

A-226-89

A-226-89

Canadian National Railway Company (*Respondent*) (*Plaintiff*)

v.

Norsk Pacific Steamship Company Limited, Norsk Pacific Marine Services Ltd., Fletcher Challenge Ltd., the tug *Jervis Crown*, Francis MacDonnell (*Appellants*) (*Defendants*)

and

Crown Forest Industries Ltd., the barge *Crown Forest No. 4*, Rivtow Straits Ltd. and R.V.C. Holdings Ltd. operating under the firm name and style of *Westminster Tug Boats* and the said *Westminster Tug Boats*, the tug *Westminster Chinook* and *Barry Smith* (*Defendants*)

and

Her Majesty the Queen (*Respondent*) (*Third Party*)

INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. NORSK PACIFIC STEAMSHIP CO. (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Stone and MacGuigan J.J.A.—Ottawa, November 7, 8 and 9, 1989; January 5, 1990.

Torts — Negligence — Pure economic loss — Collision between log barge in tow of tug and railway bridge property of federal Crown causing bridge closure and rerouting of railway traffic — Trial Judge did not err in finding owners and managers of tug liable in negligence for pure economic loss in absence of damage to CNR's property — Requirements of reasonable foreseeability and sufficient degree of proximity between tortfeasor and claimant met.

Maritime law — Torts — Collision between log barge in tow of tug and railway bridge — Trial Judge did not err in holding owners and managers of tug liable in negligence for pure economic loss suffered by railway due to bridge closure — Reasonable foreseeability and sufficient degree of proximity tests met.

Railways — Log barge in tow of tug colliding with railway bridge owned by federal Crown — Temporary bridge closure requiring CNR to reroute trains — CNR awarded damages for pure economic loss — Trial Judge correct in holding owners

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (*intimée*) (*demanderesse*)

a c.

Norsk Pacific Steamship Company Limited, Norsk Pacific Marine Services Ltd., Fletcher Challenge Ltd., le remorqueur *Jervis Crown*, Francis MacDonnell (*appelants*) (*défendeurs*)

et

Crown Forest Industries Ltd., le chaland *Crown Forest No. 4*, Rivtow Straits Ltd. et R.V.C. Holdings Ltd. faisant affaires sous la raison sociale de *Westminster Tug Boats* et ladite *Westminster Tug Boats*, le remorqueur *Westminster Chinook* et *Barry Smith* (*défendeurs*)

et

Sa Majesté la Reine (*intimée*) (*tierce partie*)

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

Cour d'appel, juges Heald, Stone et MacGuigan, J.C.A.—Ottawa, 7, 8 et 9 novembre 1989; 5 janvier 1990.

Responsabilité délictuelle — Négligence — Préjudice purement financier — Une collision entre un chaland de billes, qui était tiré par un remorqueur, et un pont de chemin de fer appartenant à la Couronne fédérale a entraîné la fermeture du pont et le déroutement du trafic ferroviaire — Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que les propriétaires et gestionnaires du remorqueur étaient responsables, par négligence, du préjudice purement financier en l'absence de tout dommage occasionné aux biens du CN — Il a été satisfait aux exigences en ce qui concerne la prévisibilité raisonnable et l'existence d'un lien suffisamment étroit entre l'auteur du délit civil et le réclamant.

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Collision entre un chaland de billes tiré par un remorqueur et un pont de chemin de fer — Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en tenant les propriétaires et gestionnaires du remorqueur responsables, par négligence, du préjudice purement financier subi par la compagnie ferroviaire en raison de la fermeture du pont — Il a été satisfait aux critères de la prévisibilité raisonnable et du lien suffisamment étroit.

Chemins de fer — Un chaland de billes tiré par un remorqueur est entré en collision avec un pont ferroviaire appartenant à la Couronne fédérale — La fermeture temporaire du pont a obligé le CN à dérouter ses trains — Le CN a obtenu des dommages-intérêts pour préjudice purement financier — Le juge de première instance était justifié de tenir les propriétaires et gestionnaires du remorqueur responsables, par négli-

and managers of tug liable in negligence for pure economic loss in absence of physical damage to CNR's property.

This is an appeal by the owner and master of the tug *Jervis Crown* from a judgment awarding the Canadian National Railway Company ("CNR") damages in tort for economic loss arising from a collision between a log barge in tow of the tug and a bridge owned by Public Works Canada ("PWC") and used by CNR to cross the Fraser River at New Westminster, British Columbia.

Negligence as to the collision was admitted. There being no claims for loss of freight revenue, but solely for the additional costs of operation, CNR and two other railways were awarded the costs incurred in rerouting their trains over another bridge. It was agreed before trial that the claims of the other two railways would stand or fall on the result of the CNR's claim. It is therefore only the latter's claim which is directly in issue on this appeal.

The question is whether the Trial Judge was correct in holding that the appellants could be held liable in negligence for pure economic loss in the absence of any physical damage to CNR's property.

Held, the appeal should be dismissed.

Per Stone J.A.: A loss to be recoverable must not only be foreseeable; there must also be a sufficient proximity or "neighbourhood" between a wrongdoer and a plaintiff such as to give rise to a duty of care owed by the former to the latter.

The following elements were found important by the Trial Judge in determining liability for pure economic loss: knowledge of the claimant as a specific individual or identity likely to suffer the damage as opposed to knowledge of a general class of people; foreseeability of the precise nature of the loss; and sufficient degree of proximity between the act committed by the tortfeasor and the injury complained of "that an ordinary right thinking person would feel that the tortfeasor is morally bound to compensate the victim". Taken collectively, if not perhaps individually, those elements demonstrate that sufficient proximity giving rise to a duty of care owed by the appellants to CNR existed. In the exceptional circumstances of the case, there was no reason in policy for negating this duty of care or for denying recovery of the loss.

Per MacGuigan J.A. (Heald J.A. concurring): It can be concluded from the Supreme Court of Canada decisions in *Rivtow Marine*, *Agnew-Surpass*, *Haig* and *Baird* that there is no absolute rule in Canada preventing recovery for pure economic loss even where there is no physical damage to the plaintiff's property.

The case law shows that for liability to arise in the case of pure economic loss, courts require, in addition to the general principle of reasonable foresight, that there be a sufficient

gence, du préjudice purement financier en l'absence de tout dommage matériel occasionné aux biens du CN.

Il s'agit d'un appel formé par le propriétaire et capitaine du remorqueur *Jervis Crown* contre un jugement accordant à la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (le «CN») des dommages-intérêts délictuels pour le préjudice purement financier résultant d'une collision entre un chaland de billes, qui était tiré par un remorqueur, et un pont appartenant à Travaux publics Canada («TPC») et utilisé par le CN pour traverser le fleuve Fraser à New Westminster (Colombie-Britannique).

Il a été admis qu'il y avait eu négligence en ce qui concerne la collision. Comme aucune réclamation n'a été présentée pour perte de revenus de fret mais seulement pour les frais supplémentaires d'exploitation, le CN et deux autres compagnies ferroviaires se sont vu indemniser des frais engagés pour dérouter leurs trains et leur faire emprunter un autre pont. Il a été convenu avant le procès que les demandes d'indemnisation des deux autres compagnies ferroviaires dépendraient de la décision rendue relativement à la demande d'indemnisation du CN. C'est donc seulement la réclamation de ce dernier qui est directement en cause dans le présent appel.

La question qui se pose est de savoir si le juge de première instance a eu raison de statuer que les appelants pouvaient être tenus responsables, par négligence, d'un préjudice purement financier en l'absence de tout dommage matériel occasionné aux biens du CN.

Arrêt: l'appel devrait être rejeté.

Le juge Stone, J.C.A.: Pour être indemnisable, le préjudice ne doit pas seulement être prévisible; il doit également y avoir un lien suffisamment étroit entre l'auteur de la faute et le demandeur pour donner naissance à un devoir de prudence qui incombe à celui-là envers celui-ci.

Le juge de première instance a considéré comme importants les éléments suivants pour conclure à la responsabilité pour préjudice purement financier: la connaissance de l'auteur de la réclamation comme personne ou entité déterminée susceptible de subir les dommages par opposition à la connaissance d'une catégorie de personnes générale; la prévisibilité de la nature précise de la perte; et l'existence d'un lien suffisamment étroit entre l'acte commis par l'auteur du délit et les dommages reprochés «de sorte que l'homme de la rue sensé estimerait que le coupable est moralement tenu de dédommager la victime». Pris collectivement, sinon, peut-être, individuellement, ces éléments montrent qu'il existait un lien suffisamment étroit qui donnait lieu à un devoir de prudence incombant aux appelants envers le CN. Dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce, il n'y avait aucune raison de principe pour réfuter ce devoir ou pour refuser l'indemnisation du préjudice.

Le juge MacGuigan, J.C.A. (avec l'appui du juge Heald, J.C.A.): Il est possible de conclure, à partir des décisions rendues par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Rivtow Marine*, *Agnew-Surpass*, *Haig* et *Baird*, qu'il n'existe pas au Canada de règle absolue qui empêche l'indemnisation du préjudice purement financier même lorsqu'il n'y a pas de dommages matériels causés aux biens du demandeur.

La jurisprudence indique que, pour qu'il y ait responsabilité en cas de préjudice purement financier, les tribunaux exigent, en plus du principe général de prévisibilité raisonnable, qu'il

proximity between the plaintiff and the defendant. Resolution of liability for economic loss is not a policy decision. One should rather look to principle and think of the judgment required for liability as a perception of sufficient proximity.

The best statement of the proximity principle is that formulated by Deane J. of the High Court of Australia in *Sutherland Shire Council v. Heyman*. His Lordship said that proximity embraced various forms: "physical proximity (in the sense of space and time) between the person or property of the plaintiff and that of the defendant; circumstantial proximity such as an overriding relationship of employer and employee or of a professional man and his client; causal proximity in the sense of closeness or directness of the causal connection between the particular act and the injury sustained; assumed proximity which reflects an assumption by one party of a responsibility to take care to prevent injury, or reliance by one party upon such care being taken by the other in circumstances where the other party knew or ought to have known of that reliance". It was also said that "the requirement of a relationship of proximity serves as a touchstone and control of the categories of cases in which the common law will adjudge that a duty of care is owed".

The actual knowledge of the appellants found by the Trial Judge (knowledge of the CNR as a party likely to suffer damage and knowledge of the precise nature of the loss) was not necessary for liability; all that was required in that regard was reasonable foreseeability. The principle of sufficient proximity was realized particularly by the third ground advanced by the Trial Judge to the effect that the property of the CNR (the tracks on both sides of the river) was not only in close proximity to the bridge but it could not properly be enjoyed without the essential link of the bridge. In effect, the Trial Judge found that the CNR was so closely assimilated to the position of PWC that it was very much within the reasonable ambit of risk of the appellants at the time of the accident. That constituted both "physical and circumstantial closeness".

