre ses agresseurs. Compte tenu du contexte présent et de l'état actuel des connaissances, il serait, à mon avis, fort difficile, sinon impossible, pour une demanderesse ayant atteint sa majorité vers la fin des années 80 d'établir

viour in the period 1975-78. At that time civil actions based on sexual assaults were unknown in this country. In my judgment, it was accordingly reasonable for the plaintiff not to have considered the injuries done to her sufficiently serious to justify starting proceedings against her adoptive father and brother. In 1975 such proceedings were unthought of and it was therefore reasonable for her not to have started such proceedings.

I would adopt these comments as a reasonable description of the situation in this country at that same time.

The foregoing discussion has examined the policy reasons for limitations from the perspective of fairness to the potential defendant. However this Court has also said that fairness to the plaintiff must also animate a principled approach to determining the accrual of a cause of action. In *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, one of the issues that arose was whether the plaintiff's action was statute-barred by the British Columbia *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, c. 255, where the plaintiff first became aware of the damage after the one year prescription. Wilson J., writing for the majority, observed that the injustice which statute-bars a claim before the plaintiff is aware of its existence takes precedence over any difficulty encountered in the investigation of facts many years after the occurrence of the allegedly tortious conduct.

This principle was later adopted in *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, where the Court held that the reasonable discoverability rule was as applicable to cases involving professional negligence as it was to actions involving injury to

qu'elle a agi «raisonnablement» en n'intendant pas des poursuites pour les mauvais traitements qui lui auraient été infligés pendant son enfance, dans les trois ans après avoir atteint sa majorité. Toutefois, nous nous intéressons au caractère raisonnable du comportement de la demanderesse au cours de la période comprise entre 1975 et 1978. À cette époque, les actions civiles fondées sur des agressions sexuelles n'existaient pas dans notre pays. J'estime qu'il était donc raisonnable que la demanderesse n'ait pas considéré que les préjudices qu'elle avait subis étaient suffisamment graves pour intenter des poursuites contre son père et son frère adoptifs. En 1975, on ne songeait pas à intenter de telles procédures et il était donc raisonnable que la demanderesse n'en ait pas intenté.

J'estime que ces observations constituent une description raisonnable de la situation qui existait au Canada au même moment.

d

L'analyse qui précède a porté sur les justifications de principe des délais de prescription du point de vue de l'équité envers l'éventuel défendeur. Toutefois, notre Cour a également affirmé qu'une façon, fondée sur des principes, de déterminer quand une cause d'action a pris naissance doit aussi tenir compte de l'équité envers le demandeur. Dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, il s'agissait notamment de déterminer si l'action de la demanderesse était prescrite par la *Municipal Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1960, ch. 255, dans le cas où la demanderesse s'était rendu compte pour la première fois du préjudice subi après que le délai de prescription d'un an fut expiré. Le juge Wilson, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a fait remarquer que l'injustice d'une règle suivant laquelle une réclamation est prescrite avant même que le demandeur prenne conscience de son existence l'emporte sur toute difficulté éprouvée en enquêtant sur des faits plusieurs années après que les actes prétendument délictueux aient été commis.

i

Ce principe a par la suite été adopté dans l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, où notre Cour a statué que la règle de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi s'appliquait autant aux actions pour négligence profes-

j

property. Le Dain J. thus articulated the general rule, at p. 224:

... a cause of action arises for purposes of a limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence . . .

That essentially mirrors the delayed discovery doctrine developed in the United States, where the rationale most often cited is the plaintiff who is "blamelessly ignorant" of his injury; see *Urie v. Thompson*, 337 U.S. 163 (1949).

American courts have also refined the rule to meet different circumstances and harms. In *Raymond v. Eli Lilly & Co.*, 371 A.2d 170 (N.H. 1977), the court set out the gradations of accrual as follows, at p. 172:

There are at least four points at which a tort cause of action may accrue: (1) When the defendant breaches his duty; (2) when the plaintiff suffers harm; (3) when the plaintiff becomes aware of his injury; and (4) when the plaintiff discovers the causal relationship between his harm and the defendant's misconduct.

Kenison C.J. rightly observed that in the typical tort case all of these events occur simultaneously so that the moment of accrual is clear. He also reconciled the apparent conflict in American jurisprudence in which some courts have stated the rule in terms of discoverability of injury while most others have framed the rule in terms of the plaintiff's discovery of the causal relationship between his injury and the defendant's conduct. The former line of cases can be explained on the basis that the relevant injury was of a kind that put the plaintiffs on immediate notice that their rights had been violated. However, many courts have applied the latter rule which requires knowledge of the harm and

sionnelle qu'aux actions pour dommages matériels. Le juge Le Dain formule ainsi la règle générale, à la p. 224:

... une cause d'action prend naissance, aux fins de la prescription, lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être s'il avait fait preuve de diligence raisonnable . . .

b

Cet énoncé reprend essentiellement la règle de la découverte tardive établie aux États-Unis, où la justification la plus souvent citée est que le demandeur [TRADUCTION] «ignore irréprochablement» le préjudice qu'il a subi; voir *Urie c. Thompson*, 337 U.S. 163 (1949).

Les tribunaux américains ont amélioré cette règle afin de tenir compte de diverses circonstances et de divers préjudices. Dans *Raymond c. Eli Lilly & Co.*, 371 A.2d 170 (N.H. 1977), la cour a précisé à quels moments peut prendre naissance une cause d'action, à la p. 172:

[TRADUCTION] Il existe au moins quatre moments où la cause d'action délictuelle peut prendre naissance: (1) lorsque le défendeur manque à son obligation, (2) lorsque le demandeur subit un préjudice, (3) lorsque le demandeur se rend compte du préjudice qu'il a subi, et (4) lorsque le demandeur découvre le lien de causalité entre le préjudice subi et l'inconduite du défendeur.

c

Le juge en chef Kenison a fait remarquer à juste titre que, normalement dans une affaire délictuelle, tous ces événements se produisent simultanément de sorte que le moment où la cause d'action prend naissance est clair. Il a aussi concilié le conflit apparent dans la jurisprudence américaine où certains tribunaux ont formulé la règle en fonction de la possibilité de découvrir le préjudice subi, alors que la plupart des autres l'ont formulée en fonction de la découverte par le demandeur du lien de causalité entre le préjudice qu'il a subi et la conduite du défendeur. Le premier courant de jurisprudence peut s'expliquer par le fait que le préjudice en question est tel que la partie demanderesse se rend immédiatement compte que ses droits ont été

j

its likely cause; see for example *Franklin v. Albert*, 411 N.E.2d 458 (Mass. 1980).

Application of the Discoverability Rule to Incest

In my view the only sensible application of the discoverability rule in a case such as this is one that establishes a prerequisite that the plaintiff have a substantial awareness of the harm and its likely cause before the limitations period begins to toll. It is at the moment when the incest victim discovers the connection between the harm she has suffered and her childhood history that her cause of action crystallizes. I am in complete agreement with Professor Des Rosiers that the causal link between fault and damage is an important fact, essential to the formulation of the right of action, that is so often missing in cases of incest; see "Les recours des victimes d'inceste et d'agression sexuelle" to be published in Legrand, ed., *Common law d'un siècle à l'autre* (1992). What is more, I am satisfied that the weight of scientific evidence establishes that in most cases the victim of incest only comes to an awareness of the connection between fault and damage when she realizes who is truly responsible for her childhood abuse. Presumptively, that awareness will materialize when she receives some form of therapeutic assistance, either professionally or in the general community. I have come to this conclusion after studying the expert evidence in this case and the American jurisprudence which has wrestled with this problem over the past decade. The presumption will, of course, be displaced when the evidence establishes that the victim discovered the harm and its likely cause at some other time.

The psychological manifestations of incest suffered by adult survivors have been the subject of considerable academic study in recent years. Researchers have uncovered behavioural patterns

violés. Toutefois, de nombreux tribunaux ont appliqué la deuxième règle qui exige la connaissance du préjudice et de sa cause probable; voir, par exemple, l'affaire *Franklin c. Albert*, 411 N.E.2d 458 (Mass. 1980).

Application à l'inceste de la règle de la possibilité de découvrir le préjudice subi

À mon avis, la seule façon raisonnable d'appliquer la règle de la possibilité de découvrir le préjudice subi, dans un cas comme celui-ci, consiste à dire que, pour que le délai de prescription commence à courir, il faut préalablement que la partie demanderesse soit réellement consciente du préjudice subi et de sa cause probable. C'est au moment où la victime d'inceste découvre le lien entre le préjudice qu'elle a subi et les faits vécus pendant son enfance que se cristallise la cause d'action. Je suis entièrement d'accord avec le professeur Des Rosiers pour dire que le lien de causalité entre la faute et le préjudice est un fait important, essentiel à la formulation du droit d'action, qui est si souvent absent dans les affaires d'inceste; voir «Les recours des victimes d'inceste et d'agression sexuelle», à paraître dans Legrand, dir., *Common law d'un siècle à l'autre* (1992). Qui plus est, je suis convaincu que la preuve scientifique établit que, dans la plupart des cas, la victime d'inceste ne se rend compte du lien entre la faute et le préjudice qu'au moment où elle réalise qui est véritablement responsable des mauvais traitements qu'elle a subis pendant son enfance. On peut présumer que cette prise de conscience a lieu au moment où la victime reçoit une certaine forme d'aide thérapeutique, que ce soit d'un professionnel ou de la collectivité en général. J'en suis venu à cette conclusion après avoir étudié les témoignages d'expert en l'espèce et la jurisprudence américaine qui s'est attaquée à ce problème au cours de la dernière décennie. Il va sans dire que cette présomption sera écartée si la preuve révèle que la victime a découvert le préjudice et sa cause probable à un autre moment.

Au cours des dernières années, beaucoup d'études scientifiques ont porté sur les séquelles psychologiques de l'inceste observées chez les victimes parvenues à l'âge adulte. Les chercheurs ont

commonly referred to as an “accommodation syndrome” or a “post-incest syndrome”; see Summit, “The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome”, *supra*. The academic findings are well summarized by Lamm in “Easing Access to the Courts for Incest Victims: Toward an Equitable Application of the Delayed Discovery Rule” (1991), 100 *Yale L.J.* 2189, at pp. 2194-95, in the following passage:

^a découvert des modes de comportement communément appelés «syndrome d’accommodation» ou «syndrome des victimes d’inceste»; voir Summit, «The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome», *loc. cit.* Les conclusions théoriques sont bien résumées par Lamm dans «Easing Access to the Courts for Incest Victims: Toward an Equitable Application of the Delayed Discovery Rule» (1991), 100 *Yale L.J.* 2189, aux pp. 2194 et 2195, dans le passage suivant:

The classic psychological responses to incest trauma are numbing, denial, and amnesia. During the assaults the incest victim typically learns to shut off pain by “dissociating,” achieving “altered states of consciousness . . . as if looking on from a distance at the child suffering the abuse.” To the extent that this defense mechanism is insufficient, the victim may partially or fully repress her memory of the assaults and the suffering associated with them: “Many, if not most, survivors of child sexual abuse develop amnesia that is so complete that they simply *do not remember that they were abused at all*; or . . . they minimize or deny the effects of the abuse so completely that they cannot associate it with any later consequences.” Many victims of incest abuse exhibit signs of Post-Traumatic Stress Disorder (“PTSD”), a condition characterized by avoidance and denial that is associated with survivors of acute traumatic events such as prisoners of war and concentration camp victims. Like others suffering from PTSD, incest victims frequently experience flashbacks and nightmares well into their adulthood.

^b [TRADUCTION] Les réactions psychologiques classiques au traumatisme de l’inceste sont la torpeur, la dénégation et l’amnésie. Au cours des agressions, la victime d’uninceste apprend habituellement à réprimer la douleur en se «dissociant» de la réalité, en alternant des «états de conscience modifiés [...] comme si elle regardait à distance l’enfant qui subit l’agression.» Dans la mesure où ce mécanisme de défense est insuffisant, la victime peut oublier, en totalité ou en partie, les agressions et la souffrance qui s’y rattachent: «Bien des personnes, voir la plupart, qui, pendant leur enfance, ont été victimes d’agressions sexuelles développent une amnésie tellement complète qu’elles ne se *rappellent tout simplement pas du tout avoir été victimes d’agressions*; ou [...] elles minimisent ou nient les effets de l’agression d’une façon si complète qu’elles ne peuvent établir un lien entre l’agression et toute conséquence ultérieure.» De nombreuses victimes d’inceste présentent des signes d’état de stress post-traumatique, une condition caractérisée par l’évasion et la dénégation dont souffrent les survivants d’épisodess profondément traumatisants comme les prisonniers de guerre et les victimes de camps de concentration. À l’instar des autres personnes souffrant d’un état de stress post-traumatique, les victimes d’inceste font souvent des retours en arrières et des cauchemars bien après avoir atteint l’âge adulte.

^c

Experts have also noted a strong correlation between incest and long-term damage: severe anxiety and depression, sexual dysfunction, and multiple personality disorder. Additionally, the internalization of the anger and anxiety that the incest victim has not been allowed to express frequently results in a profound self-hatred that causes self-destructive behavior later on: incestuous childhood victimization commonly leads to other abusive relationships, self-mutilation, prostitution, and drug and alcohol addiction.

^d

Les experts ont également constaté une importante corrélation entre l’inceste et le préjudice à long terme: vive angoisse et dépression, dysfonctionnement sexuel et troubles de personnalité multiple. En outre, l’internalisation de la colère et de l’angoisse que la victime d’inceste n’a pas été autorisée à exprimer donne souvent lieu à une haine de soi profonde qui entraîne plus tard un comportement d’autodestruction: le fait pour une personne d’avoir été victime d’inceste pendant son enfance conduit fréquemment à d’autres relations d’exploitation, à l’automutilation, à la prostitution, de même qu’à la toxicomanie et à l’alcoolisme.

Finding that the coexistence of these psychological and emotional disorders is unique to and characteristic of incest victims, experts have joined them under the heading "Post-Incest Syndrome". Those suffering from this syndrome will "persistently avoid any situation, such as initiating a lawsuit, that is likely to force them to recall and, therefore, to re-experience the traumas." Although the victim may know that she has psychological problems, the syndrome impedes recognition of the nature and extent of the injuries she has suffered, either because she has completely repressed her memory of the abuse, or because the memories, though not lost, are too painful to confront directly. Thus, until she can realize that her abuser's behavior caused her psychological harm, the syndrome prevents her from bringing suit. Often it is only through a triggering mechanism, such as psychotherapy, that the victim is able to overcome the psychological blocks and recognize the nexus between her abuser's incestuous conduct and her psychological pain. Such understanding may develop in stages over a period of time during which the incest victim breaks through the layers of denial and repression in a painful process. Typically, full recognition that she has been tortiously injured occurs after the victim has reached majority, long after the wrongful acts were committed. [Emphasis added.]

The key role of professional intervention as a triggering mechanism for uncovering the nexus between fault and damage is the subject of recurring comment in the literature; see Allen, "Tort Remedies for Incestuous Abuse" (1983), 13 *Golden Gate U. L. Rev.* 609, at pp. 630-31, and Nabors, "The Statute of Limitations; A Procedural Stumbling Block in Civil Incestuous Abuse Suits" (1990), 14 *Law & Psychology Rev.* 153. However, even during therapy misplaced feelings of loyalty towards an incestuous parent can elicit "defense of a parent, resistance with concomitant increase in guilt in the patient, or actual flight from treatment"; see Gelinas, "The Persisting Negative Effects of Incest", *supra*, at pp. 328-29.

While there appears to be a consensus on "post-incest syndrome" within the medical community, the American judiciary has been slow to recognize

Ayant conclu que la coexistence de ces troubles psychologiques et émotifs est unique et propre aux victimes d'inceste, les experts les ont réunis sous la rubrique «syndrome des victimes d'inceste». Les personnes atteintes de ce syndrome vont «constamment éviter les situations, comme l'engagement de poursuites, susceptibles de les forcer à se rappeler et donc à revivre les traumatismes subis.» Bien que la victime puisse savoir qu'elle a des problèmes psychologiques, le syndrome l'empêche de se rendre compte de la nature et de l'étendue des préjudices qu'elle a subis, que ce soit parce qu'elle a complètement oublié les agressions subies ou parce que ces souvenirs sont trop pénibles pour y faire face directement. En conséquence, jusqu'à ce que la victime se rende compte que le comportement de l'auteur de l'agression lui a causé un préjudice psychologique, le syndrome l'empêche d'engager des poursuites. C'est souvent un mécanisme de déclenchement, comme par exemple la psychothérapie, qui permet à la victime de surmonter les blocages psychologiques et de reconnaître le lien entre la conduite incestueuse de l'auteur de l'agression et ses souffrances psychologiques. La victime peut prendre progressivement conscience de ce qui s'est passé lorsqu'elle arrive péniblement à franchir les étapes de la dénégation et de l'oubli. Normalement, la victime se rend pleinement compte du préjudice qu'elle a subi seulement après avoir atteint l'âge de majorité, longtemps après la perpétration des actes répréhensibles. [Je souligne.]

On examine régulièrement, dans les ouvrages de doctrine, le rôle clé de l'intervention professionnelle comme mécanisme de déclenchement de la découverte du lien entre la faute et le préjudice; voir Allen, «Tort Remedies for Incestuous Abuse» (1983), 13 *Golden Gate U. L. Rev.* 609, aux pp. 630 et 631, et Nabors, «The Statute of Limitations; A Procedural Stumbling Block in Civil Incestuous Abuse Suits» (1990), 14 *Law & Psychology Rev.* 153. Toutefois, même au cours de la thérapie, des sentiments déplacés de loyauté envers le parent incestueux peuvent provoquer [TRADUCTION] «la défense d'un parent, la résistance accompagnée d'un accroissement de culpabilité chez le patient ou le rejet du traitement»: voir Gelinas, «The Persisting Negative Effects of Incest», *loc. cit.*, aux pp. 328 et 329.

Bien qu'il paraisse y avoir un consensus sur le «syndrome des victimes d'inceste» au sein de la collectivité médicale, les tribunaux américains ont

the legal ramifications of this doctrine. However, recent decisions exhibit a tendency to mold the delayed discovery rule to accommodate medical reality. At first, only certain aspects of the syndrome were recognized under the rule, but recent decisions demonstrate a wholehearted acceptance of the doctrine. To make sense of these cases I should note that American courts have divided incest claims involving the delayed discovery rule into two categories: (1) those where the plaintiff concedes that she has always known and remembered the sexual assaults, but that she was unaware that other physical or psychological problems were caused by the abuse; and (2) cases where the plaintiff claims that because of the trauma of the experience she had no recollection of the abuse until shortly before an action was commenced. The courts have in fact adopted a "convenient rubric" of "Type 1" and "Type 2" cases; see *Johnson v. Johnson*, 701 F.Supp. 1363 (N.D Ill. 1988), at p. 1367; *Mary D. v. John D.*, 264 Cal. Rptr. 633 (Cal. App. 6 Dist. 1989), at pp. 636-37. A useful review of the American case law from a Canadian perspective is provided by Professor Des Rosiers, "Limitation Periods and Civil Remedies for Childhood Sexual Abuse" (1992), 9 *C.F.L.Q.* 43, at pp. 51-56.

The starting point in a review of the American experience must be *Tyson v. Tyson, supra*. This 1986 case is apparently the first in which the delayed discovery rule was asserted by an incest victim. There the Supreme Court of Washington by a narrow majority (5-4) refused to apply the rule. According to the preceding taxonomy of incest victims, Ms. Tyson fell into the second category; she claimed to have blocked all memory of her childhood incestuous abuse, which allegedly occurred between the ages of three and eleven, until she entered therapy at the age of twenty-six. The majority ruled that objective, verifiable evidence of the wrongful act and the resulting damage was a prerequisite to any application of the delayed

mis du temps à reconnaître les ramifications juridiques de cette règle. Toutefois, des décisions récentes révèlent une tendance à façonner la règle de la découverte tardive de manière à tenir compte de la réalité médicale. Initialement, seulement certains aspects du syndrome étaient reconnus en vertu de la règle; toutefois, des décisions récentes révèlent une acceptation sans réserve de cette règle. Pour saisir le sens de ces décisions, je tiens à préciser que les tribunaux américains ont divisé en deux catégories les réclamations pourinceste qui mettent en cause la règle de la découverte tardive: (1) les cas où la partie demanderesse admet qu'elle a toujours été consciente des agressions sexuelles et qu'elle s'en est toujours souvenue, mais qu'elle n'était pas consciente des autres problèmes physiques ou psychologiques entraînés par ces agressions, et (2) les cas où la partie demanderesse soutient qu'en raison du traumatisme causé par cette expérience, elle ne s'est souvenue des agressions que peu de temps avant d'engager l'action. Les tribunaux ont en fait adopté une «classification utile» et parlent des cas du «premier type» et de ceux du «deuxième type»; voir *Johnson c. Johnson*, 701 F.Supp. 1363 (N.D. Ill. 1988), à la p. 1367; *Mary D. c. John D.*, 264 Cal. Rptr. 633 (Cal. App. 6 Dist. 1989), aux pp. 636 et 637. Le professeur Des Rosiers fait une analyse utile de la jurisprudence américaine, d'un point de vue canadien, dans «Limitation Periods and Civil Remedies for Childhood Sexual Abuse» (1992), 9 *C.F.L.Q.* 43, aux pp. 51 à 56.

La décision *Tyson c. Tyson*, précitée, doit constituer le point de départ de l'examen de la jurisprudence américaine. C'est apparemment dans cette affaire de 1986 qu'une victime d'inceste a, pour la première fois, invoqué la règle de la découverte tardive. Dans cette décision, rendue à la majorité simple (5 contre 4), la Cour suprême de l'État de Washington a refusé d'appliquer cette règle. Selon la classification des victimes d'inceste qui précède, M^e Tyson tombait dans la seconde catégorie; elle prétendait qu'elle n'avait gardé aucun souvenir des agressions incestueuses dont elle avait été victime pendant son enfance, soit entre trois et onze ans, jusqu'à ce qu'elle commence à suivre une thérapie à l'âge de vingt-six ans. La cour à la majorité a

discovery rule. In that case the plaintiff's complaints were entirely "subjective" and would not be made less so by the testimony of treating psychologists or psychiatrists. Hence, the majority found that a literal reading of the limitations statute struck the proper balance between the evidentiary problems inherent in stale claims and the victim's right to bring an action.

In a vigorous dissent, Pearson J. opined that "objective, verifiable evidence" had never been a necessary condition for the application of the delayed discovery rule; the true test, he stated, was fundamental fairness in balancing the harm of depriving a victim of her remedy against the prejudice suffered by a defendant who is sued on a stale claim. In striking the balance in incest cases, he proffered the traditional factors applied in other delayed discovery cases. First, the plaintiff was unaware of the breach of any duty owed to her by her father; she knew as a child that she did not want the sexual contact with her father, but she could not know that this constituted sexual abuse causing permanent damage until adulthood when she confronted her childhood experiences. Secondly, the father betrayed his child's trust, and the courts cannot ignore the exploitation of a child for sexual gratification. Thirdly, the defendant had sole control over the facts giving rise to his daughter's claim; the abuser always knows his actions are wrongful, but the victim may never realize this.

Pearson J. cited a final factor in applying the delayed discovery rule: the existence of some triggering event that makes the plaintiff aware of the

décidé que la preuve objective et vérifiable de l'acte répréhensible et du préjudice qui en a résulté constituait une condition préalable de l'application de la règle de la découverte tardive. Dans cette affaire, les plaintes de la demanderesse étaient entièrement «subjectives» et ne l'auraient pas été moins avec le témoignage des psychologues ou des psychiatres traitants. En conséquence, la cour à la majorité a statué qu'une interprétation littérale de la loi sur la prescription permettait d'établir un équilibre approprié entre les problèmes de preuve qui se rattachent à des réclamations périmées et le droit de la victime d'intenter une action.

