

A-650-92

Her Majesty the Queen in Right of Canada
(Appellant) (Defendant)

v.

Comeau Sea Foods Limited, a body corporate*
(Respondent) (Plaintiff)

INDEXED AS: COMEAU'S SEA FOODS LTD. v. CANADA
(MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Linden and Robertson J.J.A.
—Halifax, November 29, 1994; Ottawa, February 27,
1995.

Administrative law — Appeal involving complex issue as administrative, tort law conflicting — Fisheries Minister authorizing offshore lobster fishing licences — Respondent incurring costs to convert scallop boats for lobster fishery — Inshore fishermen lobbied Minister to deny licences — Matter became major Federal, provincial political issue — Minister refused licences — Respondent sued Crown claiming damages for negligence — Trial Judge held Minister exhausted discretion when licences authorized — Held elements of negligence established — Crown's argument Minister not liable (1) in case of policy decision, (2) under Crown Liability and Proceedings Act, s. 8 — Defence of statutory authority — Difference between issuing, authorizing licence — Policy, operational decisions distinguished — Prima facie duty of care owed — Review, exposition of case law since test for determining duty of care established by Anns v. Merton London Borough Council — In deciding duty of care, availability of administrative law remedies important — Respondent could have sought certiorari, mandamus — Duty of care negated, Crown not liable in negligence.

Crown — Torts — Appeal and cross-appeal from F.C.T.D. decision awarding damages for Minister's failure to issue authorized lobster fishery licences — Policy/operational distinction applied — Policy decisions not attracting liability in negligence — Prima facie duty of care owed to respondent — Negated as adequate administrative law remedies available — Minister not breaching requisite standard of care — Not liable in negligence.

* Editor's note: the correct spelling is Comeau's Sea Foods Limited.

A-650-92

Sa Majesté la Reine du Chef du Canada
(appellante) (défenderesse)

a c.

Comeau Sea Foods Limited, personne morale*
(intimée) (demanderesse)

RÉPERTORIÉ: COMEAU'S SEA FOODS LTD. c. CANADA
(MINISTRE DES PÊCHES ET DES OcéANS) (C.A.)

Cour d'appel, juges Stone, Linden et Robertson,
J.C.A.—Halifax, 29 novembre 1994; Ottawa, 27
février 1995.

Droit administratif — Appel portant sur une question complexe opposant le droit administratif et le droit des délits — Permis octroyés par le ministre des Pêches pour la pêche au homard en haute mer — Frais engagés par l'intimée pour transformer les bateaux équipés pour la pêche au pétoncle en bateaux pour la pêche au homard — Pressions exercées par les pêcheurs côtiers sur le ministre pour qu'il refuse les permis — Question importante de politique fédérale et provinciale — Refus du ministre d'octroyer les permis — Demande de dommages-intérêts pour négligence présentée par l'intimée contre la Couronne — Le juge de première instance a statué que le ministre avait épuisé son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a autorisé l'octroi des permis — Les éléments de la négligence ont été établis — Selon la Couronne, le ministre n'est pas responsable (1) parce qu'il s'agit d'une décision de politique et (2) en raison de l'art. 8 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif — Moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur — Distinction entre la délivrance d'un permis et l'autorisation d'octroyer un permis — Distinction entre décision de politique et décision opérationnelle — Existence d'une obligation de diligence à première vue — Examen de la jurisprudence depuis que le critère relatif à l'obligation de diligence a été élaboré dans l'arrêt Anns v. Merton London Borough Council — Il importe de tenir compte des recours offerts par le droit administratif lorsqu'on détermine s'il existe ou non une obligation de diligence — L'intimée aurait pu procéder par voie de certiorari ou de mandamus — Il n'existait plus d'obligation de diligence et la Couronne n'a pas commis de négligence.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Appel et appel incident d'une décision de la Section de première instance d'accorder des dommages-intérêts à la suite de l'omission du ministre de délivrer des permis autorisés pour la pêche au homard — Application de la distinction entre décision de politique et décision opérationnelle — Les décisions de politique n'entraînent pas de responsabilité fondée sur la négligence — Obligation de diligence existant à première vue en faveur de l'intimée — Il n'existe plus d'obligation de diligence compte

* Note de l'arrêstiste: le nom exact est Comeau's Sea Foods Limited.

Fisheries — Minister authorized (Fisheries Act, s. 7) offshore lobster fishing licences — Before licences issued, respondent spending money to convert scallop dragger to lobster vessel — Inshore fishermen protesting — Minister refusing to issue offshore licences — Respondent suing Crown in negligence — Trial Judge holding revocation decision ultra vires, Crown liable — Whether policy or operational decision — Court prohibited from considering merits of Minister's decision — Foreseeability of loss no fetter on ministerial discretion — No actionable negligence unless Minister improperly construed s. 7 by failing to take reasonable care to avoid ultra vires determination.

These were an appeal and cross-appeal from a Trial Division decision holding the Minister of Fisheries and Oceans liable for damages for failing to issue offshore lobster fishery licences which he had previously authorized under section 7 of the *Fisheries Act*. In December 1987, the Minister informed the respondent that he had authorized four experimental offshore lobster licences and specified its allowable catch for the current fishing year. Since that announcement, inshore lobster fishermen opposed to the new licences had actively lobbied the Minister to change his decision on the basis that more offshore licences would adversely affect the inshore fishery. Ultimately, the Minister gave in and withdrew the authorization, even though he knew that the respondent had already spent money converting a scallop dragger for the lobster fishery. The latter initiated an action for damages based on various grounds of liability, including negligence. The Trial Judge held that once the Minister authorized issuance of the licences, he had exhausted his discretion under section 7 so that the revocation decision was *ultra vires* and amounted to actionable negligence. The two main issues upon appeal were whether the Minister owed the respondent a duty of care and, if so, whether the requisite standard of care had been breached.

Held (Linden J.A. dissenting in part), the appeal should be allowed, the cross-appeal dismissed.

Per Stone J.A.: While the decision whether to authorize a licence pursuant to section 7 of the *Fisheries Act* was a "policy" decision, the Minister's subsequent decision to go back on his commitment was neither a true policy decision nor an operational one. It was simply one that was not authorized by the

tenu de l'existence de recours adéquats offerts par le droit administratif — Le ministre a satisfait à la norme de diligence requise — Aucune responsabilité pour négligence.

Pêches — Autorisation donnée par le ministre concernant des permis pour la pêche au homard en haute mer (art. 7 de la Loi sur les pêches) — Frais engagés par l'intimée, avant la délivrance des permis, pour la transformation de bateaux équipés pour la pêche au pétoncle en bateaux pour la pêche au homard — Protestation de la part des pêcheurs côtiers — Refus du ministre d'octroyer des permis pour la pêche côtière — Poursuite pour négligence intentée par l'intimée contre la Couronne — Le juge de première instance a statué que la révocation dépassait les pouvoirs du ministre et a tenu la Couronne responsable — Décision de politique ou décision opérationnelle — La Cour ne peut examiner le bien-fondé de la décision du ministre — Le caractère prévisible de la perte de l'intimée ne peut entraver le pouvoir discrétionnaire du ministre — Aucune action pour négligence ne peut être intentée, sauf si le ministre a mal interprété l'art. 7 en ne faisant pas preuve de diligence raisonnable pour éviter de prendre une décision excédant ses pouvoirs.

Il s'agit d'un appel et d'un appel incident d'une décision de la Section de première instance selon laquelle le ministre des Pêches et des Océans est responsable des dommages résultant de son refus de délivrer des permis pour la pêche au homard en haute mer qu'il avait auparavant autorisés en vertu de l'article 7 de la *Loi sur les pêches*. En décembre 1987, le ministre a informé l'intimée qu'il avait autorisé l'octroi de quatre permis expérimentaux de pêche au homard en haute mer, précisant le total de la prise autorisée pour la saison de pêche en cours. À la suite de cette annonce, les pêcheurs côtiers de homard opposés aux nouveaux permis ont exercé des pressions considérables sur le ministre pour qu'il modifie sa décision au motif que la délivrance de permis supplémentaires pour la pêche en haute mer aurait un effet préjudiciable sur la pêche côtière. En fin de compte, le ministre a cédé à leurs protestations et a révoqué son autorisation, même s'il savait que l'intimée avait déjà consacré des fonds à la transformation d'un bateau équipé pour la pêche au pétoncle en bateau pour la pêche au homard. L'intimée a intenté une action en dommages-intérêts fondée sur différents motifs de responsabilité, dont la négligence. Le juge de première instance a statué qu'une fois que le ministre avait autorisé l'octroi des permis, il avait épuisé son pouvoir discrétionnaire visé à l'article 7. Dès lors, la révocation outrepassait les pouvoirs du ministre et constituait une négligence pouvant faire l'objet d'une poursuite. Les deux principales questions soulevées dans cet appel étaient de savoir si le ministre avait une obligation de diligence envers l'intimée et, le cas échéant, s'il a satisfait à la norme de diligence requise.

Arrêt (le juge Linden, J.C.A. dissident en partie): l'appel est accueilli et l'appel incident, rejeté.

Le juge Stone, J.C.A.: Même si la décision de permettre l'octroi d'un permis en vertu de l'article 7 de la *Loi sur les pêches* constituait une décision «de politique», la décision subséquente par laquelle le ministre a renié son engagement n'était ni une véritable décision de politique ni une décision

statute. The appellant could not be made liable in negligence for a true policy decision unless it was not made *bona fide* or was irrational but, under certain circumstances, could be made liable in negligence for an "operational" decision. The policy/operational dichotomy has, by reason of its adoption by the Supreme Court of Canada, become enshrined in the law of Canada. The two-step test enunciated by the House of Lords in *Anns v. Merton London Borough Council* must be applied herein. First, it must be decided whether there is a sufficiently close relationship between the parties such that, in the reasonable contemplation of the defendant, carelessness might cause damage to the plaintiff. The Minister owed the respondent a *prima facie* duty of care at the relevant time. The second branch of the *Anns* test asks the question whether there are any considerations which ought to negative or limit the scope of the duty of care, the class of persons to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise. The availability of relief by way of judicial review is a factor to be considered in deciding whether to impose a duty of care. Such relief would have been available to the respondent had it chosen to follow that course. At least from the time the Minister formally communicated his second decision by letter of May 31, 1988, the respondent was in a position to seek the relatively quick and sure remedy of *certiorari*. The remedy of *mandamus* requiring the licences to be issued was also available to the respondent in the spring of 1988. The availability of adequate administrative law remedies by way of judicial review was a consideration to be taken into account under the second branch of the *Anns* test in deciding whether the scope of *prima facie* duty of care should be negated in the circumstances of this case. That duty was so negated. The appellant should not be held liable in negligence as she owed no duty of care to the respondent.

Per Robertson J.A. (concurring in the result): The revocation decision was no less a policy decision than that to authorize the issuance of the licences in the first instance. Any judicial inquiry touching on the reasonableness or merits of the Minister's decision to revoke the authorization is proscribed by Supreme Court of Canada decisions applying *Anns* and, in particular, the policy/operational distinction. As the decision in question fell within the policy category, no duty of care could have arisen between the parties as to whether the Minister was justified in revoking the authorization. Nor could foreseeability of the respondent's loss be invoked as a valid fetter on ministerial discretion. The administrative tort of misfeasance in a public office is established once it is shown that the invalid decision is tainted by either malice or knowledge. There was no evidence, nor has it been suggested, that the Minister acted maliciously or with knowledge of the invalidity. Nor has there been a finding of bad faith on his part. The fact that the Minis-

opérationnelle. Cette décision n'était tout simplement pas autorisée par le législateur. L'appelante ne pourrait être tenue responsable en raison de sa négligence dans le cadre d'une véritable décision de politique générale à moins que celle-ci n'ait pas été prise de bonne foi ou qu'elle se soit révélée irrationnelle; la responsabilité de l'appelante pourrait cependant, dans certaines circonstances, être engagée par suite de la négligence découlant d'une décision «opérationnelle». L'opposition entre une décision de politique et une décision opérationnelle fait partie des règles de droit canadiennes depuis son adoption par la Cour suprême du Canada. Le critère à deux volets énoncé par la Chambre des lords dans l'affaire *Anns v. Merton London Borough Council* doit être appliqué. En premier lieu, il faut déterminer s'il existe un lien suffisamment étroit entre les parties pour que le manque de diligence de la part de la défenderesse puisse raisonnablement être perçu par celle-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à la demanderesse. Le ministre avait, à première vue, une obligation de diligence envers l'intimée au moment en cause. À la lumière du deuxième volet du critère énoncé dans *Anns*, il faut se demander s'il existe des raisons de rejeter ou de restreindre la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages qui peuvent découler de l'inexécution de cette obligation. La disponibilité d'un recours par voie de contrôle judiciaire doit être considérée avant qu'on puisse conclure à l'existence d'une obligation de diligence. L'intimée aurait pu obtenir réparation au moyen du contrôle judiciaire si elle avait choisi d'emprunter cette voie. Au moins à partir du moment où le ministre a officiellement communiqué sa deuxième décision par lettre le 31 mai 1988, l'intimée était en mesure de faire valoir un recours assez rapide et certain sous forme de *certiorari*. Le recours en *mandamus* exigeant la délivrance des permis était offert à l'intimée au printemps 1988. La disponibilité de recours adéquats en droit administratif par voie de contrôle judiciaire doit être prise en considération à la lumière du second volet du critère énoncé dans *Anns* lorsqu'il s'agit de décider si la portée d'une obligation de diligence *prima facie* devrait être rejetée dans les circonstances de l'espèce. Cette obligation doit ainsi être rejetée. L'appelante ne devait pas être tenue responsable en raison de sa négligence puisqu'elle n'avait aucune obligation de diligence envers l'intimée.

Le juge Robertson, J.C.A. (souscrivant au jugement quant au résultat): La révocation constitue tout aussi bien une décision de politique que la décision de permettre l'octroi des permis en premier lieu. Les arrêts de la Cour suprême du Canada relatifs à la décision *Anns* et, en particulier, la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle, proscrivent tout examen, par un organe judiciaire, du caractère raisonnable ou du bien-fondé de la décision du ministre de révoquer l'autorisation. Puisque cette décision entre dans la catégorie des décisions de politique, aucune obligation de diligence ne peut exister entre les parties relativement au fait que le ministre était justifié ou non de révoquer son autorisation. En outre, le caractère prévisible de la perte de l'intimée ne peut être invoqué afin d'entraver à bon droit le pouvoir discrétionnaire du ministre. L'existence du délit administratif que représente l'action fautive du titulaire d'une charge publique est établie lorsqu'on prouve que la décision non valide est entachée par la

ter lacked the authority to make the revocation decision did not make it any less a policy one. Misconstruction of the Act did not convert a policy decision into an operational one. It simply rendered it *ultra vires*. It is not permissible to consider whether the Minister should have revoked the authorization when evaluating an allegation of negligence. Provided that decision was made in good faith, it is not reviewable by the Court. The Minister owed the respondent a duty of care which was limited to the manner in which he went about deciding whether he had the requisite authority to revoke the authorization. He could not have been held negligent for exercising a policy discretion that he is authorized to exercise under an Act of Parliament, even in circumstances in which he is advised that a party has relied on previous representations of ministerial discretion. Foreseeability of loss (damages) cannot displace the obligation to establish a breach of the requisite standard of care. As the revocation decision has been found *ultra vires*, the defence of statutory authority was not available to the Minister. But to ground liability herein on the absence of statutory authority and the element of detrimental reliance would mean adopting a species of strict liability for public authorities and this has been rejected by the Supreme Court of Canada. This was not a case of actionable negligence.

Per Linden J.A. (dissenting in part): In purporting to withdraw from the respondent the authorization for licences, the Minister acted without statutory authority. Just because a minister or other government official is mistaken about the manner in which he exercises his discretion, civil liability does not necessarily follow. The Court should hold that a duty arises wherever some harm is reasonably foreseeable, unless good policy reasons exist for denying such a duty. Since the proximity in the relationship between the respondent and the Minister was obvious, a duty of care was owed by the latter. Not only was the Trial Judge correct in holding that a duty of care existed, there was sufficient basis for him to have found that negligent conduct was proven. All of the elements of a cause of action for negligence have been properly established, except for the policy/operational issue. The common law courts have been reluctant to treat the Crown like other private persons. Immunity from negligence should be granted sparingly to Crown agencies; only their true policy decisions, generally made at higher levels, involving social, political and economic factors and budgetary allotments for departments should be exempt from negligence law's reach. If the conduct is not immunized as a true policy decision, ordinary negligence law principles remain applicable. Since the Crown must be free to govern, an immunity may be necessary, but it must be limited to those functions of government that can properly be considered to be "governing," and not extended to the other tasks of government. Since the decision to cancel the authorization was

malveillance ou la connaissance de son invalidité. Il n'y a aucune preuve, et cet argument n'a pas non plus été soulevé, que le ministre a agi avec malveillance ou en toute connaissance de l'invalidité. On n'a pas conclu non plus à la mauvaise foi du ministre. Le fait que celui-ci n'avait pas le pouvoir de révoquer l'autorisation n'en faisait pas moins une décision de politique. En outre, l'interprétation erronée de la loi ne fait pas en sorte qu'une décision de politique devienne une décision opérationnelle. Elle la rend simplement *ultra vires*. Il n'est pas permis d'examiner s'il y avait lieu pour le ministre de révoquer l'autorisation lorsqu'on évalue des arguments fondés sur la négligence. Pour autant que la décision a été prise de bonne foi, elle ne peut faire l'objet d'une révision par la Cour. Le ministre avait envers l'intimée une obligation de diligence qui se limitait à la manière dont il a décidé s'il possédait ou non le pouvoir nécessaire pour révoquer l'autorisation. Il n'aurait pu être jugé négligent d'avoir exercé un pouvoir discrétionnaire relié aux politiques qu'il était autorisé à exercer par une loi du Parlement, même dans les circonstances où il sait qu'une partie se fie aux déclarations antérieures relevant du pouvoir discrétionnaire ministériel. Le caractère prévisible d'une perte (de dommages) ne peut supplanter l'obligation d'établir le non-respect du degré de diligence requis. Puisque la décision relative à la révocation a été jugée *ultra vires*, le ministre ne peut invoquer la défense fondée sur l'autorisation du législateur. Mais si on fonde la responsabilité en l'espèce sur l'absence d'une autorisation par le législateur et sur la confiance préjudiciable, on impose une forme de responsabilité stricte aux autorités publiques, ce qui a été rejeté par la Cour suprême du Canada. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas de négligence pouvant faire l'objet d'une poursuite.

Le juge Linden, J.C.A. (dissent en partie): En essayant de révoquer l'autorisation des permis octroyés à l'intimée, le ministre a agi sans l'autorisation du législateur. Un ministre ou d'autres fonctionnaires n'engagent pas nécessairement leur responsabilité civile du simple fait qu'ils commettent une erreur dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Les tribunaux devraient conclure à la présence d'une obligation lorsqu'un préjudice quelconque est raisonnablement prévisible, à moins que de bonnes raisons de politique justifient la négation de cette obligation. Compte tenu de l'existence manifeste d'un lien étroit entre l'intimée et le ministre, ce dernier avait une obligation de diligence envers elle. Non seulement le juge de première instance avait-il raison de conclure à l'existence d'une obligation de diligence, mais il était justifié de croire que les éléments de preuve établissaient une conduite négligente de la part du ministre. Tous les éléments d'une cause d'action découlant de la négligence ont été dûment établis, sauf en ce qui concerne la nature politique ou opérationnelle de la décision. Les tribunaux de common law se sont montrés réticents à traiter la Couronne comme un simple citoyen. L'immunité en cas de négligence devrait être accordée avec parcimonie aux organismes de la Couronne. Seules de véritables décisions de politique, généralement prises à un échelon élevé, qui sont fonction de facteurs sociaux, politiques ou économiques et touchent l'allocation de ressources budgétaires à des ministères devraient être soustraites à l'application des principes de droit en matière de négligence. Si la conduite ne jouit pas d'une

not part of governing, it could not be protected by the policy immunity. The sole reason for the Minister's *volte-face* appears to have been the political pressure exerted on him by those engaged in the inshore lobster fishery. Section 7 of the *Fisheries Act* does not give the Minister jurisdiction to withdraw, without reason, an authorization previously given. In purporting to do so, the Minister was acting *ultra vires* and that breach of statute was properly found to constitute actionable negligence.

immunité à titre de décision de pure politique, les principes ordinaires de droit en matière de négligence restent applicables. Puisque la Couronne doit pouvoir être libre de gouverner, l'immunité peut être nécessaire, mais elle est limitée aux fonctions qu'on peut dûment assimiler au fait de «gouverner» et ne s'étend pas aux autres tâches du gouvernement. Comme la décision de révoquer l'autorisation ne peut être assimilée au fait de gouverner, elle ne pourrait être protégée par l'immunité accordée aux décisions de politique. La volte-face du ministre semble s'appuyer uniquement sur les pressions politiques exercées par les pêcheurs côtiers de homard. L'article 7 de la *Loi sur les pêches* ne donne pas au ministre le pouvoir de révoquer, sans raison, l'autorisation qu'il avait accordée au préalable. Lorsqu'il a procédé à une telle révocation, le ministre a excédé sa compétence, et ce manquement à la loi représentait une négligence pouvant faire l'objet d'une poursuite.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act for the regulation of Fishing and protection of Fisheries*, S.C. 1867-68, c. 60.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), ss. 3(a), 8.
Crown Proceedings Act, 1947, 10 & 11 Geo. 6, c. 44, s. 2(1)(a).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 456 (as am. by SOR/90-846, s. 15).
Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 7, 9 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 31, s. 95).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Just v. British Columbia, [1989] 2 S.C.R. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 41 B.C.L.R. (2d) 350; 41 Admin. L.R. 161; 1 C.C.L.T. (2d) 1; 18 M.V.R. (2d) 1; 103 N.R. 1; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.).

DISTINGUISHED:

Rowling v. Takaro Properties Ltd., [1988] A.C. 473 (P.C.).

REVERSED:

Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans), [1992] 3 F.C. 54; (1992), 11 C.C.L.T. (2d) 241 (T.D.).

CONSIDERED:

Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways), [1994] 1 S.C.R. 420; [1994] 4 W.W.R. 194; (1994), W.A.C. 1; 89 B.C.L.R. (2d) 1; 42 B.C.A.C. 1; 20 Admin. L.R. (2d) 1; 19 C.C.L.T. (2d) 233; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; (1994), 129 N.S.R. (2d) 321; 112 D.L.R. (4th) 18; 362 A.P.R. 321; 20 Admin. L.R. (2d) 39; 19 C.C.L.T. (2d) 233; *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*,

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Acte pour régler la pêche et protéger les pêcheries*, S.C. 1867-68, ch. 60.
Crown Proceedings Act, 1947, 10 & 11 Geo. 6, ch. 44, art. 2(1)a).
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 3a), 8.
Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7, 9 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 95).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 456 (mod. par DORS/90-846, art. 15).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Just c. Colombie-Britannique, [1989] 2 R.C.S. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 41 B.C.L.R. (2d) 350; 41 Admin. L.R. 161; 1 C.C.L.T. (2d) 1; 18 M.V.R. (2d) 1; 103 N.R. 1; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Rowling v. Takaro Properties Ltd., [1988] A.C. 473 (C.P.).

DÉCISION INFIRMÉE:

Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans), [1992] 3 C.F. 54; (1992), 11 C.C.L.T. (2d) 241 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie), [1994] 1 R.C.S. 420; [1994] 4 W.W.R. 194; (1994), W.A.C. 1; 89 B.C.L.R. (2d) 1; 42 B.C.A.C. 1; 20 Admin. L.R. (2d) 1; 19 C.C.L.T. (2d) 233; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; (1994), 129 N.S.R. (2d) 321; 112 D.L.R. (4th) 18; 362 A.P.R. 321; 20 Admin. L.R. (2d) 39; 19 C.C.L.T. (2d) 233; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et*

[1984] 2 S.C.R. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; (1992), 91 D.L.R. (4th) 289; 137 N.R. 241; *Somerville Belkin Indust. Ltd. v. Man.*, [1988] 3 W.W.R. 523; (1988), 51 Man. R. (2d) 232; 38 B.L.R. 122 (C.A.); *San Sebastian Pty. Ltd. v. Minister Administering Environmental Planning and Assessment Act 1979* (1986), 162 C.L.R. 340 (Aust. H.C.); *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; (1983), 153 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425; *R. v. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 F.C. 129; (1985), 29 D.L.R. (4th) 347; [1985] 5 W.W.R. 481; 30 B.L.R. 236; 61 N.R. 19 (C.A.); *Brewer Bros. v. Canada (Attorney General)*, [1992] 1 F.C. 25; (1991), 80 D.L.R. (4th) 321; 8 C.C.L.T. (2d) 45; 129 N.R. 3 (C.A.); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *McGillivray v. Kimber et al.* (1915), 52 S.C.R. 146; 26 D.L.R. 164.

REFERRED TO:

Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co., [1995] S.C.J. No. 2 (QL); *Stewart v. Pettie* d [1995] S.C.J. No. 3 (QL); *Petrocorp. v. Butcher*, Aug. 14, 1990, N.Z., not reported; *Ultramares v. Touche*, 255 N.Y. 170 (App. Div. 1931); *Yuen Kim Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (P.C.); *Peabody Donation Fund (Governors of) v. Sir Lindsay Parkinson & Co. Ltd.*, [1985] A.C. 210 (H.L.); *Murphy v Brentwood DC*, e [1990] 2 All ER 908 (H.L.); *Swanson v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 F.C. 408; (1991), 80 D.L.R. (4th) 741; 7 C.C.L.T. (2d) 186; 124 N.R. 218 (C.A.); *LaPointe v. Canada (Minister of Fisheries & Oceans)* (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 298; 51 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *Central Canada Potash Co. Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42; (1978), 88 D.L.R. (3d) 609; [1978] 6 W.W.R. 400; 6 C.C.L.T. 265; 23 N.R. 481; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd*, [1970] 2 All ER 294 (H.L.); *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] 2 g W.L.R. 500 (C.A.); *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; (1986), 26 D.L.R. (4th) 1; [1986] 3 W.W.R. 216; 1 B.C.L.R. (2d) 324; 36 C.C.L.T. 87; 65 N.R. 261; *Rothfield v. Manolacos*, [1989] 2 S.C.R. 1259; (1989), 63 D.L.R. (4th) 449; [1990] 1 W.W.R. 408; 102 N.R. 249; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424 (Aust. H.C.); *Rivtow Marine Ltd. v. Washinton Iron Works et al.*, [1974] S.C.R. 1189; (1973), 40 D.L.R. (3d) 530; [1973] 6 W.W.R. 692; *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Galaske v. O'Donnell*, [1994] 1 S.C.R. 670; (1994), 112 D.L.R. (4th) 109; [1994] 5 W.W.R. 1; 69 W.A.C. 37; 89 B.C.L.R. (2d) 273; 43 B.C.A.C. 37; 21 C.C.L.T. (2d) 1; 166 N.R. 5; *Sterling Trusts Corp. v. Postma et al.*, [1965] S.C.R. 324; (1964), 48 D.L.R. (2d) 423; *Mentuck v. Canada*, [1986] 3 F.C. 249; (1986), 3 F.T.R. 80 (T.D.); *Grant v. Province of New Brunswick* (1973), 6 N.B.R. (2d) 95; 35 D.L.R. (3d) 141 (C.A.); *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corpora-*

autres, [1984] 2 R.C.S. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; (1992), 91 D.L.R. (4th) 289; 137 N.R. 241; *Somerville Belkin Indust. Ltd. v. Man.*, [1988] 3 W.W.R. 523; (1988), 51 Man. R. (2d) 232; 38 B.L.R. 122 (C.A.); *San Sebastian Pty. Ltd. v. Minister Administering Environmental Planning and Assessment Act 1979* (1986), 162 C.L.R. 340 (Aust. H.C.); *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; (1983), 153 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425; *R. c. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 C.F. 129; (1985), 29 D.L.R. (4th) 347; [1985] 5 W.W.R. 481; 30 B.L.R. 236; 61 N.R. 19 (C.A.); *Brewer Bros. c. Canada (Procureur général)*, [1992] 1 C.F. 25; (1991), 80 D.L.R. (4th) 321; 8 C.C.L.T. (2d) 45; 129 N.R. 3 (C.A.); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *McGillivray v. Kimber et al.* (1915), 52 R.C.S. 146; 26 D.L.R. 164.

DÉCISIONS CITÉES:

Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co., [1995] A.C.S. n° 2 (QL); *Stewart c. Pettie*, [1995] A.C.S. n° 3 (QL); *Petrocorp. v. Butcher*, 14 août 1990, N.Z., non publié; *Ultramares v. Touche*, 255 N.Y. 170 (App. Div. 1931); *Yuen Kim Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (P.C.); *Peabody Donation Fund (Governors of) v. Sir Lindsay Parkinson & Co. Ltd.*, [1985] A.C. 210 (H.L.); *Murphy v Brentwood DC*, [1990] 2 All ER 908 (H.L.); *Swanson c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 C.F. 408; (1991), 80 D.L.R. (4th) 741; 7 C.C.L.T. (2d) 186; 124 N.R. 218 (C.A.); *LaPointe c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 298; 51 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.); *Central Canada Potash Co. Ltd. et autre c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42; (1978), 88 D.L.R. (3d) 609; [1978] 6 W.W.R. 400; 6 C.C.L.T. 265; 23 N.R. 481; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd*, [1970] 2 All ER 294 (H.L.); *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] 2 W.L.R. 500 (C.A.); *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; (1986), 26 D.L.R. (4th) 1; [1986] 3 W.W.R. 216; 1 B.C.L.R. (2d) 324; 36 C.C.L.T. 87; 65 N.R. 261; *Rothfield c. Manolacos*, [1989] 2 R.C.S. 1259; (1989), 63 D.L.R. (4th) 449; [1990] 1 W.W.R. 408; 102 N.R. 249; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424 (Aust. H.C.); *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works et autre*, [1974] R.C.S. 1189; (1973), 40 D.L.R. (3d) 530; [1973] 6 W.W.R. 692; *Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Galaske c. O'Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670; (1994), 112 D.L.R. (4th) 109; [1994] 5 W.W.R. 1; 69 W.A.C. 37; 89 B.C.L.R. (2d) 273; 43 B.C.A.C. 37; 21 C.C.L.T. (2d) 1; 166 N.R. 5; *Sterling Trusts Corp. v. Postma et al.*, [1965] R.C.S. 324; (1964), 48 D.L.R. (2d) 423; *Mentuck c. Canada*, [1986] 3 C.F. 249; (1986), 3 F.T.R. 80 (1^{re} inst.); *Grant v. Province of New Brunswick* (1973), 6 N.B.R. (2d) 95; 35 D.L.R. (3d)

- tion of Greater Winnipeg, [1971] S.C.R. 957; (1970), 22 D.L.R. (3d) 470; [1972] 3 W.W.R. 433; *Sirroos v Moore*, [1974] 3 All ER 776 (C.A.); *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; 23 Q.A.C. 1; (1989), 45 M.P.L.R. 1; 94 N.R. 1; *Just v. R. in Right of B.C.*, [1985] 5 W.W.R. 570; (1985), 64 B.C.L.R. 349; 33 C.C.L.T. 49; 34 M.V.R. 124 (B.C.S.C.); *Just v. B.C. (Govt.)*, [1987] 2 W.W.R. 231; (1986), 10 B.C.L.R. (2d) 223; 40 C.C.L.T. 160; 1 M.V.R. (2d) 357 (B.C.C.A.); *Just v. British Columbia* (1991), 60 B.C.L.R. (2d) 209 (S.C.); *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (1953); *Riverscourt Farms Ltd. v. Niagara-on-the-Lake (Town)* (1992), 9 C.C.L.T. (2d) 231; 8 M.P.L.R. (2d) 13 (Ont. Gen. Div.); *Clark v. Canada*, [1994] 3 F.C. 323; (1994), 3 C.C.E.L. (2d) 172; 20 C.C.L.T. (2d) 142; 94 CLLC 14,028; 76 F.T.R. 241 (T.D.); *Kuczperpa v. Canada* (1993), 14 C.R.R. (2d) 307; 152 N.R. 207 (F.C.A.); *Williams v. State*, 127 N.Y.2d 545 (Ct. App. 1955); *Chhabra (O.P.) v. Canada*, [1989] 2 C.T.C. 13; (1989), 89 DTC 5310 (F.C.T.D.); *Francœur et al. v. Canada* (1994), 78 F.T.R. 109 (F.C.T.D.); *Brasyer v. Maclean* (1875), L.R. 6 P.C. 398 (P.C. N.S.W.); *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146; (1985), 16 D.L.R. (4th) 1; 31 C.C.L.T. 113; 57 N.R. 241; 9 O.A.C. 1; *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.); *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181; (1989), 82 Nfld. & P.E.I.R. 181; 64 D.L.R. (4th) 620; 257 A.P.R. 181; 1 C.C.L.T. (2d) 113; 47 M.P.L.R. 113; 104 N.R. 241; *United Terminals Ltd. v. M.N.R.*, [1992] 3 F.C. 302 (C.A.).
- 141 (C.A.); *Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; (1970), 22 D.L.R. (3d) 470; [1972] 3 W.W.R. 433; *Sirroos v Moore*, [1974] 3 All ER 776 (C.A.); *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; 23 Q.A.C. 1; (1989), 45 M.P.L.R. 1; 94 N.R. 1; *Just v. R. in Right of B.C.*, [1985] 5 W.W.R. 570; (1985), 64 B.C.L.R. 349; 33 C.C.L.T. 49; 34 M.V.R. 124 (C.S.C.-B.); *Just v. B.C. (Govt.)*, [1987] 2 W.W.R. 231; (1986), 10 B.C.L.R. (2d) 223; 40 C.C.L.T. 160; 1 M.V.R. (2d) 357 (C.A.C.-B.); *Just v. British Columbia* (1991), 60 B.C.L.R. (2d) 209 (C.S.); *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (1953); *Riverscourt Farms Ltd. v. Niagara-on-the-Lake (Town)* (1992), 9 C.C.L.T. (2d) 231; 8 M.P.L.R. (2d) 13 (Div. gén. de l'Ont.); *Clark c. Canada*, [1994] 3 C.F. 323; (1994), 3 C.C.E.L. (2d) 172; 20 C.C.L.T. (2d) 142; 94 CLLC 14,028; 76 F.T.R. 241 (1^{re} inst.); *Kuczperpa c. Canada* (1993), 14 C.R.R. (2d) 307; 152 N.R. 207 (C.A.F.); *Williams v. State*, 127 N.Y.2d 545 (Ct. App. 1955); *Chhabra (O.P.) c. Canada*, [1989] 2 C.T.C. 13; (1989), 89 DTC 5310 (C.F. 1^{re} inst.); *Francœur et al. c. Canada* (1994), 78 F.T.R. 109 (C.F. 1^{re} inst.); *Brasyer v. Maclean* (1875), L.R. 6 P.C. 398 (P.C. N.S.W.); *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146; (1985), 16 D.L.R. (4th) 1; 31 C.C.L.T. 113; 57 N.R. 241; 9 O.A.C. 1; *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.); *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181; (1989), 82 Nfld. & P.E.I.R. 181; 64 D.L.R. (4th) 620; 257 A.P.R. 181; 1 C.C.L.T. (2d) 113; 47 M.P.L.R. 113; 104 N.R. 241; *United Terminals Ltd. c. M.R.N.*, [1992] 3 C.F. 302 (C.A.).

AUTHORS CITED

- Bailey, S.H. and M.J. Bowman. "The Policy/Operational Dichotomy—A Cuckoo in the Nest" (1986), 45 *Camb. L.J.* 43.
- Cohen, David. "Regulating Regulators: The Legal Environment of the State" (1990), 40 *U.T.L.J.* 213.
- Cohen, David. "Suing the State" (1990), 40 *U.T.L.J.* 630.
- Craig, P. P. "Compensation in Public Law" (1980), 96 *L.Q. Rev.* 413.
- Epstein, Richard A. et al. *Cases and Materials on Torts*, 4th ed., Toronto: Little, Brown and Company, 1984.
- Evans, R. C. "Damages for Unlawful Administrative Action: The Remedy for Misfeasance in Public Office" (1982), 31 *Int. & Comp. L.Q.* 640.
- Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss*, 3rd ed., Scarborough: Carswell, Thomson Professional Publishing, 1994.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co. Ltd., 1992.
- Galloway, Donald. "Liability of Government: Just or Just and Reasonable" (1990), 41 *Admin. L.R.* 133.
- Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, Toronto: Carswell, 1989.
- Hogg, Peter W. "Tock v. St. John's Metropolitan Area Board" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 589.

DOCTRINE

- Bailey, S.H. and M.J. Bowman. «The Policy/Operational Dichotomy—A Cuckoo in the Nest» (1986), 45 *Camb. L.J.* 43.
- Cohen, David. «Regulating Regulators: The Legal Environment of the State» (1990), 40 *U.T.L.J.* 213.
- Cohen, David. «Suing the State» (1990), 40 *U.T.L.J.* 630.
- Craig, P. P. «Compensation in Public Law» (1980), 96 *L.Q. Rev.* 413.
- Epstein, Richard A. et al. *Cases and Materials on Torts*, 4th ed., Toronto: Little, Brown and Company, 1984.
- Evans, R. C. «Damages for Unlawful Administrative Action: The Remedy for Misfeasance in Public Office» (1982), 31 *Int. & Comp. L.Q.* 640.
- Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss*, 3rd ed., Scarborough: Carswell, Thomson Professional Publishing, 1994.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co. Ltd., 1992.
- Galloway, Donald. «Liability of Government: Just or Just and Reasonable» (1990), 41 *Admin. L.R.* 133.
- Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, Toronto: Carswell, 1989.
- Hogg, Peter W. «Tock v. St. John's Metropolitan Area Board» (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 589.

Hogg, Peter W. "Government Liability: Assimilating Crown and Subject" (1994), 16 *Adv. Q.* 366.

Klar, Lewis N. "The Supreme Court of Canada: Extending the Tort Liability of Public Authorities" (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 648.

Lewis, Clive B. *Judicial Remedies in Public Law*, a London: Sweet & Maxwell, 1992.

McBride, Jeremy. "Damages as a Remedy for Unlawful Administrative Action", [1979] *C.L.J.* 323.

Sopinka, Hon. J. "The Liability of Public Authorities: Drawing the Line" (1993), 1 *Tort L Rev* 123.

Woodall, M. Kevin. "Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation" (1992), 37 *McGill L.J.* 83. b

Hogg, Peter W. «Government Liability: Assimilating Crown and Subject» (1994), 16 *Adv. Q.* 366.