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Attorney-General for Ontario v. Fatehi et al. (1981), 34 O.R. (2d) 129; 127 D.L.R. (3d) 603; 18 C.C.L.T. 97; 13 M.V.R. 180 (C.A.); revd on other grounds [1984] 2 S.C.R. 536; (1984), 15 D.L.R. (4th) 132; 31 C.C.L.T. 1; 31 M.V.R. 301; 56 N.R. 62; 60 A.C. 270; *D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs. for England*, [1989] 1 A.C. 177 (H.L.); *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004 (H.L.); *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.); *Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 136 C.L.R. 529; 11 A.L.R. 227 (H.C.); *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] A.C. 520; [1982] 3 All ER 201 (H.L.); *Candlewood Navigation Corpn. Ltd. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.*

existe un lien suffisamment étroit entre le demandeur et le défendeur. La solution concernant la responsabilité à l'égard du préjudice financier ne prend pas la forme d'une décision fondée sur une ligne de conduite. On devrait plutôt tenir compte du principe et considérer le jugement requis en matière de responsabilité comme la perception d'un lien suffisamment étroit.

Le meilleur exposé du principe du lien étroit est celui que le juge Deane de la Haute Cour de l'Australie a fait dans l'arrêt *Sutherland Shire Council v. Heyman*. Sa Seigneurie a déclaré que ce lien étroit embrassait diverses formes: «la proximité physique (dans l'espace et dans le temps) entre la personne ou les biens du demandeur et la personne ou les biens du défendeur; un lien étroit circonstanciel comme dans des rapports prépondérants entre employeur et employé ou entre un professionnel et son client; un lien étroit de causalité au sens d'étroitesse de la relation de cause à effet entre l'acte particulier et le dommage subi; un lien étroit assumé qui reflète une assumption par l'une des parties de la responsabilité de prendre soin d'éviter le dommage, ou la croyance de l'une des parties qu'une telle prudence sera montrée par l'autre dans des cas où l'autre partie était ou aurait dû être au courant de cette croyance». Il y est également dit que «l'existence nécessaire d'un lien étroit sert de pierre de touche pour reconnaître les catégories d'affaires dans lesquelles la *common law* statuera qu'une partie bénéficiera d'une obligation de prudence».

Il n'était pas nécessaire que les appelants soient vraiment au courant du préjudice (au courant du fait que le CN était susceptible de subir des dommages et au courant de la nature précise du préjudice), comme l'a conclu le juge de première instance, pour qu'il y ait responsabilité; tout ce qui était requis à cet égard, c'était la prévisibilité raisonnable. Quant au principe de l'existence d'un lien suffisamment étroit, il est atteint grâce notamment au troisième motif avancé par le juge de première instance et selon lequel les biens du CN (les rails situés des deux côtés du fleuve) n'étaient pas seulement en rapport étroit avec le pont mais ne pouvaient être utilisés adéquatement sans le lien essentiel que constituait le pont. De fait, le juge de première instance a conclu que le CN était assimilé de si près à TPC qu'il était vraiment dans le champ raisonnable de risque des appelants au moment de l'accident. Cela constituait «un lien à la fois physique et circonstanciel».

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Attorney-General for Ontario v. Fatehi et al. (1981), 34 O.R. (2d) 129; 127 D.L.R. (3d) 603; 18 C.C.L.T. 97; 13 M.V.R. 180 (C.A.); inf. pour d'autres motifs [1984] 2 R.C.S. 536; (1984), 15 D.L.R. (4th) 132; 31 C.C.L.T. 1; 31 M.V.R. 301; 56 N.R. 62; 60 A.C. 270; *D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs. for England*, [1989] 1 A.C. 177 (H.L.); *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004 (H.L.); *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.); *Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 136 C.L.R. 529; 11 A.L.R. 227 (H.C.); *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] A.C. 520; [1982] 3 All ER 201 (H.L.); *Candlewood Navigation Corpn. Ltd. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.*

["The Mineral Transporter"], [1986] A.C. 1; [1985] 2 All ER 935 (P.C.); *Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, [1986] A.C. 785; [1986] 2 All ER 145 (H.L.); *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works et al.*, [1974] S.C.R. 1189; (1973), 40 D.L.R. (3d) 530; [1973] 6 W.W.R. 692; *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [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; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221; (1975), 55 D.L.R. (3d) 676; [1975] I.L.R. 1-675; 4 N.R. 547; *Haig v. Bamford et al.*, [1977] 1 S.C.R. 466; (1976), 72 D.L.R. (3d) 68; [1976] 3 W.W.R. 331; 27 C.P.R. (2d) 149; 9 N.R. 43; *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; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *Baird v. The Queen in right of Canada*, [1984] 2 F.C. 160; (1983), 148 D.L.R. (3d) 1; 48 N.R. 276 (C.A.); *Gypsum Carrier Inc. v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 147; (1977), 78 D.L.R. (3d) 175 (T.D.); *Bethlehem Steel Corporation v. St. Lawrence Seaway Authority*, [1978] 1 F.C. 464; (1977), 79 D.L.R. (3d) 522 (T.D.); *Interocean Shipping Company v. The Ship Atlantic Splendour*, [1984] 1 F.C. 931; (1983), 26 C.C.L.T. 189 (T.D.); *Nicholls v. Township of Richmond et al.* (1983), 145 D.L.R. (3d) 362; [1983] 4 W.W.R. 169; 43 B.C.L.R. 162; 1 C.C.E.L. 188; 24 C.C.L.T. 253; 33 C.P.C. 310 (C.A.); *Maughan and Maughan v. International Harvester Company of Canada Limited* (1980), 38 N.S.R. (2d) 101; 112 D.L.R. (3d) 243 (C.A.); *Yumerovski et al. v. Dani* (1977), 18 O.R. (2d) 704; 83 D.L.R. (3d) 558; 4 C.C.L.T. 233 (Co. Ct.); affd (1979), 120 D.L.R. (3d) 768 (Ont. C.A.); *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 ALR 1 (H.C.); *Simpson v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.); *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1989] A.C. 53 (H.L.); *Yeun Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (P.C.).

["The Mineral Transporter"], [1986] A.C. 1; [1985] 2 All ER 935 (P.C.); *Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, [1986] A.C. 785; [1986] 2 All ER 145 (H.L.); *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; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et 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; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221; (1975), 55 D.L.R. (3d) 676; [1975] I.L.R. 1-675; 4 N.R. 547; *Haig c. Bamford et autres*, [1977] 1 R.C.S. 466; (1976), 72 D.L.R. (3d) 68; [1976] 3 W.W.R. 331; 27 C.P.R. (2d) 149; 9 N.R. 43; *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; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *Baird c. La Reine du chef du Canada*, [1984] 2 C.F. 160; (1983), 148 D.L.R. (3d) 1; 48 N.R. 276 (C.A.); *Gypsum Carrier Inc. c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 147; (1977), 78 D.L.R. (3d) 175 (1^{re} inst.); *Bethlehem Steel Corporation c. Administration de la voie maritime du Saint-Laurent*, [1978] 1 C.F. 464; (1977), 79 D.L.R. (3d) 522 (1^{re} inst.); *Interocean Shipping Company c. Le navire Atlantic Splendour*, [1984] 1 C.F. 931; (1983), 26 C.C.L.T. 189 (1^{re} inst.); *Nicholls v. Township of Richmond et al.* (1983), 145 D.L.R. (3d) 362; [1983] 4 W.W.R. 169; 43 B.C.L.R. 162; 1 C.C.E.L. 188; 24 C.C.L.T. 253; 33 C.P.C. 310 (C.A.); *Maughan and Maughan v. International Harvester Company of Canada Limited* (1980), 38 N.S.R. (2d) 101; 112 D.L.R. (3d) 243 (C.A.); *Yumerovski et al. v. Dani* (1977), 18 O.R. (2d) 704; 83 D.L.R. (3d) 558; 4 C.C.L.T. 233 (C. cté); conf. par (1979), 120 D.L.R. (3d) 768 (C.A. Ont.); *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 ALR 1 (H.C.); *Simpson v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.); *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1989] A.C. 53 (H.L.); *Yeun Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (P.C.).

g

REFERRED TO:

Cattle v. Stockton Waterworks Company (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Ultramares Corporation v. Touche*, 255 N.Y. 170; 174 N.E. 441 (Ct. App. 1931); *Morrison Steamship Co., Ltd. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.); *East River S.S. Corp. v. Transamerica Delaval, Inc.*, 106 S. Ct. 2295 (1986); *Reid v. Rush & Tompkins Group plc*, [1989] 3 All ER 228 (C.A.); *Nunes Diamonds (J.) Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769; (1972), 26 D.L.R. (3d) 699; *University of Regina v. Pettick et al.* (1986), 51 Sask. R. 270; 38 C.C.L.T. 230; 23 C.L.R. 204 (Q.B.); *Dominion Tape of Canada Ltd. v. L. R. McDonald & Sons Ltd. et al.*, [1971] 3 O.R. 627; (1971), 21 D.L.R. (3d) 299 (Co. Ct.); *Smith et al. v. Melancon*, [1976] 4 W.W.R. 9 (B.C.S.C.); *MacMillan Bloedel Ltd. v. Foundation Company of Canada Ltd.* (1977), 75 D.L.R. (3d) 294; [1977] 2 W.W.R. 717; 1 C.C.L.T. 358 (B.C.S.C.); *Trappa Holdings Ltd. v. District of Surrey et al.* (1978), 95

DÉCISIONS CITÉES:

Cattle v. Stockton Waterworks Company (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Ultramares Corporation v. Touche*, 255 N.Y. 170; 174 N.E. 441 (Ct. App. 1931); *Morrison Steamship Co., Ltd. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.); *East River S.S. Corp. v. Transamerica Delaval, Inc.*, 106 S. Ct. 2295 (1986); *Reid v. Rush & Tompkins Group plc*, [1989] 3 All ER 228 (C.A.); *Nunes Diamonds (J.) Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769; (1972), 26 D.L.R. (3d) 699; *University of Regina v. Pettick et al.* (1986), 51 Sask. R. 270; 38 C.C.L.T. 230; 23 C.L.R. 204 (B.R.); *Dominion Tape of Canada Ltd. v. L. R. McDonald & Sons Ltd. et al.*, [1971] 3 O.R. 627; (1971), 21 D.L.R. (3d) 299 (C. cté); *Smith et al. v. Melancon*, [1976] 4 W.W.R. 9 (C.S.C.-B.); *MacMillan Bloedel Ltd. v. Foundation Company of Canada Ltd.* (1977), 75 D.L.R. (3d) 294; [1977] 2 W.W.R. 717; 1 C.C.L.T. 358 (C.S.C.-B.); *Trappa Holdings Ltd. v. District of Surrey et al.* (1978),

D.L.R. (3d) 107; [1978] 6 W.W.R. 545 (B.C.S.C.); *Gold v. The DeHavilland Aircraft of Can. Ltd.*, [1983] 6 W.W.R. 229; (1983), 25 C.C.L.T. 180 (B.C.S.C.); *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27 (C.A.); *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall and Son Ltd.*, [1971] 1 Q.B. 337 (C.A.); *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297; *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216 (Q.B.).