Dans une forte dissidence, le juge Pearson s'est dit d'avis que l'existence d'une [TRADUCTION] «preuve objective et vérifiable» n'avait jamais été une condition nécessaire pour appliquer la règle de la découverte tardive; le véritable critère, a-t-il dit, était l'équité fondamentale dont il faut faire preuve en soupesant le préjudice que subit la victime qui se voit privée de son recours, et, le préjudice que subit le défendeur qui fait l'objet d'une réclamation périmée. Pour établir l'équilibre dans les cas d'inceste, il a proposé de tenir compte des facteurs traditionnels qui s'appliquent dans d'autres cas de découverte tardive. Premièrement, la demanderesse n'était pas consciente du fait que son père avait manqué à une obligation envers elle; comme enfant, elle savait qu'elle ne voulait pas avoir de contacts sexuels avec son père, mais elle ne pouvait savoir que cela constituait une agression sexuelle qui lui causerait un préjudice permanent jusqu'au moment où, à l'âge adulte, elle a fait face aux expériences vécues pendant son enfance. Deuxièmement, le père a trahi la confiance de son enfant et les tribunaux ne sauraient ignorer l'exploitation d'un enfant à des fins d'assouvissement de désirs sexuels. Troisièmement, le défendeur était la seule personne à exercer un contrôle sur les faits à l'origine de la réclamation de sa fille; l'auteur de l'agression sait toujours que ses actes sont répréhensibles, mais il se peut que la victime ne s'en rende jamais compte.

Le juge Pearson a cité un dernier facteur dont il faut tenir compte en appliquant la règle de la découverte tardive: l'existence d'un événement

defendant's potential liability. He found that the plaintiff's psychotherapy was such an event, and made the general observation, at p. 235, that "[o]ften it is only through therapy that the victim is able to recognize the causal link between her father's incestuous conduct and her damages from incest trauma". He rebutted the majority's views regarding stale evidence by noting that the earliest a civil claim could have been brought was at the age of majority of the victim, at which point the evidence would already be stale.

A number of decisions since *Tyson* have preferred Pearson J.'s dissent and have applied the delayed discovery doctrine, at least with respect to Type 2 victims. Initially, in several Type 1 cases, courts refused to apply the rule because the plaintiff had always remembered the abuse. In *DeRose v. Carswell*, 242 Cal. Rptr. 368 (Cal. App. 6 Dist. 1987), the plaintiff alleged that her step-grandfather sexually abused her between the ages of four and eleven, and argued that the discovery rule should apply to her cause of action because she was unable to recognize the causal connection between the abuse and subsequent emotional difficulties, even though she was aware of the assaults (hence, a "Type 1" victim). Brauer J., writing for the court, noted that an assault by definition is perceived as unconsented to and offensive, and causes harm as a matter of law. Since the plaintiff averred that she felt great fear at the time of the assaults and acceded to the defendant's acts owing to her perception of his greater size and strength, she had suffered cognizable and compensable harm at the time, and therefore the delayed discovery rule did not apply. However, the court explicitly left open the possibility that the discovery rule could apply in Type 2 cases, where a plaintiff alleges that she repressed her memories of the sexual assaults. See also *E.W. v. D.C.H.*, 754 P.2d 817 (Mont. 1988);

déclencheur qui rend la demanderesse consciente de la responsabilité possible du défendeur. Il a conclu que la psychothérapie suivie par la demanderesse était un tel événement et, à la p. 235, il a formulé l'observation générale selon laquelle [TRA-DUCTION] «[c'est souvent grâce à la thérapie seulement que la victime peut reconnaître l'existence du lien de causalité entre la conduite incestueuse de son père et les préjudices résultant du traumatisme engendré par l'inceste». Il a réfuté l'opinion de la cour à la majorité concernant la preuve périmée, en soulignant que c'est à l'âge de sa majorité que la victime aurait pu intenter le plus tôt une action civile et qu'à ce moment-là, la preuve aurait déjà été périmée.

Dans un certain nombre de décisions ultérieures à l'affaire *Tyson*, les tribunaux ont préféré l'opinion dissidente du juge Pearson et ont appliqué la règle de la découverte tardive, au moins relativement aux victimes du deuxième type. Initialement, dans plusieurs cas du premier type, les tribunaux ont refusé d'appliquer la règle parce que la partie demanderesse s'était toujours souvenu des agressions dont elle avait été victime. Dans l'affaire *DeRose c. Carswell*, 242 Cal. Rptr. 368 (Cal. App. 6 Dist. 1987), la demanderesse soutenait qu'entre quatre et onze ans elle avait été sexuellement agressée par son grand-père par alliance et que la règle de la découverte tardive devrait s'appliquer à sa cause d'action parce qu'elle n'était pas en mesure de reconnaître l'existence du lien de causalité entre ces agressions et ses troubles émotifs subséquents, même si elle était consciente des agressions en question (en conséquence, une victime du premier type). Le juge Brauer, s'exprimant au nom de la cour, a souligné qu'une agression est par définition non consensuelle et nocive et est préjudiciable en droit. Puisque la demanderesse a affirmé qu'elle ressentait une grande crainte au moment des agressions et qu'elle consentait aux actes du défendeur parce qu'elle le percevait comme étant plus grand et plus fort qu'elle, elle avait subi, à l'époque, un préjudice réglable par les voies de justice et indemnisable et la règle de la découverte tardive était donc inapplicable. Toutefois, la cour a expressément mentionné la possibilité d'appliquer la règle aux affaires du deuxième

cf. Lindabury v. Lindabury, 552 So.2d 1117 (Fla. App. 3 Dist. 1989).

Following this lead, several courts faced with Type 2 claims applied the delayed discovery rule. In the 1988 case of *Johnson v. Johnson*, *supra*, a federal district court recognized the dichotomy between the two classes of plaintiffs, but seemed to suggest that even in Type 1 cases the rule could be applied. In 1989, a California court of appeal developed the *dicta* from *DeRose*, *supra*, and applied the delayed discovery rule to toll the statute of limitations for a plaintiff who claimed incestuous abuse occurring until the age of five and repression of that memory until entering therapy in adulthood; *Mary D. v. John D.*, *supra*.

The Wisconsin Court of Appeals in *Hammer v. Hammer*, 418 N.W.2d 23 (Wis. App. 1987), broke new ground by applying the rule to a plaintiff who claimed to know of the sexual assault, but was unaware of the causal link between the abusive activity and later psychological and emotional injuries. In *Hammer* the plaintiff alleged that she had been sexually abused by her father on an average of three times a week between the ages of five and fifteen. The abuse was accompanied by threats and assertions that she had caused the incestuous activity and that it was her fault. Disclosure of the abuse to her mother was to no avail, and the plaintiff developed coping mechanisms and symptoms of psychological distress, including shame, embarrassment, guilt, self-blame, denial, depression, and dissociation from her experiences. Although the plaintiff never claimed she had forgotten the period of abuse, and despite harbouring some subjective doubts about the normality of her father's actions, "she had no information to a reasonable probability of the nature of her injuries or the facts with respect to their cause" (at p. 26). Indeed, it was only after the triggering event of her father's

type, dans les cas où une partie demanderesse allègue qu'elle a oublié les agressions sexuelles. Voir aussi l'arrêt *E.W. c. D.C.H.*, 754 P.2d 817 (Mont. 1988); *cf. Lindabury c. Lindabury*, 552 So.2d 1117 (Fla. App. 3 Dist. 1989).

Dans cette foulée, plusieurs tribunaux saisis de réclamations du deuxième type ont appliqué la règle de la découverte tardive. Dans la décision *Johnson c. Johnson*, précitée, de 1988, une cour fédérale de district a reconnu la dichotomie entre les deux catégories de parties demanderesses, mais a semblé laisser entendre que la règle pourrait être appliquée même aux cas du premier type. En 1989, une cour d'appel de Californie a développé l'opinion incidente tirée de la décision *DeRose*, précitée, et a appliquée la règle de la découverte tardive pour interrompre la prescription à l'égard d'une demanderesse qui soutenait avoir été victime d'inceste jusqu'à l'âge de cinq ans et avoir oublié cet épisode de sa vie jusqu'au moment où elle a commencé une thérapie à l'âge adulte; voir la décision *Mary D. c. John D.*, précitée.

Dans l'arrêt *Hammer c. Hammer*, 418 N.W.2d 23 (Wis. App. 1987), la Court of Appeals du Wisconsin a innové en appliquant la règle à une demanderesse qui prétendait être consciente des agressions sexuelles, mais non du lien de causalité entre ces agressions et des troubles psychologiques et émotifs ultérieurs. Dans *Hammer*, la demanderesse soutenait qu'elle avait, entre cinq et quinze ans, été agressée sexuellement par son père en moyenne trois fois par semaine. Les agressions s'accompagnaient de menaces et d'affirmations qu'elle était à l'origine de la relation incestueuse et que tout était de sa faute. La demanderesse avait parlé des agressions à sa mère, mais cela n'avait servi à rien; la demanderesse avait développé des moyens de faire face à la situation ainsi que des symptômes de troubles psychologiques, comme la honte, l'embarras, la culpabilité, le blâme de soi, la dénégation, la dépression et la dissociation de ses expériences. Bien que la demanderesse n'ait jamais prétendu avoir oublié la période des agressions et qu'elle ait eu des doutes personnels quant à la normalité des actes de son père, [TRADUCTION] «elle ne possédait aucun renseignement, d'une pro-

seeking custody of her minor sister that the plaintiff began to consider the nexus between the incest and her ongoing psychological problems. At that point she sought psychological counselling and began to understand the past and present impact of her father's abuse.

The court observed that the plaintiff had been misinformed and misled by the authority figure on whom she reasonably relied, and continued, at p. 27:

The policy justification for applying the statute of limitations to protect defendants from "the threat of liability for deeds in the past" is unpersuasive in incestuous abuse cases. . . . Victims of incest have been harmed because of a "most egregious violation of the parent/child relationship." . . . To protect the parent at the expense of the child works an "intolerable perversion of justice." . . . Further, "the injustice of barring meritorious claims before the claimant knows of the injury outweighs the threat of stale or fraudulent actions."

As a matter of law, the court found that a cause of action for incestuous abuse will not accrue until the victim discovers, or in the exercise of reasonable diligence should have discovered, the fact and cause of the injury. However, the court stopped short of deciding whether the facts in the case supported the application of the delayed discovery doctrine, preferring to remit this issue to the trial judge. See also *Doe v. LaBrosse*, 588 A.2d 605 (R.I. 1991).

In a 1989 decision, the Supreme Court of North Dakota upheld a trial judgment applying the delayed discovery rule in what appears to be a Type 1 situation; see *Osland v. Osland*, 442 N.W.2d 907 (N.D. 1989). The Supreme Court agreed with the trial judge who had found that severe emotional trauma experienced by the plain-

babilité raisonnable, sur la nature des préjudices qu'elle avait subis ou sur les faits qui les avaient causés» (à la p. 26). En fait, c'est seulement au moment où le père a cherché à obtenir la garde de sa sœur mineure que la demanderesse a commencé à faire le lien entre l'inceste et les problèmes psychologiques qu'elle éprouvait. C'est à ce moment qu'elle a cherché à obtenir l'assistance d'un psychologue et qu'elle a commencé à saisir les répercussions passées et actuelles des agressions de son père.

La cour a fait observer que la demanderesse avait été mal renseignée et qu'elle avait été induite en erreur par la personne en autorité à qui elle s'était fiée raisonnablement, et elle a poursuivi, à la p. 27:

[TRADUCTION] Dans les cas d'agressions incestueuses, on ne saurait invoquer la justification de principe de l'application de la prescription pour protéger les défendeurs «contre la menace de responsabilité découlant d'actes commis antérieurement». [...] Les victimes d'inceste ont subi un préjudice en raison d'une «violation des plus insignes de la relation entre parent et enfant.» [...] Protéger le parent au détriment de l'enfant constitue «une parodie intolérable de la justice.» [...] Par ailleurs, «l'injustice qu'il y a à empêcher des actions qui méritent d'être intentées, avant même que la demanderesse soit consciente du préjudice qu'elle a subi l'emporte sur la menace que présentent les actions périmées ou frauduleuses.»

Sur le plan du droit, la cour a statué qu'une cause d'action pourinceste ne prend naissance qu'au moment où la victime découvre ou aurait dû découvrir, si elle avait fait preuve de diligence raisonnable, le fait et la cause du préjudice subi. Toutefois, elle n'est pas allée jusqu'à décider si les faits de l'affaire justifiaient l'application de la règle de la découverte tardive, préférant renvoyer la question au juge de première instance. Voir aussi *Doe c. LaBrosse*, 588 A.2d 605 (R.I. 1991).

Dans un arrêt de 1989, la Cour suprême du Dakota du Nord a confirmé la décision d'un tribunal de première instance d'appliquer la règle de la découverte tardive à ce qui paraît être une situation du premier type; voir *Osland c. Osland*, 442 N.W.2d 907 (N.D. 1989). La Cour suprême a souscrit à l'opinion du juge de première instance

tiff resulted in her being unable to fully understand or discover her cause of action during the statutory limitations period. Accordingly, the court applied the discovery rule and allowed the action to proceed. In *Osland* the court expressly disapproved the majority judgment in *Tyson*, and declined to follow it. However, courts have been far from unanimous in rejecting the *Tyson* approach. Courts in Washington continue to follow *Tyson*; see *Raymond v. Ingram*, 737 P.2d 314 (Wash. App. 1987), and *Kaiser v. Milliman*, 747 P.2d 1130 (Wash. App. 1988). Courts in some other states also continue to be reluctant to apply the delayed discovery rule in Type 1 cases; see *Whatcott v. Whatcott*, 790 P.2d 578 (Utah App. 1990). Finally, a Nevada decision has followed an approach similar to the majority in *Tyson*, by demanding "clear and convincing evidence" of the sexual assault; see *Petersen v. Bruen*, 792 P.2d 18 (Nev. 1990).

In addition, there is another line of cases that falls outside the emerging typology genre. These cases arise in Michigan, and apply the disability provisions of the limitations statute to prevent tolling. The disability definition includes insanity, and these cases extend insanity to cover memory repression by incest victims; see *Meiers-Post v. Schafer*, 427 N.W.2d 606 (Mich. App. 1988), and *Nicolette v. Carey*, 751 F.Supp. 695 (W. D. Mich. 1990).

A recent case from California appears to reject the dichotomy between Type 1 and Type 2 cases, and suggests a new approach: awareness of the wrongfulness of the defendant's incestuous conduct. In *Evans v. Eckelman*, 265 Cal. Rptr. 605 (Cal. App. 1 Dist. 1990), the plaintiffs brought an action for childhood sexual abuse allegedly suffered at the hands of their foster parents. The court

qui avait conclu qu'en raison du grave traumatisme émotif subi par la demanderesse, celle-ci n'était pas en mesure de comprendre parfaitement ou de découvrir sa cause d'action à l'intérieur du délai de prescription imparti. En conséquence, la cour a appliqué la règle de la découverte et a autorisé la poursuite. Dans l'affaire *Osland*, la cour a expressément rejeté les motifs de la majorité dans *Tyson* et refusé de suivre cette décision. Toutefois, les tribunaux sont loin d'être unanimes à rejeter la méthode de la décision *Tyson*. Les tribunaux de l'État de Washington continuent de suivre la décision *Tyson*; voir *Raymond c. Ingram*, 737 P.2d 314 (Wash. App. 1987), et *Kaiser c. Milliman*, 747 P.2d 1130 (Wash. App. 1988). Dans d'autres États, les tribunaux continuent d'hésiter à appliquer la règle de la découverte tardive aux situations du premier type; voir *Whatcott c. Whatcott*, 790 P.2d 578 (Utah App. 1990). Enfin, dans une décision rendue au Nevada, un tribunal a adopté un point de vue semblable à celui de la majorité dans l'affaire *Tyson*, en exigeant [TRADUCTION] «une preuve claire et convaincante» de l'agression sexuelle; voir *Petersen c. Bruen*, 792 P.2d 18 (Nev. 1990).

De plus, il existe un autre courant jurisprudentiel qui s'écarte du genre de typologie qui se fait jour. Ce courant est observé au Michigan où les tribunaux appliquent les dispositions en matière d'incapacité contenues dans la loi sur la prescription pour empêcher l'interruption de son application. L'incapacité est définie comme incluant l'aliénation mentale et cette jurisprudence élargit la portée de l'aliénation mentale de manière à viser la perte de mémoire chez les victimes d'inceste; voir *Meiers-Post c. Schafer*, 427 N.W.2d 606 (Mich. App. 1988), *Nicolette c. Carey*, 751 F.Supp. 695 (W. D. Mich. 1990).

Un arrêt récent en Californie semble rejeter la dichotomie entre les affaires du premier type et celle du deuxième type, pour proposer une nouvelle solution: la conscience du caractère répréhensible de la conduite incestueuse du défendeur. Dans l'affaire *Evans c. Eckelman*, 265 Cal. Rptr. 605 (Cal. App. 1 Dist. 1990), les demanderesses avaient intenté contre leurs parents nourriciers une

found that the discovery rule for an action based on a parent or parental figure's sexual abuse will postpone the accrual of the cause of action until the plaintiff discovers or ought to have discovered the acts of molestation "and the wrongfulness of the conduct". In that case there were no allegations that the plaintiffs suppressed all memory of their childhood experiences, only that the psychological "blocking mechanisms" prevented them from perceiving the psychological injuries and their causal connection to the defendants' acts.

action pour les agressions sexuelles dont elles auraient été victimes pendant leur enfance. La cour a statué que la règle de la découverte applicable à une action pour agression sexuelle intentée contre un parent ou une personne qui assume la fonction de parent fait en sorte que la cause d'action ne prend naissance qu'au moment où la partie demanderesse découvre ou aurait dû découvrir les actes d'agression sexuelle [TRADUCTION] «et le caractère répréhensible de la conduite». Dans cette affaire, il n'existe aucun allégation que les demanderesses avaient oublié les expériences qu'elles avaient vécues pendant leur enfance; on affirmait seulement que les «mécanismes de blocage» mentaux les empêchaient de percevoir les préjudices psychologiques et le lien de causalité entre ceux-ci et les actes des défendeurs.

^d Voici ce qu'a dit la cour au sujet des circonstances spéciales entourant les poursuites pour agression incestueuse, aux pp. 608 et 609:

It has been widely recognized that the shock and confusion engendered by parental molestation, together with the parent's demands for secrecy, may lead a child to deny or block the traumatic events from conscious memory, or to turn the anger and pain inward so that the child blames himself or herself for the events. . . Even where memory of the events themselves is not suppressed, it may be some time before the victim can face the full impact of the acts.

^e [TRADUCTION] Il est généralement admis que le choc et la confusion engendrés par l'agression sexuelle commise par un parent qui exige aussi de l'enfant qu'il garde le secret peuvent conduire l'enfant à nier ou à éliminer de sa mémoire consciente les incidents traumatisants, ou encore à développer une colère et une souffrance intérieures qui amènent l'enfant à se blâmer lui-même pour ce qui s'est produit. . . Même si l'enfant garde le souvenir des incidents en question, il peut s'écouler un certain temps avant que la victime puisse se rendre compte de toute l'incidence des actes commis.

^f g

As a practical matter a young child has little choice but to repose his or her trust with a parent or parental figure. When such a person abuses that trust, he commits two wrongs, the first by sexually abusing the child, the second by using the child's dependency and innocence to prevent recognition or revelation of the abuse. This may be accomplished by enforcing secrecy around the acts or even by teaching the child that the sexual acts are normal or necessary to the relationship. As in the professional negligence cases, application of the delayed discovery rule would serve to prevent the molester from using the child's ignorance and trust to conceal the primary tort.

ⁱ En pratique, un jeune enfant ne peut que faire confiance à un parent ou à une personne qui assume la fonction de parent. La personne qui abuse de cette confiance commet deux méfaits, premièrement, en agressant sexuellement l'enfant, et deuxièmement, en se servant de la dépendance et de l'innocence de l'enfant pour empêcher la reconnaissance ou la révélation de l'agression commise. Pour y parvenir, l'adulte en question peut exiger de l'enfant qu'il garde secrets les actes ou même lui enseigner que les actes sexuels sont normaux ou nécessaires à la relation. Comme dans les cas de négligence professionnelle, l'application de la règle de la découverte tardive permettrait d'empêcher l'auteur de l'agression sexuelle de se servir de l'ignorance et de la confiance de l'enfant pour cacher le délit principal.

The court distinguished the prevailing California precedent, *DeRose*, *supra*, on the basis that it had not addressed the central point of whether the plaintiff was aware of the wrongfulness of the defendant's acts. It held that an awareness of wrongdoing is a prerequisite to accrual of the action under the delayed discovery rule.^a

La cour a affirmé que cette affaire se distinguait de la décision californienne prédominante *DeRose*, précitée, pour le motif que dans, cette dernière décision, on n'avait pas examiné la question essentielle de savoir si la demanderesse était consciente du caractère répréhensible des actes du défendeur. Elle a conclu que la conscience du méfait est une condition préalable de la naissance de la cause d'action en vertu de la règle de la découverte tardive.^b

In my view the approach taken by the court in *Evans v. Eckelman* cuts to the heart of the matter: when does the plaintiff become aware of the wrongful nature of the defendant's acts? Battery consists of wrongful touching, and it is the wrongfulness of the contact and its consequential effects that are the material facts the plaintiff must discover before her cause of action accrues. Much of the expert evidence given at trial in the present case was directed to the question of when the plaintiff, after reaching the age of majority, remembered or became aware of her childhood abuse. There was conflicting evidence as to whether the plaintiff could have an intellectual, but not an emotional awareness of the abuse. To my mind, no useful purpose is served by engaging in this metaphysical debate on the epistemology of discovery. In the end I am satisfied that the issue properly turns on the question of when the victim becomes fully cognizant of who bears the responsibility for her childhood abuse, for it is then that she realizes the nature of the wrong done to her.^c

À mon avis, la position adoptée par la cour dans l'arrêt *Evans c. Eckelman* touche le cœur du problème: quand le demandeur devient-il conscient du caractère répréhensible des actes du défendeur? Les voies de fait consistent en des attouchements répréhensibles et c'est le caractère répréhensible du contact et ses conséquences qui constituent les faits substantiels que le demandeur doit découvrir avant que prenne naissance sa cause d'action. En l'espèce, la majorité des témoignages d'experts présentés au procès ont porté sur la question de savoir quand la demanderesse, après avoir atteint l'âge de majorité, s'est souvenue ou est devenue consciente des agressions dont elle avait été victime pendant son enfance. Il existait une preuve contradictoire quant à savoir si la demanderesse pouvait avoir une connaissance intellectuelle, mais non émotive, des agressions. À mon avis, il ne sert à rien de s'engager dans un débat métaphysique sur l'épistémologie de la découverte. En définitive, je suis convaincu qu'il s'agit à juste titre de déterminer quand la victime en vient à savoir parfaitemen qui est responsable des agressions sexuelles dont elle a été victime pendant son enfance, car c'est à ce moment qu'elle se rend compte de la nature du mal qui lui a été causé.^d

I would note that a similar approach has recently been taken by a Canadian court. In *Gray v. Reeves* (1992), 64 B.C.L.R. (2d) 275 (S.C.), Hall J. concluded that the victim's recognition of the nexus between her injuries and the earlier incest is the point when time should begin to run against the victim. In that case the plaintiff was sexually assaulted by her uncle on approximately 15 occasions between the ages of four and twelve. She commenced action at the age of thirty, after receiv-

i
Je soulignerai qu'un point de vue similaire a été adopté récemment par un tribunal canadien. Dans la décision *Gray c. Reeves* (1992), 64 B.C.L.R. (2d) 275 (C.S.), le juge Hall a conclu que c'est à partir du moment où la victime reconnaît le lien entre les préjudices qu'elle a subis et l'inceste commis antérieurement que le délai de prescription devrait commencer à courir contre elle. Dans cette affaire, la demanderesse avait, entre quatre et douze ans, été agressée sexuellement par son oncle

ing therapy which identified the true cause of certain psychological problems suffered by the plaintiff during her adult life. This is clearly a "Type 1" case, as the plaintiff always remembered the assaults, had revealed the incestuous abuse to her family, and indeed had fought continuously to have her uncle excluded from family gatherings during her adult life. Nevertheless, the trial judge found as follows, at p. 306:

à environ 15 reprises. Elle a intenté son action à l'âge de 30 ans, après avoir suivi une thérapie qui lui a permis d'identifier la cause véritable de certains problèmes psychologiques éprouvés pendant sa vie adulte. Il s'agit clairement d'une situation du premier type étant donné que la demanderesse s'est toujours souvenue des agressions, qu'elle avait révélé l'existence des relations incestueuses à sa famille et qu'elle avait, en fait, continuellement cherché à faire exclure son oncle des réunions de famille pendant sa vie adulte. Néanmoins, le juge de première instance a tiré la conclusion suivante, à la p. 306:

c

Here, the plaintiff Ms. Gray knew from a very early age that the assaultive behaviour of her uncle, the defendant, was disgusting to her. She knew at least from the time when she was a teenager that these acts were wrong and she sought to protect younger children from any assaults by the defendant. I am of the view that the evidence in the case discloses that, although the plaintiff was repelled by the assaults, she had no reason to believe and did not believe that she had suffered any material harm, mental or physical, from the assaults. While she had these feelings of revulsion or repugnance to the activities of the defendant concerning herself or others, I am quite unable to find that she was able, until a point in time after the commencement of her therapy with Dr. Way in 1988, to perceive any link between the earlier wrongful conduct of the plaintiff and her depression and inability to establish a satisfactory relationship with a member of the opposite sex.