Klar, Lewis N. «The Supreme Court of Canada: Extending the Tort Liability of Public Authorities» (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 648.

Lewis, Clive B. *Judicial Remedies in Public Law*, London: Sweet & Maxwell, 1992.

McBride, Jeremy. «Damages as a Remedy for Unlawful Administrative Action», [1979] *C.L.J.* 323.

Sopinka, Hon. J. «The Liability of Public Authorities: Drawing the Line» (1993), 1 *Tort L Rev* 123.

Woodall, M. Kevin. «Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation» (1992), 37 *McGill L.J.* 83.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a Trial Division decision ([1992] 3 F.C. 54; (1992), 11 C.C.L.T. (2d) 241) allowing an action for damages arising from the appellant's failure to issue authorized offshore lobster fishery licences under section 7 of the *Fisheries Act*. Appeal allowed, cross-appeal dismissed. c

APPEL et APPEL INCIDENT d'une décision de la Section de première instance ([1992] 3 C.F. 54; (1992), 11 C.C.L.T. (2d) 241) qui avait accueilli une action en dommages-intérêts en raison de l'omission de l'appelante de délivrer des permis pour la pêche au homard en haute mer qu'elle avait autorisés en vertu de l'article 7 de la *Loi sur les pêches*. Appel accueilli, appel incident rejeté. d

COUNSEL:

David Sgayias, Q.C., for appellant (defendant).

Stewart McInnes, Q.C. and *David S. MacDougall* for respondent (plaintiff). f

e AVOCATS:

David Sgayias, c.r., pour l'appelante (défendresse).

Stewart McInnes, c.r. et *David S. MacDougall* pour l'intimée (demanderesse).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant (defendant). g

McInnes, Cooper & Robertson, Halifax, for respondent (plaintiff).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante (défendresse).

McInnes, Cooper & Robertson, Halifax, pour l'intimée (demanderesse). h

The following are the reasons for judgment rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par

STONE J.A.: I have had the privilege of reading in draft the reasons for judgment of my colleague Mr. Justice Linden. The facts as found by the learned Trial Judge [[1992] 3 F.C. 54] are not in dispute. I respectfully agree with my colleague that the Trial Judge did not err in interpreting the provisions of section 7 of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14 and j

LE JUGE STONE, J.C.A.: J'ai eu le privilège de lire l'ébauche des motifs de jugement de mon collègue le juge Linden. Les faits tels qu'énoncés par le juge de première instance [[1992] 3 C.F. 54] ne sont pas contestés. Je conviens avec mon collègue que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur dans l'interprétation des dispositions de l'article 7 de la *Loi*

in particular the phrase "authorized to be issued."¹ I agree that if the respondent is to succeed it should do so on the basis of negligence alone. I also agree that the cross-appeal should be dismissed for the reasons proposed by my colleague.

In paragraph 11 of its pleading, the respondent sought damages both for "incurred expenses" and for "loss of profits." The learned Trial Judge found [at page 76] that this latter head of damages "was in relation to the claim for breach of contract," which he had dismissed. Under paragraph 2 of the judgment, the appellant was adjudged to be liable "for reasonably foreseeable financial losses flowing from its reliance during the period of December 29, 1987 to April 29, 1988 on the defendant's authorization" of the licences for the 1987-1988 fishing season. That aspect of the judgment was not attacked in the cross-appeal.

There is an aspect of this matter on which I desire to express my own views. It concerns the appellant's argument that the appeal should succeed in any event because the Minister of Fisheries was not under a duty of care towards the respondent at the time the Minister decided not to issue the licences which he had earlier authorized. I wish particularly to address the appellant's submission that this Court should be guided by some of the reasoning of the Privy Council in *Rowling v. Takaro Properties Ltd.*, [1988] A.C. 473. As the Trial Judge makes no reference to that case in his reasons, I am assuming that it was not relied upon in argument at trial.

¹ It appears that this phrase first appeared in s. 2 of *An Act for the regulation of Fishing and protection of Fisheries*, S.C. 1867-68, c. 60. Granting that this phrase, as the appellant contends, might allow for situations where responsibility to issue licences is shared by the Minister of Fisheries with another minister or Crown agent, is not, in my view, a compelling argument for limiting its scope to situations such as those.

sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, et en particulier de l'expression «ou en permettre l'octroi [de baux et de permis de pêche]»¹. Je suis d'accord que l'intimée ne pourrait avoir gain de cause, le cas échéant, qu'en raison de la seule négligence. Je conviens également que l'appel incident devrait être rejeté pour les motifs proposés par mon collègue.

Au paragraphe 11 de sa plaidoirie, l'intimée cherche à être indemnisée pour les «dépenses engagées» et le «manque à gagner». Le juge de première instance a statué que ce chef de dommages-intérêts [à la page 76] «se rapporte à la demande fondée sur la violation de contrat», qu'il avait rejetée. Au deuxième paragraphe du jugement, l'appelante est tenue responsable [TRADUCTION] «des pertes financières raisonnablement prévisibles découlant du fait qu'elle [la demanderesse] s'est fiée, pendant la période allant du 29 décembre 1987 au 29 avril 1988, à l'autorisation de la défenderesse» visant l'octroi de permis pour la saison de pêche 1987-1988. Cet aspect du jugement n'a pas été contesté dans le cadre de l'appel incident.

Il existe un aspect de cette affaire sur lequel je désire exprimer mon propre point de vue. Il s'agit de l'argument de l'appelante selon lequel la Cour devrait faire droit à l'appel de toute manière, parce que le ministre des Pêches n'avait aucune obligation de diligence envers l'intimée au moment où il a décidé de ne pas octroyer les permis qu'il avait déjà autorisés. Je désire répondre particulièrement à l'observation où l'appelante fait valoir que la Cour devrait s'inspirer en partie du raisonnement du Conseil privé dans l'arrêt *Rowling v. Takaro Properties Ltd.*, [1988] A.C. 473. Puisque le juge de première instance ne mentionne pas cet arrêt dans ses motifs, je présume qu'il n'a pas été invoqué durant l'argumentation en première instance.

¹ Il semble que ces termes aient figuré pour la première fois à l'art. 2 de la loi intitulée *Acte pour régler la pêche et protéger les pêcheries*, S.C. 1867-68, ch. 60. Même si l'on accepte que cette expression, comme le soutient l'appelante, permet que la responsabilité d'octroi des permis soit, dans certaines circonstances, partagée par le ministre des Pêches avec un autre ministre ou mandataire de la Couronne, cet argument n'est pas déterminant, selon moi, et ne justifie pas qu'on limite la portée de cette disposition à une telle situation.

In the case at bar, while the decision of whether to authorize a licence pursuant to section 7 of the *Fisheries Act* was a "policy" decision, the Minister's subsequent decision to go back on his commitment was simply not authorized by the statute. It is clear that the appellant could not be made liable in negligence for a true policy decision unless it was not made *bona fide* or was irrational but that, under certain circumstances, could be made liable in negligence for an "operational" decision.

As my colleague has pointed out, the policy/operational dichotomy has by reason of its adoption by the Supreme Court of Canada in *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, become enshrined in the law in Canada. In two recent decisions of the Supreme Court of Canada, the principles developed in *Just, supra*, were reaffirmed and applied: *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445.

I agree with the Trial Judge and with my colleague that the Minister's decision of December 29, 1987 was in the nature of a true policy decision. It is not, of course, this decision but the Minister's subsequent decision of April 29, 1988 which was communicated to the respondent on May 31, 1988, that is the basis of the claim in negligence. It seems clear that this second decision cannot be classified as one of true policy if, as my colleague has shown and I agree, it was *ultra vires* section 7 of the *Fisheries Act*. Nor does it seem to me to have been "operational" in nature in the sense discussed in *Just, supra* and in subsequent decisions of the Supreme Court. I so conclude from the distinction between a true policy decision on the one hand and an operational decision on the other that is drawn in these cases. That distinction is explained with particular clarity by Cory J., for the majority, in *Brown, supra*, at page 441:

En l'espèce, même si la décision de permettre l'octroi d'un permis en vertu de l'article 7 de la *Loi sur les pêches* constituait une décision «de politique», la décision subséquente par laquelle le ministre a renié son engagement n'était tout simplement pas autorisée par le législateur. Il est clair que l'appelante ne pourrait être tenue responsable en raison de sa négligence dans le cadre d'une véritable décision de politique générale à moins que celle-ci n'ait pas été prise de bonne foi ou qu'elle se soit révélée irrationnelle; la responsabilité de l'appelante pourrait cependant, dans certaines circonstances, être engagée par suite de la négligence découlant d'une décision «opérationnelle».

Comme mon collègue le souligne, l'opposition entre une décision de politique et une décision opérationnelle fait désormais partie des règles de droit canadiennes depuis son adoption par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228. Dans deux arrêts récents, la Cour suprême du Canada a confirmé et appliqué les principes élaborés dans l'arrêt *Just*, précité, soit: *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420, et *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445.

Je souscris à l'opinion du juge de première instance et de mon collègue selon laquelle la décision prise par le ministre le 29 décembre 1987 constituait une véritable décision de politique. Bien entendu, ce n'est pas cette décision mais celle qu'a prise ultérieurement le ministre, le 29 avril 1988, laquelle a été communiquée à l'intimée le 31 mai 1988, qui soutient l'argument de négligence. Il semble clair que cette deuxième décision ne peut être considérée comme une véritable décision de politique si, comme mon collègue l'a montré, et je suis d'accord avec lui, elle outrepassait les pouvoirs accordés par l'article 7 de la *Loi sur les pêches*. Elle ne semble pas non plus constituer une décision «opérationnelle» au sens envisagé dans l'arrêt *Just*, précité, et dans les arrêts subséquents de la Cour suprême. Je parviens à cette conclusion sur la base de la distinction établie entre une décision de politique, d'une part, et une décision opérationnelle, d'autre part, telle qu'elle est énoncée dans ces affaires. Cette distinction est expliquée de façon particulièrement claire par le juge Cory, au

In distinguishing what is policy and what is operations, it may be helpful to review some of the relevant factors that should be considered in making that determination. These factors can be derived from the following decisions of this Court: *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Barratt v. District of North Vancouver*, [1980] 2 S.C.R. 418; and *Just, supra*; and can be summarized as follows:

True policy decisions involve social, political and economic factors. In such decisions, the authority attempts to strike a balance between efficiency and thrift, in the context of planning and predetermining the boundaries of its undertakings and of their actual performance. True policy decision will usually be dictated by financial, economic, social and political factors or constraints.

The operational area is concerned with the practical implementation of the formulated policies, it mainly covers the performance or carrying out of a policy. Operational decisions will usually be made on the basis of administrative direction, expert or professional opinion, technical standards or general standards of reasonableness.

I understand that the purpose of the policy/operational distinction is to allow for the courts to determine whether a decision is such as immunises a public authority from liability in negligence altogether or is one that may attract liability because of the manner in which it was implemented. The underlying assumption regardless of whether the decision is one of policy or is operational appears to be that the public authority made it in the exercise of statutory power. If the decision lies outside the statute, in my view, it could not be saved by being of a "policy" nature simply because there would be nothing to be saved. It seems to me, therefore, that the Minister's second decision—not to issue the licences which he had authorized by his first decision—cannot be viewed as in any way concerned with the "practical implementation" or "the carrying out" of the earlier policy decision. In short, it is my view that this decision was neither a true policy decision nor an operational decision. It was simply one that was not authorized by the statute.

nom de la majorité, dans l'arrêt *Brown*, précité, à la page 441:

Pour distinguer les questions de politique générale des opérations, il peut être utile de passer en revue quelques-uns des facteurs pertinents à cet égard. Ces facteurs se dégagent des arrêts de notre Cour: *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, *Barratt c. District of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418, et *Just*, précité, et peuvent se résumer comme suit:

Les véritables décisions de politique générale comportent des facteurs sociaux politiques et économiques. Lorsqu'elle prend des décisions de cette nature, l'autorité publique s'efforce d'établir un équilibre entre l'efficacité et l'économie, dans le cadre de la planification et de la détermination préalable des limites de ses engagements et de leur mise en œuvre réelle. Les véritables décisions de politique générale seront habituellement dictées par des considérations ou des contraintes d'ordre financier, économique, social et politique.

L'aspect opérationnel est celui de la mise en œuvre pratique des politiques ainsi formulées; il concerne principalement l'exécution ou l'implantation d'une politique. Les décisions opérationnelles sont habituellement le produit d'une directive administrative, de l'opinion d'un expert ou d'un professionnel, ou encore de normes techniques ou de la norme générale de ce qui est raisonnable.

La distinction établie entre une décision politique et opérationnelle vise, à mon avis, à permettre aux tribunaux de déterminer si une décision est de nature à mettre une autorité publique à l'abri de toute responsabilité découlant de la négligence ou si cette décision peut engager la responsabilité de cette autorité publique en raison de la façon dont elle a été mise en œuvre. L'hypothèse sous-jacente semble être que l'autorité publique a pris sa décision, indépendamment de la nature politique ou opérationnelle de celle-ci, conformément à l'exercice d'un pouvoir accordé par le législateur. Si cette décision excède les pouvoirs accordés par la loi, à mon point de vue, elle ne peut être protégée par le fait qu'il s'agit d'une décision «de politique» tout simplement parce qu'il n'y aurait rien à protéger. Il me semble donc que la deuxième décision du ministre, celle de ne pas octroyer les permis qu'il avait autorisés dans sa première décision, ne peut être liée d'aucune manière à la «mise en œuvre pratique» ou à l'«exécution» de la première décision de politique. Bref, je suis d'avis que cette décision ne constituait ni une véritable décision de politique ni une décision opérationnelle: il s'agissait simplement d'une décision qui n'était pas autorisée par la loi.

To so conclude, of course, does not end the matter for, as I have already indicated, it remains to be decided whether a duty of care was owed. My colleague refers to the two-step test enunciated by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), for determining duty of care. Lord Wilberforce expressed this test in the following words, at pages 751-752:

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

This formulation was adopted in *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2. Given that the Supreme Court has since reaffirmed the *Anns* formulation, in my view, it must be applied in this case. It did so in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021 and in two very recent cases. In *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.* [[1995] S.C.J. No. 2 (QL)] (Case No. 23624, judgment rendered January 26, 1995), at pages 26-27, La Forest J. stated:

In the first place, this Court has not followed the House of Lords in repudiating the two-part test established by Lord Wilberforce in *Anns*. The approach proposed by Lord Wilberforce in *Anns* was adopted by this Court in *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, where Wilson J., at pp. 10-11, suggested the following slightly modified version of the *Anns* test:

- (1) is there a sufficiently close relationship between the parties . . . so that, in the reasonable contemplation of [one person], carelessness on its part might cause damage to [the other person]? If so,

Une telle conclusion, de toute évidence, ne met pas un terme au litige parce qu'il reste à décider, comme je l'ai déjà mentionné, s'il existait une obligation de diligence. Mon collègue renvoie au critère à deux volets, énoncé par lord Wilberforce dans l'affaire *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), pour déterminer l'obligation de diligence. Lord Wilberforce exprimait ce critère dans les termes suivants, aux pages 751 et 752:

[TRADUCTION] [On a] établi le principe selon lequel, lorsqu'il s'agit de prouver qu'il existe une obligation de diligence dans une situation donnée, il n'est pas nécessaire de démontrer que les faits de cette situation sont semblables aux faits de situations antérieures où il a été jugé qu'une telle obligation existait. Il faut plutôt aborder cette question en deux étapes. En premier lieu, il faut se demander s'il existe, entre l'auteur allégué de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit de proximité ou de voisinage pour que le manque de diligence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne—auquel cas, il existe à première vue une obligation de diligence. Si on répond par l'affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s'il existe des motifs de rejeter ou de restreindre la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages qui peuvent découler de l'inexécution de cette obligation

Cet énoncé a été adopté par la Cour suprême dans l'affaire *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2. Puisque le plus haut tribunal canadien a depuis confirmé l'analyse faite dans l'arrêt *Anns*, à mon avis, elle doit être appliquée en l'espèce. C'est ce que la Cour suprême a fait dans *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021 et dans deux décisions très récentes. Ainsi, dans l'affaire *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.* [[1995] A.C.S. n° 2 (QL)] (n° du greffe 23624, jugement rendu le 26 janvier 1995), le juge La Forest s'exprime ainsi aux pages 27 et 28:

En premier lieu, notre Cour, à la différence de la Chambre des lords, n'a pas rejeté le critère à deux volets établi par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*. La méthode préconisée par lord Wilberforce a été adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Kamloops Ville de c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, où le juge Wilson propose, aux pp. 10 et 11, cette version légèrement modifiée du critère de l'arrêt *Anns*:

- 1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties [. . .] pour qu'[une personne ait] pu raisonnablement prévoir que [son] manque de diligence pourrait causer des dommages à [l'autre personne]? Dans l'affirmative,

- (2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

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

The *Anns* formulation was again applied by the Supreme Court in *Stewart v. Pettie* [[1995] S.C.J. No. 3 (QL)] (Case No. 23739, judgment rendered January 26, 1995).

I turn then to the first branch of the *Anns* test. It seeks to discover whether there is a sufficiently close relationship between the parties such that in the reasonable contemplation of the defendant carelessness might cause damage to the plaintiff.² I respectfully agree with the Trial Judge that a *prima facie* duty of care was owed. As he put it, at pages 71-72:

First there was a duty of care owed by the Minister to the plaintiff. There was a proximity between the defendant and the plaintiff, flowing from the Minister's representation to the plaintiff on December 29, 1987 that the licences would be issued to it. At least from that day onward it should have been obvious to the Minister that any further decisions he took in this matter would directly affect a determinate party, namely this plaintiff.

In my view the Trial Judge correctly concluded that the Minister owed the respondent a duty of care at the relevant time. This was a *prima facie* duty of care.

The second branch of the *Anns* test asks the question whether there are any considerations which ought to negative or limit the scope of the duty of care, the class of persons to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise. It is, in my view, with respect to this branch of the *Anns*

² In *Just*, *supra*, at p. 1235, Cory J. acknowledged that this approach should not be "slavishly followed" and in this context referred to the decision of the Privy Council in *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175.

- 2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

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

^b L'arrêt *Anns* a été appliqué encore une fois par la Cour suprême dans *Stewart c. Pettie* [[1995] A.C.S. n° 3 (QL)] (n° du greffe 23739, jugement rendu le 26 janvier 1995).

^c J'aborderai maintenant le premier volet du critère énoncé dans *Anns*. Il s'agit de déterminer s'il existe un lien suffisamment étroit entre les parties pour que le manque de diligence de la part de la défenderesse puisse raisonnablement être perçu par celle-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à la demanderesse.² Je souscris à l'opinion du juge de première instance et conclus qu'il existait à première vue une obligation de diligence. Comme il le mentionne aux pages 71 et 72:

^d Premièrement, le ministre avait une obligation de diligence envers la demanderesse. Il y avait un lien de proximité entre la défenderesse et la demanderesse, par suite de la déclaration que le ministre avait faite à cette dernière le 29 décembre 1987, à savoir que les permis lui seraient délivrés. À compter de ce jour-là du moins, le ministre aurait dû se rendre compte que toute autre décision prise par lui dans cette affaire toucherait directement une partie déterminée, à savoir la demanderesse.

^e À mon avis, il a conclu avec raison que le ministre avait une obligation de diligence envers l'intimée à ce moment-là. Il s'agissait à première vue d'une obligation de diligence.

^f À la lumière du deuxième volet du critère énoncé dans *Anns*, il faut se demander s'il existe des raisons de rejeter ou de restreindre la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages qui peuvent découler de l'inexécution de cette obligation. Selon moi, c'est ici que le raisonne-

² Dans l'arrêt *Just*, précité, à la p. 1235, le juge Cory reconnaît «qu'il n'est peut-être pas toujours souhaitable d'adopter servilement cette démarche en deux temps» et, à cette fin, il cite la décision du Conseil privé dans l'affaire *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175.

test that the reasoning in *Takaro, supra*, becomes relevant. That case represents one of several cases in which members of the Privy Council or the House of Lords began to cast doubt on the soundness of the *Anns* test for determining liability in negligence. Lord Keith indicates his misgivings with that test at page 501, where he refers to "the fear that a too literal application" of *Anns* "may be productive of a failure to have regard to, and to analyse and weigh, all the relevant considerations in considering whether it is appropriate that a duty of care should be imposed." This same fear had been earlier expressed in *Peabody Donation Fund (Governors of) v. Sir Lindsay Parkinson & Co. Ltd.*, [1985] A.C. 210 (H.L.) and in *Yuen Kun Yeu, supra*. These doubts matured into the decision of the House of Lords in *Murphy v Brentwood DC*, [1990] 2 All ER 908, to abandon the *Anns* test altogether. The Supreme Court of Canada declined to do the same when the opportunity first presented itself in *Norsk, supra*. As I have observed, that position was recently reaffirmed in *Winnipeg Condominium, supra* and in *Stewart, supra*.

I agree with my colleague that the views of Lord Keith on duty of care were not necessary to his decision which was to the effect that, assuming such a duty was owed, it was not breached. Lord Keith expressly so indicated at page 500 and again at page 503. Nonetheless, in my view his concerns must be examined to see whether any of them might have application in the case at bar. The appellant relied heavily upon Lord Keith's reasoning in counsel's submissions. If, indeed, that reasoning were adopted in whole or in part it would considerably strengthen the appellant's defence.

I turn then to *Takaro, supra*. In his *obiter*, Lord Keith referred to six considerations as bearing importantly on the question of duty of care and, indeed, as militating against the imposition of liability. These appear at pages 501-503, where he stated:

Their Lordships wish to refer in particular to certain matters which they consider to be of importance. The first is that the

ment énoncé dans l'affaire *Takaro*, précitée, devient pertinent. *Takaro* représente un des nombreux arrêts où les membres du Conseil privé ou de la Chambre des lords ont commencé à jeter un doute sur la validité du critère énoncé dans *Anns* pour déterminer la responsabilité découlant de la négligence. Lord Keith exprime ses hésitations face au critère à la page 501, où il mentionne [TRADUCTION] «la crainte qu'une application trop littérale peut amener la Cour à omettre de prendre en considération, d'analyser et de soupeser tous les facteurs pertinents avant de décider s'il est approprié ou non d'imposer une obligation de diligence». Cette même crainte avait été exprimée plus tôt dans l'affaire *Peabody Donation Fund (Governors of) v. Sir Lindsay Parkinson & Co. Ltd.*, [1985] A.C. 210 (H.L.) et dans *Yuen Kun Yeu*, précitée. Ces doutes ont évolué jusqu'à la décision rendue par la Chambre des lords dans *Murphy v Brentwood DC*, [1990] 2 All ER 908, où il a été décidé d'abandonner ce critère. La Cour suprême du Canada a refusé de le faire lorsqu'elle en a eu la possibilité pour la première fois dans l'arrêt *Norsk*, précité. Comme je l'ai souligné, elle a confirmé récemment cette position dans les décisions *Winnipeg Condominium* et *Stewart*, précitées.

Je suis d'accord avec mon collègue: les commentaires de lord Keith sur l'obligation de diligence n'étaient pas nécessaires lorsqu'il a décidé qu'il n'y avait pas eu inexécution de l'obligation dont l'existence était présumée. Lord Keith l'indique expressément à la page 500 puis à la page 503. Selon moi, ces préoccupations doivent néanmoins être examinées afin qu'on puisse déterminer si l'une d'entre elles peut avoir une incidence en l'espèce. Dans les observations de son procureur, l'appelante s'est fondée notablement sur le raisonnement de lord Keith. De fait, si ce raisonnement était adopté en tout ou en partie, il affermirait considérablement la défense de l'appelante.

Je me tournerai maintenant vers l'arrêt *Takaro*, précité. Dans ses commentaires incidents, lord Keith fait référence à six facteurs qui ont une incidence importante sur l'obligation de diligence et, de fait, qui militent contre l'imposition de cette obligation. Ces facteurs sont énoncés aux pages 501 à 503:

[TRADUCTION] Notre Cour désire mentionner particulièrement certains points qui lui semblent importants. Premièrement, une

only effect of a negligent decision, such as is here alleged to have been made, is delay. This is because the processes of judicial review are available to the aggrieved party; and, assuming that the alleged error of law is so serious that it can properly be described as negligent, the decision will assuredly be quashed by a process which, in New Zealand as in the United Kingdom, will normally be carried out with promptitude. The second is that, in the nature of things, it is likely to be very rare indeed that an error of law of this kind by a minister or other public authority can properly be categorised as negligent. As is well known, anybody, even a judge, can be capable of misconstruing a statute; and such misconstruction, when it occurs, can be severely criticised without attracting the epithet "negligent." Obviously, this simple fact points rather to the extreme unlikelihood of a breach of duty being established in these cases, a point to which their Lordships will return; but it is nevertheless a relevant factor to be taken into account when considering whether liability in negligence should properly be imposed.

The third is the danger of overkill. It is to be hoped that, as a general rule, imposition of liability in negligence will lead to a higher standard of care in the performance of the relevant type of act; but sometimes not only may this not be so, but the imposition of liability may even lead to harmful consequences. In other words, the cure may be worse than the disease. There are reasons for believing that this may be so in cases where liability is imposed upon local authorities whose building inspectors have been negligent in relation to the inspection of foundations, as in *Amis v. Merton London Borough Council* [1978] A.C. 728 itself; because there is a danger that the building inspectors of some local authorities may react to that decision by simply increasing, unnecessarily, the requisite depth of foundations, thereby imposing a very substantial and unnecessary financial burden upon members of the community. A comparable danger may exist in cases such as the present, because, once it became known that liability in negligence may be imposed on the ground that a minister has misconstrued a statute and so acted *ultra vires*, the cautious civil servant may go to extreme lengths in ensuring that legal advice, or even the opinion of the court, is obtained before decisions are taken, thereby leading to unnecessary delay in a considerable number of cases.

Fourth, it is very difficult to identify any particular case in which it can properly be said that a minister is under a duty to seek legal advice. It cannot, their Lordships consider, reasonably be said that a minister is under a duty to seek legal advice in every case in which he is called upon to exercise a discretionary power conferred upon him by legislation; and their Lordships find it difficult to see how cases in which a duty to seek legal advice should be imposed should be segregated from those in which it should not. In any event, the officers of the relevant department will be involved; the matter will be processed and presented to the minister for decision in the usual way, and by this means his mind will be focused upon the relevant issue. Again, it is not to be forgotten that the min-

décision négligente, comme celle qui est reprochée ici, a pour seule conséquence d'entraîner un retard, du fait que la partie lésée peut recourir au contrôle judiciaire; si l'on suppose que l'erreur de droit reprochée est d'une gravité telle qu'elle peut licitement être décrite comme négligente, la décision sera certainement annulée par un processus qui, en Nouvelle-Zélande comme au Royaume-Uni, se déroulera normalement avec promptitude. Deuxièmement, en pratique, il est sans doute très rare qu'une erreur de droit de ce genre commise par un ministre ou une autre autorité publique puisse être à bon droit considérée comme négligente: on le sait bien, n'importe qui, même un juge, peut mal interpréter une loi, et une telle erreur d'interprétation, lorsqu'elle survient, peut être sévèrement critiquée sans être jugée «négligente». De toute évidence, ce simple fait souligne qu'il est très invraisemblable qu'on puisse conclure au manquement à une obligation le cas échéant, point sur lequel notre Cour reviendra. Il s'agit néanmoins d'un facteur pertinent qui doit être pris en compte lorsqu'un tribunal cherche à déterminer s'il est indiqué de conclure à l'existence de la responsabilité pour négligence.

Troisièmement, il existe un risque d'exagération. On espère que, en règle générale, l'imposition d'une responsabilité découlant de la négligence incitera les intéressés à faire preuve d'une plus grande diligence dans l'exercice de leurs fonctions; parfois, non seulement ce ne sera pas le cas, mais l'imposition de la responsabilité peut même s'assortir de conséquences néfastes. En d'autres termes, le remède peut être pire que la maladie. Certaines raisons nous portent à croire que cela peut arriver lorsque des autorités locales sont tenues responsables de la négligence des inspecteurs en bâtiments dans l'inspection de fondations, comme ce fut le cas dans l'affaire *Amis v. Merton London Borough Council* [1978] A.C. 728. En effet, il y a le risque que les inspecteurs en bâtiments de certaines autorités locales réagissent à cette décision en majorant tout simplement, et sans nécessité, la norme de profondeur des fondations, ce qui imposerait un fardeau financier très lourd et inutile aux membres de la collectivité. Un risque comparable peut surgir dans les cas comme l'espèce, parce qu'une fois qu'on saura qu'il existe une responsabilité découlant de la négligence lorsqu'un ministre a mal interprété une loi et a donc outrepassé sa compétence, le fonctionnaire prudent pourrait faire preuve d'un zèle extrême et s'assurer d'obtenir des conseils juridiques, ou même l'opinion d'un tribunal, avant de prendre des décisions, ce qui créerait des délais inutiles dans un grand nombre de dossiers.

Quatrièmement, il est très difficile de définir les circonstances où il est possible d'affirmer, avec raison, qu'un ministre a l'obligation d'obtenir des conseils juridiques. On ne peut raisonnablement, de l'avis de notre Cour, imposer au ministre l'obligation d'obtenir des conseils juridiques dans tous les cas où il est appelé à user du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le législateur. Notre Cour estime qu'il est difficile de voir comment les cas où existe l'obligation d'obtenir des conseils juridiques devraient être distingués de ceux où il est inutile de le faire. De toute manière, les représentants du ministère concerné seront consultés; le dossier sera traité et présenté au ministre pour qu'il prenne une décision de la façon habituelle, de sorte que son attention se portera sur la question

ister, in exercising his statutory discretion, is acting essentially as a guardian of the public interest; in the present case, for example, he was acting under legislation enacted not for the benefit of applicants for consent to share issues but for the protection of the community as a whole. Furthermore he is, so far as their Lordships are aware, normally under no duty to exercise his discretion within any particular time; and if, through a mistaken construction of the statute, he acts *ultra vires* and delay thereby occurs before he makes an *intra vires* decision, he will have in any event to exercise his discretion anew and, if his discretion is then exercised in the plaintiff's favour, the effect of the delay will only be to postpone the receipt by the plaintiff of a benefit which he had no absolute right to receive.

The broad application of this reasoning would probably result in there being no duty of care owed by a public authority except perhaps in a case where the authority acted in bad faith or irrationally.

In *Amns, supra*, Lord Wilberforce [at page 752] did not elaborate the "considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise." Lord Keith's concerns were, of course, not directed to these "considerations" which are to apply where a *prima facie* duty of care is owed. It is important to remember that *Takaro, supra*, unlike the present case, involved a claim that a public authority had acted negligently in the exercise of a statutory discretion. That is not the case here assuming, as I believe, that the Trial Judge correctly construed the provisions of section 7 of the *Fisheries Act*. While the Minister had a discretion to decide whether or not to authorize the issuance of the offshore licences, the statute granted him no discretion to refuse those licences once they were authorized. I acknowledge that the licences were subject to conditions to be attached by the Minister—a matter which I shall address momentarily. It cannot be fairly said that the Minister, like the minister in *Takaro, supra*, somehow erred in exercising a discretionary power conferred on him by the statute. In my view, at the time he decided not to issue the licences the Minister possessed no such discretion under the statute.

pertinente. Encore une fois, il ne faut pas oublier que le ministre, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire légal, agit essentiellement en qualité de gardien de l'intérêt public. En l'espèce, par exemple, il agissait sous le régime d'un texte législatif adopté non pas pour l'avantage des requérants à l'égard de l'autorisation d'émissions d'actions, mais bien pour la protection de l'ensemble de la collectivité. En outre, le ministre, pour autant que notre Cour le sache, n'a normalement aucune obligation d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans un délai donné. S'il outrepassa sa compétence à cause d'une erreur d'interprétation de la loi et qu'un retard en découle avant qu'il prenne une décision conforme à ses pouvoirs, il devra à nouveau exercer son pouvoir discrétionnaire et, s'il le fait en faveur du demandeur, le retard aura eu pour seul effet de différer l'octroi, au demandeur, d'un avantage que celui-ci n'avait aucun droit absolu de recevoir.

L'application large de ce raisonnement entraînerait probablement l'absence d'une obligation de diligence de la part d'une autorité publique sauf peut-être dans le cas où elle a agi de mauvaise foi ou de manière irrationnelle.

Dans l'affaire *Amns*, précitée, lord Wilberforce [à la page 752] n'a pas expliqué ce qu'il entendait par des [TRADUCTION] «motifs de rejeter ou de restreindre la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages qui peuvent découler de l'inexécution de cette obligation». Les préoccupations de lord Keith ne visaient pas, bien évidemment, les «facteurs» qui devaient s'appliquer en présence d'une obligation de diligence *prima facie*. Il est important de ne pas oublier que l'affaire *Takaro*, précitée, contrairement à l'espèce, portait sur la négligence de l'autorité publique dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par le législateur. Ce n'est pas le cas ici, si l'on suppose, comme je le crois, que le juge de première instance a bien interprété les dispositions de l'article 7 de la *Loi sur les pêches*. Bien que le ministre ait eu le pouvoir discrétionnaire de décider de permettre ou non l'octroi de permis de pêche en haute mer, le législateur ne lui a accordé aucun pouvoir de refuser de délivrer ces permis une fois qu'ils ont été autorisés. Je reconnais que les permis étaient assujettis à des conditions imposées par le ministre, sujet que j'aborderai dans quelques instants. On ne peut en toute bonne foi prétendre que le ministre, à l'instar du ministre dans l'affaire *Takaro*, précitée, a commis une erreur quelconque dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui conférait la loi. À mon avis, le ministre

I turn then to Lord Keith's concerns to see whether any of them should be taken into account under the second branch of the *Anns* test. It seems to me that Lord Keith's first concern is a consideration that should be recognized in this case. He suggests that the availability of relief by way of judicial review is a factor to be considered in deciding whether to impose a duty of care. I find that this concern has relevance for the present case. As I shall attempt to demonstrate later, in the present case relief by way of judicial review would have been available to the respondent had it chosen to follow that course.

Lord Keith's second concern was that [at page 502] "in the nature of things, it is likely to be very rare indeed that an error of law of this kind by a minister of other public authority can properly be categorised as negligent" because "anybody, even a judge, can be capable of misconstruing a statute." In that case the Minister had been asked to exercise an undoubted statutory discretion in favour of the plaintiff and it was alleged that he strayed outside his mandate. Nothing in the record before us suggests that the Minister even addressed his mind to the construction of the statute, particularly section 7. At page 64 of his reasons, the Trial Judge found:

There is no evidence to explain the *volte-face* of the Minister between December 29, 1987 and April 29, 1988 other than the obvious: namely the pressure generated by the strenuous objections of the inshore fishermen (who are far more numerous than the offshore fishermen) to any new offshore lobster licenses. The Minister did not testify at this trial and his Department did not produce any evidence suggesting any other reason. Ample evidence was presented of the objections of the inshore fishermen.

The power to make the second decision seems to have been assumed. This is to be contrasted with the situation in *Takaro*, *supra*, where the alleged negli-

n'avait aucun pouvoir discrétionnaire légal de décider de ne pas délivrer les permis.

Je traiterai maintenant des préoccupations de lord Keith afin de déterminer si elles devraient être prises en considération à la lumière du deuxième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Anns*. Il me semble que le premier facteur précisé par lord Keith devrait être pris en compte en l'espèce. Il laisse entendre que la disponibilité d'un recours par voie de contrôle judiciaire doit être considérée avant qu'on puisse conclure à l'existence d'une obligation de diligence. J'estime que cette préoccupation est pertinente dans le cas qui nous occupe. Comme je tenterai de le démontrer ultérieurement, il aurait été possible en l'espèce que l'intimée obtienne réparation au moyen du contrôle judiciaire si elle avait choisi d'emprunter cette voie.

D'après le deuxième facteur énoncé par lord Keith [à la page 502], [TRADUCTION] «en pratique, il est sans doute très rare qu'une erreur de droit de ce genre commise par un ministre ou une autre autorité publique puisse être à bon droit considérée comme négligente: on le sait bien, n'importe qui, même un juge, peut mal interpréter une loi». Dans *Takaro*, on demandait au ministre d'exercer, en faveur du demandeur, ce qui constituait sans aucun doute un pouvoir discrétionnaire accordé par le législateur, et il était allégué que le ministre avait dérogé à son mandat. Rien dans le dossier qui nous occupe ici nous porte à croire que le ministre s'est même interrogé sur l'interprétation de la loi, particulièrement de l'article 7. À la page 64 de ses motifs, le juge de première instance s'exprime ainsi:

Aucune preuve n'a été présentée pour expliquer le *volte-face* du ministre entre le 29 décembre 1987 et le 29 avril 1988, à part ce qui est évident, à savoir les pressions auxquelles il faisait face par suite de l'opposition vigoureuse des pêcheurs côtiers (qui sont beaucoup plus nombreux que les pêcheurs en haute mer) à l'octroi de tout nouveau permis de pêche du homard en haute mer. Le ministre n'a pas témoigné pendant ce procès et le Ministère n'a pas présenté de preuve indiquant l'existence de quelque autre raison. Une preuve abondante a été présentée à l'égard des objections des pêcheurs côtiers.

Le pouvoir de prendre la deuxième décision semble avoir été présumé, ce qui doit être distingué de la situation dans *Takaro*, précitée, où la négligence

gence of the Minister occurred in the course of exercising a statutory discretion.

Lord Keith's third concern was the danger of overkill flowing from a decision to impose liability in negligence on a public authority. He was concerned [at page 502] that "the cautious civil servant may go to extreme lengths in ensuring that legal advice, or even the opinion of the court, is obtained before decisions are taken, thereby leading to unnecessary delay in a considerable number of cases." Accepting the force of this argument in the situation which obtained in *Takaro, supra*, it remains difficult to see how it should have decisive impact on the existence of a duty of care in the present case. We are not here concerned with a decision that was made in the exercise of a discretionary power but with the Minister's attempt to reverse a decision so made. The circumstances are most unusual. Still I do not see this consideration as having the same weight it might possibly hold in some circumstances.

Lord Keith then expressed the view that it could not [at page 502] "reasonably be said that a minister is under a duty to seek legal advice in every case in which he is called upon to exercise a discretionary power conferred upon him by legislation." It does appear, once again, that Lord Keith's principal focus here was on the situation before him. I have already suggested that the present case is materially different. In the circumstances of this case, in my view, the Minister ought to have assured himself that the statute that empowered him to make the first decision empowered him to reverse it. This was not too much to expect.