95 D.L.R. (3d) 107; [1978] 6 W.W.R. 545 (C.S.C.-B.); *Gold v. The DeHavilland Aircraft of Can. Ltd.*, [1983] 6 W.W.R. 229; (1983), 25 C.C.L.T. 180 (C.S.C.-B.); *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27 (C.A.); *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall and Son Ltd.*, [1971] 1 Q.B. 337 (C.A.); *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297; *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216 (Q.B.).

AUTHORS CITED

Atiyah, P. S. "Negligence and Economic Loss" ^b (1967), 83 *L.Q. Rev.* 248.
 Blom, Joost. "Economic Loss: Curbs on the Way Ahead?" (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 275.
 Burns, Peter J. "Recent Developments in Negligence Law" in *Negligence Law in the 1990's*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1985.
 Cane, Peter. "Economic Loss in Tort: Is the Pendulum Out of Control?" (1989), 52 *Mod. L. Rev.* 200.
 Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
 Feldthusen, Bruce. "Economic Loss: Where Are We Going After *Junior Books*?" (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 241.
 Feldthusen, Bruce. "Pure Economic Loss Consequent Upon Physical Damage to a Third Party" (1977), 16 *U.W.O.L. Rev.* 1.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co. Ltd., 1987.
 Jones, Michael A. "Economic Loss—A Return to Pragmatism" (1986), 102 *L.Q. Rev.* 13.
 Jutras, Daniel. "Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?" (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 295.
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.
 Markesinis, B. S. "An Expanding Tort Law—The Price of a Rigid Contract Law" (1987), 103 *L.Q. Rev.* 354.
 Smilie, J. A. "Negligence and Economic Loss" (1982), 32 *U.T.L.J.* 231.

COUNSEL:

P. D. Lowry and *J. W. Perrett* for appellants (defendants).
David F. McEwen for respondent (plaintiff) Canadian National Railway Company.

SOLICITORS:

Campney & Murphy, Vancouver, for appellants (defendants).
McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, for respondent (plaintiff) Canadian National Railway Company.

DOCTRINE

Atiyah, P. S. «*Negligence and Economic Loss*» (1967), 83 *L.Q. Rev.* 248.
 Blom, Joost. «Economic Loss: Curbs on the Way Ahead?» (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 275.
 Burns, Peter J. «Recent Developments in Negligence Law» in *Negligence Law in the 1990's*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1985.
 Cane, Peter. «Economic Loss in Tort: Is the Pendulum Out of Control?» (1989), 52 *Mod. L. Rev.* 200.
 Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence*, 2^e éd. Toronto: Carswell, 1989.
 Feldthusen, Bruce. «Economic Loss: Where Are We Going After *Junior Books*?» (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 241.
 Feldthusen, Bruce. «Pure Economic Loss Consequent Upon Physical Damage to a Third Party» (1977), 16 *U.W.O.L. Rev.* 1.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7^e éd. Sydney: Law Book Co. Ltd., 1987.
 Jones, Michael A. «Economic Loss—A Return to Pragmatism» (1986), 102 *L.Q. Rev.* 13.
 Jutras, Daniel. «Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?» (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 295.
 Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd. Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1988.
 Markesinis, B. S. «An Expanding Tort Law—The Price of a Rigid Contract Law» (1987), 103 *L.Q. Rev.* 354.
 Smilie, J. A. «Negligence and Economic Loss» (1982), 32 *U.T.L.J.* 231.

AVOCATS:

P. D. Lowry et *J. W. Perrett* pour les appelants (défendeurs).
David F. McEwen pour l'intimée (demanderesse) la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

PROCUREURS:

Campney & Murphy, Vancouver, pour les appelants (défendeurs).
McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, pour l'intimée (demanderesse) la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.A.: I respectfully agree with Mr. Justice MacGuigan that in the circumstances of this case a duty of care was owed by the appellants (defendants) to the respondent (plaintiff) and, accordingly, that the former are liable to make good the pure economic loss sustained by the latter. I am also in general agreement with the reasons proposed by him, but wish to add these reasons for so concluding.

I accept from the outset that the issue whether and in what circumstances the law should permit recovery for pure economic loss is a "vexatious"¹ one. Courts of highest authority have shown varying degrees of reluctance to permit inroads on the exclusionary rule laid down in *Cattle v. Stockton Waterworks Company* (1875), L.R. 10 Q.B. 453 and upheld by the House of Lords in *Simpson v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279. Indeed, Mr. Lowry submits that the rule has stood now for more than a century and remains good law both in the United Kingdom as in Canada, and also that such judicial inroads as may have occurred have been carefully circumscribed.

I begin with a brief review of the foundation cases. The plaintiff in *Cattle* contracted with Knight, the owner of lands adjoining both sides of a road, to make a tunnel under the road so as to connect the lands on both sides, the soil of the road itself being declared by statute to be in the owners of the adjoining land. The work was delayed and the plaintiff was put to expense when water leaking from the defendant's watermain higher up on the road interfered with the performance of the work. The claim was one for pure economic (or financial) loss flowing from this interference with the plaintiff's right to enjoy a higher return of profit from the contract. In rejecting the claim, Blackburn J. asked (at page 457) whether the plaintiff *Cattle* could "sue in his own name for the loss which he has in fact sustained, in consequence of the damage, which the defendants have done to the property of Knight, causing him, *Cattle*, to lose

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je suis respectueusement d'accord avec le juge MacGuigan pour dire que, dans les circonstances de la présente affaire, les appelants (défendeurs) avaient un devoir de prudence envers l'intimée (demanderesse) et, par conséquent, que ceux-là étaient tenus de réparer le préjudice purement financier subi par celle-ci. Je suis également d'accord en général avec les motifs qu'il a exprimés, mais je désire toutefois ajouter les présents motifs.

Je conviens dès le début que la question de savoir si et dans quelles circonstances la loi devrait permettre l'indemnisation du préjudice purement financier est une question «controversée»¹. Les tribunaux d'instance supérieure se sont montrés peu disposés, à des degrés différents, à permettre des empiétements sur la règle d'exclusion établie dans l'arrêt *Cattle v. Stockton Waterworks Company* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, et confirmée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Simpson v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279. En effet, M^e Lowry soutient que la règle existe maintenant depuis plus d'un siècle et reste valable sur le plan juridique tant au Royaume-Uni qu'au Canada et également que les empiétements judiciaires qui ont pu se produire ont été circonscrits avec soin.

Je vais commencer par une brève revue des arrêts de base. Le demandeur dans l'arrêt *Cattle* a passé un contrat avec Knight, le propriétaire de terrains contigus aux deux côtés d'un chemin, afin de percer un tunnel sous le chemin de façon à relier les terrains se trouvant des deux côtés, le sol du chemin lui-même étant considéré par la loi comme appartenant aux propriétaires du terrain contigu. Les travaux ont été retardés, et le demandeur a été exposé à des dépenses lorsqu'un écoulement d'eau provenant de la conduite principale du défendeur située à un niveau plus élevé que le chemin est venu entraver l'exécution des travaux. La demande d'indemnisation portait sur le préjudice purement financier découlant de cette entrave au droit du demandeur de retirer du contrat des profits plus élevés. En rejetant la demande d'indemnisation, le juge Blackburn s'est demandé (à la page 457) si le demandeur *Cattle* pouvait [TRA-

¹ Per Wilson J., in *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2, at p. 25.

¹ Le juge Wilson, dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2, à la p. 25.

money under his contract?”, and he answered the question in the negative. His reasons for so doing are stated succinctly, at pages 457-458:

In the present case the objection is technical and against the merits, and we should be glad to avoid giving it effect. But if we did so, we should establish an authority for saying that, in such a case as that of *Fletcher v. Rylands* [Law Rep. 1 Ex. 265; Law Rep. 3 H.L. 330] the defendant would be liable, not only to an action by the owner of the drowned mine, and by such of his workmen as had their tools or clothes destroyed, but also to an action by every workman and person employed in the mine, who in consequence of its stoppage made less wages than he would otherwise have done. And many similar cases to which this would apply might be suggested. It may be said that it is just that all such persons should have compensation for such a loss, and that, if the law does not give them redress, it is imperfect. Perhaps it may be so. But, as was pointed out by Coleridge, J., in *Lumley v. Gye* (2 E. & B. at p. 252; 22 L. J. (Q.B.) at p. 479), Courts of justice should not “allow themselves, in the pursuit of perfectly complete remedies for all wrongful acts, to transgress the bounds, which our law, in a wise consciousness as I conceive of its limited powers, has imposed on itself, of redressing only the proximate and direct consequences of wrongful acts.” In this we quite agree. No authority in favour of the plaintiff’s right to sue was cited, and, as far as our knowledge goes, there was none that could have been cited.

In the present case there is . . . at most . . . a neglect of duty, which occasioned injury to the property of Knight, but which did not injure any property of the plaintiff. The plaintiff’s claim is to recover the damage which he has sustained by his contract with Knight becoming less profitable, or, it may be, a losing contract, in consequence of this injury to Knight’s property. We think this does not give him any right of action.

Two years later, the reasons underlying the rule were further articulated by Lord Penzance in *Simpson, supra*, at page 289:

But in the argument at your Lordships’ Bar the learned Counsel for the Respondents took their stand upon a much broader ground. They contended that the underwriters, by virtue of the policy which they entered into in respect of this ship, had an interest of their own in her welfare and protection, inasmuch as any injury or loss sustained by her would indirectly fall upon them as a consequence of their contract; and that this interest was such as would support an action by them in their own names and behalf against a wrong-doer. This proposi-

DUCTION] «intenter une action en son propre nom pour le préjudice qu’il a de fait subi à la suite des dommages que les défendeurs ont causés aux biens de Knight, lui faisant perdre à lui, Cattle, de l’argent dans le cadre du contrat?», et il a répondu à la question par la négative. Voici les motifs qu’il a formulés succinctement à cet égard, aux pages 457 et 458:

[TRADUCTION] En l’espèce, il s’agit d’une objection mineure et non justifiée, et nous devrions être contents d’éviter de lui donner effet. Mais si nous le faisons, nous établirions un précédent pour dire que, dans une affaire comme *Fletcher v. Rylands* (Law Rep. 1 Ex. 265; Law Rep. 3 H.L. 330) le défendeur serait exposé à des poursuites, non seulement de la part du propriétaire de la mine inondée et de ceux de ses ouvriers dont les outils ou les vêtements ont été endommagés, mais également de la part de tout ouvrier et de tout employé de la mine, qui à la suite de l’arrêt des opérations ont touché des salaires inférieurs à ceux qu’ils auraient retirés sans cela. Et on pourrait suggérer beaucoup d’autres cas similaires auxquels cela pourrait s’appliquer. On peut avancer qu’il est juste que toutes ces personnes devraient être indemnisées pour pareilles pertes et que si la loi ne leur accorde aucun recours elle est imparfaite. C’est peut-être vrai. Mais, comme l’a souligné le juge Coleridge dans l’arrêt *Lumley v. Gye* (2 E. & B. à la p. 252; 22 L. J. (Q.B.) à la p. 479), les cours de justice ne devraient pas «prendre la liberté dans la recherche de recours parfaitement complets pour tous les actes préjudiciables, d’outrepasser les limites que notre droit, selon une sage perception, à mon avis, de ses pouvoirs limités, s’est imposées, de réparer seulement les conséquences immédiates et directes d’actes préjudiciables». Sur ce point, nous sommes tout à fait d’accord. Aucune décision judiciaire n’a été citée en faveur du droit du demandeur d’intenter une poursuite, et, à notre connaissance, il n’y en avait aucune qui aurait pu l’être.