[TRADUCTION] En l'espèce, la demanderesse M^{me} Gray savait, depuis un très jeune âge, que le comportement incestueux de son onclé, le défendeur, la dégoûtait. Elle savait, au moins depuis son adolescence, que ces actes étaient répréhensibles et elle a cherché à protéger de jeunes enfants contre les agressions du défendeur. À mon avis, d'après les éléments de preuve présentés, même si les agressions dégoûtaient la demanderesse, elle n'avait aucun motif de croire et elle n'a pas cru que ces agressions lui avaient causé un préjudice mental ou physique important. Bien qu'elle ait éprouvé de la répulsion pour les actes que le défendeur avait commis à son égard ou à l'égard d'autres personnes, il m'est tout à fait impossible de conclure qu'elle pouvait, jusqu'à un certain moment après le début de sa thérapie avec le Dr Way en 1988, percevoir le lien entre la conduite répréhensible antérieure du défendeur et sa dépression et son incapacité d'établir une relation satisfaisante avec un membre du sexe opposé.

g

British Columbia's limitations legislation (*Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 236) is very different from the statute before us in the instant case. It creates a form of statutory reasonable discoverability test, and I note with interest that this legislation emphasizes the importance of professional treatment and advice by stating the test (s. 6(3)) as the knowledge of a reasonable person "having taken the appropriate advice". (The meaning of this provision has most recently been considered by the British Columbia's Court of Appeal in *Levitt v. Carr* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 58.) Despite the dif-

En Colombie-Britannique, la loi sur la prescription des actions (*Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 236) est fort différente de celle dont nous sommes saisis en l'espèce. Elle crée un genre de critère légal de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi, et je remarque avec intérêt que cette loi souligne l'importance du traitement et des conseils professionnels en formulant le critère (par. 6(3)) comme étant la connaissance qu'a une personne raisonnable [TRADUCTION] «ayant reçu les conseils appropriés». (La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a tout récemment examiné le sens de cette disposition dans l'arrêt *Levitt c. Carr* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 58.) Malgré les différences que les lois présentent, les conclusions

j

ferences in legislation, the conclusions of Hall J. in *Gray v. Reeves*, at p. 309, are worthy of note:

... it seems to me that the hypothetical reasonable person in the shoes of the plaintiff here would not have been acting sensibly in commencing an action until such a person came to appreciate that a wrong or wrongs that had occasioned significant harm to her wellbeing could be established.

This is essentially the test I propose in the instant case.

It is clear from the evidence and the scientific literature that a misapplied sense of responsibility is instrumental in conditioning the child victim to submit silently to the abuse, while at the same time serving as the catalyst for much of the consequential psychological and emotional damages that emerge over time. More importantly, though, it is the redirection of responsibility for the abuse to whom it properly belongs that initiates the therapeutic process, such that the victim becomes aware of the causal connection between her childhood history and resulting injuries. Summit, *supra*, put it succinctly in his article, at p. 183:

Without a consistent therapeutic affirmation of innocence, the victim tends to become filled with self-condemnation and self-hate for somehow inviting and allowing the sexual assaults.

In short, the issue of responsibility plays a pivotal role in both the genesis and the cessation of the harms caused by incestuous abuse.

The close connection between therapy and the shifting of responsibility is typical in incest cases. In my view, this observed phenomenon is sufficient to create a presumption that certain incest victims only discover the necessary connection between their injuries and the wrong done to them (thus discovering their cause of action) during some form of psychotherapy. I base this proposition on the scientific evidence presented at trial and to this Court which confirms a post-incest syndrome amongst incest survivors. If the evidence in a particular case is consistent with the typical fea-

que tire le juge Hall, à la p. 309 de l'arrêt *Gray c. Reeves*, méritent d'être mentionnées:

[TRADUCTION] ... il me semble que la personne raisonnable hypothétique dans la peau de la demanderesse, en l'espèce, n'aurait pas agi judicieusement en intentant une action avant de se rendre compte qu'elle pouvait prouver le ou les torts qui ont nui sensiblement à son bien-être.

^b C'est essentiellement le critère que je propose en l'espèce.

Il ressort clairement de la preuve et des ouvrages scientifiques qu'un sentiment inopportun de responsabilité contribue à conditionner l'enfant victime à se soumettre silencieusement aux agressions, tout en servant de catalyseur à une bonne partie des troubles psychologiques et émotifs qui se feront sentir avec le temps. Qui plus est toutefois, c'est la nouvelle imputation de la responsabilité à celui à qui elle incombe à juste titre qui déclenche le processus thérapeutique, de sorte que la victime devient consciente du lien de causalité entre l'expérience vécue pendant son enfance et les préjuges qui ont résulté. Voici ce qu'affirme succinctement à ce sujet Summit, *loc. cit.*, à la p. 183 de son article:

^f [TRADUCTION] Sans une affirmation thérapeutique constante d'innocence, la victime a tendance à se blâmer et à se détester pour avoir en quelque sorte provoqué et permis les agressions sexuelles.

^g Bref, la question de la responsabilité joue un rôle primordial en ce qui concerne à la fois le commencement et la fin des préjuges causés par les agressions sexuelles.

^h Les affaires d'inceste se caractérisent par l'existence d'un lien étroit entre la thérapie et le déplacement de la responsabilité. À mon avis, ce phénomène observé suffit à créer une présomption que c'est seulement en suivant une forme quelconque de psychothérapie que certaines victimes d'inceste découvrent le lien nécessaire entre les préjuges qu'elles ont subis et le mal qu'on leur a fait (et ainsi leur cause d'action). Je fonde cette proposition sur la preuve scientifique, présentée au procès et devant notre Cour, qui confirme l'existence du syndrome des victimes d'inceste. Si, dans une

tures of this syndrome, then the presumption will arise. Of course, it will be open to the defendant to refute the presumption by leading evidence showing that the plaintiff appreciated the causal link between the harm and its origin without the benefit of therapy.

Application to the Present Case

After hearing the evidence, the trial judge concluded that from the age of sixteen the appellant was aware that she had been wronged and had suffered adverse effects. I will not expound on the role of an appellate court when reviewing findings of fact. Here, in my view, the trial judge did not address himself to the critical issue — i.e., when did the appellant discover her cause of action in the sense of having a substantial awareness of the harm and its likely cause? With respect, the trial judge made no finding that the appellant had made the necessary connection at any time before entering therapy.

In my view, this is a case in which it can be presumed that the nexus between the appellant's injuries and incest was discovered only when the appellant received therapy. The evidence presented at trial shows the appellant to be a typical incest survivor. Her experiences as a child and later in life correspond closely to the symptoms of post-incest syndrome. As a child, she was subjected to the threats and bribes that enforce secrecy on the assaults. Her mental defence mechanism was dissociation, typical in incest cases. Later in life, her attempts at disclosure were met with scepticism, denial and evasion, again a typical feature of post-incest syndrome. As an adult she suffers from depression and difficulty with intimate relation-

affaire donnée, la preuve fait ressortir les éléments caractéristiques du syndrome, il y a alors application de la présomption. Il va sans dire qu'il est loisible au défendeur de réfuter la présomption en présentant des éléments de preuve établissant que la demanderesse était, sans le bénéfice de la thérapie, consciente du lien de causalité entre le préjudice subi et son origine.

b Application à la présente affaire

Après avoir entendu la preuve, le juge de première instance a conclu que l'appelante était, depuis l'âge de seize ans, consciente qu'elle avait fait l'objet d'un mauvais traitement qui avait eu sur elle des effets préjudiciables. Je ne m'étendrai pas sur le rôle que joue une cour d'appel en examinant des conclusions de fait. J'estime qu'en l'espèce le juge de première instance n'a pas abordé la question cruciale qui est de savoir quand l'appelante a-t-elle découvert sa cause d'action au sens d'être réellement consciente du préjudice subi et de sa cause probable? En toute déférence, le juge de première instance n'a pas conclu que l'appelante avait fait le lien nécessaire, à quelque moment que ce soit avant de suivre une thérapie.

À mon avis, il s'agit d'un cas où l'on peut présumer que l'appelante a découvert le lien entre les préjudices qu'elle a subis et l'inceste seulement lorsqu'elle a reçu une aide thérapeutique. D'après les éléments de preuve présentés au procès, l'appelante est une victime type d'inceste. Les expériences qu'elle a vécues pendant son enfance et plus tard au cours de sa vie correspondent étroitement aux symptômes du syndrome des victimes d'inceste. Pendant son enfance, l'appelante a fait l'objet de menaces et a reçu des récompenses visant à garder secrètes les agressions. Son mécanisme de défense mental était la dissociation, qui est typique dans les cas d'inceste. Plus tard au cours de sa vie, lorsqu'elle a tenté de révéler l'existence des agressions, ses propos ont été accueillis avec scepticisme, dénégation et d'une manière évasive, encore un élément caractéristique du syndrome des victimes d'inceste. Au cours de sa vie adulte, l'appelante a souffert de dépression et éprouvé des difficultés à établir des relations

ships, which are classic symptoms of the syndrome.

Aside from the presumption available to the appellant, the evidence overwhelmingly indicates that she did not make the causative link between her injuries and childhood history until she received therapeutic assistance, and the evidence proffered to the contrary was entirely speculative. In any event there was no direct evidence to overcome the presumption that the appellant's therapy was the triggering event for discovering her cause of action. As such, the statute of limitations did not begin to run against her until that time, and this action was commenced within all relevant statutory limitation periods. On this basis, together with the reasons which follow, I would allow the appeal and restore the jury's verdict both as to liability and damages.

I cannot leave this topic without adding my voice to the chorus calling for reform in this area of limitations law. I note that a recent consultation draft prepared by the Attorney General of Ontario has proposed the abolition of limitation periods in cases of incestuous sexual assault: A Consultation Draft of the General Limitations Act, s. 18(h), in "Recommendations for a New Limitations Act", Report of the Limitations Act Consultation Group. As well, British Columbia has recently amended its *Limitation Act* to permit survivors of childhood sexual abuse to pursue legal action at any time; see *Limitation Amendment Act, 1992*, S.B.C. 1992, c. 44. In light of the existing evidence on the nature and extent of the problems faced by incest survivors, these are welcome developments.

Fraudulent Concealment

The appellant raises for the first time in this Court the ground of fraudulent concealment as an alternative basis for postponing the limitations period. The respondent counters that this argument

intimes, lesquelles sont des symptômes classiques du syndrome.

À part la présomption dont peut se prévaloir l'appelante, il y a une preuve accablante qui indique qu'elle n'a établi le lien de causalité entre les préjudices qu'elle a subis et les expériences qu'elle a vécues pendant son enfance que lorsqu'elle a reçu une aide thérapeutique, et tous les éléments de preuve contraires qui ont été présentés ne sont que pures hypothèses. Quoi qu'il en soit, aucune preuve directe n'a été présentée pour réfuter la présomption que c'est la thérapie de l'appelante qui l'a amenée à découvrir sa cause d'action. Ainsi, le délai de prescription n'a commencé à courir qu'à ce moment-là et la présente action a été intentée à l'intérieur de tout délai de prescription applicable. Pour ce motif et pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le verdict du jury quant à la responsabilité et aux dommages-intérêts.

Je ne puis clore le sujet sans unir ma voix à celle des gens qui réclament une réforme dans ce domaine du droit de la prescription des actions. Je souligne que, dans un récent avant-projet de consultation préparé par le procureur général de l'Ontario, on propose l'abolition des délais de prescription dans les cas d'agressions sexuelles incestueuses: A Consultation Draft of the General Limitations Act, al. 18h), dans «Recommendations for a New Limitations Act», Report of the Limitations Act Consultation Group. De même, la Colombie-Britannique a modifié récemment sa loi en matière de prescription afin de permettre aux personnes qui ont été agressées sexuellement pendant leur enfance d'intenter une action en justice n'importe quand: voir *Limitation Amendment Act, 1992*, S.B.C. 1992, ch. 44. Compte tenu de la preuve existante concernant la nature et l'étendue des problèmes auxquels doivent faire face les victimes d'inceste, ces progrès arrivent à point.

La dissimulation frauduleuse

L'appelante soulève pour la première fois devant notre Cour la dissimulation frauduleuse comme motif subsidiaire de reporter le moment où le délai de prescription commence à courir. L'in-

should be rejected because it was not advanced before the trial judge, and because the Court of Appeal declined to add the issue as a ground of appeal. The respondent argues that the Court of Appeal was correct in so deciding for two reasons. First, the trial might have been conducted differently if the allegation of concealment had been put in issue. As well, the respondent agreed to exclude certain evidence from the record both before the Court of Appeal and in this Court on the basis that fraudulent concealment would not be put in issue.

timé réplique que cet argument devrait être rejeté parce qu'il n'a pas été soulevé devant le juge de première instance et que la Cour d'appel a refusé de l'ajouter comme moyen d'appel. L'intimé soutient que cette décision de la Cour d'appel était justifiée pour deux motifs. Premièrement, le déroulement du procès aurait pu être différent si la question de la dissimulation y avait été soulevée. Par ailleurs, l'intimé a accepté d'exclure certains éléments de preuve du dossier qu'il a déposé devant la Cour d'appel et devant notre Cour pour le motif que la question de la dissimulation frauduleuse ne serait pas soulevée.

I share the concern of the Court of Appeal that a fresh issue should not be raised for the first time on appeal unless the evidence at trial can fairly support the appellate court's consideration of that issue. It decided this point in a judgment prior to the hearing on the other issues, and a separate judgment was rendered. That judgment has not been appealed to this Court. Moreover, the appellant's application for leave to appeal does not mention fraudulent concealment as a ground of appeal. Indeed, the respondent received notice of this issue only upon receipt of the appellant's appeal factum. Given the respondent's apparent belief that this issue had been abandoned, it would be unfair to entertain the issue at this stage.

À l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis qu'une nouvelle question ne devrait pas être soulevée pour la première fois en appel sauf si les éléments de preuve déposés au procès peuvent raisonnablement justifier l'examen de cette question par la cour d'appel. La Cour d'appel a tranché ce point dans une décision distincte rendue préalablement à l'audition des autres questions. Cette décision n'a pas été portée en appel devant notre Cour. Du reste, la demande d'autorisation de pourvoi de l'appelante ne fait pas état de la dissimulation frauduleuse comme motif d'appel. En effet, l'intimé a été avisé que cette question serait soulevée seulement au moment où il a reçu le mémoire d'appel de l'appelante. Puisque l'intimé croyait apparemment que cette question avait été abandonnée, il serait injuste de l'examiner à ce stade.

Although fraudulent concealment is not available to the appellant as an independent ground of appeal, it is still open to this Court to consider the factual question of concealment as it relates to both the reasonable discoverability question considered earlier and to the breach of fiduciary duty to be discussed later. To the extent that concealment is relevant to these issues, it is not unfair to the respondent that it be considered at this stage. At trial, once the jury had found as a fact that sexual abuse had occurred, certain evidence on concealment then became relevant to the limitations motion heard by the trial judge, and it was open to the respondent to refute or challenge this evidence at that time. I am referring here in particular to the plaintiff's testimony that her father had never

Bien que l'appelante ne puisse pas invoquer la dissimulation frauduleuse comme moyen d'appel indépendant, il est loisible à notre Cour d'examiner la question factuelle de la dissimulation dans la mesure où elle se rapporte à la question de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi, que j'ai déjà examinée, et à celle du manquement à une obligation fiduciaire que j'examinerai plus loin. Dans la mesure où la question de la dissimulation se rapporte à ces questions, il n'est pas injuste pour l'intimé qu'elle soit examinée à ce stade. Au procès, lorsque le jury est arrivé à la conclusion de fait qu'il y avait eu agression sexuelle, certains éléments de preuve sur la dissimulation sont alors devenus pertinents relativement à la requête en rejet pour cause de prescription enten-

admitted the wrongfulness of his conduct to her, and to Dr. McKie's report showing that the respondent had denied the incest and forced the appellant to lie to Dr. McKie to assist in the concealment.

While not of assistance to the appellant in this instance, the doctrine of fraudulent concealment may impact on limitations questions in other incest cases. For this reason, I propose to comment on the issues argued before us, with a view to clarifying the law. In my view, two doctrinal issues must be resolved. The first concerns the scope of fraudulent concealment. Does it apply only to actions in equity, or can it also assist a plaintiff who seeks to postpone a limitation period at common law? The question is of some importance in incest cases, where the plaintiff may claim both in tort and for breach of a fiduciary duty. The second issue is the meaning of fraudulent concealment, and in particular whether incest cases fall within its compass.

To understand the scope of fraudulent concealment in modern times, it is necessary to delve into its origins. Historically, both common law and equity took account of fraudulent concealment when applying limitation periods. If the plaintiff was unaware of his cause of action owing to the wrong of the defendant, both courts would refuse to allow a limitations defence. I should perhaps draw attention to the fact (more fully discussed later) that limitation periods did not in earlier times in strictness apply to equity. It was not until 1833 that any English statute imposed express limitations on equitable actions; see *Halsbury's Laws of England* (2nd ed., vol. 20, para. 1041, note (p)). But equity applied them by analogy in certain circumstances. In both courts, the basis for injecting

due par le juge de première instance, et il était alors loisible à l'intimé de réfuter ou de contester ces éléments de preuve. Je me reporte particulièrement ici au témoignage de la demanderesse selon

- a* lequel son père n'a jamais reconnu le caractère répréhensible de sa conduite envers elle, ainsi qu'au rapport du Dr McKie qui démontre que l'intimé avait nié l'existence de l'inceste et forcé l'appelante à mentir au Dr McKie pour l'aider à dissimuler l'existence de l'inceste.

Bien que la règle de la dissimulation frauduleuse ne soit pas utile à l'appelante en l'espèce, elle peut

- c* avoir une incidence sur les questions de prescription dans d'autres cas d'inceste. C'est pourquoi je me propose de commenter les questions débattues devant nous, afin de clarifier le droit applicable. À mon avis, il faut répondre à deux questions théoriques. La première concerne la portée de la dissimulation frauduleuse. Peut-elle s'appliquer seulement aux actions en *equity* ou peut-elle être utile au demandeur qui cherche à faire reporter le moment où commence à courir un délai de prescription en common law? Cette question revêt une certaine importance dans les cas d'inceste où la partie demanderesse peut intenter une action fondée à la fois sur la responsabilité délictuelle et sur le manquement à une obligation fiduciaire. La deuxième question concerne le sens de la dissimulation frauduleuse et, en particulier, la question se savoir si elle englobe les cas d'inceste.

g Pour saisir la portée de la dissimulation frauduleuse de nos jours, il faut en examiner les origines. Historiquement, la common law et l'*equity* tenaient compte de la dissimulation frauduleuse dans l'application des délais de prescription. Si le demandeur n'était pas conscient que sa cause d'action était imputable à la faute du défendeur, les tribunaux d'*equity* et ceux de common law refusaient d'autoriser un moyen de défense fondé sur la prescription. Je devrais peut-être attirer l'attention sur le fait (que j'analyserai plus à fond ultérieurement) qu'au début les délais de prescription n'étaient pas à strictement parler applicables en *equity*. Ce n'est qu'en 1833 qu'une loi anglaise a imposé des délais explicites de prescription relativement aux actions fondées sur l'*equity*; voir *Halsbury's Laws of*

fraudulent concealment into the limitations analysis was the underlying jurisdiction over fraud claimed by both common law and chancery. Fraud was more central to equity's jurisdiction, as says the famous couplet attributed to Sir Thomas More: "Three things are apt to be helpt in Conscience, Fraud, Accident and things of Confidence"; see Meagher, Gummow and Lehane, *Equity Doctrines and Remedies* (2nd ed. 1984), at p. 326. Not surprisingly then, equity developed fraud well beyond its common law parameters. Inevitably, fraudulent concealment in equity came to be considerably broader in scope than its common law equivalent. Before the fusion of the courts of equity and common law, this disparity created problems in cases where a concurrent remedy was available from either court. The problem is thus explained in *Halsbury's, supra*, para. 771, note (c):

Before the Judicature Act, 1873 (36 & 37 Vict. c. 66), there was a variance between courts of law and courts of equity as to the effect of the fraudulent concealment of the cause of action in those cases where there was a concurrent remedy both at common law and in equity; the courts of common law holding that in spite of such concealment the statute ran from the time when the cause of action arose, except when the concealment was of itself an actionable wrong . . . the courts of equity holding that the statute in such cases ran from the time of the discovery only . . .

Thus the application of fraudulent concealment varied depending upon which court entertained the claim. The common law courts would only achieve the same result as in equity in those cases where the concealment itself was actionable fraud. Given

England (2^e éd., vol. 20, par. 1041, note (p)). Mais l'*equity* les appliquait par analogie dans certaines circonstances. C'est parce que les tribunaux de common law et d'*equity* prétendaient avoir une compétence sous-jacente en matière de fraude que la dissimulation frauduleuse était insérée dans l'analyse de la question de la prescription devant ces tribunaux. La fraude se rapprochait davantage de la compétence en *equity*, comme l'indiquent les célèbres propos attribués à sir Thomas More: [TRA-DUCTION] «Trois choses sont susceptibles de redressement pour les tribunaux qui font appel à la conscience, la fraude, l'accident et les affaires de confiance»; voir Meagher, Gummow et Lehane, *Equity Doctrines and Remedies* (2^e éd. 1984), à la p. 326. Il n'est donc pas étonnant que le concept de la fraude ait, en *equity*, évolué d'une façon beaucoup plus poussée qu'en common law. La dissimulation frauduleuse en est venue inévitablement, en *equity*, à avoir une portée beaucoup plus générale que son équivalent en common law. Avant la fusion des tribunaux d'*equity* et de common law, cette disparité créait des problèmes dans les cas où un redressement pouvait être obtenu à la fois de l'un ou l'autre tribunal. Voici comment *Halsbury's, op. cit.*, au par. 771, note (c), explique ce problème:

[TRA-DUCTION] Avant l'adoption de la Judicature Act, 1873 (36 & 37 Vict. ch. 66), les tribunaux de common law et les tribunaux d'*equity* ne s'accordaient pas sur l'effet de la dissimulation frauduleuse de la cause d'action dans les cas où un redressement pouvait être obtenu à la fois en common law et en *equity*; les tribunaux de common law affirmaient qu'en dépit d'une telle dissimulation, le délai de prescription commençait à courir au moment de la naissance de la cause d'action, sauf si la dissimulation constituait elle-même un méfait donnant ouverture à un droit d'action [...] les tribunaux d'*equity* affirmaient qu'en pareils cas le délai commençait à courir seulement à partir du moment de la découverte du préjudice . . .

Ainsi, l'application de la dissimulation frauduleuse variait selon le tribunal saisi de l'action. C'est seulement dans les cas où la dissimulation frauduleuse elle-même constituait une fraude donnant ouverture à un droit d'action que les tribunaux de common law parvenaient au même résultat que ceux d'*equity*. Compte tenu de l'interprétation restreinte

the narrow conception of "fraud" at common law, an equivalent result was relatively rare.