I can well understand Lord Keith's next concern, namely, that the [at page 502] Minister was there "acting essentially as a guardian of the public interest." That much might well be said of the Minister's December 29, 1987 decision because it was a policy decision which likely took account of such matters as the extent of the resource and the extent to which its exploitation should be permitted. Again, we are not here concerned with that particular decision. Accord-

reprochée au ministre était survenue dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire accordé par le législateur.

En troisième lieu, lord Keith cite le risque d'exagération qui fait suite à une décision imposant la responsabilité à une autorité publique pour négligence. Il s'inquiétait de la possibilité qu'un [à la page 502] [TRADUCTION] «fonctionnaire prudent [puisse] faire preuve d'un zèle extrême et s'assurer d'obtenir des conseils juridiques, ou même l'opinion d'un tribunal, avant de prendre des décisions, ce qui créerait des délais inutiles dans un grand nombre de dossiers». Si l'on accepte le bien-fondé de cet argument dans les circonstances de *Takaro*, précitée, il reste difficile de voir comment il peut avoir une incidence déterminante sur l'existence d'une obligation de diligence en l'espèce. Nous ne sommes pas aux prises avec une décision qui fait suite à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire mais bien avec le fait que le ministre a tenté d'infirmer une telle décision. La situation est des plus inusitées, mais je suis dans l'impossibilité d'accorder à cette considération la même force qu'elle aurait dans d'autres circonstances.

Selon lord Keith, on ne peut raisonnablement imposer au ministre [à la page 502] [TRADUCTION] «l'obligation d'obtenir des conseils juridiques dans tous les cas où il est appelé à user du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le législateur». Il semble, encore une fois, que lord Keith s'attachait principalement à la situation dont il était saisi. J'ai déjà laissé entendre que l'espèce était radicalement différente. Dans les circonstances de l'affaire qui nous occupe, à mon avis, le ministre aurait dû s'assurer que la loi qui lui donnait le pouvoir de prendre sa première décision lui accordait aussi celui de l'infirmer. Il n'était pas exagéré de s'attendre à ce que le ministre prenne une telle précaution.

Je peux fort bien comprendre la préoccupation suivante de lord Keith, à savoir que le ministre en l'occurrence [à la page 502] [TRADUCTION] «agit essentiellement en qualité de gardien de l'intérêt public». On peut en dire de même de la décision prise par le ministre le 29 décembre 1987, parce qu'elle constituait une décision de politique qui s'appuyait vraisemblablement sur des facteurs comme l'abondance de la ressource et la mesure dans laquelle son exploi-

ing to the findings at trial the second decision did not grow out of a true concern for protecting the community interest in the resource. This is evident from the Trial Judge's findings at page 71:

The evidence presented on behalf of the defendant, while honest and straightforward, simply did not demonstrate any reasonable justification for first announcing a decision authorizing the issue of the lobster licences to the plaintiff and then the withdrawal of that authorization. The only apparent justification for a change in the decision to issue the licences was the strident opposition of the inshore fishermen. But the evidence indicated that even prior to the announcement authorizing the licences, such opposition was quite predictable if not perhaps its strength and volubility.

Lord Keith's final concern [at page 503] was that the Minister was "normally under no duty to exercise his discretion within any particular time"; that if he acted *ultra vires* in doing so and delay resulted "the effect of the delay will only be to postpone the receipt by the plaintiff of the benefit which he had no absolute right to receive." Upon the Trial Judge's construction of the statute, which I have adopted, the Minister was not here engaged in the exercise of a statutory discretion in coming to his decision of April 29, 1988.

I wish now to elaborate my reasons for the view already expressed that in deciding duty of care it is important to see whether adequate administrative law remedies were available to the respondent. This was Lord Keith's first concern in *Takaro, supra*. The same point is made as follows in C. Lewis, *Judicial Remedies in Public Law* (London: 1992), at page 379:

Decisions taken in the exercise of statutory power will be subject to judicial review, and sometimes a statutory right of appeal. Unlawful decisions can be nullified and the individual relieved of the consequences of such a decision. The existence of these remedies is regarded by the courts as an indicator that no additional remedy in negligence need be provided, particularly where the judicial review or appeal is adequate to rectify matters, and the only real damage suffered by the individual is the delay and possibly the expense involved in establishing

tation devrait être permise. Encore une fois, nous ne nous attachons pas ici à cette décision particulière. Selon les conclusions du juge de première instance, la deuxième décision ne découle pas d'un objectif visant véritablement à protéger l'intérêt de la collectivité à l'égard de la ressource. Ce fait est mis en évidence par les conclusions du juge de première instance à la page 71:

La preuve présentée pour le compte de la défenderesse, quoique honnête et sincère, n'a tout simplement pas établi l'existence d'une justification raisonnable, lorsqu'il s'est agi d'annoncer initialement qu'il avait été décidé de permettre l'octroi des permis de pêche du homard à la demanderesse, puis de révoquer la permission. La seule justification apparente du changement d'attitude, en ce qui concerne l'octroi des permis, était l'opposition véhémente des pêcheurs côtiers. Cependant, selon la preuve, même avant que le ministre eût fait l'annonce, pareille opposition était passablement prévisible, sauf peut-être en ce qui concerne sa force et sa volubilité.

Le dernier facteur cité par lord Keith tient à ce que le ministre n'a [à la page 503] [TRADUCTION] «normalement aucune obligation d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans un délai donné»; s'il avait outrepassé sa compétence ce faisant et qu'un retard en découlait, il aurait [TRADUCTION] «pour seul effet de différer l'octroi, au demandeur, d'un avantage que celui-ci n'avait aucun droit absolu de recevoir». Selon l'interprétation de la loi par le juge de première instance, à laquelle je souscris, le ministre en l'espèce n'exerçait pas un pouvoir discrétionnaire qui lui était conféré par le législateur lorsqu'il a pris sa décision du 29 avril 1988.

Je désire maintenant expliquer pourquoi je suis d'avis, comme je l'ai déjà mentionné, qu'il est important d'établir, lorsqu'on doit déterminer l'existence d'une obligation de diligence, si des recours adéquats en droit administratif étaient offerts à l'intimée. Il s'agit du premier facteur énoncé par lord Keith dans *Takaro*, précitée. Ce même argument est invoqué par C. Lewis, dans son ouvrage intitulé *Judicial Remedies in Public Law* (London: 1992), à la page 379:

[TRADUCTION] Les décisions prises conformément à l'exercice d'un pouvoir conféré par le législateur sont assujetties au contrôle judiciaire et, parfois, à un droit légal d'appel. Les décisions illicites peuvent être annulées et la personne est alors soustraite aux conséquences d'une telle décision. L'existence de ces recours est perçue par les tribunaux comme un indice de l'inutilité d'offrir tout autre moyen fondé sur la négligence, particulièrement si le contrôle judiciaire ou l'appel suffisent à corriger la situation et que le seul préjudice réel subi par la

that a decision is invalid. This seems in part an axiomatic decision on the part of the court, that there should be a division between public law remedies and private law remedies. Where an *ultra vires* decision can be set aside on appeal or review, there should not normally be any additional liability in damages, unless the individual can establish misfeasance. Simple negligence is insufficient. The fact that the decision may be set aside may also mean that the only damage suffered is the expense involved in challenging the decision.

As these views were expressed in the context of liability in negligence under principles which were to some extent developed in England in the post-*Anns* era, they must, of course, be read with that in mind. Nonetheless, I find the analysis compelling. At least from the time the Minister formally communicated his second decision by letter of May 31, 1988, the respondent was in a position to seek a relatively quick and sure remedy of *certiorari* by way of judicial review in the Trial Division of this Court. If, as I have concluded, the Minister had no authority to make this second decision, the Trial Division would surely have set that decision aside.

The removal of that obstacle would have cleared the way for the respondent to seek an order in the Trial Division by way of *mandamus* requiring the Minister to issue the licences. The licences were to be subject to certain "specific conditions" but it is apparent from the findings of the Trial Judge that these conditions presented no barrier to their issuance. According to the findings below, some at least of these conditions had been discussed and presented no difficulty. He made a finding at page 62, that "until at least March 8" the Department of Fisheries "would have issued [the licences] subject to settling any specific conditions." At page 67 he found:

When the licences were ultimately refused, the refusal had nothing to do with a failure by the plaintiff to meet any specific conditions.

Later, at page 74, he found as a fact that:

The evidence further was to the effect that, as a result of subsequent discussions undertaken between fisheries officials and

personne est un retard et, peut-être, les dépenses engagées afin d'établir la non-validité de la décision. Voilà qui semble en partie une décision bien évidente de notre Cour, soit qu'il devrait y avoir une distinction entre les recours de droit public et ceux de droit privé. Lorsqu'une décision *ultra vires* peut être écartée au moyen d'un appel ou d'un contrôle judiciaire, il ne devrait exister normalement aucune responsabilité supplémentaire ouvrant droit à des dommages-intérêts, à moins que la personne puisse établir l'action fautive. La simple négligence n'est pas suffisante. La possibilité d'annuler la décision peut également signifier que le seul préjudice subi est lié aux dépenses engagées pour contester la décision.

Comme ce point de vue a été exprimé à la lumière de la responsabilité découlant de la négligence selon des principes qui ont été, dans une certaine mesure, élaborés en Angleterre après la décision *Anns*, il doit être interprété en conséquence, bien évidemment. Néanmoins, je trouve cette analyse éminemment fondée. Au moins à partir du moment où le ministre a officiellement communiqué sa deuxième décision par lettre le 31 mai 1988, l'intimée était en mesure de faire valoir un recours assez rapide et certain sous forme de *certiorari* par voie de contrôle judiciaire devant la Section de première instance de la Cour. Si le ministre, comme je l'ai conclu, n'avait pas le pouvoir de prendre cette deuxième décision, la Section de première instance l'aurait certainement annulée.

L'élimination de cet obstacle aurait pu permettre à l'intimée d'obtenir une ordonnance de la Section de première instance par voie de *mandamus* exigeant que le ministre délivre les permis. Ceux-ci s'assortissaient de «conditions précises», mais il est manifeste d'après les conclusions du juge de première instance qu'elles ne constituaient aucun obstacle à l'octroi de ces permis. Selon ces conclusions, au moins une partie des conditions avaient fait l'objet de discussions et ne présentaient aucune difficulté. Le juge de première instance a statué à la page 62 que «jusqu'au 8 mars au moins, le Ministère aurait délivré les permis . . . en se réservant le droit de fixer les conditions précises attachées à ces permis». Il s'exprime ainsi à la page 67:

Lorsque les permis ont en fin de compte été refusés, cela n'avait rien à voir avec l'omission par la demanderesse de satisfaire à quelque condition précise.

Plus loin, à la page 74, il en vient à la conclusion suivante:

En outre, la preuve montre que, par suite des discussions subséquentes qui ont eu lieu entre les agents des pêches et les per-

those authorized to receive the new licences, matters were proceeding without difficulty to the actual issue of the licences. No policy issues remained to be resolved. The objective facts indicate the assumption on both sides that the actual issue of the licence certificates was a matter of routine, not a matter of policy. Therefore there is no basis for denying the existence of a duty of care in the manner in which the licence authorizations were cancelled.

The conditions to be attached to the licences were not a matter for negotiations between the parties; they were for the Minister to impose and indeed he did impose conditions in addition to those which had been discussed between his officials and the respondent.³ In this case, at least, the Minister did not refuse to issue the licences because of a condition to be imposed. What the evidence indicates is that the conditions to be attached merely caused delay in the issuance of the licences.⁴ Accordingly, the remedy of the *mandamus* by way of a judicial review application in the Trial Division, requiring the licences to be issued, was available to the respondent in the spring of 1988.

Would these remedies have been adequate to rectify the matter from the respondent's standpoint? The respondent had incurred expenses between December 29, 1987 and April 29, 1988, in converting boats for use in the offshore lobster fishery. The availability of these remedies would have allowed the respondent to put its boats to use in this fishery. I recognize that this fishery was seasonal and that if the respondent wished to pursue it after the end of the 1987-1988 season it would have needed renewed licences. I also acknowledge that the delay in securing relief by way of judicial review might have resulted in the respondent being able to spend very little or, perhaps, no time fishing before the end of that season. How soon the respondent might have obtained the relief and whether the licences would have been renewed are matters about which one can only speculate. I refrain from so doing. It may be fairly said that in incurring the cost of converting the boats the respondent gam-

³ See for example the Minister's telex of 10 February 1988 imposing additional conditions (Appeal Book, at pp. 111-112).

⁴ According to the evidence, the respondent had not actually applied for the licences nor paid the required fee, apparently because the conditions were yet to be finalized. The evidence suggests, therefore, that this would have caused some "delay" in issuing the licences. (Trial Transcript, evidence Bellefontaine, at p. 87, l. 19 to p. 89, l. 25).

sonnes autorisées à recevoir les nouveaux permis, l'affaire évoluait sans difficulté en faveur de l'octroi des permis eux-mêmes. Il ne restait aucune question de politique à régler. Les faits objectifs montrent que les deux parties supposaient que la délivrance des certificats eux-mêmes était une mesure courante, et non une question de politique. Par conséquent, rien ne permet de nier l'existence d'une obligation de diligence en ce qui concerne la révocation.

Les conditions rattachées aux permis ne faisaient pas l'objet de négociations entre les parties: c'est le ministre qui en décidait, et il a de fait imposé des conditions outre celles qui avaient été discutées par ses représentants et l'intimée³. En l'occurrence, le ministre n'a pas refusé de délivrer les permis en raison du non-respect d'une condition imposée. Selon les éléments de preuve, les conditions ont simplement retardé l'octroi des permis⁴. Par conséquent, le recours en *mandamus* par voie de demande de contrôle judiciaire à la Section de première instance, exigeant la délivrance des permis, était offert à l'intimée au printemps 1988.

Ces recours auraient-ils été adéquats pour corriger la situation du point de vue de l'intimée? Celle-ci avait engagé des dépenses entre le 29 décembre 1987 et le 29 avril 1988 afin de convertir ses navires pour la pêche au homard en haute mer. La disponibilité de ces recours lui aurait permis d'utiliser ces navires pour la pêche. Je suis conscient que cette pêche est de nature saisonnière et que si l'intimée désirait poursuivre ses activités de pêche après la fin de la saison 1987-1988, elle aurait eu besoin de nouveaux permis. Je reconnais également que le retard occasionné par la demande de contrôle judiciaire aurait fait en sorte que l'intimée n'aurait pu consacrer que très peu de temps, voire pas du tout, à la pêche avant la fin de cette saison. La date à laquelle l'intimée aurait pu avoir gain de cause grâce à ce moyen de même que le renouvellement des permis sont des questions qui restent purement spéculatives. Je me refuse à me perdre en de telles conjectures. En toute justice, on peut

³ Voir par exemple le télex envoyé par le ministre le 10 février 1988, où des conditions supplémentaires étaient imposées (Dossier d'appel, aux p. 111 et 112).

⁴ L'intimée n'avait pas réellement présenté de demandes d'octroi de permis ni versé les droits nécessaires, apparemment parce que les conditions devaient être fixées définitivement. Selon les éléments de preuve, par conséquent, ces conditions auraient entraîné un certain «retard» dans la délivrance des permis. (Transcription du procès, témoignage de Bellefontaine, de la p. 87, ligne 19, jusqu'à la p. 89, ligne 25).

bled that the licences which were authorized on December 29, 1987 would be renewed at the end of the 1987-1988 fishing season, for their renewal lay within the Minister's absolute discretion under subsection 7(1) of the Act.

I have concluded that the availability of adequate administrative law remedies by way of judicial review is a consideration to be taken into account under the second branch of the *Anns* test in deciding whether the scope of *prima facie* duty of care should be negated in the circumstances of this case. In my view that duty is so negated. Accordingly, in my view, as the appellant owed no duty of care to the respondent the appellant should not be held liable in negligence.

I would allow the appeal with costs in this Court and at trial and would dismiss the cross-appeal with costs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A. (dissenting in part): This appeal requires this Court to unravel a complex issue in which the worlds of administrative law and tort law collide.

Certain fishing licences are authorized by the Government, subject to specific conditions to be discussed. With the actual knowledge of the Government, expenditures are incurred in preparation by the intended licensees. Despite there being no problems in relation to the conditions, the Government changes its mind and does not issue the licences. Financial loss is thereby suffered. A civil action for damages is brought by a disappointed "licensee," who is successful at trial. The Government appeals and the "licensee" cross-appeals to this Court.

affirmer qu'en engageant les dépenses pour la conversion de ses navires l'intimée espérait que les permis autorisés le 29 décembre 1987 seraient renouvelés à la fin de la saison de pêche 1987-1988 alors que le pouvoir de renouvellement constituait un pouvoir discrétionnaire absolu du ministre sous le régime du paragraphe 7(1) de la Loi.

J'ai conclu que la disponibilité de recours adéquats en droit administratif par voie de contrôle judiciaire doit être prise en considération à la lumière du second volet du critère énoncé dans *Anns* lorsqu'il s'agit de décider si la portée d'une obligation de diligence *prima facie* devrait être rejetée dans les circonstances de l'espèce. À mon avis, c'est le cas. Par conséquent, j'estime que l'appelante n'avait aucune obligation de diligence envers l'intimée et qu'elle ne devrait donc pas être tenue responsable en raison de sa négligence.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens dans l'instance et devant la Section de première instance, et de rejeter l'appel incident avec dépens.

e

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

f

LE JUGE LINDEN, J.C.A. (dissident en partie): Dans le cadre du présent appel, la Cour doit débrouiller une question complexe où il y a conflit entre le droit administratif et le droit de la responsabilité délictuelle.

g

Certains permis de pêche sont autorisés par le gouvernement sous réserve de conditions précises qui doivent faire l'objet de discussions entre les parties. Le gouvernement est informé que le titulaire éventuel des permis engage des dépenses pour se préparer. Malgré l'absence de problèmes relatifs au respect des conditions imposées, le gouvernement change d'idée et ne délivre pas les permis. Une perte financière s'ensuit. Le «titulaire» déçu des permis intente une action civile en dommages-intérêts et obtient gain de cause en première instance. Le gouvernement conteste cette décision tandis que le «titulaire» éventuel des permis interjette un appel incident devant la Cour.

j

FACTS

Comeau Sea Foods Limited (Comeau) is an integrated fishing company which operated up to 15 vessels off the coast of Nova Scotia. Since 1984, the company had been expressing to the Government its interest in obtaining offshore lobster fishing licences. The resolution of the Gulf of Maine boundary dispute between Canada and the United States in 1985 added some additional lobster fishery areas to Canadian waters. Comeau, consequently, renewed its efforts to obtain lobster licences through 1986 and 1987. In September, 1987, the Minister indicated to the Comeau family that their company would receive at least one offshore lobster licence.

On December 29, 1987, the Minister of Fisheries and Oceans sent Comeau a telex informing the company that he had authorized four licences and specifying its enterprise allocation (EA or the amount of allowable catch) for the current fishing year:

I am pleased to advise you that I have authorized the issuance of two offshore lobster licences to your company valid for NAFO divisions 4X/5Z and two experimental offshore lobster/red crab licences valid for NAFO division 4W. One of each of these licences will be fished as a unit and will be placed on two of your company vessels greater than 60 feet LOA.

Your company's EA based on a 12 month fishing season (Oct. 15-Oct. 14) for lobster in division 4W will be 60T per vessel with no catch limit for red crab. Similarly your company's EA for lobster in divisions 4X/5Z will be 30T per vessel.

These EAs will be prorated for the 1987/88 season as follows for each of your vessels:

Division 4W—48T
Divisions 4X/5Z—24T

Regional officials will be in contact with you shortly at which time specific conditions of licence will be discussed.

On January 11, 1988, regional officials invited Comeau and others to a "meeting of the offshore lobster licence holders" to be held at Hunt's Point, Nova Scotia, on January 14, 1988. Present at the meeting were previous licence holders, as well as representatives of Comeau and others who had received licence authorizations from the Minister on December 29,

LES FAITS

Comeau Sea Foods Limited (Comeau) est une entreprise de pêche intégrée qui exploite une quinzaine de navires au large de la côte de la Nouvelle-Écosse. Depuis 1984, Comeau se dit intéressée à obtenir des permis pour la pêche au homard en haute mer. La résolution du conflit relatif à la frontière canado-américaine dans le golfe du Maine en 1985 a permis d'ajouter des secteurs additionnels pour la pêche au homard dans les eaux canadiennes. Comeau a donc renouvelé ses efforts en vue d'obtenir des permis de pêche au homard de 1986 à 1987. En septembre 1987, le ministre indiquait à la famille Comeau que l'entreprise recevrait au moins un permis de pêche au homard en haute mer.

Le 29 décembre 1987, le ministre des Pêches et des Océans a envoyé à Comeau un télex l'informant qu'il avait autorisé l'octroi de quatre permis et précisant l'allocation aux entreprises (AE, c'est-à-dire le total de la prise autorisée) pour l'année de pêche en cours:

[TRADUCTION] J'ai le plaisir de vous informer que j'ai autorisé l'octroi à votre société de deux permis de pêche au homard en haute mer, lesquels viseraient les divisions 4X et 5Z de l'OPAN ainsi que de deux permis expérimentaux de pêche au homard et au crabe rouge en haute mer, visant la division 4W de l'OPAN. Un permis de chaque type sera considéré comme une unité et sera apposé à bord de deux des bateaux de la société de plus de 60 pieds de longueur hors tout.

L'AE de votre société, pour une saison de pêche de 12 mois (du 15 octobre au 14 octobre), sera de 60 tonnes par bateau pour la pêche au homard dans la division 4W, aucune limite de capture n'étant prévue pour le crabe rouge. De même, l'AE de votre société pour le homard dans les divisions 4X et 5Z sera de 30 tonnes par bateau.

Ces AE seront partagées proportionnellement comme suit pour chacun de vos bateaux pendant la saison 1987-1988:

Division 4W—48T
Divisions 4X et 5Z—24T

Les agents régionaux communiqueront avec vous dans peu de temps pour discuter des conditions précises des permis.

Le 11 janvier 1988, des agents régionaux ont invité Comeau et d'autres entreprises à une «réunion des titulaires de permis de pêche du homard en haute mer» qui a lieu à Hunt's Point (Nouvelle-Écosse) le 14 janvier 1988. Assistaient à cette réunion des titulaires de permis déjà délivrés, ainsi que des représentants de Comeau et d'autres entreprises qui avaient

1987. The Department explained the new allocations and controls which would be imposed.

On January 27, 1988, those present at the meeting received a second telex from the Department, notifying them that they were to file fishing plans for each vessel for the balance of the current season. Comeau did so by letter dated January 29, 1988, naming the two vessels to be used: *Lady Comeau* and *Lady Louise*. The letter further stated:

These vessels are presently geared for the scallop fishery but work to convert these for the offshore lobster fishery is due to start very shortly. These vessels should be ready to go fishing in April.

From this point in time until March 8, 1988, licences could have been issued to Comeau at any time, but since the conditions had not yet been finalized, the licences would have been issued subject to the settlement of those conditions. On March 8, however, instructions were received from Ottawa that these licences were not to be issued without specific clearance from the Assistant Deputy Minister in Ottawa.

Ever since the announcement of the new licences on December 29, 1987, inshore lobster fishers, who were much more numerous than the offshore group, opposed the new licences and actively lobbied the Minister to change his decision. The Minister's initial response, based on a report he had received, was that there was no scientific evidence to demonstrate that issuing new licences in area 4W would harm the inshore fishery. The pressure continued. Following a meeting with the inshore people on March 30, 1988, the Minister issued a press release stating that he would not "cancel" the new offshore lobster licences, but that he was prepared to impose conditions to meet the concerns of the inshore lobster fishery. Despite this assurance, the inshore fishers continued their opposition, the matter becoming a major political issue both in Nova Scotia and in Ottawa.

été informées, le 29 décembre 1987, que le ministre avait autorisé l'octroi de permis en leur faveur. Le Ministère a donné des explications au sujet de nouvelles allocations et des mesures de surveillance qui seraient prises.

Le 27 janvier 1988, ceux qui avaient assisté à la réunion ont reçu un deuxième télex les informant qu'ils devaient déposer un plan de pêche à l'égard de chaque bateau pour le reste de la saison de pêche. C'est ce que Comeau a fait par lettre datée du 29 janvier 1988, précisant qu'elle utiliserait le *Lady Comeau* et le *Lady Louise*. La lettre ajoutait ceci:

[TRADUCTION] Ces bateaux sont actuellement équipés pour la pêche du pétoncle, mais des travaux sont sur le point d'être exécutés afin de les convertir pour la pêche au homard en haute mer. Ces bateaux devraient être prêts pour la pêche en avril.

Dès lors, et jusqu'au 8 mars 1988, les permis auraient pu être délivrés à Comeau en tout temps, mais comme les conditions n'avaient pas encore été fixées d'une manière définitive, les permis auraient été octroyés sous réserve que ces conditions soient déterminées. Le 8 mars, toutefois, Ottawa a donné pour instruction de ne pas délivrer pareils permis sans autorisation expresse du sous-ministre adjoint à Ottawa.

Depuis l'annonce de l'octroi des nouveaux permis le 29 décembre 1987, les pêcheurs côtiers du homard, qui étaient beaucoup plus nombreux que le groupe des pêcheurs en haute mer, s'opposaient à ces permis et exerçaient des pressions considérables sur le ministre pour qu'il modifie sa décision. La réponse initiale de celui-ci, fondée sur un rapport qu'il avait reçu, s'appuyait sur l'absence de preuves scientifiques montrant que la délivrance de nouveaux permis dans la division 4W aurait un effet préjudiciable sur la pêche côtière. Les pressions n'ont pas cessé. Par suite d'une rencontre avec les pêcheurs côtiers le 30 mars 1988, le ministre a publié un communiqué de presse maintenant qu'il n'«annulerait» pas les nouveaux permis de pêche au homard en haute mer, mais déclarant qu'il était prêt à imposer les conditions nécessaires pour répondre aux préoccupations des pêcheurs côtiers de homard. Malgré tout, les pêcheurs côtiers ont continué à exercer des pressions, et la chose a engendré un différend politique important en Nouvelle-Écosse et à Ottawa.

Eventually, the political pressure succeeded, causing the Minister to change his mind. In what the Trial Judge called a "*volte-face*," on April 29, 1988, the Minister reneged and announced in a press release that "the four experimental offshore lobster licences in Nova Scotia would not be issued in the foreseeable future," pending the results of a new study "of all the major issues facing the lobster industry in Scotia-Fundy Region." This decision was confirmed by letter to Comeau dated May 31, 1988. Although the study was completed in 1990, at the time of the trial decision in the spring of 1992, Comeau had not yet received the licences, initially authorized in late 1987.

TRIAL DECISION

Mr. Justice Strayer, the Trial Judge, as he then was, in twenty-three pages of written reasons,⁵ found the Government civilly liable to Comeau. He described the situation as an example of [at page 71] "erratic public administration which was productive of serious mischief to private entrepreneurs."

His Lordship considered the scope of the Minister's authority under the relevant provisions of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, sections 7 and 9 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 95], which read as follows:

7. (1) Subject to subsection (2), the Minister may, in his absolute discretion, wherever the exclusive right of fishing does not already exist by law, issue or authorize to be issued leases and licences for fisheries or fishing, wherever situated or carried on.

(2) Except as otherwise provided in the Act, leases or licences for any term exceeding nine years shall be issued only under the authority of the Governor in Council.

. . .

9. The Minister may suspend or cancel any lease or licence issued under the authority of this Act, if

(a) the Minister has ascertained that the operations under the lease or licence were not conducted in conformity with its provisions; and

Les pressions politiques ont eu raison du ministre et l'ont forcé à changer d'idée. Dans ce que le juge de première instance qualifie de «*volte-face*», le 29 avril 1988, le ministre est revenu sur son engagement et a annoncé dans un communiqué de presse que «les quatre permis expérimentaux de pêche au homard en haute mer en Nouvelle-Écosse ne seraient pas délivrés dans un avenir immédiat», en attendant les résultats d'une nouvelle étude «de toutes les questions importantes auxquelles faisait face l'industrie de la pêche au homard dans la région Scotia-Fundy». Cette décision a été confirmée par une lettre adressée à Comeau en date du 31 mai 1988. Bien que l'étude ait été réalisée en 1990, Comeau n'avait pas encore reçu les permis, d'abord autorisés à la fin de 1987, au moment où la décision de première instance était rendue, c'est-à-dire au printemps 1992.

d LA DÉCISION DE PREMIÈRE INSTANCE

Dans des motifs écrits de 23 pages⁵, le juge Strayer, alors juge de première instance, a conclu à la responsabilité civile du gouvernement envers Comeau. Il a décrit la situation comme un exemple de [à la page 71] «gestion capricieuse des affaires publiques, laquelle causait un tort sérieux aux entrepreneurs privés».

Le juge Strayer a examiné l'étendue du pouvoir conféré au ministre par les dispositions pertinentes de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, articles 7 et 9 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.) ch. 31, art. 95], qui ressortent comme suit:

7. (1) En l'absence d'exclusivité du droit de pêche conférée par la loi, le ministre peut, à discrétion, octroyer des baux et permis de pêche ainsi que des licences d'exploitation de pêcheries—ou en permettre l'octroi—, indépendamment du lieu de l'exploitation ou de l'activité de pêche.

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'octroi de baux, permis ou licences pour un terme supérieur à neuf ans est subordonné à l'autorisation du gouverneur général en conseil.

. . .

9. Le ministre peut suspendre ou révoquer tous baux, permis ou licences consentis en vertu de la présente loi si:

a) d'une part, il constate un manquement à leurs dispositions;

⁵ Reported at [1992] 3 F.C. 54.

⁵ Décision publiée dans le recueil [1992] 3 C.F. 54.

(b) no proceedings under this Act have been commenced with respect to the operations under the lease or licence.

Counsel for the Government, at trial, argued that section 7 gives the Minister absolute discretion to decide whether a licence should be issued or authorized to be issued, including the right to change his mind at any time until the licence has actually been issued. After that point, it is conceded that the Minister must act in accord with section 9.

Mr. Justice Strayer disagreed, saying (at pages 66-67):

The language of section 7 is quite clear in stating that there is an absolute discretion either to issue or to authorize the issue of a licence. The meaning of this language seems plain. If the Minister issues the licence nothing remains to be done by anyone. If he authorizes the issue, as he did here, with certain conditions to be settled with the intended licensee, then it only remains for someone else (his officials) to work out those conditions with the licensee. The position of an authorized licence is perhaps more ambiguous than that of an issued licence (the latter being revocable only in accordance with section 9). But there is no continuing role for the Minister in respect of an authorized licence. His absolute discretion is either (1) to issue, or (2) to authorize the issue, of the licence.

Thus, the Trial Judge held that, having decided to authorize licences to be issued to Comeau, the Minister had exhausted his discretion. His decision later to refuse to issue those licences was, therefore, beyond his powers. The Trial Judge found support for this conclusion, in part, on the fact that everyone, from the Minister on down, acted as if the licences had already been granted. The Minister included the catch allocation for the current fishing season in the telex of December 29, 1987, informing Comeau that it would receive four licences. In subsequent meetings and correspondence involving Comeau and departmental officials, Comeau was addressed and treated as if it were already a "licence holder." No one disputed that the licences could have been issued at any time prior to March 8, 1988, after which issuance they could only have been cancelled in accordance with section 9.

Having determined that the purported decision to refuse to issue the licences was *ultra vires* the Minister, the Trial Judge then considered the four legal

b) d'autre part, aucune procédure prévue à la présente loi n'a été engagée à l'égard des opérations qu'ils visent.

L'avocat du gouvernement, en première instance, a soutenu que l'article 7 donne au ministre les pouvoirs discrétionnaires absolus de décider si un permis devrait être octroyé, ou faire l'objet d'une permission d'octroi, ce qui comportait le droit de changer d'idée en tout temps jusqu'à la délivrance en bonne et due forme du permis. Par la suite, il est admis que le ministre doit agir conformément à l'article 9.

Le juge Strayer n'a pas souscrit à cette observation et s'exprime comme suit (aux pages 66 et 67):

Selon le libellé de l'article 7, il est passablement clair que le ministre peut, à discrétion, octroyer des permis ou en permettre l'octroi. Le sens de ce libellé semble être clair. Si le ministre octroie le permis, personne n'a plus rien à faire. S'il en permet l'octroi, comme il l'a fait en l'espèce, certaines conditions devant être fixées avec le titulaire envisagé, il reste uniquement à quelqu'un d'autre (les représentants du ministre) et au titulaire à élaborer ces conditions. L'état d'un permis dont le ministre a permis l'octroi est peut-être plus ambigu que celui d'un permis qui a été octroyé (ce dernier n'étant révoicable que conformément à l'article 9), mais le ministre n'a plus aucun rôle en pareil cas. Son pouvoir discrétionnaire consiste (1) à octroyer le permis, ou (2) à en permettre l'octroi.

Par conséquent, le juge de première instance a conclu que, une fois qu'il a décidé de permettre l'octroi des permis à Comeau, le ministre avait épuisé son pouvoir discrétionnaire. Sa décision ultérieure de refuser la délivrance des permis outrepassait donc ses pouvoirs. Le juge Strayer est parvenu à cette conclusion en se fondant, d'une part, sur le fait que tous les intéressés, à partir du ministre, agissaient comme si les permis avaient déjà été octroyés. Ainsi, le ministre précisait l'allocation aux entreprises pour la saison de pêche courante dans son télex du 29 décembre 1987, informant Comeau qu'elle recevrait quatre permis. Dans des réunions et correspondances ultérieures entre Comeau et des représentants du ministre, Comeau était nommée et traitée comme si elle était déjà «titulaire des permis». Nul n'a contesté le fait que les permis auraient pu être octroyés en tout temps avant le 8 mars 1988, et après une telle délivrance, ils n'auraient pu être annulés que conformément à l'article 9.

Ayant déterminé que la décision de refuser la délivrance des permis outrepassait les pouvoirs du ministre, le juge de première instance a ensuite pris en con-

bases advanced by Comeau for finding civil liability: (1) promissory estoppel; (2) irrevocable legal act; (3) breach of contract; and (4) negligent breach of statutory duty.

The Trial Judge rejected the first basis on procedural as well as substantive grounds. He denied the respondent's application at trial to amend its statement of claim to plead promissory estoppel because of the lateness of the application. On the substantive question he also stated (at pages 68-69):

In coming to this conclusion I am influenced by the fact that I think such a pleading would in any event be futile. It would be an attempt to base a cause of action, a claim for damages, on a promissory estoppel and not merely the invocation of such a promise in order to estop the promisor from acting inconsistently with that promise. I believe this strains the concept of promissory estoppel and this is not a case suitable for its application.

The second basis for founding liability, that the Minister had performed an irrevocable legal act the purported revocation of which caused damages to the respondent, was also rejected. This argument was based partly on estoppel and partly on a suggestion that, once he had authorized licences to issue, the Minister was *functus officio*. The Trial Judge explained (at page 76):

I have rejected estoppel above, and I am not convinced the *functus officio* argument adds anything to my conclusion that it was *ultra vires* the Minister to revoke an authorization once given and refuse to issue where the refusal to issue had nothing to do with the conditions on which the licence was authorized to be issued.

Neither was the Trial Judge persuaded by the third ground—breach of contract. Comeau's position was that a contract was created to the effect that Comeau would prepare for and carry out offshore lobster fishing in exchange for the Minister issuing the licences authorized on December 29, 1987. The Minister would benefit from the information gained through Comeau's fishing in the experimental area 4W, which had not been previously fished. Comeau argued that, by commencing the conversion of its

sidération les quatre bases juridiques avancées par Comeau pour conclure à la responsabilité civile: 1) irrecevabilité fondée sur une promesse; 2) acte juridique irrévocable; 3) non-respect du contrat; et 4) manquement par négligence à une obligation légale.

Le juge de première instance a rejeté le premier motif pour des raisons de procédure et de fond. Il a refusé la demande formulée par l'intimée au procès, laquelle visait à modifier sa déclaration afin de plaider l'irrecevabilité fondée sur une promesse, en raison du retard dans la présentation de cette demande. Sur le fond, il statue comme suit (aux pages 68 et 69):

En tirant cette conclusion, je m'appuie sur le fait que, à mon avis, cette plaidoirie serait de toute façon futile. Il s'agirait ainsi de tenter de fonder une cause d'action, une demande en dommages-intérêts, sur l'irrecevabilité fondée sur une promesse et non simplement d'invoquer pareille promesse afin d'empêcher celui qui l'a faite de ne pas la respecter. Je crois que c'est là pousser trop loin la notion d'irrecevabilité fondée sur une promesse et qu'il n'est pas opportun d'appliquer cette notion en l'espèce.

Sous le deuxième chef, le ministre aurait exécuté un acte légal irrévocable dont la révocation a causé un préjudice à l'intimée. Cet argument a aussi été rejeté; il se fondait en partie sur une fin de non-recevoir et en partie sur la proposition selon laquelle le ministre était dessaisi de l'affaire une fois qu'il avait permis l'octroi du permis. Comme l'explique le juge de première instance (à la page 76):

J'ai déjà rejeté la fin de non-recevoir, et je ne suis pas convaincu que l'argument selon lequel le ministre était dessaisi de l'affaire ajoute quoi que ce soit à la conclusion que j'ai tirée, à savoir que le ministre outrepassait sa compétence en révoquant sa décision et en refusant la délivrance alors que le refus n'avait rien à voir avec les conditions auxquelles il avait autorisé l'octroi du permis.

Le juge de première instance n'a pas été non plus persuadé par le troisième motif, soit le non-respect du contrat. Selon Comeau, il existait un lien contractuel en vertu duquel l'entreprise se préparerait pour la pêche au homard en haute mer et ferait cette pêche en échange de l'octroi, par le ministre, des permis autorisés le 29 décembre 1987. Le ministre bénéficierait des informations recueillies à l'aide des activités de pêche de Comeau dans la zone expérimentale 4W, où nul n'avait jamais pêché. Comeau a fait valoir qu'en

boats, it had begun to perform the contract and the Minister was, therefore, contractually bound to issue the licences.

The Trial Judge stated that the nature of the relations between those who issue licences and those who apply for them is generally governed by the provisions of the relevant statute and not by the law of contract. If contractual obligations were intended to flow from the application for, and grant of, a licence, there should be clear evidence to that effect, evidence which was not present here. The proposition that Comeau's expenditure of funds to convert his boats constituted "acceptance" of the "offer" contained in the Minister's December 29, 1987, telex was not persuasive, for there was no evidence that the Minister even knew prior to that time that Comeau would expend funds. In fact, Comeau had previously advised the Minister that it already possessed suitable boats for lobster fishing.