En l’espèce, il s’agit . . . tout au plus . . . d’une omission de remplir un devoir, qui a occasionné un préjudice aux biens de Knight, mais qui n’a endommagé aucun bien du demandeur. La réclamation du demandeur vise l’indemnisation des dommages qu’il a subis du fait que son contrat avec Knight est devenu moins avantageux ou, peut-être, pas du tout rentable à la suite de ces dommages aux biens de Knight. Nous pensons que cela ne lui confère aucun droit d’action.

Deux ans plus tard, les motifs sous-tendant la règle ont été exprimés plus clairement par lord Penzance dans l’arrêt *Simpson*, précité, à la page 289:

[TRADUCTION] Mais, dans leur plaidoirie devant vos Seigneuries, les avocats des intimés ont fondé leur attitude sur un terrain beaucoup plus vaste. Ils ont prétendu que les assureurs, en vertu de la police qu’ils ont conclue relativement au navire, avaient un intérêt dans la protection de celui-ci, en ce sens que tout dommage ou préjudice subi par lui les concernerait indirectement en raison du contrat; et que cet intérêt était tel qu’il leur permettrait d’intenter une action en leur nom contre l’auteur du délit. Cette proposition confirme virtuellement un

tion virtually affirms a principle which I think your Lordships will do well to consider with some care, as it will be found to have a much wider application and signification than any which may be involved in the incidents of a contract of insurance. The principle involved seems to me to be this—that where damage is done by a wrongdoer to a chattel not only the owner of that chattel, but all those who by contract with the owner have bound themselves to obligations which are rendered more onerous, or have secured to themselves advantages which are rendered less beneficial by the damage done to the chattel, have a right of action against the wrongdoer although they have no immediate or reversionary property in the chattel, and no possessory right by reason of any contract attaching to the chattel itself, such as by lien or hypothecation.

The appellants (defendants) contend that the exclusionary rule has been recognized in Canada by the highest authority, and cite by way of example references to *Cattle in Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works et al.*, [1974] S.C.R. 1189; and in *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2. Further, in *Attorney-General for Ontario v. Fatehi et al.* (1981), 34 O.R. (2d) 129 (C.A.), (reversed on other grounds [1984] 2 S.C.R. 536), Wilson J.A. (as she then was), after canvassing the authorities including the view expressed by Pigeon J. in *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221, at page 252 that it had been settled in *Rivtow* “that recovery for economic loss caused by negligence is allowable without any recovery for property damage”, observed at page 139:

Despite this, the exclusionary rule dies hard. In two recent cases, *Bethlehem Steel Corp. v. St. Lawrence Seaway Authority et al.*, [1978] 1 F.C. 464, 79 D.L.R. (3d) 522, and *Ital-Canadian Investments Ltd. v. North Shore Plumbing & Heating Co. Ltd. et al.*, [1978] 4 W.W.R. 289 (B.C.S.C.), the right to recovery for pure economic loss was limited to cases where there had also been physical damage to person or property or where such physical damage was threatened.

And, at page 140, she added:

I have concluded from a review of the leading English and Canadian authorities that, while Canadian courts have made greater inroads into the exclusionary rule than the English courts, there has been no dramatic movement away from it despite the observation of Mr. Justice Pigeon in the *Agnew-Surpass* case, *supra*. I say this because the majority in *Rivtow*, *supra*, found it necessary to base recovery on the existence of an independent tort, breach of the duty to warn arising from

principe que, à mon avis, vos Seigneuries feront bien de prendre en considération avec quelque soin, car il se trouvera à avoir une application et une signification beaucoup plus larges que n'importe quel de ceux qui peuvent être concernés dans les événements d'un contrat d'assurance. Le principe en cause me semble être le suivant: lorsque l'auteur d'un délit cause des dommages à un bien meuble, non seulement le propriétaire de ce bien meuble mais également tous ceux qui par contrat avec le propriétaire sont liés aux obligations dont l'exécution est devenue plus onéreuse ou qui ont obtenu pour eux-mêmes des avantages qui sont rendus moins intéressants en raison des dommages occasionnés au bien meuble, ont un droit d'action contre l'auteur du délit bien qu'ils n'aient pas de droit de propriété immédiat ou réversif sur le meuble, ni aucun droit de possession en raison d'un contrat se rapportant au bien meuble lui-même, comme au moyen d'un privilège ou d'une hypothèque.

Les appelants (défendeurs) allèguent que la règle d'exclusion a été reconnue au Canada par les plus hauts tribunaux et citent à titre d'exemples des renvois à l'arrêt *Cattle* dans *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works et autre*, [1974] R.C.S. 1189; et *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2. En outre, dans l'arrêt *Attorney-General for Ontario v. Fatehi et al.* (1981), 34 O.R. (2d) 129 (C.A.), (infirmé pour d'autres motifs par [1984] 2 R.C.S. 536), le juge d'appel Wilson (tel était alors son titre), après avoir examiné à fond les décisions judiciaires et notamment l'opinion exprimée par le juge Pigeon dans l'arrêt *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221, à la page 252, selon lequel il avait été établi dans l'arrêt *Rivtow* «que le recouvrement de la perte économique causée par la négligence est admis même sans recouvrement pour dommages matériels», a fait remarquer à la page 139:

[TRADUCTION] Malgré cela, la règle d'exclusion a la vie dure. Dans deux décisions récentes, *Bethlehem Steel Corp. c. L'Administration de la voie maritime du Saint-Laurent et autres*, [1978] 1 C.F. 464, 79 D.L.R. (3d) 522, et *Ital-Canadian Investments Ltd. v. North Shore Plumbing & Heating Co. Ltd. et al.*, [1978] W.W.R. 289 (C.S.C.-B.), le droit à une indemnisation pour préjudice purement financier a été limité à des cas où il y avait eu également un préjudice physique à la personne ou aux biens ou menace de préjudice.

Et elle ajoutait, à la page 140:

[TRADUCTION] J'ai conclu, à partir d'une revue des principales décisions anglaises et canadiennes, que, bien que les tribunaux canadiens aient empiété sur la règle d'exclusion davantage que les tribunaux anglais, on ne s'en est pas écarté de façon spectaculaire malgré les remarques faites par le juge Pigeon dans l'arrêt *Agnew-Surpass*, précité. Je dis cela parce que les juges formant la majorité dans l'arrêt *Rivtow*, précité, ont conclu qu'il fallait fonder l'indemnisation sur l'existence d'un

the special relationship between the parties, and Laskin J. required a threat of physical damage to person or property. None of the Court seems to have been prepared to go as far as Lord Justice Edmund Davies in his dissenting judgment in the *Spartan Steel* case, *supra*, and permit recovery of the economic loss as a direct and reasonably foreseeable consequence of the defect in the design or manufacture of the crane. In cases where there is no independent tort and no threat of physical damage the exclusionary rule would seem to be still very much alive in Canada.

The appellants (defendants) lay much stress on three recent decisions of the House of Lords and the Privy Council as reaffirming the exclusionary rule in English common law, in none of which was a claim for pure economic loss allowed. The first, *Candlewood Navigation Corpn. Ltd. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.* [*"The Mineral Transporter"*], [1986] A.C. 1 (P.C.), involved a claim by a bareboat charterer for the cost of repairing a ship damaged in a collision with another ship, as well as a claim by a time charterer (also the owner of the ship) for loss of charter hire and lost profits during the time the ship was laid up. In *Leigh and Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, [1986] A.C. 785 (H.L.), the plaintiff, a c & f buyer of goods carried in a ship, claimed against the carrier for damage done to the goods during transit, in which the risk of loss but not the property had passed to the plaintiff who was not a party to the contract of carriage. Finally, *D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs. for England*, [1989] 1 A.C. 177 (H.L.) involved a claim by tenants against a main contractor for the cost of repairing defective plastering work performed on premises by a sub-contractor, and a separate claim by the occupiers of the premises for the loss of enjoyment of use and occupation during the period of restoration.

As is apparent in *Candlewood* itself (at pages 24-25) in denying recovery for pure economic losses, the earlier decision of the House of Lords in

préjudice distinct, le manquement au devoir d'avertir découlant du lien spécial existant entre les parties, et le juge Laskin a exigé l'existence d'une menace de préjudice physique à la personne ou aux biens. Aucun des juges de la Cour ne semble avoir été disposé à aller aussi loin que le lord juge Edmund Davies dans son jugement dissident dans l'arrêt *Spartan Steel*, précité, et à permettre l'indemnisation du préjudice financier comme conséquence directe et raisonnablement prévisible du vice de conception ou de fabrication de la grue. Dans des cas où il n'y a ni délit distinct ni menace de préjudice physique, la clause d'exclusion semble être encore bien en vigueur au Canada.

Les appelants (défendeurs) insistent beaucoup sur trois décisions récentes de la Chambre des lords et du Conseil privé qui confirment de nouveau la règle d'exclusion en *common law* anglaise, mais dont aucune n'a fait droit à une demande d'indemnisation de préjudice purement financier. La première, *Candlewood Navigation Corpn. Ltd. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.* [*"The Mineral Transporter"*], [1986] A.C. 1 (P.C.), concernait une demande d'indemnisation présentée par un affrèteur coque nue pour les frais de réparation d'un navire endommagé dans une collision avec un autre navire, ainsi qu'une demande d'indemnisation présentée par un armateur-affrèteur (également propriétaire du navire) pour la perte du loyer d'affrètement et la perte de profits durant le temps où le navire a été désarmé. Dans l'arrêt *Leigh and Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, [1986] A.C. 785 (H.L.), la demanderesse, un acheteur coût-fret de marchandises transportées à bord d'un navire, a réclamé contre le transporteur l'indemnisation des dommages causés aux marchandises durant le transit, au cours duquel le risque de perte mais non la propriété des marchandises avait été transmis à la demanderesse qui n'était pas partie au contrat de transport. Enfin, l'arrêt *D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs. for England*, [1989] 1 A.C. 177 (H.L.) concernait une demande d'indemnisation présentée par des locataires contre un entrepreneur général pour les frais de réparation de travaux de plâtrage défectueux effectués dans des locaux par un sous-traitant, et une demande distincte d'indemnisation présentée par les occupants des locaux pour la perte de jouissance de leur utilisation et de leur occupation durant les travaux de restauration.

Ainsi qu'il appert de l'arrêt *Candlewood* lui-même (aux pages 24 et 25) où a été refusée l'indemnisation de préjudices purement financiers,

Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd., [1983] A.C. 520 was carefully circumscribed, and the reasoning of the different judges of the High Court of Australia in *Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 136 C.L.R. 529 was not found of assistance. The result, according to the appellants (defendants), is that the exclusionary rule survives to this day in the United Kingdom. That much, indeed, seems apparent from the speech of Lord Fraser of Tullybelton, at page 17:

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

And, as his Lordship put it in remarking on *Junior Books* at pages 24-25, "That case may be regarded as having extended the scope of duty somewhat, but any extension was not in the direction of recognising a title to sue in a party who suffered economic loss because his contract with the victim of the wrong was rendered less profitable or unprofitable."