After the *Judicature Act*, the fused courts at first maintained a distinction between equitable and common law fraudulent concealment, but this dichotomy gradually broke down. The sequence of events is well described in *Halsbury's, supra*, vol. 20, para. 771, note (c). It began with *Gibbs v. Guild* (1882), 9 Q.B.D. 59 (C.A.), where it was held that the effect of fusion was to cause the equitable rule to prevail in all cases in which before the *Judicature Act* there had been a concurrent remedy at common law and equity. This settled the issue for concurrent causes of action, but left uncertain the application of the equitable rule in actions falling solely within common law jurisdiction. However, in a series of later cases the courts moved to the broader conclusion that the equitable rule applied in all cases; see *Armstrong v. Milburn* (1886), 54 L.T. 723 (C.A.); *Oelkers v. Ellis*, [1914] 2 K.B. 139; *Lynn v. Bamber*, [1930] 2 K.B. 72. In *Legh v. Legh* (1930), 143 L.T. 151, Mackinnon J. reviewed this progression of cases, and remarked, at p. 153:

... the result of the Judicature Act 1873, s. 24 (sub-sct. (4) in particular) was that the common law imported the equitable doctrine that where delay had been due not to mere laches on the part of the plaintiff but to the fact that he had been ignorant of the cause of action because of the fraud of the defendant, then the statute would only run against him from the time when he discovered the existence of the cause of action.

An excellent discussion of this history is found in a contemporary text, Brunyate, *Limitation of Actions in Equity*, c. 2; see also Brunyate, "Fraud and the Statutes of Limitations" (1930), 4 Camb. L.J. 174. These scholarly works trace the shift towards equity's dominant role, although the author expresses reservations about the technical basis for these developments.

donnée au terme «fraude» en common law, il était relativement rare qu'on obtienne un résultat équivalent.

Après l'adoption de la *Judicature Act*, les tribunaux fusionnés ont d'abord maintenu une distinction entre la dissimulation frauduleuse en *equity* et celle en common law, mais cette dichotomie a progressivement disparu. La suite des événements est bien décrite dans *Halsbury's, op. cit.*, vol. 20, par. 771, note (c). Tout a commencé avec l'arrêt *Gibbs c. Guild* (1882), 9 Q.B.D. 59 (C.A.), où on a statué que la fusion avait pour effet de faire prévaloir la règle d'*equity* dans tous les cas où, avant l'adoption de la *Judicature Act*, un redressement pouvait être obtenu à la fois en common law et en *equity*. Cela réglait le problème en ce qui concernait les causes d'action simultanées, mais l'application de la règle d'*equity* aux actions relevant seulement de la compétence de common law demeurait incertaine. Toutefois, dans une série de décisions ultérieures, les tribunaux ont tiré la conclusion plus générale que la règle d'*equity* s'appliquait dans tous les cas; voir *Armstrong c. Milburn* (1886), 54 L.T. 723 (C.A.); *Oelkers c. Ellis*, [1914] 2 K.B. 139; *Lynn c. Bamber*, [1930] 2 K.B. 72. Dans *Legh c. Legh* (1930), 143 L.T. 151, le juge Mackinnon a examiné cette évolution de la jurisprudence et a fait remarquer, à la p. 153:

[TRADUCTION] ... l'adoption de l'art. 24 (par. (4) notamment) de la Judicature Act 1873 a eu pour effet d'introduire dans la common law la règle d'*equity* selon laquelle, dans le cas où le retard est attribuable non pas au simple manque de diligence du demandeur, mais au fait que celui-ci n'était pas au courant de la cause d'action en raison de la fraude du défendeur, le délai de prescription ne commence à courir qu'au moment où le demandeur découvre l'existence de la cause d'action.

On trouve une excellente analyse de cet historique en la matière dans l'ouvrage contemporain de Brunyate, intitulé *Limitation of Actions in Equity*, ch. 2; voir aussi Brunyate, «Fraud and the Statutes of Limitations» (1930), 4 Camb. L.J. 174. Ces ouvrages de doctrine retracent l'évolution vers le rôle dominant de l'*equity*, quoique l'auteur exprime des réserves au sujet du fondement technique de cette évolution.

Canadian courts wholeheartedly adopted the emerging English position, and in several cases the equitable doctrine was imported into the common law. In *Underwriters' Survey Bureau v. Massie & Renwick Ltd.*, [1938] 2 D.L.R. 31 (Ex. Ct.), Maclean J. considered the English cases and applied the equitable doctrine in what was clearly an action at law for conversion and copyright infringement. On appeal to this Court, the application of fraudulent concealment was approved (*Massie & Renwick Ltd. v. Underwriters' Survey Bureau*, [1940] S.C.R. 218). A similar approach is revealed in *Pigott v. Nesbitt Thomson & Co.*, [1939] O.R. 66 (C.A.), aff'd [1941] S.C.R. 520.

In Canada and England, then, the importation of the equitable doctrine into the common law is settled. I am aware, of course, that there appears to be continuing uncertainty in certain parts of the Commonwealth. In Australia, for example, at least one text suggests that fraudulent concealment remains a purely equitable doctrine with no application to the common law; see Meagher, Gummow and Lehane, *supra*, at pp. 746-49. However, as noted, there are no such reservations here. The English and Canadian authorities demonstrate that concealment at common law long ago merged with the substance of equitable concealment. The least that can be said is that it has developed to the point of being consistent with it. Such mingling of law and equity is entirely appropriate, as I argued in a different context in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at pp. 587-88. It is desirable, indeed inevitable, for the two great branches of our judicial law systems to borrow from one another to achieve just and reasonable results and consistency over time.

One final point needs to be added to this historical sketch. In 1939 England's *Limitation Act*, 1939, 1939 (Eng.), c. 21, codified the existing law

Les tribunaux canadiens ont adopté sans réserve la position anglaise qui se faisait jour et ont, dans plusieurs arrêts, introduit la règle d'*equity* dans la common law. Dans *Underwriters' Survey Bureau c. Massie & Renwick Ltd.*, [1938] 2 D.L.R. 31 (C. de l'É.), le juge Maclean a examiné la jurisprudence anglaise et appliqué la règle d'*equity* à ce qui constituait clairement une action de common law pour appropriation illégitime et violation du droit d'auteur. Dans le pourvoi interjeté devant notre Cour, l'application de la dissimulation frauduleuse a été approuvée (*Massie & Renwick Ltd. v. Underwriters' Survey Bureau*, [1940] R.C.S. 218). Un point de vue similaire a été adopté dans *Pigott c. Nesbitt Thomson & Co.*, [1939] O.R. 66 (C.A.), conf. par [1941] R.C.S. 520.

Au Canada et en Angleterre, la question de l'introduction de la règle d'*equity* dans la common law est donc réglée. Il va sans dire que je suis conscient qu'il semble subsister une incertitude dans certaines parties du Commonwealth. En Australie, par exemple, il est dit dans au moins un ouvrage que la règle de la dissimulation frauduleuse relève purement de l'*equity* et ne s'applique pas à la common law; voir Meagher, Gummow et Lehane, *op. cit.*, aux pp. 746 à 749. Toutefois, comme je l'ai mentionné, il n'existe aucune réserve de cette nature au Canada. La jurisprudence anglaise et canadienne démontre que la dissimulation en common law s'est depuis longtemps fusionnée, pour l'essentiel, avec la dissimulation en *equity*. Le moins que l'on puisse dire c'est qu'elle a évolué au point de devenir compatible avec elle. Ce mélange de la common law et de l'*equity* est tout à fait approprié, comme je l'ai affirmé dans un contexte différent dans l'arrêt *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, aux pp. 587 et 588. Il est souhaitable, voire même inévitable, que les deux grandes branches de nos systèmes judiciaires empruntent l'une de l'autre en vue d'atteindre des résultats justes et raisonnables et l'uniformité avec le temps.

Il est nécessaire d'ajouter une dernière remarque à cet aperçu historique. En 1939, la *Limitation Act*, 1939 d'Angleterre, 1939 (Angl.), ch. 21, a codifié

of fraudulent concealment, and s. 26 reads as follows:

26. Where, in the case of any action for which a period of limitation is prescribed by this Act . . .

(b) the right of action is concealed by the fraud of [the defendant or his agent]

le droit existant en matière de dissimulation frauduleuse et l'art. 26 se lit ainsi:

[TRADUCTION] **26.** Dans le cas où la présente loi établit un délai de prescription pour une action, si . . .

b) le droit d'action a été dissimulé par la fraude du défendeur ou de son mandataire

the period of limitation shall not begin to run until the plaintiff has discovered the fraud . . . or could with reasonable diligence have discovered it . . .

Thus in England plaintiffs at common law have since 1939 been entitled by statute to benefit from the equitable doctrine of fraudulent concealment. Similar legislation has been enacted in several Canadian jurisdictions (e.g., s. 6 of Alberta's *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, c. L-15) but not in Ontario. In light of this development, a reading of cases since 1939 must be approached with caution; typically, they speak of "fraudulent concealment" in its statutory sense. As we shall see, however, the English courts have applied the old equitable doctrine in interpreting this new legislation. The current situation in England is thus expressed in *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 28, para. 916, at p. 411:

Before the fusion of courts of law and equity there was a variance between them as to the effect of fraudulent concealment of a cause of action in those cases where there were concurrent remedies at law and in equity; at law the limitation period in personal actions or contract ran from the time when the cause of action arose unless its concealment was an actionable wrong, but in equity time ran only from the date of discovery of a cause of action fraudulently concealed. After the fusion of the courts of law and equity the equitable doctrine applied in all cases, and it has not been expressly negatived by the Limitation Act 1939, although the relevant provi-

c le délai de prescription ne commence à courir que lorsque le demandeur a découvert la fraude [...] ou lorsqu'il aurait pu la découvrir s'il avait fait preuve de diligence raisonnable . . .

d Ainsi, depuis 1939 en Angleterre, une loi confère aux demandeurs en common law le droit de bénéficier de l'application la règle d'*equity* de la dissimulation frauduleuse. Des dispositions législatives similaires ont été adoptées dans plusieurs ressorts canadiens (par ex., l'art. 6 de la *Limitation of Actions Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, ch. L-15), mais pas en Ontario. Compte tenu de cette évolution, les arrêts rendus depuis 1939 doivent être analysés avec prudence; on y parle habituellement de «dissimulation frauduleuse» au sens légal. Toutefois, comme nous le verrons, les tribunaux anglais ont appliqué l'ancienne règle d'*equity* pour interpréter cette nouvelle loi. Voici comment est exposée la situation actuelle en Angleterre dans *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 28, g par. 916, à la p. 411:

[TRADUCTION] Avant d'être fusionnés, les tribunaux de common law et les tribunaux d'*equity* ne s'accordaient pas sur l'effet de la dissimulation frauduleuse de la cause d'action dans les cas où un redressement pouvait être obtenu à la fois en common law et en *equity*; en common law, le délai de prescription applicable aux actions personnelles ou contractuelles commençait à courir au moment de la naissance de la cause d'action, i sauf si la dissimulation de cette cause d'action constituait un méfait donnant ouverture à un droit d'action; mais en *equity*, le délai commençait à courir seulement à partir du moment de la découverte d'une cause d'action frauduleusement dissimulée. Après la fusion des tribunaux de common law et d'*equity*, la règle d'*equity* est devenue applicable dans tous les cas, ce que la Limitation Act de 1939 n'a pas expressément contredit, même j

sions of that Act substantially supersede the equitable doctrine.

In the result, whether proceeding under a statute like s. 26 of the English *Limitation Act, 1939* or under the common law, fraudulent concealment (when applicable) will toll the limitation of either a common law or equitable claim until the time the plaintiff can reasonably discover her cause of action.

There remains the issues of determining the meaning of fraudulent concealment, and its application to cases of incest. In my view, incest cases will often be amenable to the application of fraudulent concealment as an answer to a limitations defence. Incest takes place in a climate of secrecy, and the victim's silence is attained through various insidious measures. As we have seen, these actions by the perpetrator of the incest condition the victim to conceal the wrong from herself. The fact that the abuser is a trusted family authority figure in and of itself masks the wrongfulness of the conduct in the child's eyes, thus fraudulently concealing her cause of action. On this basis, I am satisfied that fraudulent concealment can be applied in incest cases.

The leading modern authority on the meaning of fraudulent concealment is *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241 (C.A.), where Lord Evershed, M.R. stated, at p. 249:

It is now clear . . . that the word "fraud" in s. 26(b) of the Limitation Act, 1939, is by no means limited to common law fraud or deceit. Equally, it is clear, having regard to the decision in *Beaman v. A.R.T.S., Ltd.*, [1949] 1 All E.R. 465, that no degree of moral turpitude is necessary to establish fraud within the section. What is covered by equitable fraud is a matter which LORD HARDWICKE did not attempt to define two hundred years ago, and I certainly shall not attempt to do so now, but it is, I think, clear that the phrase covers conduct which, having regard to some special relationship between the

si les dispositions pertinentes de cette loi supplantent sensiblement la règle d'equity.

En définitive, peu importe que l'on procède en vertu d'une disposition comme l'art. 26 de la *Limitation Act, 1939* d'Angleterre ou en vertu de la common law, la dissimulation frauduleuse (lorsqu'elle s'applique) interrompt la prescription d'une action fondée sur la common law ou l'*equity* jusqu'au moment où la partie demanderesse peut raisonnablement découvrir sa cause d'action.

Il reste à déterminer la question du sens de la dissimulation frauduleuse et celle de son application aux cas d'inceste. À mon avis, il peut souvent arriver, dans les cas d'inceste, que l'on oppose la dissimulation frauduleuse à la prescription invoquée comme moyen de défense. L'inceste est commis sous le voile du secret et le silence de la victime est souvent obtenu par divers moyens insidieux. Comme nous l'avons vu, les actes accomplis par l'auteur de l'inceste conditionnent la victime à se cacher à elle-même le tort qu'elle subit. Le fait que l'agresseur soit un membre de la famille en qui on a toute confiance contribue à masquer le caractère répréhensible de la conduite aux yeux de l'enfant, d'où la dissimulation frauduleuse de sa cause d'action. Pour ce motif, je suis convaincu que la dissimulation frauduleuse peut s'appliquer aux cas d'inceste.

L'arrêt de principe moderne sur le sens de la dissimulation frauduleuse est *Kitchen c. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241 (C.A.), dans lequel le maître des rôles lord Evershed affirme, à la p. 249:

[TRADUCTION] Il est maintenant évident [...] que le terme «fraude» employé à l'al. 26b) de la Limitation Act, 1939, n'est aucunement limité à une tromperie ou à une fraude de common law. Il est également clair, compte tenu de l'arrêt *Beaman c. A.R.T.S., Ltd.*, [1949] 1 All E.R. 465, qu'aucun degré de turpitude morale n'est nécessaire pour prouver qu'il y a fraude au sens de l'article. Ce que vise la fraude d'*equity* est une chose que LORD HARDWICKE n'a pas tenté de définir il y a deux cents ans et que je ne tenterai certainement pas de définir maintenant; toutefois, j'estime qu'il est clair que cette expression vise une conduite qui, compte tenu de la relation spéciale qui existe entre les parties concer-

two parties concerned, is an unconscionable thing for the one to do towards the other. [Emphasis added.]

While stated in the context of statutory "fraud", I have no doubt that this formulation is drawn from the ancient equitable doctrine and is applicable to today's common law concept of fraudulent concealment. I note also that Lord Evershed's formulation has been adopted by this Court; see *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335. What is clear from *Kitchen* and *Guerin* is that "fraud" in this context is to be given a broad meaning, and is not confined to the traditional parameters of the common law action.

The factual basis for fraudulent concealment is described in *Halsbury's*, 4th ed., vol. 28, para. 919, at p. 413, in this way:

It is not necessary, in order to constitute fraudulent concealment of a right of action, that there should be active concealment of the right of action after it has arisen; the fraudulent concealment may arise from the manner in which the act which gives rise to the right of action is performed. [Emphasis added.]

In my view incest falls within the second category outlined in this passage, i.e., concealment arising at the time the right of action arises. As I have stated, it is the very nature of an incestuous assault that tends to conceal its wrongfulness from the victim.

There is an important restriction to the scope of fraudulent concealment, which *Halsbury's*, 4th ed., vol. 28, para. 919, at p. 413, describes as follows:

In order to constitute such a fraudulent concealment as would, in equity, take a case out of the effect of the statute of limitation, it was not enough that there should be merely a tortious act unknown to the injured party, or enjoyment of property without title, while the rightful owner was ignorant of his right; there had to be some abuse of a confidential position, some intentional imposition, or some deliberate concealment of facts.

nées, est une iniquité de la part de l'une envers l'autre.
[Je souligne.]

Même si cette formulation se situe dans le contexte d'une «fraude» prévue dans une loi, je n'ai aucun doute qu'elle s'inspire de l'ancienne règle d'*equity* et qu'elle s'applique au concept contemporain de la dissimulation frauduleuse en common law. Je souligne également que la formulation de lord Evershed a été adoptée par notre Cour; voir l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335. Il ressort clairement des arrêts *Kitchen* et *Guerin* que la «fraude» dans ce contexte doit être interprétée d'une façon générale et qu'elle ne se limite pas aux paramètres traditionnels de l'action fondée sur la common law.

Le fondement factuel de la dissimulation frauduleuse est décrit ainsi dans *Halsbury's*, 4^e éd., vol. 28, par. 919, à la p. 413:

[TRADUCTION] Pour qu'il y ait dissimulation frauduleuse d'un droit d'action, il n'est pas nécessaire que l'on ait activement caché le droit d'action après qu'il eut pris naissance; la dissimulation frauduleuse peut découler de la façon dont est accompli l'acte donnant ouverture au droit d'action. [Je souligne.]

À mon avis, l'inceste relève de la deuxième catégorie mentionnée dans ce passage, c'est-à-dire qu'il y a dissimulation au moment où prend naissance le droit d'action. Comme je l'ai mentionné, c'est la nature même de l'agression incestueuse qui g tend à en dissimuler le caractère répréhensible aux yeux de la victime.

Il existe une limite importante à la portée de la dissimulation frauduleuse, qui est ainsi décrite dans *Halsbury's*, 4^e éd., vol. 28, par. 919, à la p. 413:

[TRADUCTION] Pour constituer une dissimulation frauduleuse qui, en *equity*, aurait pour effet d'écartier l'application de la loi sur la prescription, il ne suffisait pas que l'acte délictuel soit inconnu de la partie lésée ou qu'il y ait jouissance d'un bien sans en détenir le titre, alors que son propriétaire légitime ignorait son droit; il fallait que l'on ait abusé d'une situation de confiance, que l'on ait délibérément abusé de la bonté de quelqu'un ou délibérément caché des faits.

In cases of incest there is, of course, a grievous abuse of a position of confidence. I will have more to say later about the fiduciary nature of the parent-child relationship, but for now it is enough to say that incest is clearly an abuse of a confidential position. As the authorities make clear, incest is really a double wrong—the act of incest itself is followed by an abuse of the child's innocence to prevent recognition or revelation of the abuse; see *Evans v. Eckelman, supra*. I should add that given the nature of the concealment in abuse cases, namely, that the abuser compels the complicity of the victim in denying the harm done to her, it may be that the doctrine can operate in a tort as well as fiduciary context to toll the limitation period because of the deliberate attempts at concealment on the part of the abuser.

Il va sans dire que, dans les cas d'inceste, on abuse gravement d'une situation de confiance. J'examinerai plus loin d'une façon plus approfondie la nature fiduciaire de la relation parent-enfant, mais qu'il suffise pour l'instant d'affirmer que l'inceste constitue clairement un abus d'une situation de confiance. Comme la doctrine l'établit clairement, l'inceste est réellement un double méfait—l'acte d'inceste est lui-même suivi d'un abus de l'innocence de l'enfant visant à l'empêcher de se rendre compte de l'agression ou d'en révéler l'existence; voir *Evans c. Eckelman*, précité. J'ajouterais qu'en raison de la nature de la dissimulation dans les cas d'inceste, savoir que l'agresseur force la victime à collaborer à la négation du préjudice qu'elle a subi, il se peut que la règle s'applique autant dans le contexte d'une responsabilité délictuelle que dans celui d'un manquement à une obligation fiduciaire, pour interrompre le délai de prescription en raison des tentatives de dissimulation délibérées de la part de l'agresseur.

American authors who have commented on incest and the limitations problem advocate the application of fraudulent concealment in the manner I propose; see DeRose, "Adult Incest Survivors and the Statute of Limitations: The Delayed Discovery Rule and Long-Term Damages", *supra*, at pp. 197-99; Handler, "Civil Claims of Adults Molested as Children: Maturation of Harm and the Statute of Limitations Hurdle", *supra*, at pp. 722-29; Rosenfeld "The Statute of Limitations Barrier in Childhood Sexual Abuse Cases: The Equitable Estoppel Remedy", *supra*, at pp. 216-19; Salten, "Statutes of Limitations in Civil Incest Suits: Preserving the Victim's Remedy" (1984), 7 *Harv. Women's L.J.* 189, at pp. 208-11. As I understand the American law, fraudulent concealment is there viewed as a sub-set of the larger doctrine of equitable estoppel, by which a person is precluded by his or her own prior conduct from asserting a defence that the person might otherwise have had; see in particular Handler, *supra*, at p. 723. In Canada such a broad application of equitable estoppel has not thus far been recognized, but I would observe that the underlying premise of the American approach is the same as our own: the courts will

Les auteurs américains qui ont examiné la question de l'inceste et le problème de la prescription préconisent l'application de la dissimulation frauduleuse de la façon que je propose; voir DeRose, «*Adult Incest Survivors and the Statute of Limitations: The Delayed Discovery Rule and Long-Term Damages*», *loc. cit.*, aux pp. 197 à 199; Handler, «*Civil Claims of Adults Molested as Children: Maturation of Harm and the Statute of Limitations Hurdle*», *loc. cit.*, aux pp. 722 à 729; Rosenfeld, «*The Statute of Limitations Barrier in Childhood Sexual Abuse Cases: The Equitable Estoppel Remedy*», *loc. cit.*, aux pp. 216 à 219; Salten, «*Statutes of Limitations in Civil Incest Suits: Preserving the Victim's Remedy*» (1984), 7 *Harv. Women's L.J.* 189, aux pp. 208 à 211. Si je comprends bien le droit américain, la dissimulation frauduleuse y est perçue comme un élément de la règle plus générale de l'irrecevabilité en *equity*, en vertu de laquelle une personne ne peut, à cause de sa conduite antérieure, opposer un moyen de défense dont elle aurait par ailleurs disposé; voir, en particulier, Handler, *loc. cit.*, à la p. 723. Au Canada, on n'a pas encore reconnu une application aussi générale de l'irrecevabilité en *equity*; toute-

not allow a limitation period to operate as an instrument of injustice.

Recovery for Breach of Fiduciary Obligation

The appellant argues that incest constitutes not only the tort of assault and battery, but is also a breach of the fiduciary relationship between parent and child. The appellant submits that Ontario's *Limitations Act* does not apply to fiduciary duties, and as such the plaintiff's delay is no defence to the fiduciary action. I agree. Incest is a breach of both common law and equitable duties, and the latter claim is not foreclosed by the Act. Certain equitable defences may, however, be available to the respondent.

Before turning to these questions in detail, it is useful to first review the history of these proceedings as regards the equitable claim, as it is partially in light of this history that I deem it appropriate to consider the fiduciary question in this case. The appellant's statement of claim seeks damages for incest occasioned as a result of reoccurring sexual assaults. In addition the appellant claims damages for her father's breach of his fiduciary duty to care for and minister to his child. Of course, the proper term for the equitable relief sought would be compensation, but this defect in the pleadings is of no great moment. In the result, the pleadings present neatly compartmentalized concurrent common law and equitable claims.

At trial, the judge remitted to the jury only the factual issue of whether sexual assault was committed, along with the assessment of damages for the tort of sexual assault. The claim for breach of

fois, je tiens à préciser que la prémissé sur laquelle repose le point de vue américain est la même que la nôtre: les tribunaux ne permettront pas qu'un délai de prescription serve à créer une injustice.

L'indemnisation pour manquement à une obligation fiduciaire

L'appelante fait valoir que l'inceste constitue non seulement un délit de voies de fait, mais aussi un manquement à l'obligation fiduciaire qui existe entre un parent et son enfant. L'appelante soutient que la *Loi sur la prescription des actions* de l'Ontario ne s'applique pas aux obligations fiduciaires et que son retard à agir ne constitue donc pas un moyen de défense opposable à une action pour manquement à une obligation fiduciaire. Je suis d'accord. L'inceste est un manquement à des obligations de common law et d'*equity* et l'action fondée sur le manquement à une obligation fiduciaire n'est pas écartée par la Loi. Toutefois, certains moyens de défense d'*equity* peuvent être invoqués par l'intimé.