Mr. Justice Strayer concluded that the only possible basis for liability was the fourth contention—negligence. He decided that the elements of negligence—a duty of care, a breach of that duty, and a foreseeable loss as a consequence of the breach—had been established. His reasons, on this point, are as follows (at pages 71-72):

First there was a duty of care owed by the Minister to the plaintiff. There was a proximity between the defendant and the plaintiff, flowing from the Minister's representation to the plaintiff on December 29, 1987 that the licences would be issued to it. At least from that day onward it should have been obvious to the Minister that any further decisions he took in this matter would directly affect a determinate party, namely this plaintiff. Second, there was a breach of the requisite standard of care. At least as of January 29, 1988 when the plaintiff advised the Department of Fisheries and Oceans that it was undertaking work to convert vessels for the offshore lobster fishery in order to use the licences, it was perfectly foreseeable that any departure from the line of conduct (i.e. the issue of the licences) previously announced by the Minister on December 29, 1987 would have a harmful effect on the plaintiff. Third, as I have indicated the evidence satisfies me that at least some foreseeable financial loss was suffered by the plaintiff as a result of the *volte-face* of the Minister on April 29, 1988.

entamant la conversion de ses navires, elle avait commencé à exécuter son obligation contractuelle et que le ministre était donc tenu par voie de contrat de délivrer les permis.

a

Le juge de première instance a déclaré que la nature des relations entre ceux qui délivrent les permis et ceux qui en font la demande sont généralement régies non par le droit des contrats, mais par les dispositions de la loi pertinente. Si les parties voulaient que la demande et l'octroi de permis entraînent des obligations contractuelles, ce fait devait être clairement établi, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. La suggestion voulant que l'engagement de fonds par Comeau en vue de convertir ses navires constituait une «acceptation» de «l'offre» contenue dans le télex envoyé par le ministre le 29 décembre 1987 n'a pas réussi à persuader le juge Strayer, parce que rien ne montrait que le ministre savait avant cette date que Comeau dépenserait de l'argent. Au contraire, Comeau avait informé le ministre qu'elle possédait déjà des bateaux entièrement équipés pour la pêche au homard.

e

Le juge Strayer a conclu que le quatrième argument, la négligence, constituait la seule voie possible permettant de conclure à l'existence d'une responsabilité. Il a décidé que les éléments de la négligence, soit l'obligation de diligence, le manquement à cette obligation et une perte prévisible attribuable à ce manquement, avaient été établis. Ses motifs, sur ce point, se lisent comme suit (aux pages 71 et 72):

Premièrement, le ministre avait une obligation de diligence envers la demanderesse. Il y avait un lien de proximité entre la défenderesse et la demanderesse, par suite de la déclaration que le ministre avait faite à cette dernière le 29 décembre 1987, à savoir que les permis lui seraient délivrés. À compter de ce jour-là du moins, le ministre aurait dû se rendre compte que toute autre décision prise par lui dans cette affaire toucherait directement une partie déterminée, à savoir la demanderesse. Deuxièmement, le degré requis de diligence n'a pas été respecté. Depuis au moins le 29 janvier 1988, date à laquelle la demanderesse a informé le ministre des Pêches et des Océans qu'elle effectuait des travaux en vue de convertir ses bateaux pour la pêche du homard en haute mer afin d'utiliser les permis, on pouvait certainement prévoir que toute dérogation à la ligne de conduite (c'est-à-dire l'octroi des permis) antérieurement annoncée par le ministre le 29 décembre 1987 causerait préjudice à la demanderesse. Troisièmement, comme je l'ai fait savoir, la preuve me convainc que la demanderesse a subi une certaine perte financière prévisible par suite du *volte-face* du ministre le 29 avril 1988 . . .

The Government argued that, even though the elements of ordinary negligence may have been established, no liability should attach to the Minister or the Crown. Two grounds were urged in favour of this result: first, that no duty of care was owed by the Minister to Comeau because the Minister was making a policy decision, not an operational one; and second, that the Minister was exempt from liability because his actions in exercising his absolute discretion were authorized by statute and, therefore, the Minister was protected from tort liability by general legal principles and by the provisions of section 8 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21].

On the Government's first argument, dealing with the policy immunity, the Trial Judge's reasons are as follows (at pages 73-75):

In respect of public authorities there is a good reason not to find a duty of care if the decision of the authority which caused harm was a "policy" decision. By this means courts respect the right and obligation of public bodies to make policy within the ambit of their authority and the courts do not presume to review such policy decisions for which the public authorities are politically responsible. . . . On the other hand, decisions taken in the "implementation" of those policy decisions are subject to a duty of care. In effect, once the necessary policy decision is taken, it should be implemented in a way which will not cause an unreasonable risk of harm to those foreseeably affected by it.

It should first be observed that this rationale proceeds, as I understand it, on the assumption that the alleged "policy" decision is authorized by statute. In the present case I have already decided that the decision complained of, the refusal to issue, was *ultra vires* the Minister.

But I have also concluded that the only relevant policy decision was taken by the Minister when he announced that he had authorized the issue of the licences to the plaintiff. This was no mere informal step but was one specifically provided for in subsection 7(1) of the *Fisheries Act* which gives him a discretion to "issue or authorize to be issued . . . licences". The evidence suggests in this case that the decision was to authorize the issue rather than the actual issue because there were still some detailed conditions to be worked out. . . . No policy issues remained to be resolved. The objective facts indicate the assumption on both sides that the actual issue of the licence

Le gouvernement a soutenu que, même s'il était possible que les éléments de la négligence ordinaire soient établis, le ministre ou la Couronne avait le droit d'échapper à la responsabilité. Deux moyens de défense ont été soulignés en faveur de cette conclusion: en premier lieu, le ministre n'avait aucune obligation de diligence envers Comeau parce qu'il prenait une décision de politique et non une décision opérationnelle; en second lieu, le ministre était soustrait à toute responsabilité parce que ses actions relevant de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire étaient autorisées par le législateur et, en conséquence, parce qu'il était protégé contre toute responsabilité civile délictuelle en vertu des principes juridiques généraux et des dispositions de l'article 8 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21].

À l'encontre du premier argument, qui traite de l'immunité d'une décision de politique, le juge Strayer se prononce de la manière suivante (aux pages 73 à 75):

Dans le cas des autorités publiques, il existe une bonne raison de ne pas conclure à l'existence d'une obligation de diligence si la décision qui a causé préjudice est une décision «de politique». Les tribunaux respectent ainsi le droit et l'obligation des organismes publics d'établir une politique dans les limites de leurs attributions et ils ne cherchent pas à réviser les décisions de politique à l'égard desquelles les autorités publiques sont politiquement responsables. . . . D'autre part, les décisions prises dans le cadre de la «mise en œuvre» des décisions de politique sont assujetties à une obligation de diligence. En effet, une fois que la décision de politique nécessaire a été prise, elle devrait être mise en œuvre d'une façon qui ne causera pas un risque déraisonnable de préjudice à ceux qu'elle touchera vraisemblablement.

Il faut d'abord faire observer que ce raisonnement découle, si je comprends bien, de la supposition selon laquelle la présumée décision «de politique» est autorisée par la loi. En l'espèce, j'ai déjà décidé que la décision attaquée, soit le refus de délivrer les permis, outrepassait la compétence du ministre.

Cependant, j'ai également conclu que la seule décision de politique pertinente a été prise par le ministre lorsqu'il a annoncé qu'il avait permis l'octroi des permis à la demanderesse. Il ne s'agissait pas d'une simple mesure officieuse; c'était une mesure expressément prévue par le paragraphe 7(1) de la *Loi sur les pêches*, qui permet au ministre à discrétion d'«octroyer des . . . permis . . . ou [d'] en permettre l'octroi». La preuve laisse entendre qu'en l'espèce, il avait été décidé de permettre l'octroi plutôt que d'octroyer les permis eux-mêmes, parce qu'il restait encore à fixer certaines conditions précises. En outre, la preuve montre que, par suite des discussions sub-

certificates was a matter of routine, not a matter of policy. Therefore there is no basis for denying the existence of a duty of care in the manner in which the licence authorizations were cancelled.

Second, even if one accepted the defendant's argument that after authorizing the issue of the licences the Minister retained an absolute discretion to refuse to issue them, I am not satisfied that this would be an obstacle to a plea of simple negligence. The defence of statutory authority has never been absolute. If an agency was given a discretionary power it could not rely on statutory authority as a defence in actions in tort for harm committed in the exercise of that power unless it could show that the interference with private rights complained of was inevitable in the exercise of the power. . . . In the present case the defendant has not demonstrated that this manner of managing lobster fishery licences was the inevitable consequence of the exercise of discretion under section 7 of the *Fisheries Act*.

The other arguments of the Government were also rejected. The Trial Judge ruled that the defence of statutory authority is not absolute, but can only provide a defence to a claim in negligence if the harm complained of is the inevitable consequence of the exercise of the power granted in the statute. He concluded (at page 75):

Authorizing the issue of a licence within the licence year in which the announcement was made, and then refusing to issue the licence after an intended licensee has to the knowledge of the Minister undertaken expenditure on the basis of the authorization of his licence, has not been shown to my satisfaction to be a necessary means of exercising the Minister's discretion under section 7.

With respect to the Government's position on the statutory exemption, the Trial Judge correctly pointed out that section 8 of the *Crown Liability and Proceedings Act* has been held by the Federal Court of Appeal, in *Swanson v. Canada (Minister of Transport)*,⁶ to be relevant only to non-negligent conduct. As the Trial Judge had already concluded that the Minister's actions in this case were negligent, he ruled that the statute did not apply.

⁶ [1992] 1 F.C. 408 (C.A.).

séquentes qui ont eu lieu entre les agents des pêches et les personnes autorisées à recevoir les nouveaux permis, l'affaire évoluait sans difficulté en faveur de l'octroi des permis eux-mêmes. Il ne restait aucune question de politique à régler. Les faits objectifs montrent que les deux parties supposaient que la délivrance des certificats eux-mêmes était une mesure courante, et non une question de politique. Par conséquent, rien ne permet de nier l'existence d'une obligation de diligence en ce qui concerne la révocation.

En second lieu, même si on retenait l'argument de la défenderesse, à savoir qu'après avoir permis l'octroi des permis, le ministre pouvait encore, à discrétion, refuser de les octroyer, je ne suis pas convaincu que cela ferait obstacle à une plaidoirie de simple négligence. Le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur n'a jamais été absolu. Si un organisme se voyait conférer un pouvoir discrétionnaire, il ne pourrait pas invoquer l'autorisation du législateur comme moyen de défense dans les actions fondées sur un délit découlant du tort causé par suite de l'exercice de ce pouvoir reconnu par la loi à moins qu'il ne puisse montrer qu'en l'exerçant, on portait inévitablement atteinte à des droits privés . . . En l'espèce, la défenderesse n'a pas montré que cette façon de gérer les permis de pêche du homard était la conséquence inévitable de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 7 de la *Loi sur les pêches*.

Les autres arguments de la Couronne ont aussi été rejetés. Le juge de première instance a statué que la défense fondée sur l'autorisation du législateur n'était pas absolue mais qu'elle ne pouvait offrir qu'un moyen de défense en cas de négligence si le tort reproché est une conséquence inévitable de l'exercice du pouvoir reconnu par la loi. Il conclut ce qui suit (à la page 75):

On n'a pas montré à ma satisfaction que l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par l'article 7 autorise celui-ci à permettre l'octroi d'un permis pendant l'année où l'annonce est faite, puis à refuser d'octroyer le permis après qu'un titulaire éventuel a engagé des dépenses en se fondant sur cette annonce, et ce, à la connaissance du ministre.

À l'égard de l'argument de la Couronne sur l'exemption légale, le juge de première instance a souligné, avec raison, que l'article 8 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* avait été jugé pertinent uniquement dans les cas de conduite non négligente (voir la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Swanson c. Canada (Ministre des Transports)*⁶). Comme le juge de première instance avait déjà conclu que les actions du ministre constituaient de la négligence, il a déclaré que cette loi ne s'appliquait pas.

⁶ [1992] 1 C.F. 408 (C.A.).

In the result, the Trial Judge found the Government liable in negligence, but rejected the three other grounds of potential liability. The assessment of damages had been left for another day, following the determination of the liability issue, by order of Mr. Justice Martin, dated May 7, 1991.

ISSUES ON APPEAL

There are three main areas of contention in this appeal: (1) the meaning of section 7; (2) the negligence cause of action; and (3) exemption from liability: policy/operational. I shall consider each of them in turn.

1. The Meaning of Section 7

The appellant contends that section 7 gives the Minister the absolute discretion whether or not to issue or authorize the issuance of licences, including the right to decide not to issue licences which had previously been authorized. The Trial Judge rejected this contention, ruling that the words were quite plain: the Minister's discretion extended to doing one of two things and two things only—issuing a licence or authorizing a licence to be issued. The Trial Judge also decided that, in purporting to withdraw the authorization of licences to Comeau, the Minister was acting without statutory authority. In my view, the Trial Judge was correct in these conclusions.

Section 7 confers a power on the Minister to issue licences or to authorize the issue of licences. This power can be described as a positive power, the power to give or grant a privilege or right. Section 9 confers on the Minister the power to suspend or cancel existing licences. This power can be described as a negative power, the power to revoke, to remove, to take away rights and privileges previously granted. The power of the Minister under section 9 is not absolute as it is under section 7. The Minister may suspend or cancel the licence only if the licenceholder has violated the terms and conditions under which the licence is held. These limits on the Minister's power recognize that the suspension or cancella-

Par conséquent, le juge de première instance a conclu que le gouvernement était responsable en raison de sa négligence, mais il a rejeté les trois autres motifs de responsabilité. L'évaluation des dommages-intérêts a été renvoyée à une autre date, par suite de la détermination de la responsabilité, conformément à l'ordonnance du juge Martin datée du 7 mai 1991.

b LES QUESTIONS À TRANCHER EN APPEL

Il y a trois points principaux en litige dans le cadre du présent appel: 1) le sens de l'article 7; 2) la cause d'action découlant de la négligence; 3) l'exemption de la responsabilité fondée sur l'opposition entre une décision politique et une décision opérationnelle. Je les examinerai l'un après l'autre.

d 1. Le sens de l'article 7

L'appelante prétend que l'article 7 accorde au ministre un pouvoir discrétionnaire absolu de délivrer ou de permettre l'octroi de permis, dont le droit de décider de ne pas octroyer des permis qu'il avait antérieurement autorisés. Le juge de première instance a rejeté cet argument, statuant que les termes de l'article étaient passablement clairs: le pouvoir discrétionnaire du ministre se résume à deux actions et à ces deux actions seulement, c'est-à-dire la délivrance d'un permis ou l'autorisation d'octroyer un permis. Il a également conclu qu'en essayant de révoquer l'autorisation des permis octroyés à Comeau, le ministre agissait sans l'autorisation du législateur. À mon sens, le juge de première instance a tiré ses conclusions à bon droit.

L'article 7 investit le ministre du pouvoir de délivrer des permis ou de permettre l'octroi de permis. C'est ce qu'on peut appeler un pouvoir positif, soit celui d'accorder un privilège ou un droit. L'article 9 confère au ministre le pouvoir de suspendre ou de révoquer des permis déjà consentis, ce qui constitue un pouvoir négatif, soit le pouvoir de révoquer, de soustraire ou d'annuler des droits et privilèges accordés au préalable. Le pouvoir du ministre en vertu de l'article 9 n'est pas absolu comme il l'est sous le régime de l'article 7. En effet, le ministre peut suspendre ou révoquer le permis seulement si le titulaire a contrevenu aux dispositions du permis. Ces restrictions imposées au pouvoir du ministre tiennent

tion of a licence is likely to have adverse consequences for the licence-holder. In one case, for example, a minister who purported to cancel a fishing licence in order to make an example of a particular fisherman was held to be acting without jurisdiction. In *LaPointe v. Canada (Minister of Fisheries & Oceans)*,⁷ Mr. Justice Collier imposed civil liability, saying:

... an authority in which a discretion is vested . . . cannot take any action which is not authorized by statute; its actions must be in keeping with the spirit of the legislation which gives it the power to act. When the authority does act it cannot do so in an arbitrary or capricious manner; the law requires that a decision-making authority act in good faith, having regard to all relevant considerations before it.

Counsel for the Government acknowledged in this case that, once the Minister has issued a licence under section 7, it can only be revoked in accordance with section 9. With respect to a ministerial decision to authorize a licence to be issued, however, the Government argued that, until a physical certificate of licence has been drawn up and handed to the licence-holder, the Minister may revoke or withdraw this authorization at will. But what is the real difference between issuing a licence and authorizing a licence to be issued? Clearly the Minister does not keep a supply of licence certificates in his desk, which he fills in and signs, thereby "issuing" a licence. Normally one would expect that his officials do this on the Minister's instructions.

Why then does section 7 contain these two different types of authority and what do they mean? I am not persuaded by the explanation of counsel for the Government that the words "authorized to be issued" were intended to deal with situations where the responsibility to issue licences is shared with another minister or Crown agent. Those situations are rare indeed and would not warrant this special wording in the statute. To me, the obvious construction of section 7 is that it provides for two situations: first, if the conditions of licence are already known or settled, the Minister simply directs his officials to issue the licence. If, however, terms and conditions of licence

⁷ (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 298 (F.C.T.D.), at p. 305.

compte des conséquences négatives possibles, pour le titulaire, de la suspension ou de la révocation d'un permis. Dans une affaire, par exemple, un ministre a tenté de révoquer un permis de pêche afin de se servir d'un pêcheur pour faire un exemple; le tribunal a statué que le ministre avait alors agi en dehors de sa compétence. Ainsi, dans l'affaire *LaPointe c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*,⁷ le juge Collier a conclu que la Couronne avait engagé sa responsabilité civile:

... un organe investi d'un pouvoir discrétionnaire . . . ne peut prendre des mesures que la loi n'autorise pas; il doit respecter l'esprit de la loi qui lui donne le pouvoir d'agir. Lorsque l'organe agit, il ne peut le faire d'une manière arbitraire ou capricieuse; la loi oblige un organe décisionnel à agir de bonne foi en tenant compte de tous les facteurs pertinents dont il est saisi.

L'avocat du gouvernement a reconnu en l'espèce que, une fois que le ministre avait délivré un permis sous le régime de l'article 7, ce permis pouvait être révoqué seulement en conformité avec l'article 9. À l'égard de la décision d'autoriser l'octroi d'un permis, cependant, le gouvernement a fait valoir que le ministre pouvait, jusqu'à ce qu'un certificat en bonne et due forme soit rédigé et remis au titulaire du permis, révoquer ou annuler son autorisation à son gré. Mais quelle est la véritable différence entre la délivrance d'un permis et le fait d'autoriser qu'il soit octroyé? Il est clair que le ministre ne garde pas sur son bureau une pile de certificats en blanc qu'il se contente de remplir et de signer, «octroyant» ainsi des permis. Normalement, on s'attend à ce que les fonctionnaires octroient les permis sur les instructions du ministre.

Pourquoi l'article 7 mentionne-t-il alors deux genres différents de pouvoirs et quelle en est la signification? Malgré les explications de l'avocat du gouvernement, je ne suis pas convaincu que les termes «ou en permettre l'octroi [de permis]» étaient censés s'appliquer à l'éventualité où la responsabilité de l'octroi des permis est partagée avec un autre ministre ou mandataire de la Couronne. Ces situations sont rares et ne justifieraient pas ce libellé spécial dans la loi. À mon avis, une interprétation évidente de l'article 7 porte à croire qu'il vise deux situations: tout d'abord, si les conditions du permis sont déjà connues ou fixées par les parties, le ministre enjoint sim-

⁷ (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 298 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 305.

remain to be settled, but the Minister has decided that someone should receive a licence, the Minister authorizes his officials to issue the licence as soon as the conditions have been finalized. Such an interpretation is consistent with administrative efficiency, since, as long as agreement can be reached on the conditions of licence, ministry officials do not need to go back to the Minister. If this interpretation is correct, the Minister cannot withdraw without cause an authorization for a licence, at least one which has been communicated to the applicant.

This was the interpretation adopted by the Trial Judge, which he found to be supported by the evidence. In my view, he was correct. Not only did the Minister inform Comeau that he had authorized four new licences, he also told them how much fish they were entitled to catch under those licences in the fishing year already in progress. The Minister, his officials, and Comeau all acted as if Comeau had already received the licences. Comeau was invited to meetings of licence-holders. Comeau received correspondence addressed to licence-holders. The physical issue of the certificates of licence was treated as mere paperwork, a mere formality, which would be completed in due course.⁸ The Minister exceeded his authority in purporting to withdraw the authorization on the facts of this case.

It could be argued that the result might be different if the Minister had changed his mind about issuing the licence before he notified Comeau. Similarly, it might be said that if the Minister had merely made a general public statement that new licences would be issued, Comeau would have no assurance that he would receive one. Reliance would not be warranted. The Minister would be free to change his mind, for a general statement that something will be done is not the same as a specific commitment to an individual.

⁸ See, for example, *Somerville Belkin Indust. Ltd. v. Man.*, [1988] 3 W.W.R. 523 (Man. C.A.), order in council not finalized, but treated as if it were, in contractual context.

plement à ses fonctionnaires de délivrer ce permis. En revanche, si les modalités n'ont pas encore été définies, mais que le ministre a décidé qu'une personne devrait recevoir un permis, il autorise ses fonctionnaires à octroyer le permis dès que les conditions auront été fixées de manière définitive. Une telle interprétation est conforme à l'objectif d'efficacité administrative, puisque les fonctionnaires n'ont pas besoin de consulter à nouveau le ministre tant et aussi longtemps que les parties peuvent s'entendre sur les conditions de délivrance du permis. Si cette interprétation est la bonne, le ministre ne peut révoquer sans motif une autorisation d'octroyer un permis, à tout le moins lorsque la décision a déjà été communiquée au requérant.

Voilà l'interprétation adoptée par le juge de première instance et que celui-ci estimait corroborée par les éléments de preuve. À mon avis, il a eu raison de conclure ainsi, car non seulement le ministre a-t-il informé Comeau qu'il avait autorisé l'octroi de quatre nouveaux permis, mais il lui avait précisé la quantité de poissons que l'entreprise pouvait capturer en vertu de ses permis pour l'année de pêche déjà en cours. Le ministre, ses fonctionnaires et Comeau ont tous agi comme si l'entreprise avait déjà reçu les permis. Comeau a été invitée aux réunions des titulaires de permis et elle a reçu de la correspondance adressée aux titulaires de permis. La délivrance en bonne et due forme des certificats était considérée comme une simple formalité administrative qui serait menée à bien en temps opportun⁸. En l'espèce, le ministre a outrepassé sa compétence en essayant de révoquer l'autorisation qu'il avait donnée.

On pourrait faire valoir que l'issue aurait pu être différente si le ministre avait changé d'idée avant d'aviser Comeau de la délivrance des permis. De même, il se peut que, si le ministre avait simplement fait une déclaration publique générale quant à l'octroi de nouveaux permis, Comeau n'aurait eu aucune assurance d'en recevoir un. L'entreprise n'aurait pas été justifiée de s'appuyer sur cette déclaration. Le ministre aurait eu toute la liberté de changer d'idée, parce qu'une déclaration générale indiquant la prise

⁸ Voir *Somerville Belkin Indust. Ltd. v. Man.*, [1988] 3 W.W.R. 523 (C.A. Man.); dans un contexte contractuel, le décret n'avait pas pris sa forme définitive mais les parties avaient considéré que c'était le cas.

In this case, an authorization of licences was made in writing and specifically communicated to the respondent.

This is not a situation similar to that in *San Sebastian Pty. Ltd. v. Minister Administering Environmental Planning and Assessment Act 1979*,⁹ where developers invested in land on the basis of a municipal development plan which a city council committed itself to consider when reviewing future development applications. Had the municipality bound itself not merely to consider but to follow its development plan, a stronger argument for liability might have been available, if it failed to do so. However, the developers were, in effect, gambling (or, to put it in more business-like terms, taking a calculated risk) that the council would follow its development plan. In the context of this case, if Comeau proceeded with the conversion of its boats for the lobster fishery in anticipation of being granted a licence on the basis of a general statement about plans to issue further licences, it would have been gambling too. Until the company had been officially notified of the Minister's decision to authorize a licence, there would be no basis for complaint if the gamble did not pay off.

2. The Negligence Cause of Action

Having determined that the Minister acted *ultra vires* in purporting to withdraw the licence authorizations, we must now consider the matter of the consequences of that breach. We leave the world of administrative law and enter the world of tort law.

It is clear that, just because a minister or other government official is mistaken about the manner in which he exercises his discretion, civil liability does not necessarily follow.¹⁰ In *Rowling v. Takaro*

⁹ (1986), 162 C.L.R. 340 (Aust. H.C.).

¹⁰ *Central Canada Potash Co. Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42, at p. 85.

d'une mesure diffère d'un engagement spécifique envers une personne. En l'occurrence, l'autorisation d'octroyer les permis a été faite par écrit et a été communiquée expressément à l'intimée.

a Cette situation se distingue de celle de l'affaire *San Sebastian Pty. Ltd. v. Minister Administering Environmental Planning and Assessment Act 1979*⁹, où des promoteurs ont investi dans des terrains sur la b foi d'un programme d'aménagement municipal que le conseil de ville s'était engagé à prendre en considération lorsqu'il examinerait des demandes d'aménagement futur. Si la municipalité s'était engagée non seulement à prendre en considération son programme d'aménagement, mais à y adhérer, on aurait pu faire valoir des arguments plus solides en faveur de la responsabilité dans l'éventualité où la ville n'aurait pas donné suite à son engagement. Toutefois, c les promoteurs avaient compté (pour utiliser des termes empruntés au milieu des affaires, ils ont alors pris un risque calculé) que le conseil donnerait suite à son programme d'aménagement. Dans le cas qui nous occupe, si Comeau avait entamé la conversion d ses navires pour la pêche au homard au cas où elle se verrait octroyer un permis par suite d'une déclaration générale d'intention du ministre visant la délivrance d'autres permis, elle aurait également pris une chance. Jusqu'à ce que l'entreprise reçoive l'avis officiel de la décision du ministre portant qu'un permis avait été octroyé, rien ne justifierait une plainte si f l'entreprise avait finalement mal calculé.

g 2. La cause d'action découlant de la négligence

Ayant déterminé que le ministre avait outrepassé son pouvoir en révoquant la permission d'octroyer les permis, nous devons maintenant examiner les conséquences de cette violation. Quittons le domaine du droit administratif pour entrer dans le monde de la responsabilité civile délictuelle.

Il est clair qu'un ministre ou d'autres fonctionnaires n'engagent pas nécessairement leur responsabilité civile du simple fait qu'ils commettent une erreur dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire¹⁰. Dans l'affaire *Rowling v. Takaro Properties*

⁹ (1986), 162 C.L.R. 340 (H.C. Aust.).

¹⁰ *Central Canada Potash Co. Ltd. et autre c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42, à la p. 85.

Properties Ltd.,¹¹ a government minister was required to give his consent to certain purchases by non-residents of land in New Zealand. In deciding whether to give that consent, it was argued that the Minister considered a factor he was not entitled to consider. The plaintiffs who had suffered financial loss as a consequence of the Minister's refusal to consent to the purchase claimed that the Minister acted negligently in the exercise of his powers, knowingly exceeding his authority, and exercising that authority maliciously. The Trial Court ruled that the Minister honestly believed he was exercising his function properly. The Minister knew he could not rely on the impugned factor as the sole consideration in arriving at his decision, but believed he could consider it along with other factors. The Court of Appeal reversed, finding the Minister negligent on the basis that, if he knew that he could not rely solely on the impugned factor, he should have known that he could not consider it at all. In restoring the trial decision, the Privy Council ruled that the Court of Appeal had ignored the Trial Judge's finding of fact that the Minister, even after receiving advice from a cabinet committee, believed he could take the factor into account.

But *Takaro* is not applicable here, because in *Takaro*, the Minister was making the decision he was authorized to make by the statute. His mistake was in the manner in which he arrived at the decision he made. In the present case, however, the Minister made a decision he was not authorized to make and, therefore, exceeded his statutory authority.

The Trial Judge concluded that the Minister's decision to withdraw the licence authorization was both a breach of his statutory duty and actionable negligence. To summarize his reasons, quoted extensively above, the purported withdrawal was found to be negligent in the context of the communication of the licence authorization by the Minister to Comeau (complete with catch allocation), the actual and reasonable reliance by Comeau on the authorization which was demonstrated by expenditures on converting the fishing boats, the Minister's actual knowledge of that reliance and the foreseeability of damage

¹¹ [1988] A.C. 473 (P.C.).

*Ltd.*¹¹, un ministre a été appelé à consentir à certaines acquisitions de terres en Nouvelle-Zélande par des non-résidents. On prétend que le ministre, lorsqu'il a décidé s'il devait consentir à ces acquisitions, avait pris en considération un facteur qu'il n'avait pas le droit d'examiner. Les demandeurs ont subi une perte financière en conséquence du refus du ministre et ont soutenu que celui-ci avait agi de façon négligente dans l'exercice de ses pouvoirs, qu'il avait délibérément excédé son autorité et qu'il l'avait exercé avec malveillance. Le juge de première instance a statué que le ministre croyait honnêtement qu'il exerçait convenablement ses fonctions. Le ministre savait qu'il ne pouvait s'appuyer seulement sur le facteur contesté pour parvenir à sa décision, mais estimait qu'il pouvait en tenir compte avec d'autres facteurs. La Cour d'appel a infirmé cette décision en déclarant que le ministre avait été négligent puisque, s'il savait qu'il ne pouvait s'appuyer uniquement sur le facteur contesté, il aurait dû savoir qu'il ne pouvait absolument pas le prendre en considération. En rétablissant la décision de première instance, le Conseil privé a indiqué que la Cour d'appel avait passé outre à la conclusion de fait du juge de première instance, selon laquelle le ministre estimait qu'il pouvait tenir compte du facteur en question, même après avoir reçu des conseils d'un comité du Cabinet.

Cependant, l'arrêt *Takaro* n'est pas applicable en l'espèce parce que, dans cette affaire, le ministre prenait une décision en application de la loi. Sa faute résidait dans la manière dont il est parvenu à cette décision. Ici, par contre, le ministre a pris une décision qui n'était pas autorisée par le législateur et, en conséquence, a outrepassé son pouvoir légal.

Le juge de première instance a conclu que le ministre, en décidant de révoquer son autorisation, avait à la fois omis de respecter son obligation légale et fait preuve de négligence ouvrant droit à une poursuite. Il ressort des motifs de première instance, cités abondamment plus haut, que la révocation a été jugée négligente parce que le ministre avait communiqué son autorisation à Comeau (en précisant la capture permise), parce que Comeau s'y était réellement et raisonnablement fiée, comme en font foi les dépenses engagées pour la conversion des navires de pêche, parce que le ministre savait fort bien que Comeau se

¹¹ [1988] A.C. 473 (C.P.).

to Comeau as a result of renegeing. I am of the view that he was correct.

Duty

Ever since *Donoghue v. Stevenson*¹² was decided, a duty of care has been owed by all to take reasonable care to avoid injuring one's neighbour. Subject to the policy/operational problem, which will be discussed below, Lord Atkin's memorable and poetic words guide us to this day:

The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer's question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be—persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.

This statement of the neighbour principle has served as a "general road sign"¹³ for later courts, but not as a binding rule. According to Lord Reid, the neighbour principle "ought to apply unless there is some justification or valid explanation for its exclusion."¹⁴ In other words, the Court should hold that a duty arises wherever some harm is reasonably foreseeable, unless good policy reasons exist for denying such a duty.

One attempt at explaining the situation is that of Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*,¹⁵ who wrote:

... the position has now been reached that in order to establish that a duty of care arises in a particular situation, it is not necessary to bring the facts of that situation within those of

¹² [1932] A.C. 562 (H.L.), at p. 580.

¹³ Fleming, *The Law of Torts* (8th ed. 1992).

¹⁴ See *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd*, [1970] 2 All ER 294 (H.L.), at p. 297.

¹⁵ [1978] A.C. 728 (H.L.), at pp. 751-752. See also *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] 2 W.L.R. 500 (C.A.).

fait à sa décision et parce que l'entreprise était susceptible de subir des dommages s'il la révoquait. Je suis d'avis que le juge de première instance avait raison.

Obligation

Depuis l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*¹², nous avons tous une obligation de diligence, c'est-à-dire le devoir de prendre des mesures raisonnables pour éviter de causer un préjudice à autrui. Sous réserve du problème relatif à la nature politique ou opérationnelle d'une décision, dont nous discuterons plus loin, les termes mémorables et poétiques de lord Atkin nous guident encore aujourd'hui:

[TRADUCTION] En droit, l'équivalent de la règle voulant que l'on aime son prochain est qu'il ne faut pas causer de préjudice à celui-ci. Et la question que se pose l'avocat de savoir qui est le prochain reçoit une réponse restrictive. Il faut exercer une prudence raisonnable pour éviter les actions ou les omissions qui, selon ce que nous pouvons raisonnablement prévenir, sont susceptibles de causer un dommage à notre prochain. À la question de savoir qui donc, au regard de la loi, est mon prochain, il semble que la réponse soit celle-ci: les personnes que mon acte touche si directement que je devrais raisonnablement envisager que l'action ou l'omission considérée est susceptible de les toucher ainsi.

Cette déclaration de principe a servi de jalon¹³ aux décisions ultérieures, mais il ne s'agit pas d'une règle inflexible. Selon lord Reid, ce principe [TRADUCTION] «ne devrait s'appliquer que dans les cas où il n'existe aucune justification ou explication valide permettant de l'exclure»¹⁴. En d'autres termes, les tribunaux devraient conclure à la présence d'une obligation lorsqu'un préjudice quelconque est raisonnablement prévisible, à moins que de bonnes raisons de politique justifient la négation de cette obligation.

Lord Wilberforce a tenté d'expliquer cette situation dans sa décision *Anns v. Merton London Borough Council*¹⁵, lorsqu'il écrivait ce qui suit:

[TRADUCTION] établi le principe selon lequel lorsqu'il s'agit de prouver qu'il existe une obligation de diligence dans une situation donnée, il n'est pas nécessaire de démontrer que les faits

¹² [1932] A.C. 562 (H.L.), à la p. 580.

¹³ Fleming, *The Law of Torts* (8^e éd., 1992).

¹⁴ Voir *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd*, [1970] 2 All ER 294 (H.L.), à la p. 297.

¹⁵ [1978] A.C. 728 (H.L.), aux p. 751 et 752; voir également *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] 2 W.L.R. 500 (C.A.).

previous situations in which a duty of care has been held to exist. Rather the question has to be approached in two stages. First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity of neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter—in which case a prima facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise

This two-stage approach to the test of duty was adopted by the Supreme Court of Canada in *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*,¹⁶ where Madam Justice Wilson particularized it to a degree:

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

This test was consistently followed in other Supreme Court of Canada cases.¹⁷

Following the retreat from *Anns* in the United Kingdom,¹⁸ the Supreme Court of Canada, in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*,¹⁹ unanimously and resoundingly refused to alter its course and reiterated its faith in *Anns*. The *Anns* case is, therefore, alive and well in Canada even though it has been buried in the land of its birth. This is encouraging because *Anns* was a helpful refine-

¹⁶ [1984] 2 S.C.R. 2, at pp. 10-11.

¹⁷ See *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, at p. 243 (per Estey J.); *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259 (per Cory J.), *Anns* is "sound."

¹⁸ See *Murphy v Brentwood DC*, [1990] 2 All ER 908 (H.L.); see also *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424 (Aust. H.C.).

¹⁹ [1992] 1 S.C.R. 1021; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] S.C.J. No. 2 (QL), at p. 26 of reasons; *Stewart v. Pettie*, [1995] S.C.J. No. 3 (QL); see also *Petrocorp. v. Butcher*, Aug. 14, 1990, N.Z.

de cette situation sont semblables aux faits de situations antérieures où il a été jugé qu'une telle obligation existait. Il faut plutôt aborder cette question en deux étapes. En premier lieu, il faut se demander s'il existe, entre l'auteur allégué de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit de proximité ou de voisinage pour que le manque de diligence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne—auquel cas il existe à première vue une obligation de diligence. Si on répond par l'affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s'il existe des motifs de rejeter ou de restreindre la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages qui peuvent découler de l'exécution de cette obligation . . .

Cette démarche en deux étapes concernant le critère de l'obligation a été adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*¹⁶ où Mme la juge Wilson l'a énoncé d'une façon assez détaillée:

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

La Cour suprême du Canada a souscrit constamment à ce critère dans d'autres décisions¹⁷.

L'arrêt *Anns* a été par la suite réfuté au Royaume-Uni¹⁸, mais, dans la décision *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*,¹⁹ la Cour suprême du Canada a refusé de façon unanime et retentissante de changer son cap et, a confirmé sa foi dans l'arrêt *Anns*. Cette dernière affaire est donc bel et bien vivante au Canada même si elle a été éliminée dans son pays d'origine. Cette situation

¹⁶ [1984] 2 R.C.S. 2, aux p. 10 et 11.

¹⁷ Voir *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, à la p. 243 (le juge Estey); *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259 (le juge Cory); «[l']interprétation de l'arrêt *Anns* est . . . bien-fondée [sic].»

¹⁸ Voir *Murphy v Brentwood DC*, [1990] 2 All ER 908 (H.L.); voir également *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424 (Aust. H.C.).

¹⁹ [1992] 1 R.C.S. 1021. *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] A.C.S. n° 2 (QL) à la p. 26; *Stewart c. Pettie*, [1995] A.C.S. n° 3 (QL); voir également *Petrocorp. v. Butcher*, le 14 août 1990, N.-Z.

ment of the neighbour principle espoused in *Donoghue v. Stevenson*, which is and should remain the bedrock principle of negligence law.

This being an economic loss case, however, an additional factor should be present before a duty of care can be said to be owed—that of proximity. Madam Justice McLachlin explained the concept in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*,²⁰ where she wrote:

The matter may be put thus: before the law will impose liability there must be a connection between the defendant's conduct and plaintiff's loss which makes it just for the defendant to indemnify the plaintiff. In contract, the contractual relationship provides this link. In trust, it is the fiduciary obligation which establishes the necessary connection. In tort, the equivalent notion is proximity. Proximity may consist of various forms of closeness—physical, circumstantial, causal or assumed—which serve to identify the categories of cases in which liability lies.