Fundamentally, the concern expressed in these cases is entirely practical, being directed against the opening up of indeterminate liability as well as the need in the law for a reasonable degree of certainty. At the same time, there is variously expressed a strong concern for a fair and just result in particular cases, a concern which is perhaps mirrored in the series of rhetorical questions (recited by my colleague) posed by Wilson J. in *Kamloops*, *supra*, at pages 28-29. As for the former concern, at the heart of it seems to be a recognition that in our society at any given point of time there are likely to be found numerous and, indeed, complex and even pervasive sets of contractual relations respecting different kinds of economic activity that draw along with them the creation of societal benefits enuring to wide segments of the general population. For the law to impose on a careless wrongdoer liability beyond that attracted by ownership or possession of prop-

la décision rendue précédemment par la Chambre des lords dans l'affaire *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] A.C. 520, a été circonscrite avec soin, et le raisonnement suivi par les différents juges de la Haute Cour de l'Australie dans l'arrêt *Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd. v. The Dredge «Willemstad»* (1976), 136 C.L.R. 529, n'a pas été considéré comme étant utile. Il en résulte, selon les appelants (défendeurs), que la règle d'exclusion existe encore au Royaume-Uni. En effet, cela semble bien ressortir de l'opinion de lord Fraser of Tullybelton (à la page 17):

[TRADUCTION] Les deux arrêts *Cattle*, L.R. 10 Q.B. 453, et *Simpson*, 3 App. Cas. 279, tiennent depuis plus de cent ans et ont été souvent cités favorablement dans des arrêts subséquents, tant au Royaume-Uni qu'ailleurs. Ils indiquent, de l'avis de leurs Seigneuries, que la raison valable pour refuser un droit d'action à une personne qui a subi un préjudice financier à la suite d'un dommage occasionné aux biens d'une autre personne est que, pour des raisons pratiques, il est considéré inopportun de faire droit à sa demande d'indemnisation.

Et, comme sa Seigneurie l'a fait remarquer au sujet de l'arrêt *Junior Books* aux pages 24 et 25 [TRADUCTION] «Cette affaire peut être considérée comme ayant étendu quelque peu la portée de l'obligation, mais cette extension n'allait pas dans le sens de la reconnaissance du droit de poursuivre pour une personne qui a subi un préjudice financier parce que son contrat avec la victime de la faute était devenu moins avantageux ou plus avantageux du tout.»

Fondamentalement, la préoccupation exprimée dans ces arrêts est purement pratique et concerne le développement d'une responsabilité indéterminée ainsi que la nécessité en droit d'un degré raisonnable de certitude. En même temps, on exprime de façon différente une préoccupation marquée en faveur d'une décision juste et équitable dans les cas particuliers, préoccupation qui se reflète peut-être dans la sévère de questions pour la forme (énumérées par mon collègue) posées par le juge Wilson dans l'arrêt *Kamloops*, précité, aux pages 28 et 29. Quant à la préoccupation précédente, il semble y avoir, au fond de celle-ci, la reconnaissance du fait que, dans notre société, à tout moment donné, il est possible de se trouver en présence de liens contractuels nombreux et même complexes et envahissants relativement à différentes sortes d'activités économiques qui entraînent la création d'avantages sociaux s'appliquant à de larges segments de la population en général. En

erty that is physically damaged by negligence, including pure economic loss consequential thereon, would be to expand the ambit of liability in a way that might seriously overburden generators of such activity and correspondingly undermine the range of those benefits available to the community at large. Better that this sort of loss be left to be insured against or allocated in some other way under the terms of the contractual engagement, rather than placed exclusively upon the shoulders of a single wrongdoer. This, I conceive, may well have been the concern of Estey J. in *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, at page 243 where he stated:

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

That a loss to be recoverable must at all events be foreseeable is I think well settled, but the existence of a duty of care and, therefore, of *prima facie* liability for a loss now depends on much more than mere foreseeability.² I am satisfied that the loss was foreseeable. There must also be a sufficient proximity or neighbourhood between a wrongdoer and a plaintiff such as gives rise to a duty of care owed by the former to the latter. I do not intend to canvass the origins and application of the "neighbourhood" principle, for to do so would be to go over once again territory already covered by my colleague, and shall content myself with a few remarks on the two propositions laid down by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Bor-*

² Thus, in *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1989] A.C. 53 (H.L.), Lord Keith of Kinkel said, at p. 60:

(Continued on next page)

droit, faire supporter à l'auteur négligent d'une faute une responsabilité qui va au-delà de celle engendrée par la propriété ou la possession d'un bien qui subit par négligence un préjudice physique, y compris un préjudice purement financier consécutif à celui-ci, consisterait à étendre le champ d'application de la responsabilité d'une manière qui pourrait gravement surcharger les générateurs de ces activités et amoindrir par conséquent la gamme de ces avantages qui existent pour la société dans son ensemble. Il est préférable que ce genre de préjudice puisse faire l'objet d'une assurance ou d'une indemnisation d'une autre façon aux termes des engagements contractuels, plutôt que de reposer exclusivement sur les épaules du simple auteur de la faute. C'est peut-être bien la préoccupation qu'a voulu exprimer le juge Estey dans l'arrêt *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, à la page 243, où il a déclaré:

Les tribunaux de notre pays continueront indubitablement de chercher des limites raisonnables et pratiques à la responsabilité d'un fournisseur négligent de produits manufacturés ou de services, à la responsabilité d'un entrepreneur négligent à l'égard d'engagements contractuels envers d'autres personnes, et à la responsabilité de personnes qui font de fausses déclarations par négligence. Dans cette recherche, les tribunaux veilleront à protéger la collectivité contre les dommages subis par suite d'une violation de l'obligation de «lien étroit». Mais en même temps, l'énoncé d'une limite précise de responsabilité, qui soit susceptible d'application pratique, doit refléter les réalités de la vie moderne, de sorte que les activités sociales et commerciales puissent se poursuivre sans être gênées par un fardeau qui importe plus que l'avantage que représente pour la collectivité le principe historique du lien étroit.

Il est bien établi, je crois, que, pour être indemnisable, le préjudice doit de toute façon être prévisible, mais l'existence d'un devoir de prudence et, par conséquent, d'une responsabilité *prima facie* à l'égard d'un préjudice dépend maintenant beaucoup plus que de la simple prévisibilité². Je suis convaincu que le préjudice était prévisible. Il doit également y avoir un lien suffisamment étroit entre l'auteur de la faute et le demandeur pour donner naissance à un devoir de prudence qui incombe à celui-là envers celui-ci. Je n'ai pas l'intention de passer en revue les origines et l'application du principe du «lien étroit», car ce serait parcourir encore une fois un terrain déjà arpenté par mon collègue, et je me contenterai de quelques

² Ainsi, dans l'arrêt *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1989] A.C. 53 (H.L.), lord Keith of Kinkel a dit, à la p. 60:

(Suite à la page suivante)

ough Council, [1978] A.C. 728 (H.L.) for determining liability in negligence in the light of recent developments. His first proposition requires that, for determining the existence of a *prima facie* duty of care, a court must ask itself whether [at page 751] “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”. Secondly, if the answer to this question be “yes”, a court must then consider [at page 752] “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, indeed, applied by the Supreme Court in *B.D.C. Ltd.*, *supra*, and *Kamloops, supra*.

Nowadays, in the United Kingdom, there seems to be a developing tendency to view the *Anns* formulation somewhat more narrowly than may have been the case heretofore. In *Candlewood*, for example, Lord Fraser of Tullybelton, at page 21, drew attention to “the warning given by Lord Keith of Kinkle in *Governors of the Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson & Co.*”

(Continued from previous page)

It has been said almost too frequently to require repetition that foreseeability of likely harm is not in itself a sufficient test of liability in negligence. Some further ingredient is invariably needed to establish the requisite proximity of relationship between plaintiff and defendant, and all the circumstances of the case must be carefully considered and analysed in order to ascertain whether such an ingredient is present. The nature of the ingredient will be found to vary in a number of different categories of decided cases.

And in *Yeun Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (P.C.), per Lord Keith of Kinkle, at p. 192:

Foreseeability of harm is a necessary ingredient of such a relationship, but it is not the only one. Otherwise there would be liability in negligence on the part of one who sees another about to walk over a cliff with his head in the air, and forebears to shout a warning.

remarques au sujet des deux propositions énoncées par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.) pour déterminer la responsabilité en cas de négligence à la lumière des récents développements. Sa première proposition exige que, pour établir l'existence d'un devoir *prima facie* de prudence, le tribunal se demande [TRADUCTION] [à la page 751] «s'il existe entre l'auteur présumé de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit pour que l'imprudence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçue par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne». Si la réponse à cette question est «oui», le tribunal doit alors se demander [TRADUCTION] [à la page 752] «s'il existe des considérations qui pourraient restreindre ou limiter la portée de cette obligation, la catégorie de personnes à qui cette obligation bénéficie ou les dommages qui peuvent être causés par l'inexécution de cette obligation, ou faire conclure à l'inexistence de l'obligation, de la catégorie de personnes ou de l'obligation de dédommager». Cette formulation a en effet été appliquée par la Cour suprême dans les arrêts *B.D.C. Ltd.*, précité, et *Kamloops*, précité.

Actuellement, au Royaume-Uni, il semble y avoir une tendance grandissante de considérer la formulation figurant dans l'arrêt *Anns* comme étant quelque peu plus stricte que cela peut avoir été le cas jusqu'ici. Dans l'arrêt *Candlewood*, par exemple, lord Fraser of Tullybelton a, à la page 21, attiré l'attention sur [TRADUCTION] «l'avertissement donné par lord Keith of Kinkle dans l'arrêt

(Suite de la page précédente)

[TRADUCTION] On a dit trop souvent pour qu'il soit nécessaire de le répéter que la prévisibilité d'un préjudice probable n'est pas en soi un critère suffisant de responsabilité en cas de négligence. Il faut invariablement un autre élément pour établir le degré d'étroitesse du lien entre le demandeur et le défendeur, mais toutes les circonstances de l'affaire doivent être examinées et analysées soigneusement afin de s'assurer de la présence d'un tel élément. On constatera que la nature de cet élément varie dans un certain nombre de catégories différentes d'affaires tranchées.

Et dans l'arrêt *Yeun Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (P.C.), lord Keith of Kindel a déclaré, à la p. 192:

[TRADUCTION] La prévisibilité du préjudice est un élément nécessaire d'un tel lien, mais ce n'est pas le seul. Autrement, il y aurait responsabilité par négligence de la part de la personne qui en voit une autre sur le point de franchir un escarpement sans s'en rendre compte et qui ne lui crie pas de faire attention.