Avant d'étudier ces questions en détail, il est utile que j'examine tout d'abord l'historique de ces procédures en ce qui concerne la réclamation fondée sur l'*equity* parce que c'est partiellement en fonction de cet historique que j'estime approprié d'examiner ici la question du manquement à une obligation fiduciaire. Dans sa déclaration, l'appelante demande des dommages-intérêts pour l'inceste résultant d'agressions sexuelles répétées. Elle réclame, en plus, des dommages-intérêts pour le manquement de son père à l'obligation fiduciaire qui lui incombaît de s'occuper de son enfant et de subvenir à ses besoins. Il va sans dire qu'il conviendrait d'utiliser le mot «indemnisation» pour décrire le redressement d'*equity* demandé, mais le défaut de le faire dans les actes de procédure a peu d'importance. En définitive, les actes de procédure présentent d'une façon bien compartimentée les réclamations fondées sur la common law et celles fondées sur l'*equity*.

Au procès, le juge a seulement demandé au jury de répondre à la question factuelle de savoir s'il y avait eu agression sexuelle et d'évaluer les dommages-intérêts pour le délit d'agression sexuelle.

fiduciary duty was not referred to the jury, which was appropriate given s. 121(2) of Ontario's *Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11, which requires issues of fact and the assessment of damages regarding claims for equitable relief to be tried without a jury. In this case, it was for the trial judge to decide the issue of fiduciary duty; see *447927 Ontario Inc. v. Pizza Pizza Ltd.* (1987), 16 C.P.C. (2d) 277 (Ont. H.C.). However, the trial judge did not rule on this question: my review of the trial transcript suggests that the issue was simply overlooked by counsel and by Maloney J. On appeal, the question of fiduciary obligation was apparently argued, but the Court of Appeal does not refer to the issue in its brief endorsement.

Le juge ne lui a pas demandé de se prononcer sur la réclamation pour manquement à une obligation fiduciaire, ce qui était approprié compte tenu du par. 121(2) de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario, L.O. 1984, ch. 11, qui exige que les questions de fait et de l'évaluation des dommages-intérêts relatifs aux demandes de redressement d'*equity* soient instruites sans jury. En l'espèce, il appartenait au juge de première instance de trancher la question de l'obligation fiduciaire; voir *447927 Ontario Inc. c. Pizza Pizza Ltd.* (1987), 16 C.P.C. (2d) 277 (H.C. Ont.). Toutefois, le juge de première instance ne s'est pas prononcé sur cette question: mon examen de la transcription du procès me permet de constater que cette question a simplement été oubliée par les avocats et le juge Maloney. En appel, on a apparemment soulevé la question de l'obligation fiduciaire, mais la Cour d'appel n'en parle pas dans son bref jugement manuscrit.

Consequently, it is left to this Court to consider the question of fiduciary duty. In my view, the issue must be addressed even though the tort action has survived the limitations defence. It was fully argued by the parties, and there may well be cases where the limitations statute cannot be circumvented but where the fiduciary claim is unaffected by the statute. Moreover, the equitable remedy available to the appellant may vary from the common law award established by the jury. The importance of considering any equitable cause of action has recently been stated by Justice McLachlin in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, at pp. 290-91:

En conséquence, il appartient à notre Cour d'examiner la question de l'obligation fiduciaire. À mon avis, cette question doit être analysée même si l'action délictuelle a survécu au moyen de défense fondé sur la prescription. Les parties ont pleinement débattu cette question et il peut y avoir des cas où il est impossible d'échapper à l'application de la loi sur la prescription, mais où cette loi ne touche pas à la réclamation pour manquement à une obligation fiduciaire. De plus, le redressement d'*equity* dont peut bénéficier l'appelante peut être différent du redressement de common law établi par le jury. Dans l'arrêt *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, à la p. 291, le juge McLachlin souligne l'importance d'examiner toute cause d'action en *equity*:

These examples underline the importance of treating the consequences of this relationship on the footing of what it is—a fiduciary relationship—rather than forcing it into the ill-fitting molds of contract and tort. Contrary to the conclusion of the court below, characterizing the duty as fiduciary does add something; indeed, without doing so the wrong done to the plaintiff can neither be fully comprehended in law nor adequately compensated in damages. [Emphasis in original.]

Ces exemples démontrent qu'il est important d'analyser les conséquences de la relation en cause en fonction de ce qu'elle est vraiment, savoir un rapport fiduciaire, au lieu de la forcer dans le moule inadapté du droit des contrats et du droit de la responsabilité délictuelle. Contrairement à l'avis des tribunaux d'instance inférieure, le fait de qualifier l'obligation de fiduciaire apporte quelque chose, car faute de le faire, le tort fait à la demanderesse ne peut être entièrement analysé en droit ni donner lieu à des dommages-intérêts suffisants. [Souligné dans l'original.]

In *Norberg*, McLachlin J. and I differed on the path to be followed in upholding recovery. She chose the route of the fiduciary claim whereas I preferred the route afforded by common law tort of battery because in the circumstances of that case there might be difficulties concerning the applicability of fiduciary obligations, an issue I did not find it necessary to decide. I could do this because I did not consider the common law molds to be ill-fitting in that case. Nor, as I will attempt to demonstrate, do I think they are ill-fitting in the present circumstances. Nonetheless, I agree with my colleague that a breach of fiduciary duty cannot be automatically overlooked in favour of concurrent common law claims. The point is simply stated by Cooke P. of the New Zealand Court of Appeal in *Mouat v. Boyce*, unreported March 11, 1992, at p. 11: "For breach of these duties, now that common law and equity are mingled the Court has available the full range of remedies, including damages or compensation and restitutive remedies such as an account of profits. What is appropriate to the particular facts may be granted."

In the present case, the lower courts have not ruled on the question of fiduciary obligation. As such, this Court must assume the role of finder of fact in equity, but in this case that burden poses no difficulty. We have a jury's verdict on the fact of sexual assault, and it is easy enough to apply that finding to the equitable claim. What remains is the legal issue of whether the assaults constitute a breach of fiduciary duty. I turn now to that issue.

Fiduciary Obligation of a Parent

It is intuitively apparent that the relationship between parent and child is fiduciary in nature, and that the sexual assault of one's child is a grievous

Dans l'arrêt *Norberg*, le juge McLachlin et moi n'avions pas la même opinion au sujet de la voie à suivre pour maintenir le dédommagement. Elle a choisi de fonder son opinion sur le manquement à une obligation fiduciaire, tandis que j'ai préféré fonder la mienne sur le délit de voies de fait qui existe en common law, parce que, dans les circonstances de cette affaire, l'applicabilité des obligations fiduciaires pourrait soulever des difficultés et que c'était là une question que je ne jugeais pas nécessaire de trancher. Je pouvais le faire parce que je ne considérais pas que le moule de la common law était inadapté en l'espèce. Comme je vais tenter de le démontrer, je ne crois pas non plus qu'il est inadapté dans les présentes circonstances. Néanmoins, je conviens avec ma collègue qu'un manquement à une obligation fiduciaire ne saurait être automatiquement oublié au profit de réclamations concurrentes fondées sur la common law. Ce point est exposé simplement par le président Cooke de la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande à la p. 11 de l'arrêt *Mouat c. Boyce* (inédit, rendu le 11 mars 1992): [TRADUCTION] «Dans le cas d'un manquement à ces obligations, maintenant que la common law et l'*equity* sont fusionnées, la cour peut accorder toute la gamme de redressements, y compris des dommages-intérêts ou une indemnité et des redressements fondés sur la restitution comme une reddition de comptes pour les profits réalisés. On peut accorder le redressement qui convient aux faits en présence.»

En l'espèce, les tribunaux d'instance inférieure ne se sont pas prononcés sur la question de l'obligation fiduciaire. Ainsi, notre Cour doit assumer le rôle de juge des faits en *equity*; toutefois, cette responsabilité ne soulève aucune difficulté en l'espèce. Le jury s'est prononcé sur le fait de l'agression sexuelle et il est assez facile d'appliquer cette conclusion à la réclamation fondée sur l'*equity*. Il reste à déterminer en droit si les agressions constituent un manquement à une obligation fiduciaire. C'est la question que je vais maintenant examiner.

Obligation fiduciaire d'un parent

Il appert intuitivement que la relation qui existe entre le parent et son enfant est de nature fiduciaire et que l'agression sexuelle commise contre son

breach of the obligations arising from that relationship. Indeed, I can think of few cases that are clearer than this. For obvious reasons society has imposed upon parents the obligation to care for, protect and rear their children. The act of incest is a heinous violation of that obligation. Equity has imposed fiduciary obligations on parents in contexts other than incest, and I see no barrier to the extension of a father's fiduciary obligation to include a duty to refrain from incestuous assaults on his daughter.

Over the past decade, this Court has explored the scope of fiduciary obligations, and we have perhaps reached the point where a "fiduciary principle" can be applied through a well-defined method. The process was started in *Guerin v. The Queen, supra*, where Dickson J. (as he then was) found that certain obligations owed by the federal government to an Indian Band were fiduciary in nature. In the course of his reasons, Dickson J. confirmed certain broad principles with respect to fiduciary obligations, at p. 384:

Professor Ernest Weinrib maintains in his article *The Fiduciary Obligation* (1975), 25 U.T.L.J. 1, at p. 7, that "the hallmark of a fiduciary relation is that the relative legal positions are such that one party is at the mercy of the other's discretion." Earlier, at p. 4, he puts the point in the following way:

[Where there is a fiduciary obligation] there is a relation in which the principal's interests can be affected by, and are therefore dependent on, the manner in which the fiduciary uses the discretion which has been delegated to him. The fiduciary obligation is the law's blunt tool for the control of this discretion.

I make no comment upon whether this description is broad enough to embrace all fiduciary obligations. I do agree, however, that where by statute, agreement, or perhaps by unilateral undertaking, one party has an obligation to act for the benefit of another, and that obligation carries with it a discretionary power, the party thus empowered becomes a fiduciary. Equity will then super-

proper enfant constitue un grave manquement aux obligations qui découlent de cette relation. En fait, peu de cas sont, selon moi, plus clairs que celui dont nous sommes saisis. Pour des motifs évidents, la société a imposé aux parents l'obligation de s'occuper de leurs enfants, de les protéger et de les élever. L'acte d'inceste constitue une violation odieuse de cette obligation. L'*equity* a imposé aux parents des obligations fiduciaires dans des contextes autres que l'inceste et j'estime que rien n'empêche d'étendre l'obligation fiduciaire du père à l'obligation de s'abstenir de commettre des agressions incestueuses sur sa fille.

Au cours de la dernière décennie, notre Cour a examiné l'étendue des obligations fiduciaires et elle en est peut-être à un point où un «principe fiduciaire» peut être appliqué au moyen d'une méthode bien définie. Tout a commencé avec l'arrêt *Guerin c. La Reine*, précité, dans lequel le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a conclu que certaines obligations que le gouvernement fédéral avait envers une bande indienne étaient de nature fiduciaire. À la page 384 de ses motifs, le juge Dickson confirme certains grands principes applicables aux obligations fiduciaires:

Le professeur Ernest Weinrib soutient dans son article intitulé *The Fiduciary Obligation* (1975), 25 U.T.L.J. 1, à la p. 7, que [TRADUCTION] «la marque distinctive d'un rapport fiduciaire réside dans le fait que la situation juridique relative des parties est telle que l'une d'elles se trouve à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre». À la page 4, il exprime ce point de vue de la manière suivante:

[TRADUCTION] [Lorsqu'il y a une obligation de fiduciaire] il existe un rapport dans lequel la manière dont le fiduciaire se sert du pouvoir discrétionnaire qui lui a été délégué peut avoir des répercussions sur les droits du commettant qui sont donc subordonnés à l'utilisation qui est faite dudit pouvoir. L'obligation de fiduciaire est le moyen brutal employé en droit pour contrôler ce pouvoir discrétionnaire.

J ne me prononce pas sur la question de savoir si cette description est de portée assez large pour comprendre toutes les obligations de fiduciaire. J'estime toutefois que, lorsqu'une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la personne inves-

vise the relationship by holding him to the fiduciary's strict standard of conduct.

It is sometimes said that the nature of the fiduciary relationships is both established and exhausted by the standard categories of agent, trustee, partner, director, and the like. I do not agree. It is the nature of the relationship, not the specific category of actor involved that gives rise to the fiduciary duty. The categories of fiduciary, like those of negligence, should not be considered closed.

I would go one step further, and suggest that fiduciary obligations are imposed in some situations even in the absence of any unilateral undertaking by the fiduciary. In the present case, however, it is sufficient to say that being a parent comprises a unilateral undertaking that is fiduciary in nature. Equity then imposes a range of obligations coordinate with that undertaking.

The next step in the evolution of the fiduciary principle came with *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99. In this case the dissenting judgment of Wilson J. elaborates on the approach established by Dickson J. in *Guerin*. Although the majority held that the remedy of fiduciary obligation did not apply in the circumstances of that case, Wilson J.'s mode of approach was later held to apply in the circumstances that arose in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; see also the concurring reasons in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co., supra*. Recognizing that the categories of fiduciary relationships are not closed, Wilson J. proposed the following approach for their identification, at p. 136:

Relationships in which a fiduciary obligation have [sic] been imposed seem to possess three general characteristics:

(1) The fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power.

(2) The fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary's legal or practical interests.

tie de ce pouvoir devient un fiduciaire. L'*equity* vient alors exercer un contrôle sur ce rapport en imposant à la personne en question l'obligation de satisfaire aux normes strictes de conduite auxquelles le fiduciaire est tenu de se conformer.

On dit parfois que la nature des rapports fiduciaires est établie et définie complètement par les catégories habituelles de mandataire, de fiduciaire, d'associé, d'administrateur, etc. Je ne partage pas cet avis. L'obligation de fiduciaire découle de la nature du rapport et non pas de la catégorie spécifique dont relève l'acteur. Comme en matière de négligence, il faut se garder de conclure que les catégories de fiduciaires sont exhaustives.

c J'irais un peu plus loin en affirmant qu'il existe, dans certains cas, des obligations fiduciaires même en l'absence d'un engagement unilatéral du fiduciaire. En l'espèce toutefois, il suffit de dire qu'«être parent» comporte un engagement unilatéral qui est de nature fiduciaire. L'*equity* impose alors toute une gamme d'obligations liées à cet engagement.

e L'arrêt *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, marque l'étape suivante de l'évolution du principe fiduciaire. Dans cet arrêt, le juge Wilson, dissidente, commente l'analyse du juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*. Bien que notre Cour à la majorité ait statué que le recours fondé sur l'obligation fiduciaire ne s'appliquait pas dans les circonstances de cette affaire, on a jugé par la suite que l'approche adoptée par le juge Wilson s'appliquait dans les circonstances de l'affaire *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; voir aussi les motifs concordants de l'arrêt *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, précité. Reconnaissant que les catégories de rapports fiduciaires ne sont pas exhaustives, le juge Wilson propose d'adopter la méthode suivante pour les identifier (à la p. 136):

i Les rapports dans lesquels une obligation fiduciaire a été imposée semblent posséder trois caractéristiques générales:

(1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire.

j (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire.

(3) The beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power.

Even a cursory examination of these *indicia* establishes that a parent must owe fiduciary obligations to his or her child. Parents exercise great power over their children's lives, and make daily decisions that effect their welfare. In this regard, the child is without doubt at the mercy of her parents.

The factual context of *Frame v. Smith* is of some relevance to the present case. The Court was there considering a family law matter, in which a non-custodial parent claimed that his right of access to his children had been frustrated by the custodial parent. The interest purporting to attract the protection of equity was the parent's relationship with his child, but opposing counsel argued that this personal interest fell outside the traditional categories of fiduciary obligation which, it was argued, had the common feature of protecting purely economic interests. Wilson J. rejected this proposition in the following terms, at p. 143:

To deny relief because of the nature of the interest involved, to afford protection to material interests but not to human and personal interests would, it seems to me, be arbitrary in the extreme. In contract law equity recognizes interests beyond the purely economic when, instead of awarding damages in the market value of real estate against a vendor who has wrongfully refused to close, it grants specific performance. Other non-economic interests should also be capable of protection in equity through the imposition of a fiduciary duty. I would hold, therefore, that the appellant's interest in a continuing relationship with his or her child is capable of protection by the imposition of such a duty.

Similarly, the non-economic interests of an incest victim are particularly susceptible to protection from the law of equity.

In *Lac Minerals v. International Corona Resources Ltd.*, *supra*, I suggested a further refinement of the process by which fiduciary relation-

(3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.

Même un examen superficiel de ces indices démontre qu'un parent doit avoir des obligations fiduciaires envers son enfant. Les parents exercent un pouvoir considérable sur la vie de leurs enfants et prennent quotidiennement des décisions qui influent sur leur bien-être. À cet égard, l'enfant est sans aucun doute à la merci de ses parents.

Le contexte factuel de l'arrêt *Frame c. Smith* a une certaine pertinence relativement à la présente affaire. La Cour y était appelée à examiner une affaire de droit de la famille, dans laquelle un parent qui n'avait pas la garde des enfants soutenait que l'autre parent l'avait frustré de son droit de visiter les enfants. L'intérêt censé susciter la protection de l'*equity* était la relation du parent avec son enfant, mais, l'avocat de la partie adverse a fait valoir que cet intérêt personnel n'était pas visé par les catégories traditionnelles d'obligation fiduciaire qui, selon lui, avaient toutes en commun la protection d'intérêts purement financiers. Le juge Wilson rejette cette proposition en ces termes, à la p. 143:

f Refuser un redressement en raison de la nature de l'intérêt visé, accorder protection à des intérêts matériels mais non à des intérêts humains et personnels serait, à mon avis, extrêmement arbitraire. En droit des contrats, l'*equity* reconnaît des intérêts qui vont plus loin que l'intérêt purement financier lorsque, au lieu d'accorder des dommages-intérêts selon la valeur marchande d'un bien immobilier contre un vendeur qui a illégalement refusé de conclure la vente, elle accorde l'exécution intégrale. D'autres intérêts non pécuniaires devraient également pouvoir être protégés en *equity* par l'imposition d'un devoir fiduciaire. Par conséquent, je suis d'avis de conclure que l'intérêt de l'appelant dans le maintien de ses rapports avec son enfant peut être protégé par l'imposition d'un tel devoir.

i De même, les intérêts non pécuniaires d'une victime d'inceste sont particulièrement susceptibles d'être protégés par les principes de l'*equity*.

Dans l'arrêt *Lac Minerals c. International Corona Resources Ltd.*, précité, je propose une autre amélioration du processus permettant de

ships could be uncovered. In particular, I identified three senses of the term "fiduciary" in an effort to clarify its import in given situations. The first sense of the term was as used by Wilson J. in *Frame v. Smith*, which I characterized as follows, at pp. 646-47:

There the issue was whether a certain class of relationship, custodial and non-custodial parents, was a category, analogous to directors and corporations, solicitors and clients, trustees and beneficiaries, and agents and principals, the existence of which relationship would give rise to fiduciary obligations. The focus is on the identification of relationships in which, because of their inherent purpose or their presumed factual or legal incidents the courts will impose a fiduciary obligation on one party to act or refrain from acting in a certain way. The obligation imposed may vary in its specific substance depending on the relationship, though compendiously it can be described as the fiduciary duty of loyalty and will most often include the avoidance of a conflict of duty and interest and a duty not to profit at the expense of the beneficiary. The presumption that a fiduciary obligation will be owed in the context of such a relationship is not irrebuttable, but a strong presumption will exist that such an obligation is present. Further, not every legal claim arising out of a relationship with fiduciary incidents will give rise to a claim for breach of fiduciary duty.

It is only in relation to breaches of the specific obligations imposed because the relationship is one characterized as fiduciary that a claim for breach of fiduciary duty can be founded.

It is this first usage of the term "fiduciary" which arises in the present case. The inherent purpose of the family relationship imposes certain obligations on a parent to act in his or her child's best interests, and a presumption of fiduciary obligation arises.

In *Lac Minerals* I stressed the point, which also emerges from *Frame v. Smith*, that the substance of the fiduciary obligation in any given case is not derived from some immutable list of duties attached to a category of relationships. In other words, the duty is not determined by analogy with the "established" heads of fiduciary duty. Rather,

découvrir l'existence de rapports fiduciaires. Je mentionne particulièrement trois sens que peut avoir le mot «fiduciaire» afin de clarifier sa portée dans certaines situations données. Le premier sens est celui que lui donne le juge Wilson dans l'arrêt *Frame c. Smith* et que je décris ainsi, aux pp. 646 et 647:

La question litigieuse était de savoir si un certain type b de rapports, à savoir ceux qui existent entre le parent qui a la garde de l'enfant et l'autre parent, formait une catégorie analogue à celle des rapports entre les administrateurs et la société, les avocats et leurs clients, les fiduciaires et les bénéficiaires, les mandataires et leurs mandants, ces rapports donnant lieu à des obligations fiduciaires. L'accent porte sur la définition des rapports c dont les tribunaux diront, en raison de leur fin inhérente ou de ce qui serait leurs particularités factuelles ou juridiques, qu'ils imposent à l'une des parties l'obligation fiduciaire d'agir ou de s'abstenir d'agir d'une certaine façon. La nature particulière de cette obligation peut varier selon les rapports concernés, bien que, sommairement, on puisse dire qu'il s'agit de l'obligation de loyauté, qui comprendra le plus souvent l'obligation d'éviter les conflits de devoirs ou d'intérêts et celle de ne pas faire de profits aux dépens du bénéficiaire. La présomption qu'il existe une obligation fiduciaire dans d le cadre de tels rapports n'est pas irréfutable, mais elle est très forte. De plus, ce ne sont pas tous les droits découlant de rapports présentant des caractéristiques fiduciaires qui justifient une demande pour manquement à une obligation fiduciaire.

La prétention qu'il y a manquement à une obligation g fiduciaire ne peut se fonder que sur le manquement aux obligations particulières qui découlent des rapports dits fiduciaires.

C'est dans ce premier sens que le mot «fiduciaire» h est utilisé en l'espèce. L'objet inhérent des rapports familiaux impose à un parent certaines obligations d'agir au mieux des intérêts de l'enfant et crée une présomption d'obligation fiduciaire.

Dans *Lac Minerals*, j'ai fait ressortir, ce qui se i dégage également de l'arrêt *Frame c. Smith*, que l'obligation fiduciaire dans un cas donné ne découle pas, pour l'essentiel, d'une liste immuable de devoirs rattachés à une catégorie de rapports. En d'autres termes, le devoir n'est pas déterminé par analogie avec des types «établis» d'obligation

the nature of the obligation will vary depending on the factual context of the relationship in which it arises. Recently, I had occasion to return to this point in the context of a doctor-patient relationship in *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138. I there stated, at p. 149:

In characterizing the physician-patient relationship as "fiduciary", I would not wish it to be thought that a fixed set of rules and principles apply in all circumstances or to all obligations arising out of the doctor-patient relationship. As I noted in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, not all fiduciary relationships and not all fiduciary obligations are the same; these are shaped by the demands of the situation. A relationship may properly be described as "fiduciary" for some purposes, but not for others.

In certain parent-child contexts, equity has recognized a parental duty to protect the economic interests of his or her child. However, this case law does not limit the range of the obligations that may attach to other aspects of the parent-child relationship.

Canadian cases have recognized the parent-child relationship as a traditional head of fiduciary obligation, albeit in *obiter*. These include *Follis v. Albemarle TP.*, [1941] 1 D.L.R. 178 (Ont. C.A.); *Henderson v. Johnson* (1956), 5 D.L.R. (2d) 524 (Ont. H.C.), at p. 533, and notably, *Lac Minerals, supra*, at p. 606, *per* Justice Sopinka. Similarly, academic authorities have placed the relationship in this class; see Shepherd, *The Law of Fiduciaries* (1981), at p. 30. As I earlier suggested, the content of the obligation has most often been determined in the context of contractual relations between a parent and child, where it gives rise to a presumption of undue influence. The extensive case law on this point is cited in Meagher, Gummow and Lehane, *Equity Doctrines and Remedies*, *supra*, at p. 374. Of course, the intervention of equity will vary when the context changes from that of intra-familial economic relations to the more insidious conduct at issue in this case.

fiduciaire. La nature de l'obligation varie plutôt en fonction du contexte factuel des rapports dans lesquels elle naît. J'ai récemment eu l'occasion d'aborder de nouveau cette question dans le contexte de la relation médecin-patient dans l'arrêt *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, où j'ai affirmé à la p. 149:

En qualifiant de «fiduciaire» la relation entre le médecin et son patient, je ne voudrais pas qu'on s'imagine qu'un ensemble immuable de règles et de principes s'appliquent dans tous les cas ou à toutes les obligations découlant de cette relation. Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, les relations et les obligations fiduciaires ne sont pas toutes les mêmes; elles sont tributaires des exigences de la situation. Une relation peut être qualifiée à juste titre de «fiduciaire» à certaines fins, mais non à d'autres.