Viewed thus, the concept of proximity may be seen as an umbrella, covering a number of disparate circumstances in which the relationship between the parties is so close that it is just and reasonable to permit recovery in tort. The complexity and diversity of the circumstances in which tort liability may arise defy identification of a single criterion capable of serving as the universal hallmark of liability. The meaning of "proximity" is to be found rather in viewing the circumstances in which it has been found to exist and determining whether the case at issue is similar enough to justify a similar finding.

In summary, it is my view that the authorities suggest that pure economic loss is *prima facie* recoverable where, in addition to negligence and foreseeable loss, there is sufficient proximity between the negligent act and the loss. Proximity is the controlling concept which avoids the spectre of unlimited liability. Proximity may be established by a variety of factors, depending on the nature of the case. To date, sufficient proximity has been found in the case of negligent misstatements where there is an undertaking and correlative reliance (*Hedley Byrne*); where there is a duty to warn (*Rivtow*); and where a statute imposes a responsibility on a municipality toward the owners and occupiers of land (*Kamloops*). But the categories are not closed. As more cases are decided, we can expect further definition of what factors give rise to liability for pure economic loss in particular categories of cases. In determining whether liability should be extended to a new situation, courts will have regard to the factors traditionally relevant to proxim-

est encourageante parce qu'*Annis* apportait des précisions utiles au principe du prochain énoncé dans *Donoghue v. Stevenson*, lequel constitue et devrait constituer la clé de voûte des règles de droit en matière de négligence.

Toutefois, puisqu'il y a eu en l'espèce une perte économique, il y a lieu de déterminer l'existence d'un autre facteur avant d'imposer une obligation de diligence, soit l'existence d'un lien étroit. Mme le juge McLachlin expliquait ainsi le concept du lien étroit dans l'affaire *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*²⁰:

On peut formuler le problème ainsi: avant que le droit n'impose une responsabilité, il doit exister un lien entre le comportement du défendeur et la perte subie par le demandeur qui fait qu'il est juste que le défendeur indemnise le demandeur. En matière contractuelle, il y a le lien, contractuel. En matière fiduciaire, c'est l'obligation fiduciaire qui établit le lien nécessaire. En matière délictuelle, la notion équivalente est le lien étroit. Le lien étroit peut revêtir diverses formes—qu'il s'agisse de proximité physique, circonstancielle, causale ou présumée—qui servent à identifier les catégories d'affaires dans lesquelles il existe une responsabilité.

Sous cet angle, la notion du lien étroit peut être considérée comme une expression générale qui vise un certain nombre de circonstances disparates dans lesquelles le rapport existant entre les parties est si étroit qu'il est juste et raisonnable de permettre l'indemnisation en matière délictuelle. La complexité et la diversité des circonstances dans lesquelles la responsabilité délictuelle peut prendre naissance ne permettent pas d'identifier un critère unique qui puisse servir de marque universelle de la responsabilité. On trouvera le sens de «lien étroit» en examinant plutôt les circonstances dans lesquelles on a conclu à son existence et en déterminant si l'affaire en cause est semblable au point de justifier une conclusion similaire.

En résumé, je suis d'avis que la jurisprudence laisse entendre que la perte purement économique peut, à première vue, donner lieu à indemnisation lorsqu'en plus d'une négligence et d'une perte prévisible, il existe un lien suffisamment étroit entre l'acte négligent et la perte subie. Le lien étroit est la notion déterminante qui permet d'éviter le spectre de la responsabilité illimitée. On peut établir l'existence d'un lien étroit au moyen de toute une gamme de facteurs, selon la nature de l'affaire. Jusqu'à maintenant, on a conclu à l'existence d'un lien suffisamment étroit dans le cas de renseignements inexacts fournis par négligence où il y a promesse et confiance correlative (*Hedley Byrne*), où il y a une obligation d'avertir (*Rivtow*) et où une loi impose à une municipalité une responsabilité envers les propriétaires et les occupants d'un bien-fonds (*Kamloops*). Mais ces catégories ne sont pas limitatives. Comme davantage d'affaires sont jugées, nous pouvons nous attendre à une autre définition des facteurs qui engendrent la responsabi-

²⁰ *Ibid.*, at pp. 1152-1153.

²⁰ *Ibid.*, aux p. 1152 et 1153.

ity such as the relationship between the parties, physical proximity, assumed or imposed obligations and close causal connection. And they will insist on sufficient special factors to avoid the imposition of indeterminate and unreasonable liability. The result will be a principled, yet flexible, approach to tort liability for pure economic loss. It will allow recovery where recovery is justified, while excluding indeterminate and inappropriate liability, and it will permit the coherent development of the law in accordance with the approach initiated in England by *Hedley Byrne* and followed in Canada in *Rivtow*, *Kamloops* and *Hofstrand*.

In this way, Her Ladyship indicated that proximity would parallel the civil law requirement of direct causation, positing a "close link" between the negligence and the loss, and excluding "[d]istant losses which arise from collateral relationships."²¹

The proximity in the relationship between Comeau and the Minister in this case is obvious. Direct discussions took place between them. A written communication was sent by the Minister to Comeau announcing the authorization of licences and granting specific quotas, subject to conditions. Comeau wrote to the Department about its plans and the work to be done on the ships. The Department was fully aware of the alterations being done. Meetings were attended to discuss plans and the opposition to those plans. The purported withdrawal was made, not only in a public statement, it was directly communicated to Comeau in writing. There is clear proximity in this case—physical, circumstantial and causal. This is not one of those economic loss cases where the courts have to be concerned about "liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class" that so worried Mr. Justice Cardozo in *Ultramares v. Touche*.²² In this case, there was a determinate number of "licensees," given permission to fish for a particular quota in a specific area for a finite period of time. The cost of the alterations being

²¹ *Ibid.*, at p. 1154.

²² 255 N.Y. 170 (App. Div. 1931), at p. 179, quoted by Laskin J. in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works et al.*, [1974] S.C.R. 1189, at p. 1218.

lité pour perte purement économique dans des catégories particulières d'affaires. Pour déterminer s'il faudrait étendre la responsabilité à une nouvelle situation, les tribunaux tiendront compte des facteurs qui se rapportent traditionnellement à l'existence d'un lien étroit comme le rapport qui existe entre les parties, la proximité physique, les obligations présumées ou imposées et le lien étroit de causalité. Et ils insisteront sur des facteurs spéciaux suffisants pour éviter l'imposition d'une responsabilité indéterminée et déraisonnable. Il en résultera une façon fondée sur des principes et, en même temps, souple d'aborder la responsabilité délictuelle pour la perte purement économique. Cette façon de procéder permettra l'indemnisation lorsque celle-ci est justifiée, tout en excluant la responsabilité indéterminée et inopportune, et elle permettra également l'évolution cohérente du droit en conformité avec l'approche amorcée en Angleterre par l'arrêt *Hedley Byrne* et suivie au Canada dans les arrêts *Rivtow*, *Kamloops* et *Hofstrand*.

De la sorte, le juge McLachlin a indiqué que le lien étroit s'assimilerait à l'exigence du lien de causalité directe existant en droit civil, et elle pose en principe l'existence d'un «rapport étroit» entre l'acte négligent et la perte qui en résulte. «Les pertes éloignées qui découlent de rapports connexes ne sauraient donner lieu à une indemnisation»²¹.

Le lien étroit entre Comeau et le ministre en l'espèce est évident: des discussions directes ont eu lieu entre les deux parties. Une communication écrite a été envoyée par le ministre à Comeau annonçant l'autorisation des permis et l'octroi de contingents précis, sous réserve de certaines conditions. Comeau a informé le Ministère de ses plans et des travaux qui seraient effectués sur les navires. Le Ministère était tout à fait au courant des modifications apportées. Des réunions ont permis de discuter des plans et de l'opposition à ces plans. La révocation n'a pas pris seulement la forme d'une déclaration publique, car elle a été directement communiquée à Comeau par écrit. Il existe un lien étroit et clair en l'espèce, de nature physique, circonstancielle et causale. Il ne s'agit pas d'une affaire où il y a perte économique et où le tribunal doit statuer sur [TRADUCTION] «la responsabilité pour un montant indéterminé, pour un temps indéterminé et à l'égard d'une catégorie indéterminée», éventualité qui a tellement inquiété le juge Cardozo dans l'affaire *Ultramares v. Touche*.²² En l'espèce, un nombre déterminé de «titulaires de per-

²¹ *Ibid.*, à la p. 1154.

²² 255 N.Y. 170 (App. Div. 1931), à la p. 179, cité par le juge Laskin dans *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works et autre*, [1974] R.C.S. 1189, à la p. 1218.

undertaken to the ships in preparation would be easily calculable. There is, therefore, no reason to conclude that there is no duty owed by the Government to Comeau in these circumstances of proximity, save for the policy/operational issue to be discussed below.

Breach by Negligent Conduct

Not only was the Trial Judge correct in holding that a duty of care existed, there was sufficient basis for him to have found that negligent conduct was proven. The standard of the reasonable person was breached, according to the finding of the Trial Judge. Appeal courts are reluctant to interfere with findings of fact if there is evidence capable of supporting the decision and there is no palpable and overriding error.²³

Mr. Justice Strayer recognized that mere evidence of a statutory violation by itself did not require him to find negligence. Ever since *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*,²⁴ a statutory breach is considered to be evidence of negligence; a judge is entitled to accept the evidence or to reject it. The judge is not bound to rely on it, but he may do so, if he chooses to do so.

The way in which statutory breach should be considered in assessing negligence was described by Dickson, J.²⁵ (as he then was):

It must not be forgotten that the other elements of tortious responsibility equally apply to situations involving statutory breach, *i.e.* principles of causation and damages. To be relevant at all, the statutory breach must have caused the damage of which the plaintiff complains. Should this be so, the violation of the statute should be evidence of negligence on the part of the defendant. [Underlining is mine.]

Prior to *Saskatchewan Wheat Pool*, violation of a statute was *prima facie* evidence of negligence; that

²³ *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Galaske v. O'Donnell*, [1994] 1 S.C.R. 670.

²⁴ [1983] 1 S.C.R. 205.

²⁵ *Ibid.*, at p. 226.

mis» avait obtenu la permission de pêcher une quantité donnée dans un secteur précis pour une période fixe. Le coût des modifications apportées aux navires était facile à calculer. Il n'y a donc aucune raison de conclure que le gouvernement n'était tenu à aucune obligation envers Comeau dans ces circonstances où il y avait un lien étroit, hormis la question de la nature politique ou opérationnelle de la décision, dont nous discuterons ci-dessous.

Manquement découlant d'une conduite négligente

Non seulement le juge de première instance avait-il raison de conclure à l'existence d'une obligation de diligence, mais il était justifié de croire que les éléments de preuve établissaient une conduite négligente de la part du ministre. Le degré de diligence qu'on attend d'une personne raisonnable n'a pas été respecté, selon les conclusions du juge. Les cours d'appel sont réticentes à intervenir dans des conclusions de fait s'il y a des éléments de preuve pouvant étayer la décision, à moins qu'il y ait une erreur manifeste ou dominante²³.

Le juge Strayer a reconnu qu'il n'était pas tenu de conclure à la négligence sur la seule foi d'un manquement à une loi. Depuis la décision *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*²⁴, une violation de la loi est considérée comme une preuve de négligence; le juge a le droit d'accepter cet élément de preuve ou de le rejeter. Il n'est pas lié par cet élément de preuve, mais il peut choisir de l'être.

La façon dont il faut tenir compte d'un manquement à une loi dans l'évaluation de la négligence a été décrite ainsi par le juge Dickson (devenu par la suite juge en chef)²⁵:

Il faut se rappeler que les autres éléments de la responsabilité délictuelle, *c.-à-d.* la causalité et le préjudice valent aussi pour les situations où il y a eu infraction à une loi. Pour qu'elle soit le moins pertinente, la violation d'une loi doit avoir causé un préjudice dont le demandeur se plaint. Si c'est le cas, la violation de la loi doit constituer une preuve de négligence de la part du défendeur. [Soulignements ajoutés.]

Avant l'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool*, une contravention à une loi constituait une preuve à première

²³ *Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Galaske c. O'Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670.

²⁴ [1983] 1 R.C.S. 205.

²⁵ *Ibid.*, à la p. 226.

is, the judge had to accept it as negligence, unless there was evidence to the contrary.²⁶ There were also cases where violation of statute amounted to negligence *per se*.²⁷ Nowadays, however, such violation is only some evidence of negligence upon which the judge may or may not rely.

The Trial Judge determined, as a fact, that the Minister's *ultra vires* withdrawal of the licence authorization in violation of the legislation, in the context of these circumstances, amounted to negligent conduct causing foreseeable loss to Comeau. Negligent conduct has been correctly found to exist in this case. I see no reason to disagree with him on the facts of this case. There was not only reasonable foresight of potential loss by Comeau, but actual knowledge of the type of expenditure being undertaken. The Government knew it would cost Comeau money if it reneged on the licence. There was reasonable reliance by Comeau on the Minister's authorization of the licence. There was economic loss proximately resulting from the purported withdrawal.

All of the elements of a cause of action for negligence have, therefore, been properly established, except for the policy/operational issue.

Related Jurisprudence

There have been cases where, in similar situations to this, it has been held on the particular facts that there can be contractual liability.

In *Somerville Belkin Indust. Ltd. v. Man.*,²⁸ for example, the plaintiff agreed to purchase a plant if Government assistance were available to help operate it. A grant was approved by the Economic Development Committee of Cabinet and by the full Cabinet of Manitoba. This decision was communicated to the plaintiff by letter from the Minister's office dated the day of a provincial election, but the Order in Council

²⁶ See *Sterling Trusts Corp. v. Postma et al.*, [1965] S.C.R. 324.

²⁷ See Prosser & Keeton *On The Law of Torts*, (5th ed.) 1985, at p. 221.

²⁸ [1988] 3 W.W.R. 523 (Man. C.A.).

vue de négligence, c'est-à-dire que le juge était tenu de l'accepter comme un acte de négligence, à moins qu'il y ait des éléments de preuve contraires²⁶. Il y a eu également des décisions où la contravention à la loi constituait une négligence en soi²⁷. De nos jours, cependant, cette violation ne représente qu'une preuve de négligence sur laquelle le juge peut se fonder ou non.

Le juge de première instance a décidé, en fait, que la révocation illicite de l'autorisation d'octroi du permis par le ministre contrairement à la loi, dans les circonstances, constituait une conduite négligente susceptible de causer une perte à Comeau. Il était juste de conclure à l'existence d'une conduite négligente en l'espèce. Je ne vois rien dans les faits qui m'amènent à ne pas souscrire à son opinion. Non seulement pouvait-on raisonnablement prévoir le risque d'une perte pour Comeau, mais le ministre avait réellement connaissance des dépenses engagées. Le gouvernement savait que Comeau perdrait de l'argent si l'autorisation d'octroi du permis était révoquée. Comeau s'est raisonnablement fiée à l'autorisation du ministre. Il y avait un lien étroit entre la perte économique et la révocation.

Tous les éléments d'une cause d'action découlant de la négligence ont donc été dûment établis, sauf en ce qui concerne la nature politique ou opérationnelle de la décision.

Jurisprudence connexe

Il y a eu des cas où, dans des situations semblables, les tribunaux ont jugé d'après les faits qu'il peut exister une obligation contractuelle entre les parties.

Dans *Somerville Belkin Indust. Ltd. v. Man.*²⁸, la demanderesse avait convenu d'acquérir une usine si elle recevait de l'aide gouvernementale aux fins de l'exploitation. Une subvention a été approuvée par le Comité de développement économique du Cabinet et par le Cabinet du gouvernement manitobain. Cette décision a été communiquée à la demanderesse par lettre provenant du bureau du ministre datée du jour

²⁶ Voir *Sterling Trusts Corp. v. Postma et al.*, [1965] R.C.S. 324.

²⁷ Voir Prosser et Keeton, *On The Law of Torts* (5^e éd.), 1985, à la p. 221.

²⁸ [1988] 3 W.W.R. 523 (C.A. Man.).

was not finalized. Although the Government then changed, the plaintiff was assured by departmental officials that the grant would still be forthcoming and the plaintiff continued to expend funds. The new Government reneged and refused to advance the grant and the plaintiff sued. The Court of Appeal, affirming the trial decision, ruled that the new Government was bound by the commitment. The Order in Council was held to be a mere formality, the absence of which could not negate an agreement intended by both parties to be binding.

The majority in *Somerville Belkin* adopted the reasons of Stone J.A. in *R. v. CAE Industries Ltd.*²⁹ CAE Industries took over an Air Canada maintenance facility on the understanding that the federal government would guarantee a minimum number of hours of work and use its best efforts to bring additional work to the plant. The basis for that understanding was a letter signed by three federal cabinet ministers to the President of the plaintiff company. The federal government took the view that the letter was a political understanding with no intention of creating contractual relations. Mr. Justice Stone disagreed, noting:³⁰

It is clear from the evidence that the parties treated the document as a binding contract to the extent that it was partly performed. Moreover, as has been pointed out the onus of proof in a case of this kind "is on the party who asserts that no legal effect was intended, and the onus is a heavy one" . . . [Citations omitted.]

The facts here cannot support a finding of contractual liability, but the situation does bear some resemblance to these cases. The evidence which was accepted by the Trial Judge showed clearly that both Comeau and the Department treated the issuing of the licences as a mere formality which would be fulfilled in due course, not unlike the situation in *Somerville Belkin*. All parties proceeded as if the licences had already been granted, the Minister by allocating a catch quota and Comeau by converting the boats. The common understanding of the parties was that

²⁹ [1986] 1 F.C. 129 (C.A.).

³⁰ At p. 154.

de l'élection provinciale, mais le décret n'avait pas encore été rédigé dans sa forme définitive. Après l'arrivée au pouvoir d'un nouveau parti, les fonctionnaires du Ministère avaient assuré à la demanderesse qu'elle recevrait quand même la subvention, de sorte qu'elle a continué d'engager des fonds. Le nouveau gouvernement a refusé d'honorer l'entente conclue et d'accorder la subvention. La demanderesse a intenté une action. La Cour d'appel, confirmant la décision de première instance, a statué que la nouvelle administration était liée par l'engagement de son prédécesseur. Le décret a été considéré comme une simple formalité dont l'absence ne pouvait résilier l'entente que les parties avaient voulu rendre exécutoire.

La majorité de la Cour dans *Somerville Belkin* a souscrit aux motifs énoncés par le juge Stone, J.C.A., dans l'affaire *R. c. CAE Industries Ltd.*²⁹. CAE Industries avait pris en charge une installation d'entretien d'Air Canada d'après une entente selon laquelle le gouvernement fédéral garantirait un nombre minimal d'heures de travail et ferait tout son possible pour confier du travail additionnel à l'usine. Cette entente se fondait sur une lettre signée par trois ministres du Cabinet fédéral et adressée au président de la société demanderesse. Le gouvernement fédéral a soutenu que la lettre constituait une entente politique qui ne visait nullement à créer un lien contractuel. Le juge Stone a refusé cet argument³⁰:

Il ressort de la preuve soumise que les parties ont considéré que le document constituait un contrat les liant dans la mesure où il a été partiellement exécuté. En outre, comme on l'a souligné, le fardeau de la preuve dans un cas de ce genre [TRADUCTION] «incombe à la personne qui affirme qu'on ne voulait produire aucun effet juridique et ce fardeau est très lourd» . . . [Les renvois sont omis.]

Les faits en l'instance ne peuvent appuyer l'existence d'une responsabilité contractuelle, mais la situation s'apparente quelque peu à ces affaires. Les éléments de preuve qui ont été acceptés par le juge de première instance montrent clairement que Comeau aussi bien que le Ministère ont traité l'octroi de permis comme s'il s'agissait d'une simple formalité qui serait accomplie en temps opportun; voilà qui ressemble à la situation prévalant dans l'affaire *Somerville Belkin*. Toutes les parties ont agi comme si les permis avaient déjà été octroyés: le ministre a alloué

²⁹ [1986] 1 C.F. 129 (C.A.).

³⁰ À la p. 154.

Comeau would be fishing that season under these licences. There were no promises meant to be binding, however, and, hence, no contract. The governing principles covering the issuance of the licences in this case are those of public law and tort law, not contract law. It is, nevertheless, comforting to see consistent results in similar situations based on different theories of liability.³¹

3. Exemption from Liability: Policy/Operational

Even though the governmental action is *ultra vires* and even though it has been found *prima facie* to give rise to a cause of action for negligence, civil liability does not necessarily follow. The no-man's-land between administrative law and tort law must now be traversed. The Court must decide whether the principles of tort law should govern here, or whether the exigencies of administrative law should prevent it from operating in this case.

Even though federal legislation³² has stated since 1947 that the "Crown is liable in tort for the damages for which, if it were a private person . . . , it would be liable in respect of a tort committed by a servant of the Crown," the common law courts have been reluctant to treat the Crown like other private persons. Because of the courts' respect for the separation of powers and because of their concern about their capacity to evaluate government decisions, an immunity from negligence liability has been developed for "policy" decisions. This is in addition to the well-recognized immunity from civil liability for legislative

un contingent de poissons et Comeau a converti ses navires. D'après l'entente intervenue entre les parties, Comeau exercerait ses activités de pêche en vertu de ces permis pour la saison. Aucune promesse ne devait être exécutoire, cependant, de sorte qu'il n'y avait aucun contrat. Les principes régissant l'octroi de permis en l'occurrence sont ceux du droit public et du droit de la responsabilité civile délictuelle, et non pas ceux du droit des contrats. Il est néanmoins reconfortant de voir des issues uniformes dans des situations analogues fondées sur différentes théories de la responsabilité³¹.

3. L'exemption de la responsabilité: décision de politique ou décision opérationnelle?

Même si le gouvernement a outrepassé sa compétence et que l'existence, à première vue, d'une cause d'action découlant de la négligence a été établie, la responsabilité civile n'en découle pas nécessairement. Il faut franchir le vide qui existe entre le droit administratif et le droit de la responsabilité civile délictuelle. La Cour doit décider si les principes de la responsabilité délictuelle devraient s'appliquer en l'espèce ou si les exigences du droit administratif devraient les empêcher d'entrer en jeu.

Même si les textes législatifs fédéraux³² disposent depuis 1947 que «[e]n matière de responsabilité civile délictuelle, l'État est assimilé à une personne physique, majeure et capable, pour . . . les délits civils commis par ses préposés», les tribunaux de common law se sont montrés réticents à traiter la Couronne comme un simple citoyen. Au nom du respect de la séparation des pouvoirs et parce qu'ils se soucient de préserver leur capacité d'évaluer les décisions du gouvernement, les tribunaux ont établi le principe de l'immunité en matière de responsabilité pour négligence dans le cas des décisions «de politique». Ce principe s'ajoute à l'immunité bien reconnue en matière de responsabilité civile dont jouissent

³¹ See also *Mentuck v. Canada*, [1986] 3 F.C. 249 (T.D.); *Grant v. Province of New Brunswick* (1973), 6 N.B.R. (2d) 95 (C.A.).

³² *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 3(a).

³¹ Voir également *Mentuck c. Canada*, [1986] 3 C.F. 249 (1^{re} inst.); *Grant v. Province of New Brunswick* (1973), 6 N.B.R. (2d) 95 (C.A.).

³² *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 3a).

action and judicial and quasi-judicial decision making.³³

The leading case on this issue is *Just v. British Columbia*,³⁴ where the Supreme Court of Canada, speaking through Mr. Justice Cory, simplified the law significantly. The appellant, Mr. Just, and his daughter were driving on a British Columbia highway on their way to a holiday at Whistler Ski Resort when their car was struck by a rock falling from a cliff above them. The daughter died as a result of the accident and Mr. Just was severely injured. The British Columbia Crown was sued in tort for negligent maintenance of the highway. The Trial Judge,³⁵ and the Court of Appeal,³⁶ both dismissed the action, holding that the system of highway inspection was one of planning and policy, out of which no negligence duty could arise.

On the appeal to the Supreme Court of Canada, the delicate task of determining whether there was a tort duty on the provincial government, in this instance, was undertaken by Mr. Justice Cory, who warned about the inadvisability of restoring government immunity and obliterating the recent advances in the law. He distinguished between the two types of government activity—"true policy decisions" and "implementation":

The early governmental immunity from tortious liability became intolerable. This led to the enactment of legislation which in general imposed liability on the Crown for its acts as though it were a person. However, the Crown is not a person and must be free to govern and make true policy decisions without becoming subject to tort liability as a result of those decisions. On the other hand, complete Crown immunity

³³ See *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *Sirroos v Moore*, [1974] 3 All ER 776 (C.A.).

³⁴ [1989] 2 S.C.R. 1228; See also *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259; the Quebec situation is the same, see *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, where it was decided that once a municipality decided to operate a firefighting service, it became an "operational" activity, subject to ordinary fault principles.

³⁵ [1985] 5 W.W.R. 570 (B.C.S.C.) (McLachlin J.).

³⁶ [1987] 2 W.W.R. 231 (B.C.C.A.).

les actions législatives ainsi que la prise de décisions judiciaires et quasi judiciaires³³.

L'arrêt prépondérant sur cette question a été rendu dans l'affaire *Just c. Colombie-Britannique*³⁴, où la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Cory, a simplifié considérablement les règles de droit. L'appellant, M. Just, et sa fille roulaient sur une autoroute de la Colombie-Britannique afin de se rendre au centre de villégiature de Whistler pour leurs vacances lorsque leur voiture a été frappée par un rocher qui s'était détaché de la falaise surplombant la route. M^{lle} Just est décédée et son père a été grièvement blessé. Le ministère public de la province a été poursuivi en responsabilité civile à cause de sa négligence dans l'entretien de l'autoroute. Le juge de première instance³⁵ et la Cour d'appel³⁶ ont tous les deux rejeté l'action en statuant que le système d'inspection des autoroutes constituait une activité de planification et de politique qui n'engendrait aucune obligation de diligence.

En appel à la Cour suprême du Canada, c'est le juge Cory qui a eu la tâche délicate de déterminer si une responsabilité délictuelle était imposée au gouvernement provincial. Le juge a formulé une mise en garde: il serait, a-t-il dit, inopportun de restaurer l'immunité du gouvernement et de nier l'évolution récente du droit. Il a distingué deux types d'activités gouvernementales, les «décisions de politique» et les «décisions de mise en œuvre»:

L'immunité gouvernementale initiale en matière de responsabilité délictuelle était devenue intolérable. C'est pourquoi des lois ont été adoptées pour imposer de façon générale à la Couronne la responsabilité de ses actes comme si elle était une personne. Cependant, la Couronne n'est pas une personne et doit pouvoir être libre de gouverner et de prendre de véritables décisions de politique sans encourir pour autant une responsa-

³³ Voir *Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *Sirroos v Moore*, [1974] 3 All ER 776 (C.A.).

³⁴ [1989] 2 R.C.S. 1228; voir également *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259; la situation est la même au Québec, voir *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, où il a été jugé qu'une municipalité ayant décidé d'exploiter un service de lutte contre les incendies a alors exercé une activité «de mise en œuvre» assujettie aux principes ordinaires de la faute.

³⁵ [1985] 5 W.W.R. 570 (C.S.C.-B.) (M^{me} le juge McLachlin).

³⁶ [1987] 2 W.W.R. 231 (C.A.C.-B.).

should not be restored by having every government decision designated as one of "policy".³⁷

He explained further:

True policy decisions should be exempt from tortious claims so that governments are not restricted in making decisions based upon social, political or economic factors. However, the implementation of those decisions may well be subject to claims in tort.³⁸

As a general rule, the traditional tort law duty of care will apply to a government agency in the same way that it will apply to an individual. In determining whether a duty of care exists the first question to be resolved is whether the parties are in a relationship of sufficient proximity to warrant the imposition of such a duty.³⁹

Mr. Justice Cory also pointed out some of the hallmarks of a true policy decision, which would be immune from negligence liability:

The duty of care should apply to a public authority unless there is a valid basis for its exclusion. A true policy decision undertaken by a government agency constitutes such a valid basis for exclusion. What constitutes a policy decision may vary infinitely and may be made at different levels although usually at a high level.⁴⁰

As a general rule, decisions concerning budgetary allotments for departments or government agencies will be classified as policy decisions.⁴¹

In other words, immunity from negligence should be granted sparingly to Crown agencies;⁴² only their "true policy decisions," generally made at higher levels, involving "social, political and economic factors" and "budgetary allotments for departments" should be exempt from negligence law's reach.

³⁷ *Supra*, footnote 34, at p. 1239.

³⁸ *Ibid.*, at pp. 1240-1241.

³⁹ *Ibid.*, at p. 1244.

⁴⁰ *Ibid.*, at p. 1242.

⁴¹ *Ibid.*, at p. 1245.

⁴² See Bailey and Bowman, "The Policy/Operational Dichotomy—A Cuckoo in the Nest" (1986), 45 *Camb. L.J.* 43, at p. 456, "it should be confined to as narrow a scope as possible."

bilité civile délictuelle. On ne pourrait, par contre, restaurer l'immunité complète de la Couronne en qualifiant de «politique» chacune de ces décisions³⁷.

Il donne également l'explication suivante:

^a Les véritables décisions de politique devraient être à l'abri des poursuites en responsabilité délictuelle, de sorte que les gouvernements soient libres de prendre leurs décisions en fonction de facteurs sociaux, politiques ou économiques. Cependant, l'application de ces décisions peut fort bien engager la responsabilité³⁸.

En règle générale, l'obligation traditionnelle de diligence issue du droit de la responsabilité délictuelle s'appliquera à un organisme gouvernemental de la même façon qu'à un particulier. ^c Pour déterminer si une telle obligation existe, il faut d'abord se demander s'il y a entre les parties une proximité suffisante pour en justifier l'imposition³⁹.

Le juge Cory souligne également certaines des caractéristiques d'une véritable décision de politique qui devrait être soustraite à la responsabilité découlant de la négligence: ^d

Une autorité publique est assujettie à l'obligation de diligence à moins d'un motif valable de l'en exempter. Un motif valable d'exemption est le cas d'une véritable décision de politique prise par un organisme gouvernemental. Or ce qui constitue une décision de politique peut varier à l'infini et être prise à divers échelons, bien que ce soit normalement à un haut niveau⁴⁰.

^f De façon générale, les décisions concernant l'allocation de ressources budgétaires à des ministères ou organismes gouvernementaux seront rangées dans la catégorie des décisions de politique⁴¹.

^g En d'autres termes, l'immunité en cas de négligence devrait être accordée avec parcimonie aux organismes de la Couronne⁴². Seules de «véritables décisions de politique», généralement prises à un échelon élevé, qui sont fonction de «facteurs sociaux, politiques ou économiques» et touchent «l'allocation de ressources budgétaires à des ministères» devraient être soustraites à l'application des principes de droit en matière de négligence. ^h

³⁷ Précité, note 34, à la p. 1239.

³⁸ *Ibid.*, aux p. 1240 et 1241.

³⁹ *Ibid.*, à la p. 1244.

⁴⁰ *Ibid.*, à la p. 1242.

⁴¹ *Ibid.*, à la p. 1245.

⁴² Voir Bailey et Bowman, «The Policy/Operational Dichotomy—A Cuckoo in the Nest» (1986), 45 *Camb. L.J.* 43, à la p. 456: [TRADUCTION] «elle doit être contenue dans les limites aussi étroites que possible».

If the conduct is not immunized as a "true policy decision," ordinary negligence law principles remain applicable. Still needed, however, is a "traditional torts analysis . . . of [the] standard of care required of the government agency . . . in light of all of the surrounding circumstances including, for example, budgetary restraints and the availability of qualified personnel and equipment."⁴³ Thus, if a tort duty is imposed, the actual conduct must still be assessed to see whether it was unreasonable, using the usual indicators of negligence law, including the availability or lack of resources.

In the result, Mr. Justice Cory concluded that there was a tort duty owed, but that the case had to be sent back for a new trial to see whether the proper standard of care was met by the government employees. At the retrial, Mr. Justice Donald found negligence and assessed damages in excess of one million dollars, which decision was not appealed.⁴⁴

Another way of looking at this issue of the policy immunity is to say that the Court recognized that a government must be entitled to govern free from the restraints of ordinary tort liability. In short, it cannot be a tort for a government to govern.⁴⁵ However, when a government is doing things for its people, other than governing, it should be subject to ordinary negligence principles. Since, in the words of Mr. Justice Cory "the Crown . . . must be free to govern,"⁴⁶ an immunity may be necessary, but it must be limited only to those functions of government that properly can be considered to be "governing," and not extended to the other tasks of government. These other tasks of government may be called "implementation," "operational functions," "business powers," "routine matters," "providing services" or other

Si la conduite ne jouit pas d'une immunité à titre de «décision de pure politique», les principes ordinaires de droit en matière de négligence restent applicables. Toutefois, il y a quand même lieu de «procéder alors à l'analyse traditionnelle de la responsabilité délictuelle, et c'est la question de la norme de diligence requise de l'organisme gouvernemental qui doit alors être examinée . . . en fonction de toutes les circonstances, y compris par exemple les restrictions budgétaires et la possibilité de trouver le personnel qualifié et l'équipement nécessaire»⁴³. Si une obligation est ainsi imposée, la conduite réelle doit être évaluée quand même afin qu'on puisse déterminer si elle était déraisonnable; la Cour doit alors s'appuyer sur les indices habituels en matière de négligence, y compris la disponibilité ou l'absence de ressources.

Par conséquent, le juge Cory a conclu à l'existence d'une responsabilité délictuelle, mais l'affaire a dû être renvoyée pour un nouveau procès afin qu'on puisse déterminer si les employés gouvernementaux avaient fait preuve du degré requis de diligence. Dans le cadre du nouveau procès, le juge Donald a statué qu'il y avait eu négligence et accordé des dommages-intérêts de plus de un million de dollars; cette décision n'a pas fait l'objet d'un appel⁴⁴.

Il est possible d'examiner l'immunité d'une décision de politique d'une autre façon: il se peut que la Cour reconnaisse qu'un gouvernement a le droit de gouverner à l'abri de toutes les contraintes de la responsabilité délictuelle ordinaire. En bref, le gouvernement ne peut commettre un délit lorsqu'il gouverne⁴⁵. Cependant, lorsque le gouvernement prend des mesures pour les citoyens, plutôt que de gouverner, il devrait être assujéti aux principes ordinaires en matière de négligence. Pour emprunter les termes du juge Cory, puisque «la Couronne . . . doit pouvoir être libre de gouverner»⁴⁶, l'immunité peut être nécessaire, mais elle est limitée aux fonctions qu'on peut dûment assimiler au fait de «gouverner» et ne s'étend pas aux autres tâches du gouvernement. Celles-ci peuvent être désignées par diverses expres-

⁴³ *Just v. British Columbia*, *supra*, at p. 1245.

⁴⁴ See (1991), 60 B.C.L.R. (2d) 209 (S.C.).

⁴⁵ See Jackson J. dissenting, in *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (1953), at p. 60.

⁴⁶ See *Just v. British Columbia*, *supra*, at p. 1239. See also Epstein, Richard et al., *Cases and Materials on Torts* (1984), at p. 854.

⁴³ *Just c. Colombie-Britannique*, précité, à la p. 1245.

⁴⁴ Voir (1991), 60 B.C.L.R. (2d) 209 (C.S.).

⁴⁵ Voir le juge Jackson, dissident, dans l'affaire *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (1953), à la p. 60.

⁴⁶ Voir *Just c. Colombie-Britannique*, précité, à la p. 1239. Voir également Epstein, Richard et autres, *Cases and Materials on Torts* (1984), à la p. 854.

descriptions. There is no need for a plaintiff to prove that the function involved is "implementation," or "carrying out"; it is for the Court merely to decide, as a matter of law, that it is inappropriate for it to consider the matter because it is one of policy.

In other words, the immunity should cover only what Professor Hogg describes as "peculiarly governmental activity."⁴⁷ Such activity is normally concerned with large issues, macro decisions, if you will, not routine items, that is, micro decisions.⁴⁸ For example, an unemployed person or a business that goes bankrupt cannot be allowed to sue the Crown for the cabinet's negligent management of the economy.⁴⁹ Decisions of economic policy made at the highest levels cannot, and should not be reviewed by courts, since they are not institutionally suited for such a task; only the ballot box can control this type of conduct.

This does not mean, however, that whenever there is a discretionary element to a decision which requires some judgment by an official, the Government should escape scrutiny. All professional people exercise judgment and Courts hold them accountable for their decisions. The work of Government inspectors and regulators in most situations is not so different from that of other professionals that courts are incapable of assessing them against the yardstick of the reasonable person, Professor Feldthusen notwithstanding.⁵⁰ It must be recognized that most government decision making is done at more than one level. For example, the budgetary aspects are decided at a different level than the operational aspects. Thus, if one's allegation of negligence is that insufficient funding was supplied by the Government to a particular safety inspection branch of government, one

⁴⁷ Hogg, Peter W. "Government Liability: Assimilating Crown and Subject" (1994), 16 *Adv. Q.* 366, at p. 372.

⁴⁸ See *Swanson v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 F.C. 408 (C.A.), at pp. 423-424, per Linden J.A.

⁴⁹ See *Bailey and Bowman*, *supra*, at p. 439.

⁵⁰ See *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss* (3rd éd., 1994).

sions, notamment la «mise en œuvre», les «fonctions opérationnelles», les «pouvoirs en matière commerciale», les «questions de routine» ou la «prestation de services». Il n'est pas nécessaire qu'un demandeur a prouve que la sanction représente une «mise en œuvre» ou une «exécution»; il suffit à la Cour de décider, en droit, qu'il n'est pas opportun pour elle d'examiner la question parce qu'il s'agit en l'occurrence d'une décision de politique.

b En d'autres termes, l'immunité devrait protéger uniquement ce que Hogg décrit comme étant des [TRADUCTION] «activités gouvernementales particulières»⁴⁷. Ces activités ont normalement trait à de grandes questions, ce qu'on peut appeler des macro-décisions et non pas des sujets de routine, c'est-à-dire des microdécisions⁴⁸. Par exemple, un chômeur ou une entreprise qui fait faillite ne peut poursuivre la Couronne en invoquant la gestion négligente de l'économie par le Cabinet⁴⁹. Les décisions de politique économique prises aux échelons les plus élevés ne peuvent pas et ne devraient pas être révisées par les tribunaux, puisque cette fonction ne relève pas des organes judiciaires: seuls les bulletins de vote peuvent contrôler ce genre de conduite.