Ltd., [1985] A.C. 210, at page 240 of the need to resist the temptation to treat these passages from Lord Wilberforce's speech as being of a definitive character", and added that they are "in any event not directly applicable to the facts of the instant appeal, because none of the trilogy of cases referred to by Lord Wilberforce was dealing with claims against a wrongdoer by a person who was not the victim of his negligence but by a third party whose only relation to the victim was contractual". What I am able to discern from these and other recent English cases³ is that, fundamentally, the existence of a duty of care is to be determined on the exclusive application of the first of these two propositions, the second being confined to any matter of policy for denying recovery notwithstanding that a duty of care has been found to exist.

While numerous cases have come before the courts in which claims for pure economic loss have been allowed or rejected, it would seem that a proper understanding of the problem facing us may require an appreciation of what the decided cases actually stand for, particularly those where recovery was allowed. I have already mentioned the two English cases on which the exclusionary rule is founded, and also the first two of the three most recent decisions of the House of Lords and the Privy Council upholding the rule. All four of these fall into the same general category, i.e. pure economic loss arising from an interference with a subsisting contractual relationship between a plaintiff and the owner or possessor of property injured by a defendant wrongdoer. So too does the Australian case of *Caltex*, *supra*, allowing recovery of such a loss. In other cases, falling into entirely separate categories, pure economic loss was also allowed: e.g. *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.); and *Haig v. Bamford et al.*, [1977] 1 S.C.R. 466 (reliance on negligent misstatement); *Rivtow*, *supra* (manufacturer's failure to warn); *Kamloops*, *supra* (municipal authority's neglect of

³ See e.g. *Yeun Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, *supra*, footnote 2, per Lord Keith of Kinkel, at pp. 190-192.

Governors of the Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson & Co. Ltd., [1985] A.C. 210, à la page 240, au sujet de la nécessité de résister à la tentation de traiter ces passages tirés de l'opinion de lord Wilberforce comme ayant un caractère définitif», et il a ajouté que, [TRADUCTION] «de toute façon, ils ne s'appliquent pas directement aux faits du présent appel, parce qu'aucun des trois arrêts mentionnés par lord Wilberforce ne concernait des demandes d'indemnisation présentées contre l'auteur de la faute par une personne qui n'était pas la victime de sa négligence mais par un tiers dont le seul lien qu'il entretenait avec la victime était contractuel». Ce que je puis discerner de ces arrêts et d'autres arrêts anglais³, c'est que, fondamentalement, l'existence d'un devoir de prudence doit être déterminée en fonction de l'application exclusive de la première de ces deux propositions, la seconde étant confinée à toute question de principe pour refuser l'indemnisation malgré qu'on ait conclu à l'existence d'un devoir de prudence.

Bien que les tribunaux aient été saisis de nombreuses affaires dans lesquelles des demandes d'indemnisation pour préjudice purement financier ont été accueillies ou rejetées, il semblerait que, pour bien comprendre le problème auquel nous faisons face, il faille peut-être évaluer ce que les affaires tranchées signifient vraiment, tout particulièrement celles dans lesquelles l'indemnisation a été accordée. J'ai déjà mentionné les deux décisions anglaises sur lesquelles est fondée la règle d'exclusion, et également les deux premiers des trois arrêts les plus récents de la Chambre des lords et du Conseil privé confirmant la règle. Tous les quatre tombent dans la même catégorie générale, c'est-à-dire le préjudice purement financier découlant d'un empiètement sur des liens contractuels subsistant entre un demandeur et le propriétaire ou le possesseur de biens endommagés par un défendeur qui était l'auteur de la faute. Il en est ainsi de l'arrêt australien *Caltex*, précité, qui permettait l'indemnisation d'un tel préjudice. Dans d'autres arrêts, qui tombent dans des catégories tout à fait différentes, la demande d'indemnisation pour préjudice purement financier a été accueillie: par ex. *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller &*

³ Voir par ex. *Yeun Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, précité, note n° 2, motifs de lord Keith of Kinkel, aux p. 190 à 192.

statutory duty); and *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297 (solicitor's liability).

Having said this, as seems particularly apparent from the first of the three recent English cases (*Candlewood, supra*) and restated in the second (*Aliakmon, supra*), in the United Kingdom at least a claim for pure economic loss arising from interference with contractual rights is not recoverable. Although, as I have pointed out, the authorities in this country have expressed concern with respect to the problem of indeterminate liability in cases of pure economic loss, no binding authority has as yet gone the length of the House of Lords. Rather, on the basis of the decided cases here, it would seem that the important inquiry is whether a relationship of proximity existed between the appellants (defendants) and the respondent (plaintiff) such as gave rise to a duty of care owed by the former to the latter. This approach was accepted by Blackburn J. in *Cattle* itself where, in quoting the words of Coleridge J. in *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216 (Q.B.), he observed that the courts have imposed on themselves "redressing only the proximate and direct consequences of wrongful acts". Ritchie J. limited his criticism of this test in *Rivtow, supra*, when he stated at pages 1211-1212:

Mr. Justice Blackburn's thinking in this instance appears to me to be controlled by the then current notions as to proximity and remoteness of damage and I think that his approach requires reassessment in light of the judgment in *M'Alister (Donoghue) v. Stevenson*

It was the approach taken by Estey J. in *Hofstrand, supra*, in rejecting a claim for pure economic loss.

We are not here concerned with the liability of all users of the railway bridge as was the case in *Gypsum Carrier Inc. v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 147 (T.D.), but only with the use being made of it

Partners Ltd., [1964] A.C. 465 (H.L.); et *Haig c. Bamford et autres*, [1977] 1 R.C.S. 466 (confiance en des renseignements inexacts fournis par négligence); *Rivtow*, précité (omission d'avertir par le manufacturier); *Kamloops*, précité (négligence par des autorités municipales relativement à une obligation prévue par la loi); et *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297 (responsabilité de l'avocat).

Cela dit, ainsi qu'il semble particulièrement ressortir du premier des trois arrêts anglais récents (*Candlewood*, précité) et être déclaré de nouveau dans le deuxième (*Aliakmon*, précité), au Royaume-Uni du moins, il ne peut y avoir indemnisation d'un préjudice purement financier découlant d'une entrave à des droits contractuels. Bien que, comme je l'ai signalé, dans la jurisprudence de notre pays on ait exprimé des préoccupations en ce qui concerne le problème de la responsabilité indéterminée dans les cas de préjudice purement financier, aucune décision exécutoire ne s'est encore rendue aussi loin que la Chambre des lords. Plus exactement, d'après les affaires jugées ici, il semblerait que la question importante est celle de savoir s'il existait un lien étroit entre les appelants (défendeurs) et l'intimée (demanderesse) qui donnait lieu à un devoir de prudence qui incombait à ceux-là envers celle-ci. Le juge Blackburn a accepté cette conception dans l'arrêt *Cattle* même dans lequel, en citant les mots du juge Coleridge dans l'arrêt *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216 (Q.B.), il a fait remarquer que les tribunaux s'étaient imposé [TRADUCTION] «de réparer seulement les conséquences directes et immédiates des actes délictueux». Le juge Ritchie a limité sa critique de ce critère dans l'arrêt *Rivtow*, précité, quand il a déclaré, aux pages 1211 et 1212:

Le raisonnement de M. le Juge Blackburn dans cette dernière affaire me semble dicté par les conceptions de l'époque sur le caractère prochain ou éloigné du dommage et je crois que sa façon d'aborder requiert une nouvelle appréciation à la lumière du jugement rendu dans l'affaire *M'Alister (Donoghue) v. Stevenson*

C'est l'approche adoptée par le juge Estey dans l'arrêt *Hofstrand*, précité, pour rejeter une demande d'indemnisation pour préjudice purement financier.

Nous ne nous intéressons pas ici à la responsabilité de tous les utilisateurs du pont de chemin de fer comme c'était le cas dans l'arrêt *Gypsum Carrier Inc. c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 147 (1^{re}

by the respondent (plaintiff) at the time of the collision. In any case, the evidence before us suggests that the agreements with the railway companies for use of the bridge were not, as was found to be so in that case (at page 152) “substantially the same in meaning and effect” for, as my colleague Mr. Justice MacGuigan points out, the agreement to which the respondent (plaintiff) was a party contained a feature which was not present in the other user agreements. Furthermore, and not without some significance, the respondent (plaintiff) was found at trial to have provided the bridge owner without charge consultative services of a full-time engineer.

In his submissions, Mr. Lowry challenged both reliance on the Trial Judge’s factual conclusions [(1989), 49 C.C.L.T. 1; 26 F.T.R. 81, at page 28 C.C.L.T.] that:

1. The probability of the Cdn. National Railway as a distinct legal person as opposed to it being merely a member of a group, suffering the loss which it claims, was not only foreseeable but was actually known to the defendants.

2. The precise nature of the economic loss was also not only foreseeable but was actually known.

3. The damage has been caused and is by no means indefinite either as to quantum or as to time.

4. There exists a sufficient proximity or close relationship between the loss claimed and the tortious act.

5. The property of the Cdn. National Railway is not only in close proximity to the bridge but the latter constitutes an essential link between the Cdn. National Railway tracks on each side of the river, without which that property cannot be properly enjoyed by the claimant.

as well as the validity of the elements he considered important in finding liability for pure economic loss, (at pages 28-29 C.C.L.T.):

1. Knowledge of the claimant as a specific individual or identity who is likely to suffer the damage as opposed to knowledge of a general or unascertained class of people.

2. Not only must it be established that loss was probably foreseeable but the precise nature of the loss should have been foreseeable.

3. There must be a sufficient degree of proximity between the act committed by the tortfeasor and the injury complained of, that an ordinary right-thinking person would feel that the tortfeasor is morally bound to compensate the victim (*Caltex Oil Australian Property Ltd. v. the Dredge Willemstad*). This has also been expressed in terms of sufficient proximity of the property to lead to a duty of care to the claimant.

inst.), mais seulement à l’utilisation qui en était faite par l’intimée (demanderesse) à l’époque de la collision. En tout cas, la preuve présentée devant nous laisse entendre que les contrats conclus avec les compagnies ferroviaires pour l’utilisation du pont n’avaient pas, comme on l’a jugé dans cette affaire-là (à la page 152) «sensiblement les mêmes signification et effet» car, comme le souligne mon collègue le juge MacGuigan, le contrat auquel l’intimée (demanderesse) était partie contenait une clause qui ne figurait pas dans les autres contrats. De plus, et non sans quelque importance, on a constaté au procès que l’intimée (demanderesse) avait fourni sans frais au propriétaire du pont les services consultatifs d’un ingénieur à plein temps.

Dans ses observations, M^e Lowry a contesté à la fois le bien-fondé des conclusions du juge de première instance [(1989), 49 C.C.L.T. 1; 26 F.T.R. 81, quant aux faits à la page 28 C.C.L.T.]:

1. Non seulement les défendeurs pouvaient-ils prévoir que le CN, comme entité juridique distincte plutôt que comme membre d’une catégorie, ait vraisemblablement subi la perte à l’égard de laquelle il veut être indemnisé, mais ils le savaient effectivement.