Dans certains contextes de relations parent-enfant, l'*equity* a reconnu le devoir du parent de protéger les intérêts financiers de son enfant. Toutefois, la jurisprudence en question ne limite pas l'éventail des obligations susceptibles de se rattacher à d'autres aspects de la relation parent-enfant.

La jurisprudence canadienne a reconnu, quoique dans des opinions incidentes, que la relation parent-enfant constitue un type traditionnel d'obligation fiduciaire. Voir notamment les affaires *Follis c. Albemarle TP.*, [1941] 1 D.L.R. 178 (C.A. Ont.), *Henderson c. Johnson* (1956), 5 D.L.R. (2d) 524 (H.C. Ont.), à la p. 533, et plus particulièrement, *Lac Minerals*, précité, à la p. 606, le juge Sopinka. Des auteurs de doctrine ont également située cette relation dans la catégorie des obligations fiduciaires; voir Shepherd, *The Law of Fiduciaries* (1981), à la p. 30. Comme je l'ai déjà proposé, le contenu de l'obligation a le plus souvent été déterminé dans le contexte des relations contractuelles entre un parent et son enfant, donnant ainsi lieu à une présomption d'abus d'influence. L'abondante jurisprudence sur cette question est mentionnée dans Meagher, Gummow et Lehane, *Equity Doctrines and Remedies*, *op. cit.*, à la p. 374. L'intervention de l'*equity* variera bien entendu selon qu'il s'agit de relations financières au sein de la famille ou de la conduite plus insidieuse dont il est question en l'espèce.

A similar approach can be found in the United States, where a fiduciary parent-child relationship has been judicially recognized to protect the economic interests of the child: see *Menick v. Goldy*, 280 P.2d 844 (Cal. App. 2 Dist. 1955); *Ohio Casualty Insurance Co. v. Mallison*, 354 P.2d 800 (Or. 1960); *Fitzgerald v. Newark Morning Ledger Co.*, 267 A.2d 557 (N.J. 1970). However, the obligations of a parent go much further, as is evident from the following comments of the Supreme Court of California in *Emery v. Emery*, 289 P.2d 218 (Cal. 1955), at p. 224:

Since the law imposes on the parent a duty to rear and discipline his child and confers the right to prescribe a course of reasonable conduct for its development, the parent has a wide discretion in the performance of his parental functions, but that discretion does not include the right wilfully to inflict personal injuries beyond the limits of reasonable parental discipline.

These comments were made in the context of parental immunity from tort actions, but they are equally apposite in describing the fiduciary basis of the obligation. Indeed, the essence of the parental obligation in the present case is simply to refrain from inflicting personal injuries upon one's child.

In *Evans v. Eckelman*, *supra*, the parent's fiduciary obligation as regards incest was considered, and the court there found that an obligation to protect the child's health and well-being was at stake. The court in turn found that the fiduciary nature of the relationship impacted on the application of the delayed discovery rule to the limitations defence at issue in that case. It stated, at p. 608:

Two common themes run through the cases applying the discovery rule of accrual. First, the rule is applied to types of actions in which it will generally be difficult for plaintiffs to immediately detect or comprehend the breach or the resulting injuries. . . .

Second, courts have relied on the nature of the relationship between defendant and plaintiff to explain

On peut trouver un point de vue similaire aux États-Unis où des tribunaux ont reconnu qu'une relation fiduciaire entre parent et enfant protège les intérêts financiers de l'enfant: voir *Menick c. Goldy*, 280 P.2d 844 (Cal. App. 2 Dist. 1955); *Ohio Casualty Insurance Co. c. Mallison*, 354 P.2d 800 (Or. 1960); *Fitzgerald c. Newark Morning Ledger Co.*, 267 A.2d 557 (N.J. 1970). Toutefois, les obligations d'un parent vont beaucoup plus loin comme l'indiquent les observations suivantes de la Cour suprême de Californie dans l'arrêt *Emery c. Emery*, 289 P.2d 218 (Cal. 1955), à la p. 224:

[TRADUCTION] Puisque le droit impose au parent l'obligation d'élever et de discipliner son enfant et qu'il lui confère le droit d'établir un cheminement raisonnable de développement, le parent possède un vaste pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de ses fonctions de parent; toutefois, ce pouvoir discrétionnaire n'inclut pas le droit d'infliger délibérément des lésions corporelles outrepas-sant les limites de la discipline parentale raisonnable.

Ces observations s'inscrivent dans le contexte de l'immunité dont bénéficient les parents à l'égard des actions délictuelles, mais elles conviennent également pour décrire le fondement fiduciaire de l'obligation. En fait, l'obligation du parent en l'espèce consiste essentiellement à s'abstenir d'infliger des lésions corporelles à son enfant.

Dans *Evans c. Eckelman*, précité, la cour a examiné l'obligation fiduciaire du parent dans un cas d'inceste et a conclu que ce qui était en jeu c'était une obligation de protéger la santé et le bien-être de l'enfant. La cour a ensuite conclu que la nature fiduciaire de la relation avait une incidence sur l'application de la règle de la découverte tardive au moyen de défense fondé sur la prescription qui était en cause dans cette affaire. Elle affirme, à la p. 608:

[TRADUCTION] Deux thèmes communs reviennent dans les affaires d'application de la règle de la naissance de la cause d'action au moment de la découverte du préjudice subi. Premièrement, la règle s'applique aux types d'actions dans lesquelles les demandeurs éprouvent généralement de la difficulté à se rendre compte immédiatement de la violation ou du préjudice qui s'ensuit. . . .

Deuxièmement, les tribunaux se sont fondés sur la nature de la relation entre le défendeur et le demandeur

application of the delayed accrual rule. The rule is generally applicable to confidential and fiduciary relationships. . . . The fiduciary relationship carries a duty of full disclosure, and application of the discovery rule "prevents the fiduciary from obtaining immunity for an initial breach of duty by a subsequent breach of the obligation of disclosure".

Thus the fiduciary nature of the relationship supports a liberal application of the discovery rule. This usage of the fiduciary relationship is supported by American commentators, who advance fiduciary obligation as a justification for a generous application of the delayed discovery rule: DeRose, "Adult Incest Survivors and the Statute of Limitations: The Delayed Discovery Rule and Long-Term Damages", *supra*, at pp. 203-208, or as the basis for the doctrine of fraudulent concealment: Hartnett, "Use of the Massachusetts Discovery Rule by Adult Survivors of Father-Daughter Incest" (1990), 24 *New Eng. L. Rev.* 1243, at pp. 1263-65. See also Jorgenson and Randles, "Time Out: The Statute of Limitations and Fiduciary Theory in Psychotherapist Sexual Misconduct Cases" (1991), 44 *Okla. L. Rev.* 181.

As in Canada, most American jurisdictions have enacted a general limitations provision that encompasses actions in equity: 54 C.J.S. Limitation of Actions § 36; 51 Am Jur 2d § 83. As such, establishing a breach of fiduciary obligation will not circumvent limitations legislation as conveniently as is the case in Ontario. Indeed, as we shall see, Ontario is relatively unique in this regard. As fiduciary duties are caught by the legislation in most States, the commentaries and court decisions referred to above have restricted themselves to an assessment of the impact of the fiduciary relationship within the statutory limitations model. In this case, of course, we are not so limited.

By way of summary, fiduciary obligation has apparently not been raised in previous incest cases as an independent head of liability. However, it is

pour justifier l'application de la règle de la naissance tardive de la cause d'action. Cette règle est généralement applicable aux rapports fiduciaires et de confiance. [...] Les rapports fiduciaires comportent une obligation de divulgation complète et l'application de la règle de la découverte «empêche le fiduciaire d'obtenir l'immunité à l'égard d'un manquement initial à une obligation, grâce à un manquement subséquent à l'obligation de divulgation.»

Ainsi, la nature fiduciaire du rapport justifie une application libérale de la règle de la découverte. L'utilisation du rapport fiduciaire dans ce sens est appuyée par les commentateurs américains selon lesquels l'obligation fiduciaire justifie une application libérale de la règle de la découverte tardive: DeRose, «Adult Incest Survivors and the Statute of Limitations: The Delayed Discovery Rule and Long-Term Damages», *loc. cit.*, aux pp. 203 à 208, ou l'application de la règle de la dissimulation frauduleuse; Hartnett, «Use of the Massachusetts Discovery Rule by Adult Survivors of Father-Daughter Incest» (1990), 24 *New Eng. L. Rev.* 1243, aux pp. 1263 à 1265. Voir aussi Jorgenson et Randles, «Time Out: The Statute of Limitations and Fiduciary Theory in Psychotherapist Sexual Misconduct Cases» (1991), 44 *Okla. L. Rev.* 181.

Comme cela s'est fait au Canada, la plupart des États américains ont adopté une disposition générale en matière de prescription qui englobe les actions en *equity*: 54 C.J.S. Limitation of Actions § 36, 51 Am Jur 2d § 83. Ainsi, la preuve d'un manquement à une obligation fiduciaire ne permettra pas d'échapper à l'application de la loi sur la prescription aussi commodément qu'en Ontario. En fait, comme nous le verrons, la situation en Ontario est relativement unique à cet égard. Vu que, dans la plupart des États américains, les lois sur la prescription s'appliquent aux obligations fiduciaires, les commentaires et les décisions judiciaires susmentionnés n'ont porté que sur l'évaluation de l'incidence du rapport fiduciaire dans le contexte de ces lois. Il va sans dire que nous ne sommes pas aussi limités en l'espèce.

En résumé, dans les cas d'inceste antérieurs, l'obligation fiduciaire n'a apparemment pas été soulevée comme chef distinct de responsabilité.

clear that such an option is available subject to statutory and other limitation defences specific to equitable claims. It is to these defences that I now turn.

Defences

As with the appellant's claim in tort, her delay in bringing the claim for breach of fiduciary duty raises several possible defences. The first is limitations legislation; the second is the application of that legislation by analogy, and finally there is the equitable doctrine of laches. In my view, none of these defences is made out in this case, and the appellant's claim should stand. As will become apparent, many of the factors activating the reasonable discoverability principle in tort are also applicable in assessing these equitable defences. While there is some overlap, there are also different considerations that arise solely in the realm of equity.

Toutefois, il est évident qu'il est possible de le faire, sous réserve des moyens de défense prévus par la loi et d'autres moyens de défense fondés sur la prescription propres aux actions fondées sur l'*equity*. J'examinerai maintenant ces moyens de défense.

Les moyens de défense

Comme dans le cas de l'action délictuelle de l'appelante, plusieurs moyens de défense peuvent être opposés au fait qu'elle a tardé à intenter son action pour manquement à une obligation fiduciaire. Ce sont d'abord la loi sur la prescription des actions, ensuite l'application de cette loi par analogie et enfin, l'application de la règle d'*equity* du manque de diligence (*laches*). À mon avis, aucun de ces moyens de défense n'est invoqué en l'espèce et l'appelante devrait avoir gain de cause. Comme on se rendra compte, un grand nombre des facteurs déclenchant l'application du principe, reconnu en matière délictuelle, de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi sont également applicables à l'évaluation des moyens de défense reconnus en *equity*. Bien qu'il puisse y avoir un certain chevauchement, il existe également différentes considérations qui se présentent seulement en *equity*.

f

Limitations Legislation

Ontario's *Limitations Act* is one of the few remaining limitations statutes in Canada that is not made applicable to civil actions in general. Such provisions capture any common law or equitable claim, and reference can be made to six provincial statutes in this regard: *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 236, s. 3(4); *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, c. L-15, s. 4(1)(g); *The Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1978, c. L-15, s. 3(1)(j); *Statute of Limitations*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7, s. 2(1)(g); *The Limitation of Actions Act*, R.S.M. 1987, c. L150, s. 2(1)(n); *Limitation of Actions Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-8, s. 6. In Ontario, by contrast, the Act applies only to a closed list of enumerated causes of action. Counsel for both parties have apparently conceded that this list does not include fiduciary obligations, and it is therefore unnecessary to consider this question in great depth. How-

g

La *Loi sur la prescription des actions* de l'Ontario demeure l'une des rares lois canadiennes sur la prescription qui n'est pas applicable à l'ensemble des actions civiles. Pareilles dispositions visent généralement les actions en common law et en *equity* et il est possible de mentionner à cet égard six lois provinciales: *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 236, par. 3(4); *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, ch. L-15, al. 4(1)g); *The Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1978, ch. L-15, al. 3(1)j); *Statute of Limitations*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-7, al. 2(1)g); *Loi sur la prescription*, L.R.M. 1987, ch. L150, al. 2(1)n); *Loi sur la prescription*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-8, art. 6. Par contre, en Ontario, la Loi ne s'applique qu'à une liste exhaustive de causes d'action. Les avocats des deux parties ont apparemment concédé que cette liste ne comprend pas les obligations fiduciaires et il est

ever, some comment on the issue may be helpful in understanding the next defence under consideration, namely, limitation by analogy to the statute.

donc inutile d'examiner cette question en profondeur. Toutefois, certaines observations à ce sujet peuvent aider à comprendre le prochain moyen de défense examiné, l'application par analogie de la loi sur la prescription des actions.

Section 2 of the Ontario *Limitations Act* reads as follows:

2. Nothing in this Act interferes with any rule of equity in refusing relief on the ground of acquiescence, or otherwise, to any person whose right to bring an action is not barred by virtue of this Act.

This section makes clear that the Act does not exhaust the defences available to a defendant because of the passage of time. Thus, certain actions expressly made subject to the *Limitations Act* may not yet be out of time under the terms of that statute, but may be precluded by equitable defences that apply notwithstanding the terms of the Act. The section also gives rise to the inference that there is a category of equitable claims not subject to the Act at all, and that the equitable defences survive in those cases. Such is the case here. The Act does not apply to fiduciary obligations, but the respondent may nonetheless argue that the equitable defence of laches is available to the respondent.

Part II of the Act limits certain actions against trustees, and pursuant to s. 42 the Part applies to express or statutory trusts. This obviously does not encompass fiduciary obligations. However, s. 43 defines "trustee" to include a "trustee whose trust arises by construction or implication of law". However, this definition does not include a fiduciary obligation; a trust is a distinct category of equitable obligation. As Dickson J. observed in *Guerin, supra*, at pp. 386-87, it is a concept separate and apart from fiduciary relationship, although the two arise from the same equitable source. In *Canson, supra*, at p. 578, I commented on this distinction from a remedial perspective. Consistently with this approach, cases considering the scope of the term "trustee" under s. 43 of the Act have limited its

L'article 2 de la *Loi sur la prescription des actions* de l'Ontario se lit ainsi:

2 La présente loi n'a pas pour effet de porter atteinte aux principes d'équité en refusant le redressement, notamment pour le motif d'acquiescement, à la personne dont le droit d'intenter une action n'est pas prescrit en vertu de la présente loi.

Cet article établit clairement que la Loi ne donne pas une liste exhaustive des moyens de défense que peut opposer un défendeur à cause de l'écoulement du temps. Ainsi, il se peut que certaines actions expressément assujetties à la *Loi sur la prescription des actions* ne soient pas encore prescrites en vertu de cette loi, mais qu'elles soient exclues en raison des moyens de défense reconnus en *equity* qui s'appliquent nonobstant les dispositions de la Loi. Cet article permet aussi de déduire qu'il existe une catégorie d'actions en *equity* qui ne sont aucunement assujetties à la Loi et que, dans ces cas, les moyens de défense reconnus en *equity* subsistent. C'est le cas en l'espèce. La Loi ne s'applique pas aux obligations fiduciaires, mais l'intimé a néanmoins soutenu qu'il peut invoquer le moyen de défense d'*equity* fondé sur le manque de diligence.

La partie II de la Loi limite certaines actions contre des fiduciaires et, conformément à l'art. 42, ladite partie s'applique aux fiducies explicites ou constituées en vertu d'une loi. Cela ne comprend pas évidemment les obligations fiduciaires. Cependant, l'art. 43 précise que le terme «fiduciaire» s'entend «d'un fiduciaire aux termes d'une fiducie judiciaire ou d'une fiducie par déduction». Toutefois, cette définition ne comprend pas une obligation fiduciaire; une fiducie est une catégorie distincte d'obligation reconnue en *equity*. Comme le fait remarquer le juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*, précité, aux pp. 386 et 387, il s'agit d'un concept séparé et distinct du rapport fiduciaire, même si les deux ont le même fondement en *equity*. Dans l'arrêt *Canson*, précité, à la p. 578, j'explique cette

application to express or constructive trustees; see *Soar v. Ashwell*, [1893] 2 Q.B. 390 (C.A.); *Taylor v. Davies*, [1920] A.C. 636.

In an abundance of caution, counsel for the appellant cited s. 43(2) of the Act, which has the effect of denying protection to a trustee where the action is based on the trustee's fraudulent breach of trust. This really goes to fraudulent concealment, discussed earlier, and it is unnecessary to consider at this stage because Part II of the Act clearly does not apply to fiduciary relationships.

Statutory Limitation by Analogy

While a breach of fiduciary duty is not expressly limited by Ontario's *Limitations Act*, can it be said that equity should apply the Act by analogy to bar the appellant's claim? That is, should the limitation period applicable to tortious assault be applied on the fiduciary side because both claims arise out of the same facts? There is a short answer to this question. Having already found that the limitation period was tolled by the reasonable discoverability principle, analogous application of the statute is, of course, not fatal to the appellant's claim in equity. But even apart from this, I think the same result would follow. While there is no doubt that in some cases equity will operate by analogy and adopt a statutory limitation period that does not otherwise expressly apply, in my view this is not such a case. And this for several reasons. First, equity has rarely limited a claim by analogy when a case falls within its exclusive jurisdiction, as in this claim for breach of fiduciary duty. Moreover, even if it is appropriate to analogize from the common law, the analogy will be governed by the parameters of the equitable doctrine of laches. More will be said about laches later when it will become evident that it is of no assistance to the respondent. Finally, any

distinction sous l'angle du redressement. Conformément à ce point de vue, les tribunaux qui ont examiné la portée du mot «fiduciaire» à l'art. 43 de la Loi en ont limité l'application aux fiduciaires en vertu d'une fiducie explicite ou judiciaire; voir *Soar c. Ashwell*, [1893] 2 Q.B. 390 (C.A.); *Taylor c. Davies*, [1920] A.C. 636.

Par souci de prudence, l'avocat de l'appelante a mentionné le par. 43(2) de la Loi, qui a pour effet de refuser la protection à un fiduciaire lorsque l'action est fondée sur un abus de confiance frauduleux de sa part. Cela touche vraiment à la dissimulation frauduleuse que j'ai déjà analysée, et il n'est pas nécessaire de l'examiner à ce stade parce qu'il est évident que la partie II de la Loi ne s'applique pas aux relations fiduciaires.

d L'application par analogie de la loi sur la prescription

Bien que la *Loi sur la prescription des actions* de l'Ontario n'assujettisse pas expressément à la prescription le manquement à une obligation fiduciaire, peut-on prétendre que la Loi devrait s'appliquer par analogie en *equity* de façon à ce que l'action de l'appelante soit prescrite? C'est-à-dire le délai de prescription applicable à l'agression délictuelle devrait-il s'appliquer en matière fiduciaire pour le motif que les deux actions sont fondées sur les mêmes faits? On peut répondre brièvement à cette question. Vu la conclusion que le délai de prescription a été interrompu par l'application du principe de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi, il va sans dire que l'application de la loi par analogie n'est pas fatale à l'action en *equity* de l'appelante. Mais même indépendamment de cela, je crois que le même résultat s'ensuivrait. Bien qu'il n'y ait pas de doute que, dans certains cas, l'*equity* fonctionne par analogie et adopte un délai légal de prescription qui, par ailleurs, ne s'appliquerait pas expressément, j'estime que ce n'est pas le cas en l'espèce, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, il est rare en *equity* qu'une action soit prescrite par analogie lorsqu'une affaire relève exclusivement de la compétence d'*equity*, comme c'est notamment le cas de la présente réclamation pour manquement à une obligation fiduciaire. De plus, même s'il est approprié d'éta-

analogy drawn in this case would be nullified by the doctrine of fraudulent concealment.

The concept of limitation by analogy is as old as limitation statutes themselves, and some appreciation of its history is helpful in understanding the true scope of the doctrine. In this regard, Brunyate's *Limitation of Actions in Equity, supra*, is again an invaluable source. As he explains, at pp. 1-22, the first English statutes of limitations applied only to actions at common law, and it was only centuries later in 1833 that some equitable actions were so limited; see *Limitation Act, 1623*, (Eng.), 21 Jac. 1, c. 16; *The Real Property Limitation Act, 1833*, (Eng.), 3 & 4 Will. 4, c. 27. In the interim, the chancery courts were often called upon to decide purely legal claims within an equitable proceeding, and a practice evolved whereby the statutes could be applied even though the proceeding was technically in equity. In the seminal case of *Hovenden v. Annesley* (1806), 2 Sch. & Lef. 607, 9 R.R. 119, at p. 630 and p. 120 respectively, Lord Redesdale explained the practice in this way:

But it is said that courts of equity are not within the statutes of limitations. This is true in one respect; they are not within the words of the statutes, because the words apply to particular legal remedies; but they are within the spirit and meaning of the statutes, and have always been so considered. I think it is a mistake in point of language, to say that courts of equity act merely by analogy to the statute; § they act in obedience to it. The statute of limitations, applying itself to certain legal remedies, for recovering the possession of lands, for recovering of debts, &c. Equity, which in all cases follows the law, acts upon legal titles, and legal demands, according to matters of conscience which arise, and which do not admit of the ordinary legal remedies: nev-

bler une analogie à partir de la common law, cette analogie sera régie par les paramètres de la règle d'*equity* du manque de diligence. J'examinerai davantage la question du manque de diligence plus loin, lorsqu'il deviendra évident qu'elle n'est d'aucune utilité à l'intimé. Enfin, toute analogie établie en l'espèce serait invalidée par la règle de la dissimulation frauduleuse.

Le concept de la prescription par analogie est aussi ancien que les lois sur la prescription elles-mêmes et il est utile d'en examiner l'historique pour comprendre la véritable portée de ce principe. À ce propos, l'ouvrage de Brunyate, intitulé *Limitation of Actions in Equity, op. cit.*, est de nouveau d'une grande utilité. Comme il l'explique aux pp. 1 à 22, les premières lois anglaises sur la prescription ne s'appliquaient qu'aux actions fondées sur la common law et ce n'est que plusieurs siècles plus tard, en 1833, que certaines actions en *equity* sont devenues assujetties à la prescription; voir *Limitation Act, 1623*, (Angl.), 21 Jac. 1, ch. 16; *The Real Property Limitation Act, 1833*, (Angl.), 3 & 4 Will. 4, ch. 27. Entre-temps, les tribunaux d'*equity* ont souvent dû statuer sur des actions fondées purement sur la common law dans des procédures d'*equity* et il s'est développé une pratique selon laquelle les lois sur la prescription pouvaient s'appliquer même si les procédures se trouvaient techniquement fondées sur l'*equity*. Dans l'arrêt de principe *Hovenden c. Annesley* (1806), 2 Sch. & Lef. 607, 9 R.R. 119, aux pp. 630 et 120 respectivement, lord Redesdale explique ainsi cette pratique:

[TRADUCTION] Mais on dit que les tribunaux d'*equity* ne sont pas assujettis aux lois sur la prescription. Cela est exact à un point de vue; ils ne sont pas visés expressément par ces lois parce que celles-ci s'appliquent, de par leurs termes, à des recours de common law particuliers; toutefois, ils sont visés par l'esprit et le sens de ces lois et ils ont toujours été considérés ainsi. À mon avis, c'est une erreur, sur le plan linguistique, de prétendre que les tribunaux d'*equity* appliquent simplement les lois par analogie; ils agissent en conformité avec elles. Vu que la Statute of Limitations s'applique à certains recours de common law visant la reprise de possession de biens-fonds, le recouvrement de créances, et ainsi de suite, les tribunaux d'*equity*, qui, dans tous les cas suivent la common law, statuent sur les droits et les

ertheless, in thus administering justice, according to the means afforded by a court of equity, it follows the law.