Cela ne veut pas dire, cependant, que le gouvernement devrait échapper à tout examen minutieux dès qu'il existe un élément discrétionnaire qui nécessite qu'un fonctionnaire exerce son jugement. Tous les membres des professions doivent faire preuve de jugement, et les tribunaux les tiennent responsables de leurs décisions. Les inspecteurs de l'État et les fonctionnaires chargés de l'application des règlements dans la plupart des situations se retrouvent dans une situation assez semblable à celle d'autres professionnels pour que les tribunaux soient en mesure de les évaluer en fonction du comportement d'une personne raisonnable, indépendamment de ce qu'avance le professeur Feldthusen⁵⁰. Il ne faut pas oublier que la plupart des décisions gouvernementales sont prises à plus d'un échelon. Par exemple, les aspects budgétaires sont déterminés à un niveau dif-

⁴⁷ Hogg, Peter W. «Government Liability: Assimilating Crown and Subject» (1994), 16 *Adv. Q.* 366, à la p. 372.

⁴⁸ Voir *Swanson c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 C.F. 408 (C.A.), aux p. 423 et 424, le juge Linden.

⁴⁹ Voir *Bailey et Bowman*, précité, à la p. 439.

⁵⁰ Voir *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss* (3^e éd., 1994).

might well fail to convince the Court that this was not a policy decision.⁵¹ However, if one's argument is that the inspectors hired with that funding by the particular safety inspection branch did their checking carelessly, it is hard to see how this could be classified as a policy decision.⁵²

The *Just* case was followed in *Swanson v. Canada (Minister of Transport)*,⁵³ where an airplane owned by Wapiti Aviation crashed, killing six of the nine passengers. The pilot had been flying in contravention of safety regulations, something that was a common occurrence with Wapiti Aviation. Transport Canada knew of Wapiti's past safety violations but took insufficient measures to make them correct their system. A report by one of Transport Canada's own inspectors had warned his superiors about Wapiti's "total disregard for regulations, rights of others and safety of passengers" and concluded that, if it continued, "we are virtually certain to be faced with a fatality."⁵⁴ Following the fatal crash that was forecasted by the Transport Canada inspector, the families of some of the victims sued the Government of Canada, Wapiti having become insolvent. The Trial Judge [[1990] 2 F.C. 619 (T.D.)] found that there was a duty owed to the families and that it had been breached. The Federal Court of Appeal affirmed. Following *Just*, the Court reasoned:

⁵¹ See *Riverscourt Farms Ltd. v. Niagara-on-the-Lake (Town)* (1992), 9 C.C.L.T. (2d) 231 (Ont. Gen. Div.), failing to spend money for increasing water pressure for firefighting is a policy decision. Also absence of causation for fire damage.

⁵² See *Clark v. Canada*, [1994] 3 F.C. 323 (T.D.) where government was held liable when officers of the RCMP were held to negligently have failed to protect a woman from harassment. *Just* case not even discussed.

⁵³ [1992] 1 F.C. 408 (C.A.), per Linden J.A.

⁵⁴ *Ibid.*, at p. 416.

fèrent de celui des aspects opérationnels. En conséquence, si une personne invoque la négligence parce que l'État n'accorde pas un financement suffisant à une section particulière de l'appareil gouvernemental chargée des inspections de sécurité, il lui serait pratiquement impossible de convaincre la Cour qu'il ne s'agissait pas d'une décision de politique⁵¹. Par contre, si elle allègue que les inspecteurs embauchés au moyen de ce financement par la section gouvernementale chargée des inspections et de la sécurité ont fait leur travail négligemment, il est difficile de voir comment cette décision pourrait être considérée comme une décision de politique⁵².

L'arrêt *Just* a été suivi dans *Swanson c. Canada (Ministre des Transports)*⁵³; un avion de la ligne aérienne Wapiti Aviation s'est écrasé, tuant six des neuf passagers. Le pilote avait pris l'air contrairement aux règlements de sécurité, phénomène courant chez Wapiti Aviation. Transports Canada connaissait les contraventions antérieures de Wapiti en matière de sécurité mais n'a pas pris de mesures suffisantes pour forcer la ligne aérienne à apporter des correctifs. Dans un rapport, un inspecteur de Transports Canada avait mis ses supérieurs en garde quant au fait que, chez Wapiti, «on ne tient aucunement compte des règlements, des droits des autres personnes et de la sécurité des passagers»; l'inspecteur avait conclu comme suit: «Si cette manière d'opérer se poursuit encore longtemps, il est pratiquement certain que nous aurons à faire face à un accident mortel»⁵⁴. Par suite de l'écrasement fatal qui avait été prévu par l'inspecteur de Transports Canada, les familles de certaines victimes ont poursuivi le gouvernement du Canada, Wapiti étant devenue insolvable. Le juge de première instance [[1990] 2 C.F. 619 (1^{re} inst.)] a statué que l'État avait une obligation envers les familles

⁵¹ Voir *Riverscourt Farms Ltd. v. Niagara-on-the-Lake (Town)* (1992), 9 C.C.L.T. (2d) 231 (Div. gén. de l'Ont.), où la Cour a statué que l'omission d'engager des dépenses afin d'accroître la pression des conduites d'eau pour la lutte contre les incendies constituait une décision de politique. On a invoqué aussi l'absence de lien de causalité avec les dommages causés par un incendie.

⁵² Voir *Clark c. Canada*, [1994] 3 C.F. 323 (1^{re} inst.), où le gouvernement a été trouvé responsable de la conduite d'agents de la GRC qui avaient, selon la Cour, fait preuve de négligence en omettant de protéger une femme de harcèlement. L'affaire *Just* n'est même pas mentionnée.

⁵³ [1992] 1 C.F. 408 (C.A.) (le juge Linden, J.C.A.).

⁵⁴ *Ibid.*, à la p. 416.

In this case, the Trial Judge correctly decided that the Crown's response to the complaints and reports was an operational decision, not a policy matter . . . He later concluded that it was "more than a matter of policy but one of operation" [page 634]. The official making the enforcement decisions was not a high elected official like a Minister or even a Deputy Minister, he was only a regional director. His work involved not policy, planning or governing, but only administering, operations or servicing. The decision had no "polycentric" aspects, nor was there evidence of any lack of resources to permit more rigorous enforcement of the regulations. There were available numerous specific guidelines upon which the Court could rely in evaluating the conduct of the decision-maker. This was not a budgetary, macro-exercise.

These people were essentially inspectors of airlines, aircraft and pilots, who did not make policy, but rather implemented it, although they certainly had to exercise some discretion and judgment during the course of their work, much like other professional people.

These officials were not involved in any decisions involving "social, political or economic factors". Indeed it was another emanation of the Department of Transport altogether, the Canadian Transport Commission, a quasi-judicial body whose function it was to take into account such grounds, which granted the initial licence to Wapiti and other airlines, whereas this branch concerned itself with operating certificates that focused mainly on the matter of safety. These officials were not concerned with the health of the airline industry, with supplying service to remote areas or with employment for young pilots and, if such matters were considered by them in making their decisions, they probably should not have been. Nor was it their job to worry about airlines "going political". Their task was to enforce the regulations and the ANO's as far as safety was concerned to the best of their ability with the resources at their disposal. This function was clearly operational. Hence, a civil duty of care was owed to the plaintiffs to exercise reasonable care in the circumstances.⁵⁵

⁵⁵ *Ibid.*, at pp. 423-425.

et qu'il y avait eu manquement à cette obligation. La Cour d'appel fédérale a confirmé ce jugement en raisonnant ainsi, à la suite de *Just*:

a En l'espèce, c'est à bon droit que le juge de première instance a statué que la suite donnée par la Couronne aux plaintes et aux rapports était une décision opérationnelle et non une question de politique . . . Il a conclu plus loin que la question «cesse d'être uniquement une question de politique, pour devenir une question opérationnelle» [à la page 634]. Le fonctionnaire qui prenait les décisions d'application n'était pas un haut fonctionnaire élu comme un ministre ou même un sous-ministre; ce n'était qu'un directeur régional. Son travail ne comportait aucune fonction de politique, de planification ou de gouvernement, mais seulement des tâches administratives, opérationnelles ou de service. La décision ne comportait aucun aspect «polycentrique», et la preuve ne permet pas non plus de conclure qu'il n'y avait pas suffisamment de ressources pour permettre une application plus stricte des règlements. Il existait de nombreuses lignes directrices spécifiques sur lesquelles le tribunal pouvait se fonder pour apprécier la conduite du décideur. Il ne s'agissait pas d'une macrodécision d'ordre budgétaire.

e Il s'agissait essentiellement d'inspecteurs de compagnies aériennes, d'avions et de pilotes, qui n'élaboraient pas de politiques mais se contentaient de les mettre en œuvre, même s'ils devaient certainement exercer un certain pouvoir discrétionnaire et un certain jugement dans le cadre de leur travail, comme bien d'autres professionnels.

f Les fonctionnaires en question n'ont pas participé à des décisions comportant «des facteurs sociaux, politiques ou économiques». D'ailleurs, c'est un organisme qui tirait entièrement son existence du ministère des Transports, la Commission canadienne des Transports, un organisme quasi judiciaire à qui il incombait de tenir compte de ces facteurs, qui a accordé la licence initiale à Wapiti et à d'autres compagnies aériennes, tandis que la direction générale en question était concernée par les licences d'exploitation axées principalement sur la question de la sécurité. Ces fonctionnaires n'étaient pas concernés par la santé de l'industrie aéronautique, et ils ne s'intéressaient pas à desservir les régions éloignées ou à trouver du travail pour les jeunes pilotes et, s'ils ont tenu compte de ces questions pour prendre leurs décisions, ils n'auraient probablement pas dû le faire. Il ne leur appartenait pas non plus de s'inquiéter du fait que les compagnies aériennes [TRADUCTION] «aient recours à des instances politiques». Leur mission consistait à appliquer de leur mieux et avec les ressources dont ils disposaient les règlements et les ONA en tenant compte de la sécurité. Il s'agissait de toute évidence d'une fonction opérationnelle. Par conséquent, ils étaient tenus envers les demandeurs d'une obligation civile de diligence les obligeant à faire preuve de diligence raisonnable dans les circonstances.⁵⁵

⁵⁵ *Ibid.*, aux p. 423 à 425.

Another case which relied on *Just* was *Brewer Bros. v. Canada (Attorney General)*,⁵⁶ where several grain producers sued the Government of Canada because the Canadian Grain Commission had negligently allowed a "producer elevator" to operate without having posted adequate bond security, as required by the *Canada Grain Act*.⁵⁷ The plaintiffs, who delivered grain to the "producer elevator," suffered financial losses when the elevator operator's licence was cancelled and it was placed in receivership before paying the plaintiffs. The Trial Judge [(1990), 66 D.L.R. (4th) 71 (F.C.T.D.)] held the Government of Canada liable and the Federal Court of Appeal affirmed.

This being a case of economic loss, the analysis was more complex. Mr. Justice Stone explained, however, that the Act was "enacted with a view to protecting those grain producers . . . and cast upon the Commission an obligation to be satisfied as to the sufficiency of that security."⁵⁸ The evidence, said Mr. Justice Stone, was that the "Commission's role in duly administering the licensing and bonding provisions . . . was a cardinal component of the Canadian grain trade . . . I am satisfied that a relationship of proximity, such as gave rise to a private law duty of care, came into existence."⁵⁹

Mr. Justice Stone, relying on *Just*, explained further that there is "no basis for exempting the [Government] from the imposition of liability on the ground that the decisions made were 'policy' decisions."⁶⁰ Nor was Justice Stone prepared to say that there was an exemption "from private law liability because its functions were quasi-judicial or analogous to police functions. While it is arguable that certain of the Commission's powers might be so charac-

⁵⁶ [1992] 1 F.C. 25 (C.A.).

⁵⁷ S.C. 1970-71-72, c. 7 (now R.S.C., 1985, c. G-10).

⁵⁸ *Supra*, footnote 56, at p. 54.

⁵⁹ *Ibid.*, at p. 55.

⁶⁰ *Ibid.*, at p. 59.

Un autre jugement s'appuyait sur l'affaire *Just*, soit *Brewer Bros. c. Canada (Procureur général)*⁵⁶, où plusieurs producteurs de grains ont poursuivi le gouvernement canadien parce que la Commission canadienne des grains avait fait preuve de négligence en permettant à un «producteur-exploitant d'élévateur» d'exercer ses activités sans avoir donné de cautionnement suffisant, comme l'exige la *Loi sur les grains du Canada*⁵⁷. Les demandeurs avaient livré des grains au «producteur-exploitant d'élévateur» et ont subi des pertes financières lorsque le permis de celui-ci a été révoqué et que l'entreprise a été placée sous séquestre avant que les demandeurs ne soient rémunérés. Le juge de première instance [(1990), 66 D.L.R. (4th) 71 (C.F. 1^{re} inst.)] a tenu le gouvernement du Canada responsable, et la Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision.

Comme il y avait perte économique en l'occurrence, l'analyse était plus complexe. Le juge Stone a toutefois expliqué que la loi avait «pour but de protéger les producteurs de grains . . . et . . . donn[ait] à la Commission l'obligation de s'assurer que cette garantie est suffisante»⁵⁸. Les éléments de preuve établissaient, selon le juge Stone, que «le rôle de la Commission dans l'application adéquate des dispositions . . . relatives aux permis et aux cautionnements était un élément essentiel du commerce canadien des grains . . . Je suis convaincu qu'une relation de proximité comme celle qui entraîne une obligation de diligence de droit privé a été créée»⁵⁹.

S'appuyant sur l'arrêt *Just*, le juge Stone explique en outre qu'il n'existe «aucun fondement pour exonérer [le gouvernement] de toute responsabilité du fait que les décisions prises seraient des décisions de «politique»»⁶⁰. Il a refusé également d'exonérer le gouvernement «de toute responsabilité de droit privé parce que ses fonctions étaient quasi-judiciaires ou analogues à des fonctions de police. Même si on peut soutenir que certains des pouvoirs de la Commission

⁵⁶ [1992] 1 C.F. 25 (C.A.).

⁵⁷ S.C. 1970-71-72, ch. 7 (maintenant L.R.C. (1985), ch. G-10).

⁵⁸ *Précité*, note 56, à la p. 54.

⁵⁹ *Ibid.*, à la p. 55.

⁶⁰ *Ibid.*, aux p. 59 et 60.

terized, the acts and omissions of which the [plaintiffs] complain are not among them.”⁶¹ His Lordship then went on to consider whether the expected standard of care had been met in implementing their policy and concluded that it had not. ^a

Hence, Canadian courts, true to the teaching of *Just*, are demonstrating that they will hold most government activity subject to ordinary negligence principles. The scope of the policy immunity has clearly been contained within narrow limits by *Just*.⁶² ^b

In the event that a court decides that the conduct in question involves a “policy” decision and exempts the governmental agency from ordinary negligence principles, liability may still be imposed, but on another more complex and narrower basis. It is open to a claimant to prove that a policy decision was made in bad faith or that it was so irrational or unreasonable that it did not constitute a proper exercise of discretion. In such a case, liability might be found.⁶³ Further, if this hurdle cannot be overcome, and it seldom can be, the government agency can still be held liable if it fails to follow properly the policy it has adopted. ^d

There have been two recent cases of the Supreme Court of Canada in which governments have been relieved of liability on the basis of the principles espoused in *Just*. In *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*,⁶⁴ the plaintiff ^e

⁶¹ *Ibid.*, at p. 60.

⁶² See Hogg, “Government Liability: Assimilating Crown and Subject”, *supra*, footnote 47, at p. 373; Klar, Lewis N. “The Supreme Court of Canada: Extending the Tort Liability of Public Authorities” (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 648, at p. 655; Galloway, “Liability of Government: Just or Just and Reasonable” (1990), 41 *Admin. L.R.* 133, at p. 152.

⁶³ *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2.; see also *Anns*, *supra*, footnote 15.

⁶⁴ [1994] 1 S.C.R. 420. See also *Kuczerpa v. Canada* (1993), 14 C.R.R. (2d) 307, (F.C.A.), Government’s failure to legislate about some social problem was policy decision made by ministers, and not subject to tort law review.

pourraient être ainsi qualifiés, les actes et les omissions reprochés par les intimés n’en font pas partie»⁶¹. Il s’est ensuite attaché à déterminer si la Commission avait satisfait au degré de diligence prévu dans la mise en œuvre de la nouvelle politique et il a conclu que non. ^a

On peut donc en conclure que les tribunaux canadiens, fidèles aux principes établis dans l’affaire *Just*, montrent qu’ils assujettiront la plupart des activités gouvernementales aux règles générales de la négligence. La portée de l’immunité des politiques est clairement circonscrite dans les limites étroites fixées par l’arrêt *Just*.⁶² ^b

Dans l’éventualité où un tribunal décide qu’une conduite relève d’une décision de politique et soustrait l’organisme gouvernemental aux principes ordinaires de la négligence, la responsabilité peut quand même être imposée, mais sur une autre base plus complexe et étroite. Il est possible pour le plaignant de prouver que la décision de politique a été prise de mauvaise foi ou qu’elle était tellement irrationnelle ou déraisonnable qu’elle ne constituait pas un exercice valable du pouvoir discrétionnaire. Le cas échéant, il serait possible de conclure à l’existence d’une responsabilité⁶³. En outre, s’il est impossible de satisfaire à cette exigence, et elle peut rarement l’être, l’organisme gouvernemental peut quand même être tenu responsable s’il omet de suivre comme il se doit la politique qu’il a adoptée. ^c

La Cour suprême du Canada rendait récemment deux décisions où le gouvernement a été dégagé de toute responsabilité sur la base des principes établis dans *Just*. Ainsi, dans l’arrêt *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*⁶⁴, ^e

⁶¹ *Ibid.*, à la p. 60.

⁶² Voir Hogg, «Government Liability: Assimilating Crown and Subject», précité, note 47, à la p. 373; Klar, Lewis N. «The Supreme Court of Canada: Extending the Tort Liability of Public Authorities» (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 648, à la p. 655; Galloway, «Liability of Government: Just or Just and Reasonable» (1990), 41 *Admin. L.R.* 133, à la p. 152.

⁶³ *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2; voir également l’arrêt *Anns*, précité, note 15.

⁶⁴ [1994] 1 R.C.S. 420. Voir également *Kuczerpa c. Canada* (1993), 14 C.R.R. (2d) 307, (C.A.F.); l’omission de légiférer sur un problème social était une décision de politique prise par le ministre et n’était donc pas assujettie à un examen à la lumière du droit de la responsabilité civile délictuelle.

motorist skidded on an icy road on Vancouver Island. While the Court felt that there was a duty owed generally to maintain the road, in this case, the Government was exempt from ordinary negligence principles because its decision to adopt a summer schedule of reduced service was one of policy. This decision, said Mr. Justice Cory [at pages 441-442], involved the “classic policy considerations of financial resources, personnel and, as well, significant negotiations with government unions. It was truly a governmental decision involving social, political and economic factors.” Consequently, absent proof of irrationality or bad faith and absent proof of negligence in the operational aspect of the policy decision, no liability was imposed. Whereas the Court was unanimous in the result, Mr. Justice Sopinka, in concurring, indicated [at page 424] that he was not happy with the “(policy/operational)’ test as the touchstone of liability,” hinting that he would like the Court to reconsider its continued usefulness at some future time.

In *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*,⁶⁵ the second case, the plaintiff was injured by a tree which fell on his truck on a highway maintained by the province. There had been a survey made of trees near the highway that might be a hazard and 200 dead trees—not including the one that hit the plaintiff—were marked. Money was requested to remove these trees over a three-year period. Whereas the Court recognized again the duty to maintain the highway, it concluded that the decision to inspect and identify dangerous trees was a preliminary step in the policy-making process. It was, according to Mr. Justice Cory [at page 465], a “classic example of a policy decision”, that is, one “setting priorities for the allocation of available funds.” “Policy decisions of government must be immune from the application of private law standards of tort liability,” he concluded [at pages 465-466]. Since there was no proof of irrationality or bad faith, nor of negligence in relation to

le demandeur a dérapé en voiture sur une route verglacée de l'Île de Vancouver. Bien que la Cour ait estimé qu'il existait une obligation générale de maintenir la route en bon état, en l'occurrence, le gouvernement a été exempté des principes ordinaires de la négligence parce que sa décision d'adopter l'horaire d'été, et donc de réduire les services d'entretien, constituait une décision de politique. Selon le juge Cory [aux pages 441 et 442], «[c]’était une décision de politique générale nécessitant la prise en considération classique des ressources financières et humaines ainsi que d'importantes négociations avec les syndicats gouvernementaux. Il s'agissait donc véritablement d'une décision gouvernementale comportant des aspects sociaux politiques et économiques». Par conséquent, en l'absence d'une preuve d'irrationalité ou de mauvaise foi, et comme il n'existait aucune preuve de négligence dans l'aspect opérationnel de la décision de politique, aucune responsabilité n'a été imposée. Même si la Cour suprême a rendu une décision unanime quant au résultat, le juge Sopinka a indiqué [à la page 424] qu'il n'était pas satisfait du «critère “politique générale—opérations” comme le facteur déterminant de la responsabilité», laissant entendre qu'il voudrait que la Cour réexamine son utilité à une date ultérieure.

Dans l'affaire *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*⁶⁵, la deuxième affaire que nous mentionnerons, le demandeur a été blessé par un arbre qui a tombé sur son camion alors qu'il roulait sur une autoroute entretenue par la province. On avait inspecté les arbres situés près de l'autoroute qui pouvaient se révéler dangereux, et 200 arbres morts—mais pas celui qui a frappé le demandeur—ont été marqués. On a demandé des fonds pour l'abattage de ces arbres sur une période de trois ans. Bien que la Cour ait reconnu encore une fois l'obligation d'entretenir l'autoroute, elle a conclu que la décision d'inspecter et d'identifier les arbres dangereux était une étape préliminaire dans le processus d'élaboration de politiques. Il s'agissait en l'occurrence, d'après le juge Cory, [à la page 465] d'un «cas typique de décision de politique générale», c'est-à-dire où on «établissait des priorités aux fins de l'affectation des fonds dont [on] disposait». Il en conclut que [aux

⁶⁵ [1994] 1 S.C.R. 445.

⁶⁵ [1994] 1 R.C.S. 445.

the operational aspects of the policy decision, no liability could be found.

While these two cases may appear to some to be “backsliding,” I am of the view that they are true to the philosophy of *Just*. It must be noted that the main decisions in both cases were written by Mr. Justice Cory, who was the author of the reasons in *Just*; he certainly did not indicate that he was departing in any way from what he had written earlier, even though there seemed to be some hesitation on various aspects of his reasons by other members of the Court. The determinations that the governmental decisions in these two cases were policy ones are certainly understandable in the circumstances, even though it might not have been necessary to deal with the duty issue because, in my view, both cases could have been more simply disposed of on the basis that there was no negligence proven on the facts.

In this case, the Trial Judge concluded that the decision of the Minister to authorize the issuance of the licences to Comeau was a policy decision. But, once having done this, no policy issues remained to be resolved, only the routine items of setting the conditions and issuing the licence. These by their very nature cannot be considered to be policy matters. There were no budgetary aspects involved in the decision to renege, even though it was made at the ministerial level. It was not a macro decision that could be described as part of governing. It was a micro decision of little importance to the nation. It was not the kind of decision that it would be improper or difficult for courts to evaluate. The decision to cancel the authorization, therefore, cannot be protected by the policy immunity. The purported cancellation of an authorization, reneging on an earlier decision and done without jurisdiction, can hardly be considered to be a policy decision worthy of immunity from liability for negligence. The law should not grant the reward of an immunity in these circum-

pages 465 et 466] «[I]es décisions de politique générale de l'État doivent échapper à l'application des critères du droit privé en matière de responsabilité délictuelle». Puisqu'il n'y avait aucune preuve d'irrationalité ou de mauvaise foi, ni de négligence quant à l'aspect opérationnel de la décision de politique, aucune responsabilité ne pouvait être imposée.

Bien que ces deux décisions semblent constituer une «régression» pour certains, je suis d'avis qu'elles sont fidèles à la philosophie de *Just*. Il ne faut pas oublier que les principales décisions dans les deux cas ont été rédigées par le juge Cory, qui était également l'auteur des motifs de l'arrêt *Just*; il n'a certainement pas laissé entendre qu'il dérogeait d'une façon quelconque à ce qu'il avait conclu auparavant, même si d'autres membres de la Cour suprême semblaient exprimer quelque hésitation à l'égard de divers aspects des motifs du juge Cory. Il est certainement compréhensible dans les circonstances que les décisions gouvernementales aient été considérées dans ces deux cas comme des décisions de politique, mais il n'aurait peut-être pas été nécessaire de s'attarder sur la question de l'obligation parce qu'à mon point de vue ces deux affaires auraient pu être tranchées plus simplement, puisque les faits n'établissaient aucune négligence.

Dans l'affaire qui nous occupe ici, le juge de première instance conclut que la décision par laquelle le ministre permettait l'octroi des permis à Comeau constituait une décision de politique. Par suite de cette permission, il ne restait aucune question à résoudre quant aux politiques, mais seulement des aspects de routine comme l'établissement des conditions et la délivrance du permis. Ces fonctions ne peuvent, de par leur nature même, être considérées comme des questions de politique: on ne peut attacher aucune question budgétaire à la décision de révoquer l'autorisation, même si cette décision a été prise par le ministre. Elle ne constituait pas une macrodécision qu'on pourrait faire entrer dans la fonction gouvernementale, car il s'agissait d'une microdécision qui revêtait peu d'importance pour la nation. On ne peut conclure qu'il serait inopportun ou difficile pour les tribunaux de l'évaluer. Elle ne peut donc être protégée par l'immunité accordée aux décisions de politique. La révocation d'une autorisation, soit le fait de renier une décision antérieure sans avoir

stances, where there was full knowledge of the harmful financial consequences to someone who reasonably relied on a commitment, for this would be inconsistent with professionalism and responsibility in the public service.

In the present case, the sole reason for the Minister's about-face appears to have been the political pressure exerted on him by those engaged in the inshore lobster fishery. There was no suggestion that Comeau would not comply with the conditions being worked out with the Department. It was conceded that Comeau would have received the licences on request prior to March 8, 1988. The Trial Judge noted that the Minister was well aware, prior to the December 29, 1987, telex, that there would be opposition from the inshore fishers, although he may not have anticipated its extent and volume.

The law of torts is not eclipsed by the needs of administrative law in this situation.

Takaro

Finally, I must comment on the *obiter* remarks of Lord Keith of Kinkel in *Takaro*, expressing opposition to governmental liability in tort. In my view, his comments are entirely irrelevant, since Parliament, both in England⁶⁶ and in Canada, has enacted that a government can be liable in tort as if it were a private person. Moreover, there is binding authority on this point in the Supreme Court of Canada that deals with this question. I feel I must do this, nevertheless, because counsel for the appellant urged us to adopt these views and because my colleagues have dealt with it.

Lord Keith opined that, if a decision is characterized as operational, it should not necessarily follow

⁶⁶ *Crown Proceedings Act, 1947*, 10 & 11 Geo. 6, c. 44, s. 2(1)(a).

la compétence nécessaire, peut difficilement être considérée comme une décision de politique qui mérite d'être protégée par l'immunité de l'État en cas de négligence. Le législateur ne devrait pas accorder

a l'immunité dans ces circonstances, lorsque le décideur avait pleinement connaissance des conséquences financières préjudiciables envers un tiers qui s'était, avec raison, fié à un engagement, puisque cette immunité serait alors incompatible avec le professionnalisme et la responsabilité dont doivent faire preuve les fonctionnaires.

En l'espèce, la volte-face du ministre semble s'appuyer uniquement sur les pressions politiques exercées par les pêcheurs côtiers de homard. Rien ne laisse croire que Comeau ne se conformerait pas aux conditions que le Ministère était en train de fixer de manière définitive. On a admis que Comeau aurait reçu les permis sur demande avant le 8 mars 1988. Le juge de première instance a souligné que le ministre savait fort bien, avant son télex du 29 décembre 1987, qu'il y aurait une opposition de la part des pêcheurs côtiers, même s'il n'avait pu en prévoir la portée et la véhémence.

Le droit de la responsabilité civile délictuelle n'est pas supplanté par les besoins du droit administratif dans cette situation.

Takaro

Enfin, je dois commenter les remarques incidentes de lord Keith of Kinkel dans l'affaire *Takaro*, où il se dit opposé à l'attribution de toute responsabilité civile délictuelle au gouvernement. À mon sens, ses commentaires n'ont aucune pertinence, puisque les parlements de l'Angleterre et du Canada ont promulgué des lois portant qu'un gouvernement peut engager sa responsabilité délictuelle comme s'il était une personne ordinaire⁶⁶. En outre, la Cour suprême du Canada a rendu un arrêt qui a force de précédent sur cette question. J'estime que je dois m'attarder sur ces commentaires, néanmoins, parce que l'avocat de l'appelante nous a exhorté à adopter ce point de vue et parce que mes collègues l'ont fait.

Selon lord Keith, si une décision est qualifiée de décision opérationnelle, une obligation de diligence

⁶⁶ *Crown Proceedings Act, 1947*, 10 & 11 Geo. 6, ch. 44, art. 2(1)(a).

that a duty of care should be recognized. Lord Keith, in direct conflict with legislation enacted by Parliament, suggested that [at page 501] "there are certain considerations which militate against imposition of liability." His Lordship continues:⁶⁷

Their Lordships wish to refer in particular to certain matters which they consider to be of importance. The first is that the only effect of a negligent decision, such as is here alleged to have been made, is delay. This is because the processes of judicial review are available to the aggrieved party; and, assuming that the alleged error of law is so serious that it can properly be described as negligent, the decision will assuredly be quashed by a process which, in New Zealand as in the United Kingdom, will normally be carried out with promptitude. The second is that, in the nature of things, it is likely to be very rare indeed that an error of law of this kind by a minister or other public authority can properly be categorised as negligent. As is well known, anybody, even a judge, can be capable of misconstruing a statute; and such misconstruction, when it occurs, can be severely criticised without attracting the epithet "negligent." Obviously, this simple fact points rather to the extreme unlikelihood of a breach of duty being established in these cases . . .

The third is the danger of overkill. It is to be hoped that, as a general rule, imposition of liability in negligence will lead to a higher standard of care in the performance of the relevant type of act; but sometimes not only may this not be so, but the imposition of liability may even lead to harmful consequences. In other words, the cure may be worse than the disease. . . . in cases such as the present, once it became known that liability in negligence may be imposed on the ground that a minister has misconstrued a statute and so acted *ultra vires*, the cautious civil servant may go to extreme lengths in ensuring that legal advice, or even the opinion of the court, is obtained before decisions are taken, thereby leading to unnecessary delay in a considerable number of cases.

Lord Keith of Kinkel notes that it may be possible to address some of these points, but the difficulty in doing so led the Trial Judge and one of the appeal judges in *Takaro* to doubt whether any duty of care should exist. The reasons of Lord Keith go on:⁶⁸

. . . it is being suggested that liability in negligence should be imposed in cases such as the present, when the effect of any such imposition of liability will on the one hand lead to recovery only in very rare cases and then only for the consequences of delay which should not be long; and may, on the other hand, lead to considerable delay occurring in a greater number of

⁶⁷ *Supra*, footnote 11, at pp. 501-502.

⁶⁸ *Ibid.*, at p. 503.

ne devrait pas nécessairement s'ensuivre. Lord Keith, en contradiction directe avec des textes législatifs adoptés par le Parlement, laisse entendre [à la page 501] [TRADUCTION] «qu'il existe certaines considérations militant contre l'imposition d'une responsabilité». Il poursuit de la manière suivante⁶⁷:

[TRADUCTION] Notre Cour désire mentionner particulièrement certains points qui lui semblent importants. Premièrement, une décision négligente, comme celle qui est reprochée ici, a pour seule conséquence d'entraîner un retard, du fait que la partie lésée peut recourir au contrôle judiciaire; si l'on suppose que l'erreur de droit reprochée est d'une gravité telle qu'elle peut licitement être décrite comme négligente, la décision sera certainement annulée par un processus qui, en Nouvelle-Zélande comme au Royaume-Uni, se déroulera normalement avec promptitude. Deuxièmement, en pratique, il est sans doute très rare qu'une erreur de droit de ce genre commise par un ministre ou une autre autorité publique puisse être à bon droit considérée comme négligente: on le sait bien, n'importe qui, même un juge, peut mal interpréter une loi, et une telle erreur d'interprétation, lorsqu'elle survient, peut être sévèrement critiquée sans être jugée «négligente». De toute évidence, ce simple fait souligne qu'il est très invraisemblable qu'on puisse conclure au manquement à une obligation le cas échéant . . .

Troisièmement, il existe un risque d'exagération. On espère que, en règle générale, l'imposition d'une responsabilité découlant de la négligence incitera les intéressés à faire preuve d'une plus grande diligence dans l'exercice de leurs fonctions; parfois, non seulement ce ne sera pas le cas, mais l'imposition de la responsabilité peut même s'assortir de conséquences néfastes. En d'autres termes, le remède peut être pire que la maladie. . . . dans les cas comme l'espèce, parce qu'une fois qu'on saura qu'il existe une responsabilité découlant de la négligence lorsqu'un ministre a mal interprété une loi et a donc outrepassé sa compétence, le fonctionnaire prudent pourrait faire preuve d'un zèle extrême et s'assurer d'obtenir des conseils juridiques, ou même l'opinion d'un tribunal, avant de prendre des décisions, ce qui créerait des délais inutiles dans un grand nombre de dossiers.

Lord Keith of Kinkel fait observer qu'il peut être possible de soulever certains de ces points, mais la difficulté de cet exercice a porté le juge de première instance et un juge d'appel dans l'affaire *Takaro* à douter du bien-fondé de l'obligation de diligence. Lord Keith continuait ainsi⁶⁸:

[TRADUCTION] . . . certains croient que la responsabilité pour négligence devrait être imposée dans des cas comme en l'espèce, lorsque l'effet d'une telle responsabilité engendre un redressement, d'une part, seulement à de très rares occasions et, alors, uniquement pour les conséquences du délai, qui ne devrait pas être considérable; d'autre part, cette responsabilité

⁶⁷ Précité, note 11, aux p. 501 et 502.

⁶⁸ *Ibid.*, à la p. 503.

cases, for which there can be no redress. In all the circumstances, it must be a serious question for consideration whether it would be appropriate to impose liability in negligence in these cases, or whether it would not rather be in the public interest that citizens should be confined to their remedy, as at present, in those cases where the minister or public authority has acted in bad faith.

Their Lordships do not think it would be right for them to answer that question in the present case; indeed they must not be thought to be expressing any opinion on the point. This is partly because, as they have said, the matter was not fully exposed in argument. But in any event they are very conscious of the fact, already referred to, that, in the great majority of cases where it is alleged that there has been negligence in the construction of a statute, it is likely to prove that the error cannot be described as negligent.

In my view, aside from the fact that these remarks are entirely *obiter*, and inconsistent with Supreme Court of Canada jurisprudence, there are a number of problems with Lord Keith's approach to the obligations of public authorities. First, he suggests that no duty of care should exist because a breach of that duty, that is, negligence, would rarely be found. With respect, I fail to see how the fact that few negligence claims might be successful can be used to justify eliminating a cause of action in tort. On the contrary, it could be suggested that, if cases of negligence are rare, the duty of care which is currently imposed on public authorities may be having the desired effect of encouraging a high standard of conduct.⁶⁹

Second, Lord Keith suggests that administrative law remedies are available to quash errors of law promptly. That may be true in England, but delay in the courts is a serious problem in this country. No matter how quickly claimants may be heard, for some, even a short delay can be extremely serious. A missed day's fishing is missed forever. Lord Keith does not mention the possibility that, even if an order to quash is obtained expeditiously, it might be appealed, adding further delay. Even if delay is not a problem, setting aside a decision may be no real rem-

⁶⁹ But see Cohen, "Regulating Regulators: The Legal Environment of the State" (1990), 40 *U.T.L.J.* 213; Cohen "Suing the State", *Ibid.*, at p. 630.

entraînerait un retard notable dans un grand nombre d'affaires pour lesquelles aucun redressement n'est possible. Dans toutes les circonstances, on doit se demander sérieusement s'il serait approprié d'imposer la responsabilité pour négligence dans ces affaires, ou s'il ne serait pas davantage dans l'intérêt public que les citoyens n'aient de recours, comme en l'espèce, que dans les cas où le ministre ou l'autorité publique ont agi de mauvaise foi.

Notre Cour estime qu'il ne serait pas convenable de répondre à cette question en l'occurrence; de fait, nul ne doit conclure que nous exprimons une opinion sur ce point. En effet, comme nous l'avons mentionné, cette question n'a pas été totalement élaborée au cours de l'argumentation. De toute manière, notre Cour est très consciente du fait, déjà mentionné, que dans la grande majorité des cas où on allègue qu'il y a eu négligence dans l'interprétation d'une loi, il est probable qu'il sera établi que l'erreur ne peut être décrite comme une négligence.

D'après moi, outre la nature totalement incidente de ces remarques, par ailleurs incompatibles avec la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, l'approche de lord Keith à l'égard des obligations des autorités publiques présente certains problèmes. Tout d'abord, il laisse entendre qu'aucune obligation de diligence ne devrait exister parce qu'un manquement à cette obligation, c'est-à-dire la négligence, sera rarement établie. En toute déférence, je ne vois pas comment le fait que peu de demandes fondées sur la négligence obtiennent gain de cause puisse être utilisé pour justifier l'élimination d'une cause d'action en responsabilité civile délictuelle. Au contraire, on pourrait croire que, si les cas de négligence sont rares, c'est parce que l'obligation de diligence actuellement imposée aux autorités publiques a l'effet souhaité, c'est-à-dire favoriser une norme de conduite élevée⁶⁹.

Deuxièmement, lord Keith mentionne que les recours de droit administratif peuvent permettre de corriger les erreurs de droit promptement. C'est peut-être vrai en Angleterre, mais les retards judiciaires constituent un grave problème au Canada. Peu importe la rapidité avec laquelle les demandeurs peuvent être entendus, pour certains, même un court délai peut s'avérer extrêmement sérieux. Une journée de pêche manquée ne peut être rattrapée. Lord Keith ne mentionne pas la possibilité des appels, et d'autres délais, advenant qu'une ordonnance infirmant une

⁶⁹ Voir Cohen, «Regulating Regulators: The Legal Environment of the State» (1990), 40 *U.T.L.J.* 213; Cohen, «Suing the State», *Ibid.*, à la p. 630.

edy at all, because damages are not generally available in ordinary cases of administrative review. Thus, even if the application were successful, Comeau would still have to bear the cost of converting the boats. In the present case, any delay of more than a few weeks in having the decision set aside (let alone appealed) would damage Comeau's ability to make any profit in the year. This is hardly a satisfactory result for persons acting in good faith in reliance on the actions of representatives of their government. It seems to me, however, that it would be proper to consider this factor in deciding whether Comeau took sufficient steps to mitigate its damages, but it cannot operate as a bar to relief as suggested by Mr. Justice Stone.