2. La nature précise de la perte financière était non seulement prévisible, elle était effectivement connue.

3. Les dommages ont été causés et ni le montant ni le moment ne sont indéterminés.

4. Il existe un lien suffisamment étroit entre la perte alléguée et le délit.

5. Non seulement la propriété du CN est-elle située à proximité du pont, mais celui-ci constitue un lien essentiel entre les voies de la société ferroviaire situées de chaque côté du fleuve, lien sans lequel ce dernier ne peut vraiment jouir de sa propriété.

et la validité des éléments qu’il considérait importants pour conclure à la responsabilité pour préjudice purement financier (aux pages 28 et 29 C.C.L.T.):

1. La connaissance de l’auteur de la réclamation comme personne ou entité déterminée qui est susceptible de subir les dommages par opposition à la connaissance d’une catégorie de personnes générale ou indéterminée.

2. La preuve non seulement du fait que la perte était probablement prévisible, mais du fait que la nature précise de cette perte aurait dû l’être.

3. L’existence d’un lien suffisamment étroit entre l’acte commis par l’auteur du délit et les dommages reprochés, de sorte que l’homme de la rue sensé estimerait que le coupable est moralement tenu de dédommager la victime (*Caltex Oil Australian Property Ltd. v. the Dredge Willemstad*) ou, en d’autres mots, la preuve d’un lien suffisamment étroit avec le bien concerné pour donner lieu à un devoir de prudence envers l’auteur de la réclamation.

In my judgment, taken collectively, if not, perhaps, individually,⁴ these elements demonstrate that sufficient proximity giving rise to a duty of care owed by the appellants (defendants) to the respondent (plaintiff) existed; the case is a compelling one for recovery of the loss claimed. In the exceptional circumstances of this case, I can find no reason in policy for negating this duty or for denying recovery of the loss. In so saying I wish once more to emphasize that the issue before us is solely concerned with liability for pure economic loss suffered by the respondent (plaintiff) and not at all with claims of the same nature advanced by other users of the bridge.

Finally, as the decided cases also show, the challenge of formulating a principle of general application for cases of this kind having a "defined limit on liability capable of practical application"⁵ has proven to be both elusive and daunting, and it is not at all easy to see the future shape such a formulation might take or even, indeed, that one will soon emerge. Nonetheless, I am minded of the optimism expressed by Sir Robert Megarry V.-C. in *Ross v. Caunters*, *supra*, at page 321:

I am content—indeed, happy—to leave it to other courts in other cases on other facts to evolve the test or tests that have to be applied. In some cases there may be not much more than the "feel" of the case to point to the answer. But enough decisions in enough cases must sooner or later make possible the induc-

⁴ In *Caltex*, *supra*, there is found some support for the notion that knowledge by a wrongdoer of a claimant as a specific individual as a suitable test of proximity and therefore of duty (see the judgments of Gibbs J., at p. 555 and of Mason J., at p. 593), but this was rejected in *Candlewood*, *supra*, at p. 24 as lacking in logic. Here in Canada, Dickson J. (as he then was) at p. 476 of *Haig v. Bamford*, *supra*, considered such a test "too narrow", while Wilson J. at p. 31 of *City of Kamloops*, *supra*, expressed some scepticism as to its adequacy, saying that while such a test "may make the class determinate . . . it gives no guarantee that it will be small". As I see it, a problem with this test, taken by itself, is that it could unduly limit liability where there are no rational grounds for so doing, or expand it considerably for knowledgeable defendants but not otherwise.

⁵ *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, *supra*, per Estey J., at p. 243.

À mon avis, pris collectivement, sinon, peut-être, individuellement⁴, ces éléments montrent qu'il existait un lien suffisamment étroit qui donnait lieu à un devoir de prudence incombant aux appelants (défendeurs) envers l'intimée (demanderesse); il s'agit d'une affaire concluante pour l'indemnisation du préjudice réclamé. Dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce, je ne puis trouver aucune raison de principe pour refuser ce devoir ou pour refuser l'indemnisation du préjudice. Sur ces mots, je voudrais encore une fois souligner que la question dont nous sommes saisis concerne seulement la responsabilité quant au préjudice purement financier subi par l'intimée (demanderesse) et pas du tout les demandes d'indemnisation de la même nature présentées par les autres utilisateurs du pont.

Enfin, comme les affaires jugées le montrent également, le défi de formuler un principe d'application générale pour les cas de ce genre qui ont «une limite précise de responsabilité, qui soit susceptible d'application pratique»⁵, s'est avéré à la fois ambigu et décourageant, et il n'est pas du tout facile de concevoir la forme éventuelle qu'une telle formulation pourrait prendre ou même, en effet, qu'il en émergera une bientôt. Néanmoins, je partage l'optimisme exprimé par sir Robert Megarry dans l'arrêt *Ross v. Caunters*, précité, à la page 321:

[TRADUCTION] Je suis content—et même heureux—de laisser à d'autres tribunaux dans d'autres affaires portant sur d'autres faits le soin d'élaborer le ou les critères qui doivent être appliqués. Dans certaines affaires, il peut bien ne pas y avoir beaucoup plus que l'impression générale de l'affaire pour

⁴ Dans l'arrêt *Caltex*, précité, on trouve un certain support pour la notion de la connaissance par l'auteur du délit de l'auteur de la réclamation comme personne comme un critère valable de proximité et donc de devoir (voir les jugements du juge Gibbs, à la p. 555, et du juge Mason, à la p. 593), mais cela a été rejeté dans l'arrêt *Candlewood*, précité, à la p. 24, comme manquant de logique. Ici au Canada, le juge Dickson (tel était alors son titre) à la p. 476 de l'arrêt *Haig c. Bamford*, précité, a considéré un tel critère comme «trop strict», tandis que le juge Wilson, à la p. 31 de l'arrêt *Ville de Kamloops*, précité, a exprimé un certain scepticisme quant à son bien-fondé, en disant que, bien qu'un tel critère «[puisse] rendre déterminée la catégorie de personnes . . . [il] ne garantit pas qu'elle sera limitée». Selon ma perception des choses, le problème qui se pose avec ce critère, pris individuellement, est qu'il pourrait limiter indûment la responsabilité lorsqu'il n'y a pas de motifs raisonnables de le faire, ou l'étendre considérablement pour des défendeurs bien informés mais pas autrement.

⁵ *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, précité, le juge Estey, à la p. 243.

tive process of laying down a test or tests by which all may be guided.

I would dismiss this appeal with costs.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: This is an appeal by the owner and master of the tug *Jervis Crown* from a judgment of Addy J. [(1989), 49 C.C.L.T. 1; 26 F.T.R. 81] awarding the plaintiff/respondent Canadian National Railway Company ("CNR") damages in tort for economic loss arising from a collision between a log barge in tow of the tug and a bridge owned by Public Works Canada ("PWC") and used by CNR to cross the Fraser River at New Westminster, British Columbia.

PWC had no insurance on the bridge, and there were no grants in lieu of taxes paid on it.

Negligence as to the collision with the bridge was admitted, and, there being no claims for freight revenue lost but solely for additional costs of operation, CNR and two other railways were awarded the costs incurred in rerouting their trains upriver across a Canadian Pacific Limited bridge and tracks en route to and from Vancouver.

The courts have often contrasted direct injury to property with what is frequently called pure economic loss, which was defined by Estey J. in *Attorney General for Ontario v. Fatehi*, [1984] 2 S.C.R. 536, at page 542, as follows:

By "pure economic loss" the courts have usually been taken to refer to a diminution of worth incurred without any physical injury to any asset of the plaintiff.

Professor Bruce Feldthusen, "Pure Economic Loss Consequent Upon Physical Damage to a Third Party" (1977), 16 *U.W.O.L. Rev.* 1 at page 4, distinguishes pure economic loss from consequential economic loss as follows:

indiquer la réponse. Mais suffisamment de décisions dans suffisamment d'affaires vont tôt ou tard rendre possible le processus inductif d'énonciation d'un ou de critères qui pourront servir de guides dans tous les cas.

a Je rejetterais le présent appel avec dépens.

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Il s'agit d'un appel formé par le propriétaire et capitaine du remorqueur *Jervis Crown* contre un jugement dans lequel le juge Addy [(1989), 49 C.C.L.T. 1; 26 F.T.R. 81] a accordé à la demanderesse/intimée, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (le «CN»), des dommages-intérêts délictuels pour le préjudice financier résultant d'une collision entre un chaland de billes, qui était tiré par le remorqueur, et un pont appartenant à Travaux publics Canada («TPC») et utilisé par le CN pour traverser le fleuve Fraser à New Westminster (Colombie-Britannique).

TPC ne possédait aucune assurance pour le pont, et il n'y a eu aucune allocation en remplacement des droits payés sur celui-ci.

Il a été admis qu'il y avait eu négligence en ce qui concerne la collision avec le pont et, comme aucune réclamation n'a été présentée pour perte de revenus de fret mais seulement pour des frais supplémentaires d'exploitation, le CN et deux autres compagnies ferroviaires se sont vu indemniser des frais engagés pour dérouter leurs trains et leur faire emprunter en amont un pont et des rails de la société Canadien Pacifique Limitée en direction et en provenance de Vancouver.

Les tribunaux ont souvent mis les dommages matériels directs en contraste avec ce qu'on appelle fréquemment le préjudice purement financier, que le juge Estey a défini ainsi dans l'arrêt *Procureur général de l'Ontario c. Fatehi*, [1984] 2 R.C.S. 536, à la page 542:

Par «préjudice purement financier», les tribunaux entendent habituellement une diminution de la valeur de tout bien du demandeur sans qu'il ait subi de dommages matériels.

Dans un article intitulé «Pure Economic Loss Consequent Upon Physical Damage to a Third Party» (1977), 16 *U.W.O.L. Rev.* 1, à la page 4, le professeur Bruce Feldthusen établit la distinction suivante entre le préjudice purement financier et le préjudice financier indirect:

Consequential economic loss is a financial loss which by definition is always claimed by the *same* party who has suffered physical damage. It is a loss one suffers *because* one has suffered physical damage. . . . Pure economic loss is a financial loss which is not consequent upon injury to the plaintiff's *own* person or property.

Professor P. S. Atiyah, "Negligence and Economic Loss" (1967), 83 *L.Q. Rev.* 248, at page 265, has referred to damages which can be recovered for pecuniary loss as "parasitic on some physical damage done to the plaintiff himself".

There has been what Professor John G. Fleming, *The Law of Torts*, 7th ed. at page 162, has called "ingrained opposition" to recovery for pure economic loss on the ground that (at page 163) "the burden of compensating anyone besides the primary casualty is feared to be unduly oppressive because most accidents are bound to entail repercussions, great or small, upon all with whom he had family, business or other valuable relations." In the words of Professor Feldthusen (at page 26):

The major difficulty with pure economic loss . . . is that for each occurrence of physical damage, a potentially large or indefinite class may experience foreseeable economic loss. In those circumstances the plaintiff may be the cheapest cost-avoider, and the costs of shifting the loss to the tortfeasor will increase as the pool of potential plaintiffs is expanded.

The sole question on this appeal is whether the Trial Judge was correct in holding that the appellants could be held liable in negligence for such pure economic loss in the absence of any physical damage to CNR's property.