In the result, when acting within its auxiliary jurisdiction, equity decided legal claims as an incident of a larger equitable proceeding, or exercised its supervisory jurisdiction, it was compelled to "follow the law" and apply the statutory limitation period.

Over time, Lord Redesdale's remarks were used as the basis for a broader jurisdictional approach to the doctrine of limitation by analogy. Brunyate described the emerging method, at pp. 11-12, of his text:

Suits within the auxiliary jurisdiction of equity are within the very words of the Statute of Limitations so that in applying the statute to them the Court is acting in obedience to it; suits within the concurrent jurisdiction are perhaps within the words of the statute (there is some doubt whether they were included or not); suits within the sole jurisdiction are not within the words of the statute and to them the statute is applied if at all by analogy.

Brunyate criticizes this new approach as a misreading of *Hovenden v. Annesley*, but the approach appears to have survived the *Judicature Act*. Typical is the often-quoted test established by the House of Lords in *Knox v. Gye* (1872), L.R. 5 H.L. 656, at pp. 674-75:

... where the remedy in Equity is correspondent to the remedy at Law, and the latter is subject to a limit in point of time by the *Statute of Limitations*, a Court of Equity acts by analogy to the statute, and imposes on the remedy it affords the same limitation.

Where a Court of Equity frames its remedy upon the basis of the Common Law, and supplements the Common Law by extending the remedy to parties who cannot have an action at Common Law, there the Court of Equity acts in analogy to the statute; that is, it adopts the

a demandes découlant de la common law, conformément aux questions de conscience qui se posent et qui n'admettent pas les recours de common law ordinaires; néanmoins, dans l'administration de la justice conformément aux moyens dont dispose un tribunal d'*equity*, *l'equity* suit la common law.

b En définitive, lorsqu'en exerçant leur compétence accessoire, les tribunaux d'*equity* statuaient sur les actions fondées sur la common law dans le cadre de procédures plus générales en *equity* ou exerçaient leur pouvoir de surveillance, ils étaient tenus de «suivre la common law» et d'appliquer le délai de prescription imparti.

c *d* Avec le temps, les observations de lord Redesdale ont servi à justifier une façon plus générale, fondée sur la compétence, d'aborder la règle de la prescription par analogie. Voici comment Brunyate, *op. cit.*, décrit la méthode qui se fait jour, aux pp. 11 et 12 de son ouvrage:

e [TRADUCTION] Les poursuites relevant de la compétence accessoire des tribunaux d'*equity* sont expressément visées par la Statute of Limitations, de sorte qu'en leur appliquant cette loi, le tribunal ne fait que s'y conformer; les poursuites relevant de la compétence concurrente sont peut-être expressément visées par la Loi (il existe des doutes à ce sujet); les poursuites relevant de la compétence exclusive ne sont pas visées par la Loi et l'application de la Loi ne peut se faire que par analogie.

Brunyate estime que cette nouvelle approche se fonde sur une interprétation erronée de l'arrêt *Hovenden c. Annesley*, mais elle semble avoir subsisté à l'adoption de la *Judicature Act*. Un exemple typique est le critère souvent cité que la Chambre des lords a établi dans l'arrêt *Knox c. Gye* (1872), L.R. 5 H.L. 656, aux pp. 674 et 675:

h [TRADUCTION] ... si le redressement en *equity* correspond à celui prévu par la common law et si ce dernier est assujetti à un délai de prescription, un tribunal d'*equity* applique la Loi par analogie et impose le même délai de prescription au redressement qu'il offre.

Lorsqu'un tribunal d'*equity* établit son redressement en se fondant sur la common law et complète la common law en offrant le redressement aux parties qui ne possèdent pas un droit d'action en common law, il applique alors la Loi par analogie; c'est-à-dire qu'il adopte la Loi

statute as the rule of procedure regulating the remedy it affords.

In other words, concurrent actions in equity will be subjected by analogy to the limitations statute. However, equity in this instance is not bound to follow the law, and its residual discretion may be employed through the doctrine of laches. Brunyate thus described this distinction, at p. 16:

Thus the substantial difference between cases where the Court acts in obedience to a Statute of Limitations and cases where it acts by analogy with the statute is that in the former the limitation is peremptory whereas in the latter it is but part of the law of laches.

Today, the doctrine retains certain remnants of its old jurisdictional foundations, even though the distinction between the exclusive, concurrent and auxiliary jurisdictions is now technically obsolete. Fortunately the notion of acting in "obedience" to the statute appears to have fallen into disfavour; see *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 16, para. 934, at p. 837, notes 2 and 3; Meagher, Gummow and Lehane, *supra*, at p. 744. I have grave doubts about the continuing vitality of this aspect of the doctrine, for it seems distinctly inequitable for a court of conscience to be compelled to apply by inference or analogy a statutory provision that takes no account of the justice of each case.

The surviving authorities maintain a blurred distinction between concurrent and exclusive actions in equity. From the outset it has been difficult to maintain a principled distinction, since even some early cases arising solely in equity were subjected to the limitations period; see Brunyate, *supra*, at p. 20. Nonetheless, it is appropriate to view concurrent actions as being most susceptible to the analogy doctrine; after all, these actions have historical roots in the common law. At the same time

comme règle de procédure applicable au redressement qu'il offre.

En d'autres termes, les actions relevant de la compétence concurrente en *equity* seront assujetties par analogie à la prescription. Toutefois, le tribunal d'*equity* n'est pas tenu de suivre la common law et il peut exercer son pouvoir discrétionnaire résiduel, grâce à la règle du manque de diligence. Brunyate décrit ainsi cette distinction, à la p. 16:

[TRADUCTION] Il existe donc une importante différence entre les cas où le tribunal agit conformément à une loi sur la prescription des actions et ceux où il applique cette loi par analogie; dans le premier cas, l'application du délai de prescription est péremptoire, tandis que, dans le deuxième cas, elle s'inscrit dans le cadre de l'application de la règle du manque de diligence.

De nos jours, la règle de la prescription par analogie conserve certains vestiges de ses anciens fondements en matière de compétence, même si la distinction entre la compétence exclusive, concurrente et accessoire est maintenant techniquement désuète. Heureusement, la notion des actes «conformes» à la loi semble être tombée en défaveur; voir *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 16, par. 934, à la p. 837, notes 2 et 3; Meagher, Gummow et Lehane, *op. cit.*, à la p. 744. J'éprouve de sérieux doutes au sujet de la subsistance de cet aspect de la règle puisqu'il semble fort injuste qu'un tribunal qui statue selon les préceptes de la conscience soit forcé d'appliquer par inférence ou par analogie une disposition législative qui ne tient pas compte de la justice de chaque cas.

La jurisprudence encore applicable maintient une vague distinction entre les actions relevant de la compétence concurrente et celles relevant de la compétence exclusive en *equity*. Dès le départ, il a été difficile de maintenir une distinction fondée sur des principes puisque même certaines actions anciennes qui naissaient en *equity* seulement étaient assujetties à la prescription; voir Brunyate, *op. cit.*, à la p. 20. Néanmoins, il est approprié de considérer les actions relevant de la compétence concurrente comme celles qui sont le plus susceptibles d'être assujetties au principe de la prescription par analogie; après tout, ces actions ont des origines historiques dans la common law. Par ailleurs,

actions arising solely in equity will rarely be comparable to a common law analogue.

The present case involves a breach of fiduciary duty, which falls solely within the realm of equity. As such, it is not in my view readily amenable to limitation by analogy to some common law action. However, even if an analogy could be drawn that is not to say that it must be applied. As I noted earlier, equity retains a residual discretion on this point, which is the point of distinction from acting in obedience to the statute. In this respect the analogy takes on the character of laches, a point explicitly recognized by Brunyate. A more detailed consideration of laches follows, but for now it is enough to note the following proposition advanced by Brunyate, *supra*, at p. 17:

Where a Court of Equity is applying the statute as part of the law of laches it may reasonably allow any exceptions that are allowed in the law of laches. . . . since delay by a plaintiff who has been ignorant of his right of action will not amount to laches, we should expect that, where the Court is acting by analogy to the statute, time will not run until the plaintiff is aware of his right of action.

This reasoning would appear to be the basis of the judgment in *Metropolitan Bank v. Heiron* (1880), 5 Ex. D. 319 (C.A.).

In a similar vein, any analogy that might be drawn in this case is also refuted by the respondent's fraudulent concealment of the appellant's cause of action. I have already discussed fraudulent concealment as a discrete response to the limitations problem in incest cases, and held that it was not procedurally available for that purpose in this case. Here, however, I do not raise fraudulent concealment to counter the express application of the statute, but in relation to the analogy doctrine. In my view it would be unfair to consider the analogy without at the same time considering all possible

leurs, les actions qui naissent en *equity* seulement se comparent rarement à un recours analogue en common law.

^a Il est question ici d'un manquement à une obligation fiduciaire qui relève seulement de l'*equity*. Ainsi, j'estime qu'il n'est pas facilement sujet à prescription par analogie à une action en common law. Toutefois, même s'il est possible de procéder par analogie, cela ne veut pas dire pour autant qu'il faut le faire. Comme je l'ai déjà souligné, il existe en *equity* un pouvoir discrétionnaire résiduel sur ce point, qui se distingue du fait d'agir conformément à la loi. À cet égard, la règle du manque de diligence s'applique à l'analogie, ce que reconnaît explicitement Brunyate. Je présente plus loin un examen plus détaillé de la règle du manque de diligence, mais il suffit pour l'instant de mentionner la proposition suivante que soumet Brunyate, *op. cit.*, à la p. 17:

^e [TRADUCTION] Lorsqu'un tribunal d'*equity* applique la loi dans le cadre de la règle du manque de diligence, il peut raisonnablement permettre les exceptions que permet cette règle [...] puisque le retard d'un demandeur qui n'était pas au courant de son droit d'action ne constitue pas un manque de diligence, nous devrions nous attendre que, dans le cas où le tribunal applique la loi par analogie, le délai ne commence à courir qu'au moment où le demandeur prend conscience de son droit d'action.

^g Ce raisonnement semblerait constituer le fondement de l'arrêt *Metropolitan Bank c. Heiron* (1880), 5 Ex. D. 319 (C.A.).

^h Dans le même esprit, toute analogie qui pourrait être établie en l'espèce se trouve également repoussée par le fait que l'intimé a frauduleusement dissimulé la cause d'action de l'appelante. J'ai déjà analysé la question de la dissimulation frauduleuse comme réponse distincte au problème de la prescription en matière d'inceste et j'ai conclu que, sur le plan de la procédure, on ne pouvait s'en servir à cette fin dans la présente affaire. En l'espèce toutefois, je soulève la question de la dissimulation frauduleuse non pas pour contrecarrer l'application expresse de la loi, mais relativement

responses to it. In this case, the evidence overwhelmingly suggests that the respondent's incestuous conduct, together with his later acts of concealment, were sufficient to constitute fraudulent concealment. In the result, any analogous limitation period applicable to this case will be tolled by this concealment.

Laches

Historically, statutes of limitation did not apply to equitable claims, and as such courts of equity developed their own limitation defences. Limitation by analogy was one of these, but the more important development was the defence of laches. While laches must be considered here as in any delayed equitable claim, in my view it does not afford the respondent redress.

The leading authority on laches would appear to be *Lindsay Petroleum Co. v. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221, in which the doctrine is explained as follows, at pp. 239-40:

... the doctrine of laches in Courts of Equity is not an arbitrary or a technical doctrine. Where it would be practically unjust to give a remedy, either because the party has, by his conduct, done that which might fairly be regarded as equivalent to a waiver of it, or where by his conduct and neglect he has, though perhaps not waiving that remedy, yet put the other party in a situation in which it would not be reasonable to place him if the remedy were afterwards to be asserted, in either of these cases, lapse of time and delay are most material. But in every case, if an argument against relief, which otherwise would be just, is founded upon mere delay, that delay of course not amounting to a bar by any statute of limitations, the validity of that defence must be tried upon principles substantially equitable. Two circumstances, always important in such cases, are, the length of the delay and the nature of the acts done during the interval, which might affect either party and

au principe de la prescription par analogie. À mon avis, il serait injuste d'examiner la question de la prescription par analogie sans examiner en même temps toutes les réponses possibles à celle-ci. En ^a l'espèce, il se dégage fortement de la preuve que la conduite incestueuse de l'intimé et ses actes de dissimulation ultérieurs suffisaient pour constituer une dissimulation frauduleuse. En définitive, tout délai de prescription applicable par analogie à l'^b espèce est interrompu du fait de cette dissimulation.

Le manque de diligence

Historiquement, les lois sur la prescription des actions ne s'appliquaient pas aux actions fondées sur l'*equity* et c'est ainsi que les tribunaux d'*equity* ont formulé leurs propres moyens de défense fondés sur la prescription. L'application de la prescription par analogie en est un exemple, mais le progrès plus important a été le moyen de défense fondé sur le manque de diligence. Même s'il faut examiner ici la question du manque de diligence comme dans le cas de toute réclamation tardive en ^c *equity*, j'estime qu'elle n'est d'aucun secours à l'intimé.

L'arrêt de principe sur le manque de diligence semblerait être *Lindsay Petroleum Co. c. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221, dans lequel cette règle est expliquée aux pp. 239 et 240:

[TRADUCTION] ... dans les cours d'*equity*, la règle du manque de diligence n'est ni arbitraire, ni technique. ^d Lorsqu'il serait pratiquement injuste d'accorder un redressement, soit parce que, par sa conduite, l'intéressé a fait quelque chose qu'on pourrait justement considérer comme équivalent à une renonciation audit redressement, ou lorsque, n'ayant peut-être pas renoncé à ce redressement, il a par sa conduite et sa négligence mis la partie adverse dans une situation dans laquelle il ne serait pas raisonnable de la placer si le redressement devait par la suite être revendiqué, le laps de temps et le retard sont très importants dans chacun de ces deux cas. Mais, dans tous les cas, si une opposition au redressement, juste par ailleurs, se fonde simplement sur le retard, pourvu, bien entendu, que ce retard n'entraîne pas la prescription en vertu d'une loi quelconque, la validité de ce moyen de défense doit être décidée surtout selon des principes d'*equity*. Deux circonstances, toujours importantes en pareils cas, sont la longueur du retard et la nature des actes accomplis dans l'intervalle,

cause a balance of justice or injustice in taking the one course or the other, so far as relates to the remedy.

This explanation was approved by Lord Blackburn in *Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co.* (1878), 3 App. Cas. 1218 (H.L.), where, after quoting the above passage, he comments, at pp. 1279-80:

I have looked in vain for any authority which gives a more distinct and definite rule than this; and I think, from the nature of the inquiry, it must always be a question of more or less, depending on the degree of diligence which might reasonably be required, and the degree of change which has occurred, whether the balance of justice or injustice is in favour of granting the remedy or withholding it. The determination of such a question must largely depend on the turn of mind of those who have to decide, and must therefore be subject to uncertainty; but that, I think, is inherent in the nature of the inquiry.

In turn, this formulation has been applied by this Court; see *Canada Trust Co. v. Lloyd*, [1968] S.C.R. 300; *Blundon v. Storm*, [1972] S.C.R. 135.

The rule developed in *Lindsay* is certainly amorphous, perhaps admirably so. However, some structure can be derived from the cases. A good discussion of the rule and of laches in general is found in Meagher, Gummow and Lehane, *supra*, at pp. 755-65, where the authors distill the doctrine in this manner, at p. 755:

It is a defence which requires that a defendant can successfully resist an equitable (although not a legal) claim made against him if he can demonstrate that the plaintiff, by delaying the institution or prosecution of his case, has either (a) acquiesced in the defendant's conduct or (b) caused the defendant to alter his position in reasonable reliance on the plaintiff's acceptance of the status quo, or otherwise permitted a situation to arise which it would be unjust to disturb. . . .

Thus there are two distinct branches to the laches doctrine, and either will suffice as a defence to a claim in equity. What is immediately obvious from all of the authorities is that mere delay is insufficient to trigger laches under either of its two branches. Rather, the doctrine considers whether

éléments qui peuvent avoir des conséquences pour l'une ou l'autre partie et faire pencher la balance du côté de la justice ou de l'injustice selon qu'on adopte une solution ou l'autre, ce qui a trait au redressement.

Cette explication a été approuvée par lord Blackburn dans *Erlanger c. New Sombrero Phosphate Co.* (1878), 3 App. Cas. 1218 (H.L.), où, après avoir cité le passage qui précède, il ajoute ce qui suit, aux pp. 1279 et 1280:

[TRADUCTION] J'ai vainement cherché dans les arrêts et les ouvrages une règle plus claire et précise et vu la nature de la question à examiner, je crois que pour décider si la balance de la justice ou de l'injustice favorise l'attribution du redressement ou son refus, il s'agira toujours de se fonder plus ou moins sur la diligence raisonnablement requise ou le changement survenu. La décision de cette question doit dépendre en grande partie de la tournure d'esprit de ceux qui sont chargés de décider et, par conséquent, elle est nécessairement sujette à l'incertitude; mais cela, je crois, est inhérent à un examen de cette nature.

Notre Cour a à son tour appliqué cette formulation; voir les arrêts *Canada Trust Co. c. Lloyd*, [1968] R.C.S. 300; *Blundon c. Storm*, [1972] R.C.S. 135.

La règle élaborée dans l'arrêt *Lindsay* est certainement informe, et ce peut-être admirablement. Toutefois, la jurisprudence nous permet de dégager une certaine structure. On trouve une bonne analyse de cette règle et de la règle du manque de diligence dans Meagher, Gummow et Lehane, *op. cit.*, aux pp. 755 à 765; les auteurs y résument ainsi la théorie, à la p. 755:

[TRADUCTION] C'est un moyen de défense qui permet à un défendeur de s'opposer avec succès à une réclamation en *equity* (quoique non légale) faite contre lui s'il peut établir que le demandeur, en tardant à intenter des poursuites, a) a acquiescé à la conduite du défendeur ou b) a amené le défendeur à changer sa position parce qu'il croyait raisonnablement que le demandeur avait accepté le statu quo ou qu'il avait permis une situation qu'il serait injuste de changer.

En conséquence, la règle du manque de diligence comporte deux éléments distincts et l'un ou l'autre suffit comme moyen de défense à une réclamation en *equity*. Il ressort immédiatement de l'ensemble de la jurisprudence que le simple retard ne suffit pas à déclencher l'application de l'un ou l'autre

the delay of the plaintiff constitutes acquiescence or results in circumstances that make the prosecution of the action unreasonable. Ultimately, laches must be resolved as a matter of justice as between the parties, as is the case with any equitable doctrine.

In this case, there is no question of the respondent's "altering his position" because of the appellant's delay. Such considerations obviously do not arise in a case such as this. Further, there is nothing about the delay's here rendering further prosecution of the case unreasonable. Therefore, if laches is to bar the appellant's claim, it must be because of acquiescence, the first branch of the *Lindsay* rule.

Acquiescence is a fluid term, susceptible to various meanings depending upon the context in which it is used. Meagher, Gummow and Lehane, *supra*, at pp. 765-66, identify three different senses, the first being a synonym for estoppel, wherein the plaintiff stands by and watches the deprivation of her rights and yet does nothing. This has been referred to as the primary meaning of acquiescence. Its secondary sense is as an element of laches — after the deprivation of her rights and in the full knowledge of their existence, the plaintiff delays. This leads to an inference that her rights have been waived. This, of course, is the meaning of acquiescence relevant to this appeal. The final usage is a confusing one, as it is sometimes associated with the second branch of the laches rule in the context of an alteration of the defendant's position in reliance on the plaintiff's inaction.

As the primary and secondary definitions of acquiescence suggest, an important aspect of the concept is the plaintiff's knowledge of her rights. It is not enough that the plaintiff knows of the facts that support a claim in equity; she must also know that the facts give rise to that claim: *Re Howlett*, [1949] Ch. 767. However, this Court has held that knowledge of one's claim is to be measured by an

^a des éléments de la règle du manque de diligence. Il s'agit plutôt de déterminer si le retard du demandeur constitue un acquiescement ou crée des circonstances qui rendent déraisonnables les poursuites. En fin de compte, le manque de diligence doit être réglé comme une question de justice entre les parties, comme c'est le cas de toute règle d'*equity*.

^b En l'espèce, on n'a pas à se demander si l'intimé a «changé sa position» à cause du retard de l'appelante. Ces considérations ne sont évidemment pas applicables dans un cas comme celui-ci. Par ailleurs, le retard n'a pas pour effet de rendre déraisonnables les poursuites. En conséquence, si le manque de diligence a pour effet d'empêcher la demande de l'appelante, ce doit être à cause de l'acquiescement, le premier élément de la règle énoncée dans l'arrêt *Lindsay*.

^c L'acquiescement est un terme imprécis dont le sens peut varier selon le contexte dans lequel il est utilisé. Meagher, Gummow et Lehane, *op. cit.*, aux pp. 765 et 766, donnent trois sens différents à ce terme, le premier étant synonyme d'irrecevabilité, soit le cas où la partie demanderesse se rend compte qu'on la prive de ses droits, mais ne fait rien. On a dit que c'est là le sens principal de l'acquiescement. Le sens secondaire constitue un élément de la règle du manque de diligence: la partie demanderesse, qui est parfaitement consciente de ses droits et qui sait qu'elle en est privée, tarde à intenter une action, ce qui amène à conclure qu'elle a renoncé à ses droits. C'est là le sens de l'acquiescement aux fins du présent pourvoi. Le dernier sens de l'acquiescement est vague et est parfois associé au deuxième élément de la règle du manque de diligence dans le contexte d'un changement de position du défendeur du fait qu'il s'est fié à l'inaction de la partie demanderesse.

^d Comme le laissent entendre les définitions principale et secondaire de l'acquiescement, un aspect important du concept est la connaissance que la partie demanderesse a de ses droits. Il ne suffit pas qu'elle connaisse les faits qui justifient une réclamation en *equity*; encore faut-il qu'elle sache que lesdits faits donnent naissance à cette réclamation: *Re Howlett*, [1949] Ch. 767. Toutefois, notre Cour

objective standard; see *Taylor v. Wallbridge* (1879), 2 S.C.R. 616, at p. 670. In other words, the question is whether it is reasonable for a plaintiff to be ignorant of her legal rights given her knowledge of the underlying facts relevant to a possible legal claim.

It is interesting to observe that in practical terms the inquiry under the heading of acquiescence comes very close to the approach one takes to the reasonable discoverability rule in tort. As we have seen, the latter focuses on more than mere knowledge of the tortious acts—the plaintiff must also know of the wrongfulness of those acts. This is essentially the same as knowing that a legal claim is possible. That the considerations under law and equity are similar is hardly surprising, and is a laudable development given the similar policy imperatives that drive both inquiries.

In the present case, was it reasonable for the appellant to know the facts of her abuse and yet be unable to determine that her father was in the wrong and that a suit in equity could be launched? I believe that in the circumstances of the typical incest survivor the failure to know that one has been wronged is entirely reasonable. I have already discussed the medical evidence which indicates a post-incest syndrome of denial, memory repression, and self-guilt. The very existence of this syndrome is evidence that the reasonable incest survivor is incapable of appreciating her rights in equity or in law, and as such is incapable of acquiescing in the conduct that has breached those rights.

As is now apparent, the considerations outlined in detail under the common law discoverability doctrine must also be considered under the rubric of acquiescence. However, I would not wish to be taken as suggesting that an inquiry under the common law will reach the same result as in equity in every case. Rather, there is an important distinc-

a statué que la connaissance de l'existence d'une réclamation doit être évaluée en fonction d'une norme objective; voir l'arrêt *Taylor c. Wallbridge* (1879), 2 R.C.S. 616, à la p. 670. En d'autres termes, il s'agit de déterminer s'il est raisonnable qu'une partie demanderesse ignore ses droits lorsqu'elle connaît les faits sous-jacents qui peuvent donner lieu à un recours en justice.