Lord Keith amazingly suggests that the threat of negligence claims against government might so terrify British civil servants that the decision-making processes of government will become paralyzed. He fears that government activity might be frozen by the chill of possible liability and that detailed legal advice will have to be sought on all manner of decisions which have been properly made with or without it for years. How different a jurisprudential tune is being sung these days in the United Kingdom as compared to that sung two decades earlier in *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd.*⁷⁰ Then, with great pride and fanfare, the House of Lords, through Lord Reid, proclaimed that British civil servants would not be deterred from doing their duty by the fear of potential tort liability. Unlike the situation in New York,⁷¹ where there was an immunity to protect public servants from negligence liability, the British bureaucracy, he proudly boasted, did not need such an immunity for "Her Majesty's servants are made of sterner stuff."

⁷⁰ [1970] 2 All ER 294 (H.L.), at p. 302.

⁷¹ *Williams v. State*, 127 N.Y. 2d 545 (Ct. App. 1955).

décision soit obtenue rapidement. Même si les délais ne constituent pas un problème, l'annulation d'une décision ne représente pas toujours vraiment une réparation, car il n'y a généralement aucuns dommages-intérêts octroyés dans des cas ordinaires de révision administrative. Par conséquent, même si Comeau avait eu gain de cause dans sa demande, elle aurait eu à supporter les frais de la conversion de ses navires. Dans le cas qui nous occupe, tout délai de plus de quelques semaines dans l'annulation de la décision (s'il n'y a aucun appel) empêcherait Comeau de faire des profits durant l'année. Il est difficile de croire qu'il s'agit là d'un résultat satisfaisant pour des personnes qui agissent de bonne foi en se fiant sur les actions des représentants de leur gouvernement. Il me semble, toutefois, qu'il serait opportun de considérer ce facteur lorsqu'on décide si Comeau a pris des mesures suffisantes pour atténuer ses dommages; il ne peut en revanche servir à empêcher tout redressement, comme le laisse entendre le juge Stone.

Lord Keith affirme de façon surprenante que la menace de poursuites pour négligence contre le gouvernement pourrait terrifier les fonctionnaires britanniques à un point tel que le processus décisionnel gouvernemental en deviendrait paralysé. Il craint que l'activité gouvernementale ne soit immobilisée par le risque d'une responsabilité possible et qu'il faudrait obtenir des conseils juridiques détaillés pour tous les genres de décisions qui sont prises avec ou sans avis juridique depuis des années. La jurisprudence emprunte un courant bien différent de nos jours au Royaume-Uni par rapport à la voie où elle s'était engagée il y a deux décennies dans l'affaire *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd.*⁷⁰. Alors, avec une grande fierté et force tambours et trompettes, la Chambre des lords, par la plume de lord Reid, proclamait que les fonctionnaires britanniques ne manqueraient pas à leur devoir par crainte d'être assujettis à une responsabilité civile délictuelle. Contrairement à la situation qui prévalait à New-York⁷¹, où les fonctionnaires étaient protégés par une immunité en cas de responsabilité pour négligence, lord Reid s'est vanté avec fierté que la bureaucratie britannique n'avait pas besoin d'une telle immunité parce que

⁷⁰ [1970] 2 All ER 294 (H.L.), à la p. 302.

⁷¹ *Williams v. State*, 127 N.Y. 2d 545 (Ct. App. 1955).

[TRADUCTION] «les fonctionnaires de Sa Majesté se laissent moins facilement intimider».

I would not say that our public servants are any better than those in England, but I see no reason to disparage Canadian bureaucrats, as Lord Keith has their British counterparts. I cannot believe that the Canadian bureaucracy is as timid and faint-hearted as Lord Keith apparently believes public servants in England are nowadays. Surely, they, like other professionals, will be able to perform their duty, despite the possibility of tort liability in the rare instances that they can be proven to be negligent. I prefer to associate myself with the views of Madam Justice Wilson, who declared in *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*⁷² that allowing civil liability of public authorities would not be “potentially ruinous,” but rather would be a “useful protection to the citizens whose ever-increasing reliance on public officials seems to be a feature of our age.” Her Ladyship felt that Canadian officials were “conscientious” by and large, and that any failure was the “exception rather than the rule.” This is a view that demonstrates confidence in the public service; it can withstand scrutiny in tort cases just like all others in our society.

In any event, it must be remembered that the *Takaro* case dealt with the question of what a minister was entitled to do in making a decision within his discretion, while the present case concerns a minister illegally reneging on a decision which was initially made in the proper exercise of his discretion.

CONCLUSION

To recapitulate, section 7 gives the Minister the absolute discretion to issue and to authorize the issue of licences. It does not give the Minister jurisdiction to withdraw, without reason, an authorization previously given. Consequently, in purporting to do so, the Minister was acting *ultra vires*. Even though the

⁷² [1984] 2 S.C.R. 2, at p. 26.

Je ne dirais pas que nos fonctionnaires sont meilleurs que ceux de l'Angleterre, mais je ne vois aucune raison justifiant de discréditer les bureaucrates canadiens, comme le fait lord Keith à l'égard des fonctionnaires britanniques. Je ne peux croire que l'administration canadienne soit aussi timide et craintive que le sont les fonctionnaires d'aujourd'hui en Angleterre, selon lord Keith. Certainement, à l'instar d'autres professionnels, ils seront en mesure d'exercer leurs fonctions malgré le risque d'engager leur responsabilité en matière civile délictuelle dans les rares cas où il peut être établi qu'ils ont fait preuve de négligence. Je préfère m'associer au point de vue de M^{me} le juge Wilson, qui a déclaré dans *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*⁷² que l'imposition de la responsabilité civile aux autorités publiques ne [pourrait] «causer des catastrophes financières» mais qu'elle jouerait un rôle de «protection utile pour les citoyens dont la confiance de plus en plus grande dans les fonctionnaires semble une caractéristique de notre temps». M^{me} le juge estimait que les fonctionnaires canadiens «s'acquittent de leurs responsabilités de façon consciencieuse» et qu'une omission sera «l'exception plutôt que la règle». Voilà une opinion qui montre la confiance dans la fonction publique, dans sa capacité de soutenir, aussi bien que d'autres instances de notre société, un examen attentif en matière de responsabilité délictuelle.

Il ne faut pas oublier que, dans l'affaire *Takaro*, on cherchait à déterminer les mesures permises à un ministre lorsqu'il doit prendre une décision qui relève de son pouvoir discrétionnaire, tandis qu'en l'occurrence le ministre a révoqué illégalement une décision qu'il avait initialement prise dans l'exercice légal de son pouvoir discrétionnaire.

CONCLUSION

Il convient de récapituler: l'article 7 accorde au ministre le pouvoir discrétionnaire absolu de délivrer et de permettre l'octroi de permis. Il ne lui donne pas le pouvoir de révoquer, sans raison, l'autorisation qu'il avait accordée au préalable. Par conséquent, lorsqu'il a procédé à une telle révocation, le ministre

⁷² [1984] 2 R.C.S. 2, à la p. 26.

Minister acted outside his authority, this by itself does not constitute actionable negligence. However, in these circumstances, where the other party relied to its detriment on the Minister's decision, and so relied to the knowledge of the Minister, the breach of statute was properly found to constitute actionable negligence. Finally, the Minister cannot claim the protection of the policy immunity in this case, as his decision was not a budgetary one, nor one involving governing; it was merely a routine matter and it was made without authority. While the original decision to authorize a licence to issue may have been a policy decision, which would not have been subject to challenge by tort law, the decision to withdraw the authorization, done without statutory jurisdiction, cannot attract the policy shield. Administrative law does not trump tort law in this case.

The appeal is, therefore, dismissed with costs.

As for the cross-appeal, I am of the view that the Trial Judge did not err in his treatment of the other three bases for liability advanced by the respondent. Consequently, the cross-appeal is also dismissed with costs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROBERTSON J.A. (concurring in the result): I have reviewed the reasons of my colleague Linden J.A. and regret that I am unable to agree with his conclusion that this is a case of actionable negligence. The essential facts of this case underscore the tension underlying the application of private law principles within a public law forum.

Pursuant to section 7 of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14 (the Act), the then Minister of Fisheries (the Minister) exercised his "absolute" discretion to authorize the issuance of offshore lobster fishing licences to the respondent, Comeau Sea Foods Lim-

excédait sa compétence. Ce fait en lui-même, cependant, ne constitue pas une négligence pouvant faire l'objet d'une poursuite. Malgré tout, dans ces circonstances, puisque l'autre partie s'est fiée à ses dépens à la décision du ministre et qu'elle l'a fait avec la connaissance de celui-ci, il était opportun de conclure que le manquement à la loi représentait une négligence pouvant faire l'objet d'une poursuite. Enfin, le ministre ne peut prétendre qu'il est protégé par l'immunité accordée aux décisions de politique, puisque sa décision ne touchait pas un aspect budgétaire ni une activité gouvernementale: il s'agissait simplement d'une question de routine, et la décision a été prise sans autorité. Bien que l'autorisation initiale, soit permettre l'octroi des permis, ait pu constituer une décision de politique qui n'aurait pu faire l'objet d'une contestation en matière de responsabilité civile délictuelle, la décision de révoquer cette autorisation, prise hors la compétence accordée par le législateur, ne peut prétendre à une telle protection. Le droit administratif n'a pas préséance sur le droit de la responsabilité civile délictuelle en l'occurrence.

L'appel est donc rejeté avec dépens.

Quand à l'appel incident, je suis d'avis que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur dans sa décision relative aux trois autres motifs de responsabilité soumis par l'intimée. Il est donc également rejeté avec dépens.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A. (*motifs concordants quant au résultat*): J'ai examiné les motifs de mon collègue, le juge Linden, J.C.A. et je regrette de ne pas être en mesure de souscrire à sa conclusion, savoir l'existence d'une négligence ouvrant droit à une poursuite. Les faits essentiels de l'espèce mettent en lumière les tiraillements qu'occasionne l'application de principes de droit privé dans le domaine du droit public.

En application de l'article 7 de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14 (la Loi), le ministre des Pêches d'alors (le ministre) a exercé son pouvoir discrétionnaire «absolu» d'autoriser l'octroi de permis de pêche au homard en haute mer à l'intimée,

ited (Comeau). On the basis of that authorization and at a time when all essential conditions precedent to the issuance of the licences had been satisfied, but before the licences had actually been issued, Comeau began expending monies in converting a scallop dragger for use as a lobster vessel and so advised the Minister. At the same time, pressure was being placed on the Minister by inshore fishermen who believed that more offshore licences would adversely affect the inshore fishery. Ultimately, the Minister succumbed to their protests by withdrawing the authorization, refusing to issue any offshore licences and launching a federal study into the state of the lobster fishery. Sixteen months later, Comeau initiated an action for damages on the basis of wide-ranging grounds of liability, including "negligence." It has never pursued the remedial options of judicial review and *mandamus*.

Relying on section 7 of the Act, the Minister argued at trial that he retained the authority to revoke the authorization at any time prior to the licences actually issuing. The Trial Judge did not accept this construction and held that once the Minister authorized the issuance of the licences he had exhausted his discretion under section 7 (now reported [1992] 3 F.C. 54 (T.D.)). Hence, the revocation decision was deemed *ultra vires* the Minister. The Trial Judge went on to conclude that the revocation decision amounted to actionable negligence and that, even if the Act had expressly empowered the Minister to withdraw the authorization, the legal result would have been no different. The other grounds of liability were rejected and are pursued on the cross-appeal.

Linden J.A. has concluded that the Trial Judge's decision must be affirmed. While I agree that the decision to withdraw the authorization was *ultra vires* the Minister, that he owed a limited duty of care to Comeau, and that the cross-appeal should be dismissed, I am also of the respectful view that the Minister did not breach the requisite standard of care and consequently this is not a case of actionable negli-

Comeau Sea Foods Limited (Comeau). Sur la foi de cette autorisation, et au moment où toutes les conditions essentielles préalables à l'octroi des permis ont été satisfaites mais avant que les permis soient réellement délivrés, Comeau a commencé à engager des dépenses afin de convertir un chalutier destiné à la pêche aux pétoncles en vue d'en faire un navire servant à la pêche au homard; elle en a avisé le ministre. Au même moment, des pressions étaient exercées sur ce dernier par les pêcheurs côtiers, qui estimaient que la délivrance de permis supplémentaires pour la pêche en haute mer aurait un effet préjudiciable sur la pêche côtière. En fin de compte, le ministre a cédé à leurs protestations en révoquant son autorisation, en refusant d'octroyer des permis de pêche en haute mer et en entamant une étude fédérale sur l'état de la pêche au homard. Seize mois plus tard, Comeau a intenté une action en dommages-intérêts fondée sur plusieurs motifs de responsabilité, dont la «négligence». Elle n'a jamais tenté de faire valoir des recours sous forme de contrôle judiciaire ou de *mandamus*.

En s'appuyant sur l'article 7 de la Loi, le ministre a soutenu au procès qu'il avait conservé le pouvoir de révoquer son autorisation en tout temps avant la délivrance en bonne et due forme des permis. Le juge de première instance n'a pas accepté cette interprétation et a statué qu'une fois que le ministre avait autorisé l'octroi des permis, il avait épuisé son pouvoir discrétionnaire visé à l'article 7 (cette décision est publiée dans le recueil [1992] 3 C.F. 54 (1^{re} inst.)). Dès lors, la révocation a été jugée comme outrepassant les pouvoirs du ministre. Le juge de première instance en a conclu qu'elle constituait une négligence ouvrant droit à une poursuite et que, même si la loi habilitait expressément le ministre à révoquer son autorisation, le résultat juridique demeurerait inchangé. Les autres chefs de responsabilité ont été rejetés et font l'objet de l'appel incident.

Le juge Linden, J.C.A. a conclu que la décision du juge de première instance doit être confirmée. Même si je conviens que la décision de révoquer l'autorisation outrepassait les compétences du ministre, que celui-ci avait une obligation de diligence limitée envers Comeau et que l'appel incident devrait être rejeté, je suis d'avis que le ministre n'a pas contrevenu à la norme de diligence requise et, par consé-

gence. I shall try to state my position as succinctly as possible before offering a fuller analysis.

The two principal issues raised on this appeal are whether the Minister owed Comeau a duty of care and, if so, whether the requisite standard of care was breached in the circumstances. Whether or not a duty of care arises in this case is dependent on the application of the policy/operational distinction first enunciated in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), and now firmly entrenched in Canadian law. Based on that distinction, policy decisions cannot attract liability in negligence. Operational decisions do not enjoy that immunity. The Trial Judge characterized the revocation decision as operational as well as constituting the negligent act. In my view, however, the revocation decision is no less a policy decision than the decision to authorize the issuance of the licences in the first instance. This is not to suggest that the Minister owed Comeau no duty of care. The revocation decision involved two distinct lines of inquiry. First, the Minister had to decide whether the authorization should be revoked. Second, he had to decide whether, as a matter of law, he could do so. The first question is one of policy and therefore immune from allegations of negligence. The second is operational because it involves the manner in which the Minister ascertained whether he had the legal authority to revoke the earlier authorization. It is in this limited sense that a duty of care arises such that the Minister's decision to revoke the authorization is subject to the principles of negligence law.

If negligence is to be established, it is because the Minister failed to exercise reasonable care as required of a reasonable "minister" acting in similar circumstances. The fact that an administrative decision is *ultra vires*, however, does not tell us it was made without reasonable care. Thus it remains to be explained how it is that the Minister breached the

quent, qu'il ne s'agit pas d'un cas de négligence ouvrant droit à une poursuite. J'essaierai d'énoncer ma position aussi succinctement que possible avant de passer à une analyse approfondie.

a

Les deux grandes questions en litige dans le cadre du présent appel consistent à déterminer si le ministre avait une obligation de diligence envers Comeau et, le cas échéant, s'il y a eu manquement, dans les circonstances, à la norme de diligence requise. L'existence d'une obligation de diligence en l'espèce est tributaire de l'application de la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle qui a été énoncée pour la première fois dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.) et qui est désormais solidement établie dans les règles de droit canadiennes. Selon cette distinction, les décisions de politique n'engagent pas la responsabilité pour négligence de leur auteur, mais les décisions opérationnelles ne jouissent pas de cette immunité. Le juge de première instance a assimilé la révocation à une décision opérationnelle ainsi qu'à un acte de négligence. À mon avis, toutefois, la révocation constitue tout aussi bien une décision de politique que la décision de permettre l'octroi des permis en premier lieu. Cela ne veut pas dire que le ministre n'avait aucune obligation de diligence envers Comeau. La décision de révoquer l'octroi des permis s'appuyait sur deux examens distincts. Premièrement, le ministre devait décider s'il y avait lieu de révoquer l'autorisation. Deuxièmement, il devait déterminer si, en droit, il pouvait le faire. La première question en est une de politique et, à ce titre, ne peut faire l'objet d'allégations de négligence. La deuxième est de nature opérationnelle parce qu'elle est liée à la façon dont le ministre s'est assuré qu'il avait le pouvoir légal de révoquer sa première autorisation. C'est dans ce sens limité qu'il existe une obligation de diligence et que la décision du ministre de révoquer l'autorisation doit respecter les principes juridiques en matière de négligence.

b

c

d

e

f

g

h

i

j

Il y aura négligence si le ministre a omis de faire preuve de la diligence raisonnable requise d'un «ministre» raisonnable agissant dans des circonstances semblables. Cependant, le fait qu'une décision administrative outrepassé les compétences de son auteur, ne nous dit pas qu'elle a été prise sans diligence raisonnable. Il faut donc expliquer comment le

requisite standard of care. The Trial Judge's formal finding of actionable negligence rests on two factors. First, the Minister failed to "demonstrate any reasonable justification for first announcing a decision authorizing the issue of the lobster licences to [Comeau] and then the withdrawal of that authorization" (at page 71). The Trial Judge characterized the Minister's *volte-face* as "erratic public administration which was productive of serious mischief to private entrepreneurs" (at page 71). Second, the Minister breached the requisite standard of care by revoking the earlier authorization in circumstances where he ought to have reasonably foreseen that that decision would expose Comeau to financial loss (at page 72). In short, the Minister failed to act reasonably in the circumstances.

With great respect, I believe that analysis is flawed. It is my contention that any judicial inquiry touching on the reasonableness or merits of the Minister's decision to revoke the authorization is proscribed by the Supreme Court's jurisprudence regarding *Anns* and, in particular, the policy/operational distinction. As the decision in question falls within the policy category, I do not believe that any duty of care could have arisen between the Minister and Comeau as to whether the Minister was justified in revoking the authorization. I am also of the view that foreseeability of Comeau's loss cannot be invoked as a valid fetter on ministerial discretion. Nor can foreseeability of loss by itself justify the conclusion that the revocation decision constituted negligent behaviour. As will be discussed more fully below, actionable negligence will arise only if it can be shown that the Minister improperly construed section 7 of the Act by failing to take reasonable care to avoid arriving at an *ultra vires* determination.

It is detrimental reliance, foreseeability of loss, coupled with excess of jurisdiction, which make a finding of liability so attractive in this case. The question I must address is whether these factors, when viewed collectively, warrant the epithet "negli-

ministre a contrevenu à la norme de diligence requise. La conclusion du juge de première instance quant à l'existence d'une négligence ouvrant droit à une poursuite s'appuie sur deux facteurs. Tout d'abord, le ministre n'a pas «établi l'existence d'une justification raisonnable, lorsqu'il s'est agi d'annoncer initialement qu'il avait été décidé de permettre l'octroi des permis de pêche du homard à [Comeau], puis de révoquer la permission» (à la page 71). Selon le juge de première instance, la *volte-face* du ministre constituait «une gestion capricieuse des affaires publiques, laquelle causait un tort sérieux aux entrepreneurs privés» (à la page 71). Ensuite, le ministre n'a pas respecté le degré de diligence requis en révoquant l'autorisation antérieure dans des circonstances où il aurait dû raisonnablement prévoir que cette décision ferait subir une perte financière à Comeau (à la page 72). Bref, le ministre a omis d'agir raisonnablement dans les circonstances.

En toute déférence, j'estime que cette analyse est fautive. D'après moi, les arrêts de la Cour suprême relatifs à la décision *Anns* et, en particulier, la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle, proscrirent tout examen, par un organe judiciaire, du caractère raisonnable ou du bien-fondé de la décision du ministre de révoquer l'autorisation. Puisque cette décision entre dans la catégorie des décisions de politique, je ne crois pas qu'une obligation de diligence existerait entre le ministre et Comeau relativement au fait que le ministre était justifié ou non de révoquer son autorisation. Je suis également d'avis que le caractère prévisible de la perte de Comeau ne peut être invoqué afin d'entraver à bon droit le pouvoir discrétionnaire du ministre. Ce facteur ne peut non plus justifier la conclusion selon laquelle la révocation constituait un comportement négligent. Comme j'en discuterai plus en détail ci-dessous, la négligence ouvrant droit à une poursuite n'existera que s'il peut être démontré que le ministre a mal interprété l'article 7 de la Loi en omettant de faire preuve de diligence raisonnable afin d'éviter de prendre une décision invalide.

C'est la confiance préjudiciable, la prévisibilité de la perte et l'excès de compétence qui rendent si attrayante en l'espèce la conclusion relative à l'existence de la responsabilité. Je dois décider si ces facteurs, pris dans leur ensemble, justifient l'épithète

gence." Undoubtedly, there are those who will feel that Comeau is entitled to compensation. In my view, the principles of contract law, promissory and equitable estoppel, negligent misrepresentation, negligence *per se*, and breach of a statutory duty do not support such a right when measured against the facts of this case. Negligence, of course, is not the only source of tortious liability for unlawful administrative action. The tort of misfeasance in a public office is well established in law and must be first considered. The relationship of this administrative tort to the case at bar will become apparent.

MISFEASANCE IN A PUBLIC OFFICE

In its earliest form, the tort of misfeasance in a public office was limited to cases where a public officer (a person exercising a statutory or prerogative power) abused a power actually possessed. Once it was shown that a decision was tainted with malice in the sense that there was an intent to inflict injury on the plaintiff then the invalid decision gave rise to a claim in damages. With time, the tort was extended to include cases in which decision-makers knew that they did not possess the power which they purported to exercise. Today, the administrative tort is established once it is shown that the invalid decision is tainted by either malice or knowledge: see *Chhabra (O.P.) v. Canada*, [1989] 2 C.T.C. 13 (F.C.T.D.), at pp. 18-19, *per* Cullen J.; and *Franœeur et al. v. Canada* (1994), 78 F.T.R. 109 (F.C.T.D.), at pp. 125-128; and see generally Peter W. Hogg, *Liability of the Crown* (Toronto: Carswell, 1989) at pages 111-113; J. McBride, "Damages as a Remedy for Unlawful Administrative Action", [1979] *C.L.J.* 323; P. P. Craig, "Compensation in Public Law" (1980), 96 *L.Q. Rev.* 413; R. C. Evans, "Damages for Unlawful Administrative Action: The Remedy for Misfeasance in Public Office" (1982), 31 *Int. & Comp. L.Q.* 640.

A classic example of this administrative tort is *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, where liability depended on article 1053 of Quebec's *Civil Code* although it is generally assumed that liability

«négligence». Sans aucun doute, certains estiment que Comeau a droit à une indemnisation. À mon avis, les principes du droit des contrats, l'irrecevabilité fondée sur une promesse ou en *equity*, la déclaration inexacte faite avec négligence, la négligence en soi et le manquement à une obligation légale n'appuient pas l'existence d'un tel droit à la lumière des faits en l'espèce. La négligence, bien entendu, n'est pas la seule source de responsabilité civile délictuelle en cas de mesure administrative illicite. L'abus d'autorité dans l'exercice d'une charge publique est un délit bien établi en droit et doit être pris en considération en premier lieu. Le rapport entre l'affaire qui nous occupe et ce délit administratif sera manifeste.

ABUS D'AUTORITÉ DANS L'EXERCICE D'UNE CHARGE PUBLIQUE

Dans sa forme la plus ancienne, ce délit était limité aux cas où un fonctionnaire (soit une personne exerçant un pouvoir conféré par la loi ou une prérogative) avait abusé d'un pouvoir qu'il possédait réellement. Une fois qu'il était établi que la décision était entachée de malveillance, c'est-à-dire que l'auteur avait l'intention de causer un préjudice au demandeur, la décision en question donnait lieu à une demande en dommages-intérêts. Au fil des ans, le délit a été élargi aux cas où les décideurs savaient qu'ils ne possédaient pas le pouvoir qu'ils tentaient d'exercer. Aujourd'hui, l'existence du délit administratif est établie lorsqu'on prouve que la décision non valide est entachée par la malveillance ou la connaissance de son invalidité: voir *Chhabra (O.P.) c. Canada*, [1989] 2 C.T.C. 13 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 18 et 19, juge Cullen; *Franœeur et al. c. Canada* (1994), 78 F.T.R. 109 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 125 à 128 et voir de façon générale Peter W. Hogg, *Liability of the Crown*, (Toronto, Carswell, 1989), aux pages 111 à 113; J. McBride; «Damages as a Remedy for Unlawful Administrative Action», [1979] *C.L.J.* 323; P. P. Craig, «Compensation in Public Law» (1980), 96 *L.Q. Rev.* 413; R. C. Evans, «Damages for Unlawful Administrative Action: The Remedy for Misfeasance in Public Office» (1982), 31 *Int. & Comp. L.Q.* 640.

Soulignons l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 en guise d'exemple classique de ce délit administratif; dans cette affaire, la responsabilité découlait de l'article 1053 du *Code civil du Bas-*

would be the same under the common law; see Rand J., at pages 139-142. In *Roncarelli*, the plaintiff's liquor licence was cancelled by the Quebec Liquor Commission at the direction of the Premier in order to punish the plaintiff for providing bail to fellow Jehovah's Witnesses charged with violating by-laws governing the distribution of their literature. As is well known, the plaintiff was successful before a divided Supreme Court. Yet, there can be no doubt that the act complained of amounted to a "gross abuse of legal power expressly intended to punish [the plaintiff] for an act wholly irrelevant." Rand J., in delivering one of the judgments of the Court, characterized the wrongful act as malicious while proceeding to redefine that term to include: "acting for a reason and purpose knowingly foreign to the administration" (at page 141).

While it seems clear that malice or actual knowledge is required for the tort of misfeasance to be committed, that has not always been the law. The notion that a person who has suffered a loss because of an *ultra vires* decision is entitled to compensation even though no malice, knowledge of invalidity or negligence is present can be traced to the Supreme Court's decision in *McGillivray v. Kimber et al.* (1915), 52 S.C.R. 146. According to that decision, liability was no longer fault based but rather regarded as a species of strict liability; see also *Brasyer v. Maclean* (1875), L.R. 6 P.C. 398 (P.C. N.S.W.).

In *McGillivray*, the plaintiff's licence had been revoked by a simple resolution of the licensing authority when, under the governing by-law, it could only do so after a proper hearing. In separate dissenting reasons, two of the five members of the Supreme Court were not prepared to sustain the damage award rendered at trial in the absence of malice on the part of the licensing authority. In separate reasons, each of the three justices in the majority were prepared to impose liability on the licensing authority even though malice had not been established. The majority seemed to have accepted that the defendant honestly

Canada, mais on présume généralement que la responsabilité serait la même en vertu de la common law; voir les propos du juge Rand aux pages 139 à 142. Dans *Roncarelli*, le permis de restaurateur du demandeur a été révoqué par la Commission des Liqueurs du Québec sur les instructions du Premier ministre afin de punir le demandeur de s'être rendu caution pour des Témoins de Jéhovah inculpés d'avoir contrevenu à des règlements régissant la distribution de littérature relative à leur foi. Comme on le sait, Roncarelli a obtenu gain de cause devant une Cour suprême divisée. Pourtant, il ne fait aucun doute que l'acte reproché représentait un [TRADUCTION] «abus grossier d'un pouvoir légal visant expressément à punir [le demandeur] pour un geste tout à fait non pertinent». Le juge Rand, rédacteur d'un des jugements de la Cour, a qualifié l'acte illicite de malveillant et a redéfini ce terme de manière à ce qu'il désigne aussi [TRADUCTION] «les actes posés pour une raison et dans un but étranger à l'administration» (à la page 141).

Bien qu'il semble évident que la malveillance ou la connaissance réelle soit requise pour que la Cour conclue à l'existence d'une action fautive, ce principe juridique n'a pas toujours été établi. La notion selon laquelle une personne qui a subi une perte en raison d'une décision invalide a le droit d'être indemnisée même s'il n'y avait aucune malveillance, connaissance de l'invalidité ou négligence remonte à la décision de la Cour suprême dans *McGillivray c. Kimber et al.* (1915), 52 R.C.S. 146. Selon cet arrêt, la responsabilité n'est plus fondée sur l'existence d'une faute, mais elle est assimilée à une forme de responsabilité stricte; voir également *Brasyer v. Maclean* (1875), L.R. 6 P.C. 398 (P.C. N.-G.S.).

Dans *McGillivray*, le permis du demandeur avait été révoqué par une simple résolution de l'autorité chargée de l'octroi des permis alors que, d'après les règlements, la tenue préalable d'une audience en bonne et due forme était requise. Dans des motifs dissidents et distincts, deux des cinq membres de la Cour suprême ont affirmé qu'ils refusaient de confirmer les dommages-intérêts accordés en première instance en l'absence de malveillance de la part de l'organisme chargé de l'octroi des permis. Dans des motifs distincts, chacun des trois juges de la majorité s'est dit prêt à tenir l'organisme chargé de l'octroi

believed it had the authority to revoke the licence without a proper hearing (there was some evidence of improper motive). On the authority of *McGillivray*, it was accepted that a public official or tribunal could be held liable for an excess of jurisdiction even though the decision-maker wrongly assumed that it had the power to act; see McBride, *supra*, at page 330.

The understanding that a person who has suffered a loss because of an invalid administrative decision is entitled to compensation even though no fault can be established is to recognize a species of strict liability. Until the decision of the Supreme Court in *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957, it appears to have been accepted that in Canada an invalid decision made in good faith would be actionable: see Hogg, *supra*, at page 111, note 160; see also Evans, *supra*, at page 660; and Craig, *supra*, at pages 438-440, who advocate strict liability.

In *Welbridge*, the Supreme Court held that the enactment of an invalid by-law was not actionable in the absence of negligence or intentional wrongdoing. Writing for the Court, Laskin J. (as he then was) took the opportunity to comment on *McGillivray* with the effect of laying to rest the notion that the tort of misfeasance in a public office could rest on an *ultra vires* act alone. At page 967, Laskin J. abruptly concluded:

McGillivray v. Kimber ((1915), 52 S.C.R. 146), so far as it has a majority rationale, rests either on a complete want of jurisdiction or an intentional wrongdoing which might, in any event, be said to be reflected in the want of jurisdiction.

Though the explanation offered of the true rationale underlying *McGillivray* is perhaps tenuous, it does reflect the prevailing view that in the absence of fault a public authority will not be held liable simply because it exceeded its jurisdiction. Today, the

des permis responsable même s'il n'y avait eu aucune malveillance de sa part, mais ils ont semblé accepter le fait que le défendeur croyait honnêtement posséder le pouvoir de révoquer le permis sans une audience en bonne et due forme (certains éléments de preuve laissaient croire à la présence de motifs illicites). Sur la foi de l'arrêt *McGillivray*, on accepte désormais qu'un fonctionnaire ou un tribunal puisse être tenu responsable d'avoir excédé sa compétence même si la personne qui a pris la décision présumait à tort qu'elle avait le pouvoir d'agir; voir McBride, précité, à la page 330.

Si l'on accepte qu'une personne qui a subi une perte en raison d'une décision administrative non valide a le droit d'être indemnisée même s'il est impossible d'établir une faute, on reconnaît alors une forme de responsabilité stricte. Jusqu'à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, il semble qu'on ait accepté au Canada qu'une décision non valide prise de bonne foi puisse faire l'objet d'une poursuite: voir Hogg, précité, à la page 111, note 160; voir également Evans, précité, à la page 660, et Craig, précité, aux pages 438 à 440, qui favorise la responsabilité stricte.

Dans l'arrêt *Welbridge*, la Cour suprême a statué que la prise d'un règlement non valide ne pouvait faire l'objet d'une poursuite en l'absence de négligence ou d'une injustice intentionnelle. Au nom de la Cour, le juge Laskin (devenu par la suite juge en chef) a saisi cette occasion de commenter la décision *McGillivray*, ce qui a signalé la disparition de la notion suivant laquelle on pouvait conclure à une action fautive du titulaire d'une charge publique si celui-ci avait simplement pris une décision outrepassant ses pouvoirs. À la page 967, le juge Laskin conclut abruptement comme suit:

La décision *McGillivray c. Kimber*, ((1915), 52 R.C.S. 146) pour autant qu'elle présente un raisonnement majoritaire, fait état du défaut de toute compétence ou d'une injustice intentionnelle pouvant de toute façon être considérée comme se reflétant dans le défaut de compétence.

Bien que l'explication offerte à l'appui du véritable raisonnement sous-tendant *McGillivray* soit peut-être ténue, elle traduit le point de vue dominant, soit qu'en l'absence de faute, l'autorité publique ne sera pas jugée responsable simplement parce qu'elle a

administrative tort of misfeasance in a public office must be looked upon as an intentional tort, the relevance of which has been largely subsumed by the good faith/bad faith dichotomy.

On the facts of this case there is no evidence, nor has it been suggested, that the Minister acted maliciously or with knowledge of the invalidity. Nor has there been a finding of bad faith on the part of the Minister. The absence of that finding leads me to consider whether the Minister's actions are sufficient to attract the epithet "negligence" or whether the imposition of liability in this case is more consonant with the notion of strict liability. The latter possibility is, of course, incompatible with the Supreme Court's teachings. I turn first to the issue of whether a duty of care arises.

THE DUTY OF CARE

In my view, there was no duty of care owed by the Minister with respect to the policy decision regarding whether he should have revoked the authorization. However, a duty of care did arise in respect of the implementational decision as to whether the Minister could revoke the authorization. I base this *prima facie* duty on the notions of proximity and detrimental reliance. I cannot pursue this line of analysis, however, without first turning to the policy/operational distinction.

It is trite law that the policy/operational distinction lies at the core of the Supreme Court's attempt to provide an analytical framework on which to immunize certain governmental activity from the reach of negligence principles. Even though a *prima facie* duty of care can be established within the common law framework (the first part of the two-stage analysis enunciated by Lord Wilberforce in *Anns*), it is only when the impugned decision is found to be operational in nature that a duty arises (the second stage of his analysis). Policy decisions are immune from negligence suits on the basis that the Crown "must be free to govern"; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, at page 1239, *per* Cory J.

excédé sa compétence. De nos jours, le délit administratif que représente l'abus d'autorité dans l'exercice d'une charge publique doit être considéré comme un délit intentionnel, dont la pertinence a cédé largement le pas à l'opposition entre la bonne et la mauvaise foi.

À la lumière des faits en l'espèce, il n'y a aucune preuve, et cet argument n'a pas non plus été soulevé, que le ministre a agi avec malveillance ou en toute connaissance de l'invalidité. On n'a pas conclu non plus à la mauvaise foi du ministre. Voilà qui m'amène à me demander si les gestes du ministre sont tels qu'ils peuvent être qualifiés de «négligents» ou si l'imposition de la responsabilité dans cette affaire s'assimile davantage à la notion de la responsabilité stricte. Cette dernière possibilité se révèle, bien sûr, incompatible avec les principes énoncés par la Cour suprême. Je chercherai d'abord à déterminer s'il existe une obligation de diligence.

L'OBLIGATION DE DILIGENCE

À mon avis, la décision de politique concernant le bien-fondé de la révocation de l'autorisation ne s'assortissait d'aucune obligation de diligence de la part du ministre. Toutefois, une telle obligation existait dans le cas de la décision de mise en œuvre quant à savoir si le ministre pouvait révoquer son autorisation. Je fonde cette obligation existant à première vue sur les notions de lien étroit et de confiance préjudiciable. Je ne peux cependant poursuivre cette analyse sans d'abord me pencher sur la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle.

Il est bien reconnu en droit que c'est essentiellement au moyen de la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle que la Cour suprême a tenté d'ériger un cadre analytique permettant de soustraire certaines activités gouvernementales à l'application des principes en matière de négligence. Même s'il est possible d'établir à première vue une obligation de diligence en common law (soit le premier volet de l'analyse en deux étapes énoncée par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*), c'est seulement lorsque la décision contestée est considérée comme une décision opérationnelle que surgit l'obligation (le deuxième volet de l'analyse). Les décisions de politique sont mises à l'abri des poursuites pour négligence parce que la Couronne «doit pouvoir être

It is common ground that the Minister's decision to authorize the issuance of licences to Comeau was a matter of pure policy. Section 7 of the Act expressly confers on the Minister an "absolute" discretion when it comes to authorizing the issuance of licences. The Supreme Court has stated on numerous occasions that decisions based upon social, political or economic factors will be characterized as true policy decisions. Had the Minister been correct in his interpretation of section 7, there can be no doubt that the revocation decision would have been classified as a policy decision.

Both the decision to authorize the issuance of fishing licences and the decision to withdraw that authorization were based on considerations which typically fall within the policy category. Both decisions were made at the ministerial level. Finally, the magnitude of the decision to withdraw the authorization was as equally significant, if not more so, than the decision to authorize the issuance of the licences in question. That being said, the fact that the Minister lacked the authority to make such a decision did not make it any less a policy one. The act of revoking a policy decision must be viewed as an act of "negation" not of "implementation" as found by the Trial Judge (see reasons of Trial Judge, at page 73). Furthermore, misconstruction of the Act did not convert a policy decision into an operational one. It simply rendered it *ultra vires*.

I recognize that the policy/operational distinction has been subjected to strident criticism, essentially on the ground that this touchstone of liability is fundamentally ambiguous. As Professor Hogg notes: "even operational decisions may have such a heavy policy element that they are also not amenable to judicial evaluation by reference to the negligence standard of reasonable care" (*supra*, at page 124, note 11). In *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420, Sopinka J. took the opportunity to draw attention to the plethora of academic literature criticizing the distinction as an ineffective and unreliable test for imposing a duty of

libre de gouverner»; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, à la page 1239, le juge Cory.