^b Il est intéressant de constater que, du point de vue pratique, l'analyse sous l'angle de l'acquiescement se rapproche très étroitement de la façon dont on aborde la règle de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi en matière délictuelle. Comme nous l'avons vu, il faut dans ce dernier cas plus qu'une simple connaissance des actes délictuels—le demandeur doit aussi être conscient du caractère répréhensible de ces actes. C'est essentiellement la même chose que de savoir qu'un recours en justice est possible. Il n'est guère étonnant que ces considérations en common law et en *equity* soient similaires et c'est là un progrès louable compte tenu des impératifs de principe similaires qui commandent les deux analyses.

^f En l'espèce, était-il raisonnable que l'appelante connaisse les faits de son agression, sans être en mesure de déterminer que son père avait mal agi et qu'il lui était possible d'intenter une poursuite en *equity*? J'estime que, dans le cas d'une victime d'inceste typique, il est tout à fait raisonnable que l'on ne sache pas qu'on a fait l'objet d'un mauvais traitement. J'ai déjà examiné la preuve médicale qui révèle qu'il existe chez les victimes d'inceste un syndrome de dénégation, de perte de mémoire et de culpabilité de soi. L'existence même de ce syndrome constitue la preuve que la victime raisonnable d'inceste n'est pas en mesure de se rendre compte de ses droits en *equity* ou en common law et qu'elle n'est donc pas en mesure d'acquiescer à la conduite qui a violé ces droits.

ⁱ Comme il appert maintenant, il faut aussi examiner relativement à l'acquiescement les considérations exposées en détail relativement à la règle de common law de la possibilité de découvrir le préjudice subi. Toutefois, je ne voudrais pas qu'on pense que je laisse entendre que l'analyse en vertu de la common law aboutira au même résultat qu'en

tion between the two that has not yet been considered. As I have stated, both doctrines share the common requirement of knowledge on the part of the plaintiff. However, a consequence of that knowledge is that the reasonable discoverability inquiry is at an end, and the statutory limitations period begins to run. In equity, however, there is a residual inquiry: in light of the plaintiff's knowledge, can it reasonably be inferred that the plaintiff has acquiesced in the defendant's conduct? That question depends on the circumstances of each case, but in my view it would require particularly compelling evidence to demonstrate that an incest victim had "acquiesced" in the sexual assaults made against her. In this case I need not consider this second inquiry, as the appellant did not have real knowledge of the wrongfulness of the respondent's conduct until shortly before commencing this action. However, I see nothing in the facts of this case to suggest that the appellant truly acquiesced in her father's abuse.

equity dans tous les cas. Il existe plutôt entre les deux analyses une distinction importante qui n'a pas encore été examinée. Comme je l'ai dit, les deux règles ont en commun l'exigence de connaissance de la part de la partie demanderesse. Toutefois, une conséquence de cette connaissance est qu'elle met fin à l'analyse de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi et que le délai de prescription commence à courir. Mais en *equity*, il faut ensuite trancher la question suivante: compte tenu de la connaissance de la demanderesse, peut-on raisonnablement déduire qu'elle avait acquiescé à la conduite du défendeur? La réponse à cette question dépend des circonstances de chaque cas, mais, à mon avis, il faudrait des éléments de preuve particulièrement convaincants pour établir qu'une victime d'inceste a «acquiescé» aux agressions sexuelles dont elle a fait l'objet. En l'espèce, je n'ai pas à me poser cette seconde question car l'appelante n'a vraiment pris connaissance du caractère répréhensible de la conduite de l'intimé que peu de temps avant d'intenter la présente action. Toutefois, rien dans les faits de la présente affaire ne laisse entendre que l'appelante a vraiment acquiescé aux agressions de son père.

Remedies

The jury in this case found that the respondent had sexually assaulted the appellant, and assessed general damages of \$10,000 and punitive damages of \$40,000. Though the punitive damages are within the general range of such awards, the general damages seem rather low. The jury, however, had the whole matter before it, and its award should not lightly be disturbed. At all events, the quantum was not disputed on this appeal. However, as I have found that a breach of fiduciary duty has also occurred, it raises the issue whether some additional remedy in equity is necessary to compensate the appellant fully and properly.

Les redressements

En l'espèce, le jury a conclu que l'intimé avait agressé sexuellement l'appelante et a fixé à 10 000 \$ le montant des dommages-intérêts généraux et à 40 000 \$ celui des dommages-intérêts punitifs. Quoique le montant des dommages-intérêts punitifs corresponde à ce qui est généralement accordé à ce titre, le montant des dommages-intérêts généraux semble plutôt bas. Toutefois, le jury disposait de tous les éléments et il ne convient pas de modifier à la légère le montant qu'il a accordé. En tout état de cause, ce montant n'a pas été contesté dans le présent pourvoi. Toutefois, comme j'ai conclu qu'il y avait également eu manquement à une obligation fiduciaire, il me faut maintenant déterminer si l'on doit accorder un redressement additionnel en *equity* de manière à indemniser pleinement et adéquatement l'appelante.

Recently, I have had occasion to consider the relationship between equitable and common law

J'ai récemment eu l'occasion d'examiner le rapport entre les redressements d'*equity* et ceux de

remedies, and in particular compensation for breach of fiduciary obligation; see *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co, supra*. In equity there is no capacity to award damages, but the remedy of compensation has evolved. The distinction between damages and compensation is often slight, and as I noted in *Canson*, the courts have tended to merge the principles of law and equity when necessary to achieve a just remedy. There I was speaking of the relationship between remedies for tortious misstatement and breach of fiduciary duty, but the underlying principles are equally applicable in this case. Of particular relevance are my comments beginning at p. 581, and particularly the following passages at pp. 581 and 586-87 respectively:

The truth is that barring different policy considerations underlying one action or the other, I see no reason why the same basic claim, whether framed in terms of a common law action or an equitable remedy, should give rise to different levels of redress.

Only when there are different policy objectives should equity engage in its well-known flexibility to achieve a different and fairer result. The foundation of the obligation sought to be enforced . . . is "the trust or confidence reposed by one and accepted by the other or the assumption to act for the one by that other." That being so, it would be odd if a different result followed solely on the manner in which one framed an identical claim. What is required is a measure of rationalization.

The question in this appeal is whether there are different policy objectives animating the breach of a parent's fiduciary duty as compared with incestuous sexual assault. In my view, the underlying objectives are the same. Both seek to compensate the victim for her injuries and to punish the wrongdoer. The jury award of general damages was made with full knowledge of the injuries suffered by the appellant and her rehabilitative needs. The

common law et, en particulier, la question de l'indemnisation pour manquement à une obligation fiduciaire; voir *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, précité. En *equity*, on n'est pas habilité à accorder des dommages-intérêts, mais le redressement consistant à accorder une indemnité a évolué. La distinction entre les dommages-intérêts et l'indemnité est souvent négligeable et, comme je l'ai fait remarquer dans *Canson*, les tribunaux ont eu tendance à fusionner les principes de common law et d'*equity* lorsque cela s'avérait nécessaire pour accorder un redressement juste. Dans cette affaire, je parlais du rapport entre les redressements pour déclarations inexactes de nature délictuelle et pour manquement à une obligation fiduciaire; toutefois, les principes sous-jacents sont aussi applicables en l'espèce. Les commentaires que je fais à partir de la p. 581 sont particulièrement pertinents et surtout les passages suivants tirés des pp. 581 et 587 respectivement:

À vrai dire, en l'absence de considérations de principe différentes qui sous-tendent l'une ou l'autre action, je ne vois aucune raison pour laquelle essentiellement la même demande, qu'il s'agisse d'une action en common law ou en *equity*, devrait donner lieu à différents niveaux de redressement.

f

Seule l'existence de différents objectifs de principe devrait permettre le recours à la souplesse bien connue de l'*equity* afin d'obtenir un résultat différent et plus équitable. L'obligation qu'on cherche à faire respecter repose [...] sur [TRADUCTION] «la confiance accordée par une personne et acceptée par l'autre ou le fait pour cette dernière de prendre la responsabilité d'agir pour l'autre». Cela étant, il serait étrange que le résultat varie uniquement en fonction de la manière dont on formule des demandes identiques. Une certaine mesure de rationalisation s'impose.

La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir s'il existe différents objectifs de principe qui sous-tendent le manquement à une obligation fiduciaire de la part du parent comparativement à l'agression sexuelle incestueuse. À mon avis, les objectifs sous-jacents sont les mêmes. Dans les deux cas, on cherche à indemniser la victime des préjudices qu'elle a subis et à punir l'auteur du méfait. Lorsqu'il a accordé le montant de dom-

same concerns would apply in assessing equitable compensation, and as such I would decline to provide any additional compensation for the breach of fiduciary obligation. The punitive damages award should also not be varied in equity. Of course, equitable compensation to punish the gravity of a defendant's conduct is available on the same basis as the common law remedy of punitive damages; see *Aquaculture Corp. v. New Zealand Green Mussel Co.*, [1990] 3 N.Z.L.R. 299, at p. 301.

mages-intérêts généraux, le jury était parfaitement au courant des préjudices subis par l'appelante et de ses besoins de réadaptation. Les mêmes préoccupations s'appliqueraient à la détermination de l'indemnité en *equity*, et c'est pourquoi je suis d'avis de refuser d'accorder une indemnité additionnelle pour le manquement à l'obligation fiduciaire. Le montant des dommages-intérêts punitifs ne devrait pas non plus être modifié en *equity*. Il est évidemment possible en *equity* d'accorder une indemnité visant à punir le défendeur pour la gravité de sa conduite, pour la même raison que l'on accorde le redressement de common law des dommages-intérêts punitifs; voir *Aquaculture Corp. c. New Zealand Green Mussel Co.*, [1990] 3 N.Z.L.R. 299, à la p. 301.

In the result, I am of the view that the jury award of \$50,000 is an appropriate remedy for both the equitable and the common law claims.

En définitive, je suis d'avis que la somme de 50 000 \$ accordée par le jury constitue un redressement approprié tant pour la réclamation en *equity* que pour celle en common law.

Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the trial judge and order that judgment be entered in favour of the appellant in the amount of \$50,000.

Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement du juge de première instance et d'ordonner qu'un jugement accordant la somme de 50 000 \$ soit inscrit en faveur de l'appelante.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—Although I agree with Justice McLachlin's comments as regards the remedies, i.e., the nature and quantum of damages associated with a breach of fiduciary duty as opposed to those which underlie the torts of battery and assault, a question which, as she notes, is not before us, I fully agree with Justice La Forest's reasons and I concur in the result.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Tout en souscrivant aux observations du juge McLachlin concernant les redressements, à savoir la nature et le montant des dommages-intérêts liés au manquement à une obligation fiduciaire par rapport à ceux qui sous-tendent les délits de voies de fait et qui, souligne-t-elle, constituent une question dont nous ne sommes pas saisis, je suis entièrement d'accord avec les motifs du juge La Forest et avec le résultat auquel il arrive.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I agree with the result reached by my colleague Justice La Forest and with his reasons with one exception. I would not resort to the use of a presumption that a plaintiff who is typical

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—Je suis d'accord avec la décision et les motifs de mon collègue le juge La Forest, sauf à un point de vue. Pour deux raisons, je ne recourrais pas à la présomption qu'une vic-

of the syndrome is unaware of the injury done to her until she undergoes therapy. There are two reasons for this position. The first is based on the inadvisability, in general, of using presumptions because of the uncertainty as to their legal effect. The second rests on the difficulties which this presumption will create for the trial judge and the litigants in a case of this kind.

In *McCormick on Evidence* (3rd ed. 1984), the author states at p. 965 that "presumption is the slipperiest member of the family of legal terms, except its first cousin the burden of proof." The reason for this is that the evidentiary effect of the many different types of presumptions is so varied that their use almost invariably leads to confusion. It is usually preferable to define the legal result sought to be achieved instead of using a label that will mislead rather than define.

My colleague provides a partial definition of the evidentiary effect of the presumption of awareness that he advocates but I am of the opinion that it will create difficulties in the conduct of a trial and reverse the ordinary burden of proof without any justification. The presumption proposed would arise when the evidence shows that the plaintiff displays features consistent with those that are typically associated with the syndrome. This would require a determination at least on a *prima facie* basis. Upon this determination being made it would be presumed that the plaintiff was unaware of the elements of her cause of action until she had the benefit of therapy. The defendant would be able to refute this presumption by leading evidence. Presumably from that point on the legal burden of proof is restored to the plaintiff. It is not clear whether this creates an evidentiary burden merely, or a legal burden. The former would only require the defendant to lead some evidence tending to blunt the presumption while the latter would reverse the legal burden of proof so that the defendant would bear the risk of non persuasion. I

time type d'inceste ne se rend compte du préjudice qu'elle a subi qu'au moment où elle suit une thérapie. Premièrement, l'utilisation de présomptions est généralement déconseillée en raison de l'incertitude de leur effet sur le plan juridique. Deuxièmement, cette présomption cause des difficultés au juge du procès et aux parties dans une affaire de ce genre.

b Dans *McCormick on Evidence* (3^e éd. 1984), l'auteur affirme, à la p. 965, que [TRADUCTION] «la présomption est la notion juridique la plus difficile à saisir, si l'on exclut celle du fardeau de la preuve». Cela s'explique par le fait que les nombreux types de présomption ont des répercussions tellement variées sur le plan de la preuve que leur utilisation sème presque inévitablement la confusion. Il est habituellement préférable de définir le résultat juridique recherché au lieu d'utiliser une étiquette qui induira en erreur.

c Mon collègue définit partiellement l'incidence sur le plan de la preuve de la présomption de conscience qu'il préconise, mais je suis d'avis que cette présomption créera des difficultés au cours d'un procès et entraînera un déplacement injustifié du fardeau habituel de la preuve. Il y aurait application de la présomption proposée lorsque la preuve indique que la partie demanderesse présente des caractéristiques assimilables à celles que l'on associe habituellement au syndrome. Cette question devrait être tranchée tout au moins par le biais d'une preuve *prima facie*. Une fois cette question tranchée, on présumerait que la partie demanderesse n'a pris conscience des éléments de sa cause d'action qu'après avoir reçu une aide thérapeutique. Le défendeur pourrait réfuter la présomption en présentant sa preuve. Il est vraisemblable qu'à partir de ce moment, le fardeau ultime de la preuve incombe de nouveau à la partie demanderesse. On ne sait pas clairement si cela crée un simple fardeau de présentation, ou encore un fardeau de persuasion. Dans le premier cas, le défendeur n'aurait qu'à présenter des éléments de preuve tendant à atténuer la présomption, alors que dans le second cas, il y aurait déplacement du fardeau ultime de la preuve de sorte que le défendeur assumerait le risque de non-persuasion. Je suis d'avis que c'est ce

would conclude that the latter is the result intended by reason of the use of the term "refute".

Apart from the practical problem of shifting the legal burden of proof on the basis of an assessment of the evidence in the middle of a trial, I question the justification for reversing the legal burden of proof from the plaintiff to the defendant in respect of the issue of reasonable discoverability. The rationale for the rule that the burden of proof rests with the plaintiff is two-fold: first the legal burden is generally imposed on the party who asserts a proposition. Secondly, the legal burden with respect to an issue is placed on the party who is in the best position to prove the issue. Since the plaintiff is presumed to know her case and the defendant does not, the burden rests with the plaintiff to prove the elements of the cause of action. The legal burden may be reversed, however if the rational for its allocation is absent. See for example *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] S.C.R. 481.

The basic criteria for the allocation of the burden of proof apply to justify maintaining the legal burden of proof with respect to reasonable discoverability on the plaintiff. It is the plaintiff who is seeking an exemption from the normal operation of the statute of limitations asserting that she was not aware of her cause of action for many years after the statutory period would otherwise have commenced to run. Moreover the plaintiff is in the best position to adduce evidence of her lack of awareness and the defendant is not. The lack of awareness will be established largely on the basis of the plaintiff's own testimony bolstered by the evidence of experts whose testimony will likewise depend on personal information supplied by the plaintiff. In most of these cases the defendant will have ceased all contact with the plaintiff for many years and have no knowledge of the plaintiff's circumstances during that period. Moreover, the definition of awareness which my colleague adopts is highly subjective and the second rationale for the

dernier résultat qu'on a voulu obtenir en raison de l'utilisation du terme «réfuter».

Outre le problème pratique du déplacement du fardeau ultime de la preuve en fonction d'une évaluation des éléments de preuve en plein milieu d'un procès, je doute qu'il soit justifié de déplacer, de la partie demanderesse au défendeur, le fardeau ultime de la preuve relativement à la question de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi. La justification de la règle voulant que le fardeau de la preuve incombe au demandeur est double: premièrement, le fardeau de persuasion incombe généralement à la partie qui formule une proposition. Deuxièmement, le fardeau de persuasion relatif à une question donnée incombe à la partie qui est la mieux placée pour faire la preuve de cette question. Puisque la partie demanderesse est présumée être au courant de sa preuve, mais non le défendeur, c'est elle qui a le fardeau de prouver les éléments de la cause d'action. Toutefois, il peut y avoir déplacement du fardeau de persuasion en l'absence de justification de son attribution à l'une ou l'autre partie. Voir, par exemple, l'arrêt *National Trust Co. c. Wong Aviation Ltd.*, [1969] R.C.S. 481.

Les critères de base en matière d'attribution du fardeau de la preuve justifient le maintien de l'imposition à la partie demanderesse du fardeau ultime de la preuve relativement à la question de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi. C'est la partie demanderesse qui cherche à être dispensée de l'application normale de la prescription en soutenant qu'elle n'a pris conscience de la cause d'action que plusieurs années après le début normal du délai de prescription. C'est aussi la partie demanderesse, et non le défendeur, qui est la mieux placée pour établir qu'elle n'était pas consciente de la cause d'action. Cette absence de conscience sera en grande partie établie à partir du témoignage de la partie demanderesse, étayé par des experts dont les témoignages reposeront pareillement sur des renseignements personnels qu'elle leur aura fournis. Dans la plupart de ces cas, le défendeur n'aura pas pris contact avec la partie demanderesse depuis de nombreuses années et il ne sera pas au courant de ce qu'elle a vécu au

allocation of the burden of proof applies *a fortiori*. I, therefore, see no reason to reverse the traditional burden of proof in this case. In other respects, however, I fully agree with the reasons of my colleague and would dispose of the appeal as he proposes.

cours de cette période. Par ailleurs, la définition de la conscience que mon collègue adopte est fort subjective et la seconde justification de l'attribution du fardeau de la preuve s'applique à plus forte raison. En conséquence, je ne vois aucun motif de déplacer en l'espèce le fardeau traditionnel de la preuve. À tout autre égard toutefois, je souscris entièrement aux motifs de mon collègue et je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la façon qu'il propose de le faire.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—I agree with the reasons of my colleague Justice La Forest, subject to the following comments.

I would question whether it is necessary to introduce the notion of a presumption of the plaintiff's discovering a cause of action when a therapeutic relationship begins (pp. 35 and 47). First, I would prefer to leave the question as a matter of fact to be determined in all the circumstances. A presumption is appropriate in special circumstances, as where the facts are largely in the possession of the opposing party on an issue. I see no such circumstances here. Second, I see no magic in the commencement of a therapeutic relationship. In particular, I am concerned that some incest survivors may not discover their cause of action until after lengthy therapy or several therapeutic relationships, and that such a presumption might inure to their disadvantage. I would prefer to view the commencement of the relationship as one of a number of factors which should be considered in determining when the limitation period begins to run.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Je souscris aux motifs de mon collègue le juge La Forest, sous réserve des observations suivantes.

J me demande s'il est nécessaire d'introduire la notion d'une présomption selon laquelle la partie demanderesse découvre l'existence d'une cause d'action au moment où commence un rapport thérapeutique (pp. 35 et 47). Premièrement, je préférerais considérer qu'il s'agit d'une question de fait qui doit être tranchée en fonction de toutes les circonstances. Il convient d'appliquer une présomption dans des circonstances particulières, comme dans le cas où les faits sont en grande partie en la possession de la partie opposée sur un point. Je ne constate aucune circonstance de cette nature en l'espèce. Deuxièmement, j'estime que le commencement d'un rapport thérapeutique n'a rien de magique. Je crains notamment que certaines victimes d'inceste ne puissent découvrir leur cause d'action qu'après une longue thérapie ou plusieurs rapports thérapeutiques et qu'une telle présomption ne tourne à leur désavantage. Je préférerais considérer le commencement du rapport comme l'un des nombreux facteurs dont il y a lieu de tenir compte pour déterminer le moment où le délai de prescription commence à courir.

Troisièmement, je ne voudrais pas qu'on croie que je partage le point de vue selon lequel les dommages-intérêts accordés par le jury sont adéquats. On a simplement demandé au jury d'évaluer les dommages-intérêts pour le délit de voies de fait. C'est ce qu'il a fait et l'appelant n'a pas interjeté appel contre le montant accordé, se contentant de demander qu'il soit rétabli. Compte tenu de ces circonstances, la question de savoir si le montant

i Third, I would not wish to be taken as sharing the view that the award which the jury made was adequate. The jury was asked only to assess damages for the tort of battery and assault. It did so, and the appellant has not appealed from that award, asking only that the jury's award be reinstated. In these circumstances the question of whether the award was appropriate or not does not arise on this appeal. I would dispose of the appeal

as proposed by La Forest J., but on the ground that the question of the quantum of the award was not before us.

Having said that, I add that were I to enter on the matter of the quantum of damages, I would find myself unable to agree that the measure of damages for battery and assault would necessarily be the same as compensation for breach of fiduciary duty. As I see it, the question is whether the wrong encompassed by the cause of action is the same. The wrong encompassed by the torts of battery and assault may be different from the wrong encompassed by the action for a breach of fiduciary duty. The latter encompasses damage to the trust relationship, for example, which the former does not. The action for breach of fiduciary duty may also be more concerned with imposing a measure which will deter future breaches; as I noted in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at pp. 587-88, trustees have always been held to highest account in a manner stricter than that applicable to tortfeasors. In short, while agreeing with my colleague that where the same policy objectives underlie two different causes of action similar measures of compensation may be appropriate (pp. 80-81), I would not conclude that the policy objectives or the wrong involved in breach of fiduciary duty of this nature are necessarily the same as those which underlie the torts of battery and assault.

Subject to these observations, I concur in the reasons of La Forest J.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: James W. W. Neeb, Kitchener.

Solicitors for the respondent: Mollison, McCormick, McIntyre, McGee, Kitchener.

Solicitors for the intervener: Cavalluzzo, Hayes & Lennon, Toronto, and Mossip, Tellier, Mississauga.

accordé est approprié ne se pose pas en l'espèce. Je suis d'avis de statuer sur ce pourvoi de la façon proposée par le juge La Forest, mais pour le motif que nous n'étions pas saisis de la question du montant accordé.

Cela étant dit, j'ajoute que si je devais aborder la question du montant des dommages-intérêts, il me serait impossible d'accepter que le montant des dommages-intérêts pour voies de fait serait nécessairement le même que celui d'une indemnité pour manquement à une obligation fiduciaire. À mon sens, il s'agit de déterminer si la cause d'action vise la même faute. La faute que vise l'action pour voies de fait peut être différente de celle que vise l'action pour manquement à une obligation fiduciaire. Cette dernière, par exemple, vise le préjudice causé au rapport de confiance, tandis que l'autre ne le vise pas. Il se peut que l'action pour manquement à une obligation fiduciaire vise davantage à imposer une mesure qui dissuadera de commettre des manquements à l'avenir; comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, aux pp. 587 et 588, les fiduciaires ont toujours été tenus à une reddition de compte des plus astreignantes, et ce, plus rigoureusement que les auteurs de délits. Bref, tout en convenant avec mon collègue que des mesures d'indemnisation similaires peuvent être appropriées lorsque les mêmes objectifs de principe sous-tendent deux causes d'action différentes (pp. 80 et 81), je ne conclurais pas que les objectifs de principe et la faute en cause dans un manquement à une obligation fiduciaire de cette nature sont nécessairement identiques à ceux qui sous-tendent les délits de voies de fait.

Sous réserve de ces observations, je souscris aux motifs du juge La Forest.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: James W. W. Neeb, Kitchener.

Procureurs de l'intimé: Mollison, McCormick, McIntyre, McGee, Kitchener.

Procureurs de l'intervenant: Cavalluzzo, Hayes & Lennon, Toronto, et Mossip, Tellier, Mississauga.