On s'entend sur la nature purement politique de la décision, prise par le ministre, de permettre l'octroi de permis à Comeau. L'article 7 de la Loi confère expressément au ministre un pouvoir discrétionnaire «absolu» de permettre la délivrance de ces permis. La Cour suprême a déclaré maintes fois que les décisions fondées sur des facteurs sociaux, politiques ou économiques peuvent être considérées comme de véritables décisions de politique. Si le ministre avait bien interprété l'article 7, il ne fait aucun doute que la révocation aurait été assimilée à une décision de politique.

La décision de permettre l'octroi de permis de pêche ainsi que la décision de révoquer cette autorisation se fondaient sur des considérations qui entrent généralement dans la catégorie des décisions de politique. Les deux décisions ont été prises par le ministre. Enfin, les conséquences de la décision de révocation étaient tout aussi graves, voire plus, que celles de la décision d'autoriser l'octroi des permis en question. Cela étant dit, le fait que le ministre n'avait pas le pouvoir de prendre une telle décision n'en faisait pas moins une décision de politique. La révocation d'une décision de politique doit être vue comme une mesure «de négation» et non pas de «mise en œuvre», comme l'a estimé le juge de première instance (voir les motifs du juge de première instance, à la page 73). En outre, l'interprétation erronée de la Loi ne fait pas en sorte qu'une décision de politique devienne opérationnelle. Elle la rend simplement *ultra vires*.

Je suis bien conscient que la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle a fait l'objet de critiques virulentes, surtout en raison du caractère fondamentalement ambigu de ce facteur déterminant de la responsabilité. Comme le souligne le professeur Hogg, [TRADUCTION] «même une décision opérationnelle peut ressembler à une décision de politique à un point tel qu'elle ne peut faire l'objet d'une évaluation judiciaire à la lumière de la norme de diligence raisonnable en matière de négligence» (précité, à la page 124, note 11). Dans *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420, le juge Sopinka en a

care and to suggest that: "the Court may wish to reconsider at some future time the continued usefulness of this test as an exclusive touchstone of liability" (at page 425).

If the policy/operational distinction is not to be the touchstone of liability then what is its replacement? Though criticisms abound, it is the search for a practical and acceptable substitute that has continued to elude commentators. The shortcomings of *Anns* are well known, it's just that the solutions are as flawed as the distinction itself; see Hogg's incisive analysis to this effect (*supra*, at pages 117-118). One solution that has attracted a following requires that the duty issue involve a detrimental reliance analysis which, at first blush, seems ideally suited to the case at bar: see *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424 (Aust. H.C.); M. K. Woodall, "Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation" (1992), 37 *McGill L.J.* 83; and *Murphy v. Brentwood DC*, [1990] 2 All ER 908 (H.L.). Others such as Justice Brennan of the High Court of Australia question whether the reliance solution is itself flawed. Writing in the Paisley Lectures, "Liability in Negligence of Public Authorities: The Divergent Views", he posits the following objection (at page 114):

It is one thing for the courts to award damages when a plaintiff has been induced to rely on a public authority's continued and careful exercise of a statutory power; it is another thing to award damages to a plaintiff when the public authority's responsibility consists in its failure to exercise its powers to protect the plaintiff in circumstances where the failure may be likely to cause damage.

The difficulty in applying the policy/operational distinction in cases far removed from the factual context present in *Anns* was recognized by the Judicial Committee of the Privy Council in *Rowling v. Takaro Properties Ltd.*, [1988] A.C. 473. There, the plaintiff claimed that the New Zealand Minister of Finance had been negligent in construing his statutory author-

profité pour attirer l'attention sur l'abondance des ouvrages de doctrine critiquant la distinction du fait qu'elle constituerait un critère inefficace et peu fiable pour justifier l'imposition d'une obligation de diligence. Il propose ce qui suit: «La Cour voudra peut-être examiner à une date ultérieure si ce critère demeure utile comme facteur déterminant exclusif de la responsabilité» (à la page 425).

Si la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle ne constitue plus le facteur déterminant de la responsabilité, par quoi peut-on la remplacer? Bien que les critiques soient multiples, un substitut pratique et acceptable continue d'échapper aux auteurs. Les lacunes de la décision *Anns* sont bien connues, mais les solutions sont aussi erronées que la distinction elle-même; voir l'analyse pénétrante de Hogg à cet égard (précité, aux pages 117 et 118). Une solution qui a reçu une certaine faveur exige que la question de l'obligation soit décidée en fonction d'une analyse de la confiance préjudiciable qui, à première vue, semble tout à fait idéale en l'espèce; voir *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424 (H.C. Aust); l'article de M. K. Woodall intitulé «Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation» (1992), 37 *McGill L.J.* 83, et *Murphy v. Brentwood DC*, [1990] 2 All ER 908 (H.L.). D'autres, comme le juge Brennan de la Haute Cour de l'Australie, se demandent si cette solution n'est pas elle-même entachée d'erreur. Rédigeant pour les Paisley Lectures un article intitulé «Liability in Negligence of Public Authorities: The Divergent Views», il formule l'objection suivante (à la page 114):

[TRADUCTION] C'est une chose pour les tribunaux d'accorder des dommages-intérêts lorsque le demandeur a été incité à se fier à l'exercice continu et prudent d'un pouvoir légal par une autorité publique; c'est une toute autre d'accorder des dommages-intérêts à un demandeur lorsque la responsabilité de l'autorité publique tient à l'omission d'exercer ses pouvoirs en vue de protéger le demandeur dans des circonstances où cette omission peut vraisemblablement causer des dommages.

La difficulté que pose l'application d'une distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle dans des circonstances tout à fait différentes du contexte de la décision *Anns* a été reconnue par le Comité judiciaire du Conseil privé dans la décision *Rowling v. Takaro Properties Ltd.*, [1988] A.C. 473. Dans cette affaire, le demandeur a prétendu

ity when he refused to grant his consent to a foreign investment proposal. As to the policy/operational dichotomy, their Lordships were "inclined" to the prevailing view in the literature that the distinction does not provide a touchstone of liability. They recognized that the Minister's decision to refuse the consent was capable of being described as policy rather than operational in nature. On the other hand, it was felt that the task of construing a statute lent itself toward the latter type of characterization.

Ultimately, all that was decided in *Takaro* was that no negligence on the part of the Minister had been shown. However, the Privy Council did take the opportunity to reformulate the *Anns*' principles. Even in cases where the decision under review is classified as operational and a *prima facie* duty of care can be established, it was suggested that a duty of care would not automatically arise (at page 501). A final determination would be dependent on various pragmatic considerations with a view to eliminating non justiciable cases. It is within this framework that my colleague Stone J.A. has reasoned that Comeau was not owed a duty of care. The adequacy and availability of the remedial option of *mandamus* is said to be a sufficient justification for negating the *prima facie* duty.

I cannot deny that the *Takaro* reformulation of the *Anns*' principles is extremely attractive and may well become part of the Canadian solution; see Hon. J. Sopinka, "The Liability of Public Authorities: Drawing the Line" (1993), 1 *Tort L Rev* 123. However, I am reluctant to pursue that line of analysis in the circumstances of this case. Once the parties agreed to sever the issue of liability from that of damages, it was inevitable that the Trial Judge would be deprived of the opportunity to deal with questions touching on the relevancy and adequacy of existing administrative law remedies. Why is it that Comeau never sought an order of *mandamus*? Does the adequacy of this remedy go to the issue of mitigation (see *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146) as opposed to the existence of a duty of care? Such questions were

que le ministre des Finances de la Nouvelle-Zélande avait fait preuve de négligence dans l'interprétation de son pouvoir légal lorsqu'il a refusé de consentir à un projet d'investissement étranger. Quant à la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle, les lords juges étaient «enclins» à adhérer au point de vue dominant dans la doctrine, à savoir qu'elle ne constitue pas un facteur déterminant de la responsabilité. Ils étaient bien conscients que le refus du consentement par le ministre pouvait être décrit comme une décision politique plutôt qu'une décision opérationnelle. Par ailleurs, ils estimaient que l'interprétation d'une loi relevait davantage d'une décision opérationnelle.

Le Conseil privé a tout simplement décidé, dans l'affaire *Takaro*, qu'aucune négligence de la part du ministre n'avait été établie. Il a toutefois saisi l'occasion de reformuler les principes de l'arrêt *Anns*. Même dans les cas où la décision examinée est jugée de nature opérationnelle et qu'on peut établir l'existence à première vue d'une obligation de diligence, on a proposé que celle-ci ne soit pas automatique (à la page 501). L'issue finale serait tributaire de diverses considérations pragmatiques servant à éliminer les dossiers non justiciables. C'est dans ce contexte que mon collègue, le juge Stone, J.C.A. a statué que Comeau n'était pas visée par une obligation de diligence. Le caractère satisfaisant et la disponibilité d'un recours en *mandamus* étaient considérés comme une justification suffisante pour rejeter l'obligation à première vue.

Je ne peux nier que la reformulation, dans *Takaro*, des principes énoncés dans l'arrêt *Anns* est extrêmement attrayante et pouvait fort bien faire partie de la solution au Canada; voir l'article du juge Sopinka intitulé «The Liability of Public Authorities: Drawing the Line» (1993), 1 *Tort L Rev* 123. Toutefois, je suis réticent à emprunter cette voie d'analyse en l'espèce. Une fois que les parties ont convenu de distinguer la question de la responsabilité de celle des dommages-intérêts, il était inévitable que le juge de première instance serait privé de la possibilité de régler les questions relatives à la pertinence et au caractère satisfaisant des recours offerts en droit administratif. Pourquoi Comeau n'a-t-elle jamais tenté d'obtenir une ordonnance de *mandamus*? Le caractère satisfaisant de ce recours est-il lié à l'obligation d'atténuer

never pursued. This analytical approach is complicated further by the fact that the Trial Judge went on to limit liability to damages flowing from reasonable detrimental reliance—a remedy more compatible with the plea of promissory or equitable estoppel. A claim for loss of profits is as reasonably foreseeable in tort as it is in contract; e.g., *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.). But, as neither party has appealed this aspect of the decision, I feel compelled to focus on the Trial Judge's finding that this is a case of actionable negligence.

In my view, it is unnecessary to abandon the policy/operational distinction as presently applied by the Supreme Court: see *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Just v. British Columbia*, *supra*; *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259; *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181; *Brown v. British Columbia*, *supra*; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] S.C.J. No. 2 (QL); and *Stewart v. Pettie*, [1995] S.C.J. No. 3 (QL).

As noted earlier, the revocation decision required the Minister to address two questions and arrive at two distinct conclusions. The first question or decision was whether the Minister should revoke the initial authorization. The second question or decision was whether he could, as a matter of law, do so.

The first question is essentially a policy question. The Minister had to decide whether it was in the public interest to revoke the authorization. In so deciding there is no doubt that the Minister would have reasonably foreseen that his revocation decision would

les dommages (voir *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146) plutôt qu'à l'obligation de diligence? Ces questions n'ont jamais été débattues. Cette approche analytique se complique d'autant que le juge de première instance a limité la responsabilité aux dommages découlant de la confiance préjudiciable et raisonnable, moyen plus compatible avec l'irrecevabilité fondée sur une promesse ou en *equity*. Une demande présentée au titre d'un manque à gagner est aussi raisonnablement prévisible en matière de responsabilité civile délictuelle que dans le domaine des contrats; voir par exemple *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.). Toutefois, comme ni l'une ni l'autre partie n'a interjeté appel de cet aspect de la décision, je me sens obligé de m'attarder sur la conclusion du juge de première instance, à savoir l'existence d'une négligence pouvant faire l'objet d'une poursuite.

À mon avis, il n'est pas nécessaire d'abandonner la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle telle qu'elle est actuellement appliquée par la Cour suprême: voir *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Just c. Colombie-Britannique*, précitée; *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259; *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181; *Brown c. Colombie-Britannique*, précitée; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] A.C.S. n° 2 (QL); et *Stewart c. Pettie*, [1995] A.C.S. n° 3 (QL).

Comme je l'ai mentionné plus tôt, le ministre devait appuyer sa décision de révocation sur deux points et arriver à deux conclusions distinctes. Premièrement, il était tenu de se demander s'il y avait lieu de révoquer l'autorisation initiale. Deuxièmement, il devait déterminer s'il pouvait, en droit, le faire.

La première question relève essentiellement de la politique. Le ministre devait en effet décider s'il était dans l'intérêt public de révoquer son autorisation. En parvenant à cette décision, il ne fait aucun doute que le ministre aurait raisonnablement prévu que sa révo-

cause Comeau to suffer a financial loss. The Trial Judge focussed on the failure of the Minister to offer a reasonable justification for reversing his original stance. The Trial Judge found, as a matter of fact, that the Minister knew at the time of the authorization that there would be vocal opposition from the inshore fishermen. The Minister also had before him studies indicating that the granting of offshore licences would not harm the inshore fishery. Bowing to foreseen political pressure, the Minister's *volte-face* was characterized by the Trial Judge in the following manner (at pages 71 and 75 respectively):

It is clear that what was done on behalf of the defendant in this case was erratic public administration which was productive of serious mischief to private entrepreneurs. . . . The evidence presented on behalf of the [Minister] . . . simply did not demonstrate any reasonable justification for first announcing a decision authorizing the issue of the lobster licences to [Comeau] and then the withdrawal of that authorization. . . .

The question remains, however, as to whether this kind of decision-making amounts to actionable negligence. I have concluded that, in the circumstances, it does.

Authorizing the issue of a licence within the licence year in which the announcement was made, and then refusing to issue the licence after an intended licensee has to the knowledge of the Minister undertaken expenditure on the basis of the authorization of his licence, has not been shown to my satisfaction to be a necessary means of exercising the Minister's discretion under section 7.

I fail to see the basis on which it can be said that the Minister was under a legal obligation to allow the financial interests of Comeau to take precedence over what the Minister felt was in the public interest. Nor am I prepared to question the political wisdom, or lack thereof, underlying the revocation decision. Consequently, I am of the respectful view that it is not permissible to consider whether the Minister should have revoked the authorization when evaluating an allegation of negligence. Provided that decision was made in good faith, it is not reviewable by this Court. Whether or not the Minister had the authority to make that decision is another matter.

cation entraînerait une perte financière pour Comeau. Le juge de première instance a mis l'accent sur l'omission, par le ministre, d'offrir une justification raisonnable expliquant qu'il soit revenu sur sa première décision. Il a conclu, dans les faits, que le ministre savait, au moment de l'autorisation, qu'il y aurait une opposition véhémente de la part des pêcheurs côtiers. Le ministre disposait également d'études montrant que l'octroi de permis de pêche en haute mer ne porterait pas préjudice à la pêche côtière. En cédant à des pressions politiques prévisibles, le ministre a fait volte-face et s'est attiré les commentaires suivants du juge de première instance (aux pages 71 et 75, respectivement):

Il est clair qu'en l'espèce, les mesures prises pour le compte de la défenderesse constituaient une gestion capricieuse des affaires publiques, laquelle causait un tort sérieux aux entrepreneurs privés . . . La preuve présentée pour le compte [du ministre] . . . n'a tout simplement pas établi l'existence d'une justification raisonnable, lorsqu'il s'est agi d'annoncer initialement qu'il avait été décidé de permettre l'octroi des permis de pêche du homard à [Comeau], puis de révoquer la permission . . .

Toutefois, il reste à savoir si ce genre de prise de décision équivaut à une négligence ouvrant droit à une poursuite. J'ai conclu qu'en l'occurrence, elle y ouvrirait droit.

On n'a pas montré à ma satisfaction que l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par l'article 7 autorise celui-ci à permettre l'octroi d'un permis pendant l'année où l'annonce est faite, puis à refuser d'octroyer le permis après qu'un titulaire éventuel a engagé des dépenses en se fondant sur cette annonce, et ce, à la connaissance du ministre.

Je suis incapable de voir sur quelle base on peut conclure que le ministre avait l'obligation légale de permettre aux intérêts financiers de Comeau d'avoir préséance sur ce qui était, de l'avis du ministre, dans l'intérêt public. Je ne suis pas non plus prêt à mettre en doute la sagesse politique, ou l'absence d'une telle sagesse, sous-tendant la révocation. Par conséquent, je suis d'avis qu'il n'est pas permis d'examiner s'il y avait lieu pour le ministre de révoquer l'autorisation lorsqu'on évalue des arguments fondés sur la négligence. Pour autant que la décision a été prise de bonne foi, elle ne peut faire l'objet d'une révision par la Cour. Il en va autrement lorsqu'on cherche à déterminer si le ministre avait le pouvoir de prendre cette décision.

It could be argued that, for the purposes of establishing liability in negligence, it is permissible to examine the reasonableness of the Minister's decision without raising the spectre that an unreasonable exercise of a discretionary power renders an administrative decision *ultra vires*. In my opinion, it is unwise to elevate the "reasonableness" of an administrative decision to the status of a relevant criterion in the assessment of a negligence claim and then weigh that factor against any reliance losses thrust on a plaintiff. The application of negligence principles is difficult enough without injecting another criterion of "reasonableness."

From the foregoing, it follows that the only decision for which the policy/operational distinction can have any application is the decision pertaining to the Minister's statutory authority to revoke the authorization. This case is analogous to those where a building permit is negligently issued by a municipality because of a failure to take reasonable care in ensuring that a development project complies with existing by-laws. While the municipality retains the legal right to revoke the permit, the owner may pursue damages in negligence for any resulting loss. In "wrongful issuance" cases, the impugned decision under review is operational in nature and the same may be said of cases involving "wrongful revocation."

In summary, I am of the opinion that the Minister owed Comeau a duty of care. However, the duty of care was limited to the manner in which the Minister went about deciding whether he had the requisite authority to revoke the authorization. It remains to be decided whether, in so deciding, the Minister breached the requisite standard of care.

NEGLIGENCE

In his reasons, Stone J.A. notes at page 483: "Nothing in the record before us suggests that the Minister even addressed his mind to the construction of the statute, particularly section 7." And at page 484 he concludes that: "the Minister ought to have assured himself that the statute that empowered him to make the first decision empowered him to reverse it. This was not too much to expect." To the extent that these comments may be viewed as sup-

On peut faire valoir, aux fins de l'établissement de la responsabilité découlant de la négligence, qu'il est permis d'examiner le caractère raisonnable de la décision du ministre sans lever le spectre de l'exercice abusif d'un pouvoir discrétionnaire rendant une décision administrative *ultra vires*. Selon moi, il est peu judicieux d'élever le «caractère raisonnable» d'une décision administrative pour en faire un critère pertinent dans l'évaluation d'une demande découlant de la négligence, puis de soupeser ce facteur en fonction des pertes subies par le demandeur après qu'il s'est fié à cette décision. L'application des principes en matière de négligence est déjà assez difficile sans qu'on y ajoute le critère du «caractère raisonnable».

Il s'ensuit que la seule décision où la distinction entre une décision de politique et une décision opérationnelle peut se révéler pertinente tient au pouvoir légal du ministre de révoquer son autorisation. Cette affaire ressemble aux cas où un permis de construction est délivré négligemment par une municipalité qui omet de faire preuve de diligence raisonnable et de s'assurer qu'un projet d'aménagement respecte les règlements en vigueur. Bien que la municipalité conserve le droit légal de révoquer le permis, le propriétaire peut intenter une poursuite en dommages-intérêts au titre de la négligence s'il subit des pertes. Dans les cas de «délivrance fautive», la décision contestée est de nature opérationnelle; il en va de même des cas de «révocation fautive».

En résumé, j'ai la conviction que le ministre avait une obligation de diligence envers Comeau. Toutefois, elle se limitait à la manière dont le ministre a décidé s'il possédait ou non le pouvoir nécessaire pour révoquer l'autorisation. Il reste à déterminer si, en prenant cette décision, le ministre a omis de se conformer à la norme de diligence requise.

LA NÉGLIGENCE

Dans ses motifs, le juge Stone, J.C.A. souligne à la page 483 que «Rien dans le dossier qui nous occupe ici nous porte à croire que le ministre s'est même interrogé sur l'interprétation de la loi, particulièrement de l'article 7». Puis à la page 484, il conclut que «le ministre aurait dû s'assurer que la loi qui lui donnait le pouvoir de prendre sa première décision lui accordait aussi celui de l'infirmer. Il n'était pas exagéré de s'attendre à ce que le ministre prenne une

porting a finding that the Minister negligently misconstrued the Act, I must respectfully disagree.

This is not a case in which it has been alleged that the Minister failed to exercise due care in ascertaining the scope of his authority under section 7 of the Act. Nor did the Trial Judge base his finding of actionable negligence on that ground. On reviewing the pleadings and the transcripts of the trial, it is apparent that this line of argument was never pursued. Indeed, the only reference to negligence in Comeau's pleadings is to a "breach of the defendant's statutory duty thereunder, constituting the tort of negligence" (Appeal Book, at page 10). Whether or not the Minister sought and obtained legal advice and, if not, whether he was under a duty to do so were factual and legal issues never pursued by Comeau. It would, in my opinion, be mischievous to assert that the Minister is under a legal duty to obtain legal advice. That would give rise to the mistaken belief that he was under an obligation to disclose the contents of any legal opinions that he might have received. I wish to make it clear that the onus was not on the Minister to demonstrate that he acted reasonably in formulating his opinion as to his jurisdiction under section 7 of the Act. It is true that the Minister was not called as a witness by the Crown. But that did not deprive Comeau of the opportunity to seek testimony from the Minister relevant to these issues (see *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663], Rule 456 [as am. by SOR/90-846, s. 15]; and *United Terminals Ltd. v. M.N.R.*, [1992] 3 F.C. 302 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused (1993), 147 N.R. 320 (S.C.C.)).

I am not suggesting that the Minister may avoid liability simply by raising the defence of "error of judgment." On the other hand, I agree with Lord Keith in *Takaro* that it may well be a rare case where the plaintiff will be able to establish negligent misconstruction. The complexity of many modern statutes and their susceptibility to differing interpreta-

telle précaution». Dans la mesure où ces commentaires peuvent appuyer la conclusion suivant laquelle le ministre aurait, par négligence, mal interprété la loi, je dois exprimer mon désaccord.

^a Il ne s'agit pas en l'occurrence d'une affaire où l'on reproche au ministre d'avoir omis de faire preuve de diligence raisonnable en établissant avec certitude l'étendue de son pouvoir sous le régime de l'article 7 de la Loi. Le juge de première instance n'a pas non plus conclu à l'existence d'une négligence pouvant faire l'objet d'une poursuite pour ce motif. ^b Lorsqu'on passe en revue les plaidoiries et la transcription de première instance, il est évident que cet argument n'a jamais été invoqué. De fait, la seule mention de la négligence dans les plaidoiries de Comeau est liée [TRADUCTION] «au non-respect, par la défenderesse, de son obligation légale à cet égard, ce ^c qui constitue un délit de négligence» (Dossier d'appel, à la page 10). L'obtention de conseils juridiques par le ministre et, s'il ne l'a pas fait, l'existence d'une obligation visant l'obtention de ces conseils représentent des questions de nature factuelle et juridique qui n'ont jamais été soulevées par Comeau. Il serait ^e erroné, à mon avis, de déclarer que le ministre avait l'obligation légale d'obtenir des conseils juridiques, ce qui ferait croire, à tort, qu'il avait l'obligation de divulguer le contenu des avis juridiques qu'il aurait reçus. Je désire énoncer bien clairement qu'il n'incombait pas au ministre de prouver qu'il avait agi raisonnablement en formulant son opinion sur la compétence dont il est investi par l'article 7 de la Loi. Il est vrai que le ministre n'a pas été convoqué comme ^g témoin par la Couronne, mais ce fait n'a pas privé Comeau de la possibilité d'obtenir le témoignage du ministre sur ces questions (voir les *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663], Règle 456 [mod. par ^h DORS/90-846, art. 15]; et la décision *United Terminals Ltd. c. M.R.N.*, [1992] 3 C.F. 302 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée (1993), 147 N.R. 320 (C.S.C.)).

ⁱ Je ne laisse pas entendre que le ministre peut éviter d'engager sa responsabilité en invoquant simplement une «erreur de jugement». Par ailleurs, je souscris à l'opinion de lord Keith dans l'affaire *Takaro*, selon laquelle il peut être rare qu'un demandeur puisse être en mesure d'établir l'existence d'une interprétation inexacte faite avec négligence. La complexité de bon

tions is a self-evident fact. One can construe a statutory provision carefully and get it wrong or construe it negligently and get it right. Admittedly, it could happen that an administrative decision is made contrary to an express and unambiguous provision of a statute in which case it would not be unreasonable to presume that the decision maker had acted either negligently or in bad faith (with knowledge of excess of jurisdiction); see *Craig, supra*, at pages 423-426. Alternatively, had the Minister persisted with a frivolous argument as to his jurisdiction under section 7, I would have been prepared to consider resting liability on either of these grounds. But that is not the case before us.

Since this is not a case in which it has been alleged or found that the Minister failed to exercise due care in ascertaining the scope of his authority, it is proper to review more fully the basis on which the learned Trial Judge concluded that the Minister's decision to withdraw the authorization constituted actionable negligence. In other words, what was the standard of care required of the Minister and how was that standard breached in the circumstances of this case? At page 72, the Trial Judge concluded:

Second, there was a breach of the requisite standard of care. At least as of January 29, 1988 when the plaintiff advised the Department of Fisheries and Oceans that it was undertaking work to convert vessels for the offshore lobster fishery in order to use the licences, it was perfectly foreseeable that any departure from the line of conduct (i.e. the issue of the licences) previously announced by the Minister on December 29, 1987 would have a harmful effect on the plaintiff.

Strictly speaking, the standard outlined is not dependent on the reasonableness of the revocation decision earlier discussed. The standard can be reduced to the proposition that no reasonable person (Minister) would have revoked the authorization because it was foreseeable that Comeau would suffer a loss. With respect, I do not believe that that analysis accords with negligence principles. If that is to be

nombre de textes législatifs modernes et le fait qu'ils soient susceptibles d'être interprétés de diverses manières n'échappent à personne. On peut interpréter une disposition législative soigneusement et se tromper, ou encore le faire avec négligence et ne pas commettre d'erreur. Il est bien vrai qu'une décision administrative pourrait être prise contrairement à une disposition expresse et sans équivoque d'un texte législatif, auquel cas il ne serait pas déraisonnable de présumer que l'auteur de la décision a agi négligemment ou de mauvaise foi (en sachant qu'il excédait sa compétence); voir *Craig*, précité, aux pages 423 à 426. Subsidiairement, si le ministre avait persisté à invoquer l'argument absurde relatif à sa compétence sous le régime de l'article 7, j'aurais été enclin à conclure à l'existence d'une responsabilité pour l'un ou l'autre de ces motifs. Mais ce n'est pas le cas en l'espèce.

Puisqu'il ne s'agit pas d'un dossier où il a été allégué ou établi que le ministre avait omis de faire preuve de diligence raisonnable en déterminant l'étendue de son pouvoir, il y a lieu d'examiner plus attentivement les motifs qui ont amené le juge de première instance à conclure que la décision de révoquer la permission d'octroyer des permis constituait une négligence pouvant faire l'objet d'une poursuite. En d'autres termes, quelle était la norme de diligence exigée du ministre et comment cette norme a-t-elle été violée dans les circonstances? À la page 72, le juge de première instance tirait la conclusion suivante:

Deuxièmement, le degré requis de négligence n'a pas été respecté. Depuis au moins le 29 janvier 1988, date à laquelle la demanderesse a informé le ministre des Pêches et des Océans qu'elle effectuait des travaux en vue de convertir ses bateaux pour la pêche du homard en haute mer afin d'utiliser les permis, on pouvait certainement prévoir que toute dérogation à la ligne de conduite (c'est-à-dire l'octroi des permis) antérieurement annoncée par le ministre le 29 décembre 1987 causerait préjudice à la demanderesse.

Strictement parlant, la norme soulignée n'est pas tributaire du caractère raisonnable de la révocation dont nous avons déjà parlé. Cette norme peut vouloir dire qu'aucune personne raisonnable (le ministre) n'aurait révoqué l'autorisation parce qu'il était prévisible que Comeau subirait une perte. Je ne crois pas que cette analyse soit en accord avec les principes en matière de négligence. Si l'on doit accepter la véra-

accepted as an accurate statement of the law then it makes no difference whether the Minister actually had the authority to revoke the authorization. In other words, the Minister could not have availed himself of the defence of statutory authority. Indeed, at pages 70-71 and 74 respectively, the Trial Judge so concluded:

Indeed, I am also of the view that even if the revocation of authorization were permitted by statute, it would in these circumstances still constitute the tort of negligence. However, the plaintiff has not so pleaded, its amended statement of claim alleging only that the refusal to issue

... was *ultra vires* Fisheries Act and a breach of the defendant's statutory duty thereunder, constituting the tort of negligence. . . .

Second, even if one accepted the defendant's argument that after authorizing the issue of the licences the Minister retained an absolute discretion to refuse to issue them, I am not satisfied that this would be an obstacle to a plea of simple negligence. The defence of statutory authority has never been absolute. If an agency was given a discretionary power it could not rely on statutory authority as a defence in actions in tort for harm committed in the exercise of that power unless it could show that the interference with private rights complained of was inevitable in the exercise of the power.

While I do not believe that the Minister can be held to a standard of conduct which is different from that imposed on ordinary individuals in the tort context, there are significant differences between ministers of the Crown and ordinary citizens that justify some differences with respect to defences to negligence. The defence of statutory authority is obviously one of those differences. That defence states, generally, that a public body may not be responsible in negligence if it has acted pursuant to a statutory duty or authority, if it can show that the interference of private rights was the inevitable exercise of that power: see *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, *supra*; and Peter W. Hogg Case Comments, "*Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 589.

I agree that a public authority cannot exercise a statutory discretion absolutely, unless of a policy

cité de cet énoncé du droit, il n'est pas nécessaire de déterminer si le ministre avait réellement le pouvoir de révoquer sa permission. Autrement dit, le ministre n'aurait pu se prévaloir de la défense fondée sur l'autorisation du législateur. Aux pages 71 et 74 respectivement, le juge de première instance statuait comme suit:

De fait, j'estime également que même si la révocation était autorisée par la Loi, un délit de négligence aurait néanmoins été commis en l'occurrence. Toutefois, la demanderesse n'a pas plaidé la chose; dans la nouvelle déclaration, elle s'est contentée d'alléguer que le refus

[TRADUCTION] [constituait] un excès de la compétence conférée par la Loi sur les pêches et [allait] à l'encontre de l'obligation d'origine législative qui incomb[ait] à la défenderesse, ce qui constitu[ait] une négligence . . .

En second lieu, même si l'on retenait l'argument de la défenderesse, à savoir qu'après avoir permis l'octroi des permis, le ministre pouvait encore, à discrétion, refuser de les octroyer, je ne suis pas convaincu que cela ferait obstacle à une plaidoirie de simple négligence. Le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur n'a jamais été absolu. Si un organisme se voyait conférer un pouvoir discrétionnaire, il ne pourrait pas invoquer l'autorisation du législateur comme moyen de défense dans les actions fondées sur un délit découlant du tort causé par suite de l'exercice de ce pouvoir reconnu par la loi à moins qu'il ne puisse montrer qu'en l'exerçant, on portait inévitablement atteinte à des droits privés.

Bien qu'on ne puisse imposer au ministre, à mon avis, une norme de conduite différente de celle qu'on attend des personnes ordinaires dans le contexte de la responsabilité civile délictuelle, il existe d'importantes différences entre les ministres de la Couronne et les citoyens ordinaires qui justifient certaines distinctions sur le plan des moyens de défense en cas de négligence. Le moyen fondé sur l'autorisation du législateur en fait évidemment partie. Cette défense énonce, de manière générale, qu'un organisme public ne peut être tenu responsable en raison de sa négligence s'il a agi conformément à une obligation ou à une autorisation du législateur, lorsqu'il peut établir que l'exercice de ce pouvoir portait inévitablement atteinte à des droits privés: voir *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, précitée; et les commentaires de Peter W. Hogg sur la jurisprudence dans l'article intitulé «*Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*» (1990), 69 *Rev. du Bar. can.* 589.

Je conviens que l'autorité publique ne peut exercer son pouvoir discrétionnaire conféré par le législateur

nature. In this case, the powers of the Minister regarding the issuance of licences are pure policy decisions relating to the management of Canadian fisheries, and it would have been open to the Minister to revoke an authorization within that discretion, had the Act so authorized. Therefore, I cannot agree with the Trial Judge's view that, even if revocation of licences were permitted by statute, such revocation in the circumstances of this case would still constitute negligence. In my view, the Minister could not have been held negligent for exercising a policy discretion that he is authorized to exercise under an Act of Parliament, even in circumstances in which the Minister is advised that a party has relied on previous representations of ministerial discretion. In such cases, any detrimental reliance incurred by a plaintiff would be with full knowledge that the initial authorization could be withdrawn. Such detrimental reliance could not be considered "reasonable."

It may be felt that the comments of the Trial Judge on the matter of statutory authority are *obiter* and, therefore, to be ignored. What cannot be ignored is the fact that the negligence of the Minister still rests on his decision to revoke the authorization in circumstances where Comeau's loss was foreseeable. Foreseeability of loss (damages), however, cannot displace the obligation to establish a breach of the requisite standard of care. It is true that, as the revocation decision has been found *ultra vires*, the defence of statutory authority is not available to the Minister. But to ground liability in this case on the absence of statutory authority and the element of detrimental reliance is to adopt a species of strict liability for public authorities. Such a basis of liability was rejected in *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, *supra*. In effect, the standard of care being proposed is one of statutory correctness.

As trite as it may seem, I think it important to bear in mind that the issuance of licences is the life blood

d'une manière absolue, à moins que le pouvoir en question soit de nature politique. En l'espèce, les pouvoirs du ministre relatifs à la délivrance de permis relèvent uniquement de la politique concernant la gestion des pêches canadiennes, et il aurait été possible pour le ministre de révoquer son autorisation dans le cadre de ce pouvoir discrétionnaire si le législateur le lui avait permis. Par conséquent, je ne peux souscrire à l'opinion du juge de première instance selon laquelle, même si la révocation des permis était autorisée par la loi, cette révocation dans les circonstances de l'espèce constituait quand même de la négligence. À mon sens, le ministre n'aurait pu être jugé négligent d'avoir exercé un pouvoir discrétionnaire relié aux politiques s'il était autorisé à exercer ce pouvoir par une loi du Parlement, même dans les circonstances où il sait qu'une partie se fie aux déclarations antérieures relevant du pouvoir discrétionnaire ministériel. Dans de tels cas, le demandeur s'y serait fié à son détriment en sachant parfaitement bien que l'autorisation initiale pouvait être retirée. Cette confiance préjudiciable ne pourrait être jugée «raisonnable».

On pourrait croire que les commentaires du juge de première instance sur l'autorisation par le législateur représentent des commentaires incidents et, par conséquent, qu'ils peuvent être laissés de côté. Par contre, on ne peut passer outre le fait que la négligence du ministre demeure liée à sa décision de révoquer l'autorisation dans des circonstances où la perte de Comeau était prévisible. Cependant, le caractère prévisible d'une perte (de dommages), ne peut supplanter l'obligation d'établir le non-respect du degré de diligence requis. Il est vrai que, puisque la décision relative à la révocation a été jugée *ultra vires*, le ministre ne peut invoquer la défense fondée sur l'autorisation du législateur. Mais si on fonde la responsabilité en l'espèce sur l'absence d'une autorisation par le législateur et sur la confiance préjudiciable, on impose une forme de responsabilité stricte aux autorités publiques. Or, cette responsabilité a été rejetée dans l'affaire *Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, précitée. On propose plutôt que la norme de diligence soit liée à l'exactitude du texte législatif.

Aussi évident que cela puisse sembler, j'estime qu'il est important de ne pas oublier que la délivrance

of many administrative bureaucracies. It is also foreseeable that once issued, reasonable reliance will be placed on the right to possess such documents and that if wrongfully revoked a licensee will be exposed to economic loss. It is also a common facet of the administrative world that licences will be revoked in circumstances where judicial hindsight deems the revocation decision to have been *ultra vires*. Excess of jurisdiction is as much a problem today as it has been over the last three centuries since the administrative tort of misfeasance in a public office was first conceived. The practical workability of administrative law cannot be entirely displaced by a robust theory of negligence law which allows foreseeability of loss (detrimental reliance/damages) to overtake the need to establish that there has been a breach of the requisite standard of care. In my respectful view, this is one of those economic loss cases where the courts have to be concerned about "liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class", *per* Cardozo J., *Ultramares v. Touche*, 255 N.Y. 170 (App. Div. 1931), at page 179. Obviously, the precedential significance of this case extends far beyond the limits of the offshore lobster fishery.

In my opinion, this is not a case of actionable negligence.

CONCLUSION

I would allow the appeal, set aside the decision of the Trial Division and dismiss the action with costs here and below. I would dispose of the cross-appeal as proposed by my colleague Linden J.A.

de permis constitue la raison d'être d'un bon nombre de bureaucraties. Il est également prévisible qu'une fois les permis octroyés, il sera possible pour le titulaire éventuel de croire raisonnablement qu'il a le droit de posséder ces documents et qu'il sera exposé à une perte financière en cas de révocation injustifiée. Il est aussi courant, dans le domaine administratif, que des permis soient révoqués dans des circonstances où l'évaluation judiciaire présume après coup que la révocation échappait à la compétence de son auteur. L'excès de pouvoir est tout autant un problème aujourd'hui qu'il l'a été au cours des trois derniers siècles depuis la création du délit administratif de l'abus d'autorité dans l'exercice d'une charge publique. La mise en pratique des règles de droit administratif ne peut être entièrement supplantée par une solide théorie du droit de la négligence qui permet que la prévisibilité d'une perte (la confiance préjudiciable et les dommages) ait préséance sur la nécessité d'établir qu'il y a eu manquement à la norme de diligence requise. Je crois qu'il s'agit d'un cas de perte économique où les tribunaux doivent s'interroger sur l'existence d'une [TRADUCTION] «responsabilité pour un montant indéterminé pour un temps indéterminé à l'égard d'une catégorie indéterminée», selon les paroles du juge Cardozo dans l'affaire *Ultramares v. Touche*, 255 N.Y. 170 (App. Div. 1931), à la page 179. De toute évidence, l'importance de cette affaire comme précédent dépasse grandement les limites de la pêche au homard en haute mer.

À mon avis, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas de négligence pouvant faire l'objet d'une poursuite.

CONCLUSION

Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la décision de la Section de première instance et de rejeter l'action avec dépens en l'instance et devant le tribunal inférieur. Je suis d'avis de trancher l'appel incident de la façon proposée par mon collègue, le juge Linden.