I

The New Westminster Railway Bridge, which spans the Fraser River between Surrey and New Westminster, was built in 1904 and is owned, operated and maintained by Her Majesty the Queen in right of Canada, represented by the Minister of Public Works. It carries a single railway track. Its sole purpose is to service railway traffic, both passenger and freight, but it incorpo-

[TRADUCTION] Le préjudice financier indirect est un préjudice financier qui, par définition, est toujours réclamé par la partie *même* qui a subi des dommages matériels. C'est un préjudice qu'on subit *parce qu'on* a subi des dommages matériels . . . Le préjudice purement financier est un préjudice financier qui ne résulte pas d'un préjudice causé à la personne *même* du demandeur ou à ses propres biens.

Dans «Negligence and Economic Loss» (1967), 83 *L.Q. Rev.* 248, à la page 265, le professeur P. S. Atiyah a parlé des dommages-intérêts recouvrables en raison d'un préjudice financier comme étant [TRADUCTION] «parasitaires d'un préjudice physique infligé au demandeur lui-même».

Il y a eu ce que le professeur John G. Fleming a appelé, dans son ouvrage *The Law of Torts*, 7^e éd., à la page 162, [TRADUCTION] «l'opposition tenace» à l'indemnisation du préjudice purement financier pour le motif que (à la page 163) [TRADUCTION] «l'on craint que l'obligation d'indemniser toute autre personne que la victime principale soit indûment accablante parce que la plupart des accidents vont sûrement entraîner des répercussions, plus ou moins importantes, pour tous ceux avec qui elle avait des liens de parenté, des relations d'affaires ou d'autres rapports importants». Selon les mots mêmes du professeur Feldthusen (à la page 26):

[TRADUCTION] Le principal problème avec le préjudice purement financier . . . c'est que, chaque fois que survient un dommage matériel, celui-ci peut causer un préjudice financier à un nombre indéterminé ou virtuellement élevé de personnes. Dans ces cas-là, le demandeur est peut-être celui qui se soustrait aux frais les moins élevés, et les frais occasionnés par le rejet de la responsabilité quant au préjudice sur l'auteur de l'acte délictueux augmenteront en fonction de l'accroissement du groupe de demandeurs possibles.

La seule question qui se pose dans le présent appel est de savoir si le juge de première instance a eu raison de statuer que les appelants pouvaient être tenus responsables, par négligence, d'un tel préjudice purement financier en l'absence de tout dommage matériel occasionné aux biens du CN.

I

Le pont de chemin de fer de New Westminster, qui enjambe le fleuve Fraser entre Surrey et New Westminster, a été construit en 1904 et est possédé, exploité et entretenu par Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre des Travaux publics. Il a une voie ferrée simple. Il sert uniquement au trafic ferroviaire, c.-à-d. au transport tant des passagers que du fret, mais il com-

rates a swing span to permit marine traffic to navigate the waterway.

The commercial marine traffic transiting the Fraser River through the swing span is substantial. On November 28, 1987, while being towed downstream by the tug in heavy fog, the barge collided with the bridge, causing extensive damage to it, which necessitated its closure for several weeks while repairs were made. The appellants admitted liability for negligence as to the collision itself.

During the down-time for the bridge the railways had to reroute traffic over another bridge farther upstream. Freight was either delayed or not transported at all. The use of the waterway was also interfered with, and cargo was delayed and/or transported by land.

Four railways were, by contract with PWC, licensed to use the bridge. All of the operating costs of the bridge are recovered from the four railways, with PWC making neither profit nor loss from its operation.

Of the four railways CNR was the principal user, accounting for 85-86% of the railway cars using the bridge in 1988. On the average it sent across 32 trains with 1,530 cars a day. CNR therefore bore the principal burden of the consequential losses resulting from the accident.

The smallest railway user, Canadian Pacific Limited did not participate in the litigation. Before trial there was an agreement that the entitlement of the other two railways, the Burlington Northern Railway and the B.C. Power and Hydro Authority Railway, to recovery for pure economic loss would stand or fall on the result of the CNR's claim. It is therefore only the CNR claim which is directly in issue on this appeal. There is, nevertheless, an extra clause in the CNR's licence agreement with PWC which is not found in the other such agree-

prend une travée tournante pour permettre au trafic maritime d'utiliser la voie navigable.

Le trafic maritime commercial qui se fait sur le fleuve Fraser par la travée tournante est important. Le 28 novembre 1987, tandis qu'il était remorqué en descendant le courant par gros brouillard, le chaland est entré en collision avec le pont et lui a causé de graves dommages qui ont nécessité sa fermeture pendant plusieurs semaines, le temps d'effectuer les réparations. Les appelants ont admis leur négligence en ce qui concerne la collision elle-même.

Pendant que le pont était inutilisable, les compagnies ferroviaires devaient dérouter le trafic en le faisant passer par un autre pont situé plus en amont. Le transport des marchandises a été reporté ou ne s'est pas fait du tout par ce moyen. Cette situation entravait également l'utilisation de la voie navigable, et le transport des marchandises a été reporté ou s'est fait par terre.

Quatre compagnies ferroviaires étaient autorisées à utiliser le pont aux termes d'un contrat conclu avec TPC. Tous les frais d'exploitation du pont étaient recouvrés auprès des quatre compagnies ferroviaires, et TPC ne réalisant pas de profits ni ne subissait de pertes par suite de son exploitation du pont.

De ces quatre compagnies ferroviaires, c'était le CN qui était le principal utilisateur du pont, car ses wagons de chemin de fer comptaient pour 85 à 86 % de ceux qui ont emprunté le pont en 1988. Il faisait traverser en moyenne par jour 32 convois totalisant 1 530 wagons. Le CN subissait donc en grande partie les préjudices indirects résultant de l'accident.

Le plus petit utilisateur de la voie ferrée, la société Canadien Pacifique Limitée, ne s'est pas porté partie au litige. Avant le procès est intervenue une entente selon laquelle le droit des deux autres compagnies ferroviaires, la Burlington Northern Railway et la B.C. Power and Hydro Authority Railway, d'obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice purement financier dépendrait de la décision rendue relativement à la demande d'indemnisation du CN. C'est donc seulement la réclamation du CN qui est directement en cause dans le présent appel. Il existe néanmoins dans le contrat de licence intervenu entre le CN et TPC une

ments. This provision, clause 10, is as follows (Appeal Book at pages 158-159):

The Railway agrees that it will:

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

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

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

The Trial Judge's conclusions as to the facts, which were not challenged before us, were as follows (at pages 26-28 C.C.L.T.):

1. The New Westminster bridge was designed and used exclusively for rail traffic.

2. The Cdn. National Railway has used it continuously since 1915 and it constitutes an integral part of the railway's main line and is in effect the connecting link between the Vancouver terminus and the main line. It constitutes the sole direct link between the Cdn. National Railway tracks on the north and on the south shores of the main arm of the Fraser.

3. The bridge is entirely owned by P.W.C. but is used by four railways pursuant to license agreements with P.W.C. under which they pay a toll for each railway car that crosses

clause supplémentaire qui ne figure pas dans les autres contrats. Cette disposition, à savoir la clause 10, est libellée ainsi (Dossier d'appel, aux pages 158 et 159):

a [TRADUCTION] La compagnie ferroviaire convient:

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

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

c) qu'à la demande écrite du Canada, elle effectuera les réparations requises au système de signalisation et au chantier d'interconnexion du pont et en fera l'entretien requis; A CONDITION TOUTEFOIS que ces réparations ou ces services d'entretien ne soient pas effectués avant que le Canada n'approuve un protocole d'entente exposant la nature des réparations et de l'entretien requis, le détail des travaux à exécuter et la base de calcul du paiement.

Les conclusions du juge de première instance en ce qui concerne les faits, et qui ne sont pas contestées devant nous, étaient formulées ainsi (aux pages 26-28 C.C.L.T.):

1. Le pont de New Westminster était conçu et utilisé exclusivement aux fins du trafic ferroviaire.

2. CN l'a utilisé constamment depuis 1915 et il forme une partie intégrante de sa ligne principale, constituant effectivement le lien entre le terminal de Vancouver et cette ligne. Il est aussi le seul lien direct entre les voies du CN situées sur les rives nord et sud du bras principal du Fraser.

3. Le pont appartient entièrement à TPC, mais il est utilisé par quatre sociétés ferroviaires conformément à des contrats de licence en vertu desquels lesdites sociétés paient un péage pour

the bridge. The toll is fixed in such a way as to cover the entire cost of operation of the bridge.

4. The license agreements are identical except that the Cdn. National Railway agreement has an extra clause whereby the Cdn. National Railway is to provide P.W.C. with such services as emergency repairs, changes, alterations and maintenance, consulting inspection and planning services, maintenance and repairs (other than routine matters), pertaining to the signal system, frogs and the interlocking plant.

5. Consulting services are provided to P.W.C. without charge by a full-time engineer employed by the Cdn. National Railway, whose sole duties involve the Westminster Railway bridge and two other railway bridges in the vicinity which belong to that railway.

6. The Cdn. National Railway periodically arranges without charge for a complete inspection of the girders, stringers and other metal portions of the bridge and also uses its "sperry" car to inspect the rails.

7. At times, Cdn. National Railway provides materials for the bridge. Following the collision, it supplied P.W.C. without charge with a large girder to assist the jacking up of the swing span, thus saving several days of bridge closure.

8. When the bridge is closed for routine maintenance, the timing and duration are negotiated and arranged between the Cdn. National Railway and P.W.C.

9. More than 86 per cent of the cars crossing the bridge belong to the Cdn. National Railway and all of the defendants were fully aware of the fact that the Cdn. National Railway was the primary user.

10. Captain MacDonnel, the master of the JERVIS CROWN and other masters and seamen operating in the river commonly refer, to the bridge from time to time as the C.N. Rail bridge. Captain MacDonnel himself had been familiar with the bridge for over 40 years and until sometime after the collision actually believed that it belonged to the Cdn. National Railway.

11. All of the defendants knew that the port Mann-Thornton marshalling and switching yard of the Cdn. National Railway, which is the main switching yard for the greater Vancouver area, is situated approximately 1 1/2 miles up-river from the bridge on the south bank of the Fraser.

12. The defendants knew that there was no other rail bridge over the main arm of the river below the Westminster bridge and, because the bridge had been damaged previously, they also knew that in the event of a closure of the bridge due to damage, the Cdn. National Railway would have to detour over the Cdn. Pacific Railway bridge upriver between Mission and Matsqui and divert over the Cdn. Pacific Railway tracks on the north bank of the Fraser.

13. The Cdn. National Railway is not claiming for loss of freight business but only for the actual costs incurred by reason of the bridge closure.

Immediately following his findings on the facts, the learned Trial Judge proceeded to draw his conclusions (at pages 28-29 C.C.L.T.):

chaque wagon qui traverse le pont. Le montant du péage est établi de façon à couvrir la totalité des frais d'exploitation du pont.

4. Les contrats de licence sont identiques, mais celui du CN renferme une clause supplémentaire en vertu de laquelle ce dernier doit fournir à TPC des services de réparation, de modification et d'entretien d'urgence, des services d'inspection et de planification par voie de consultation et des travaux d'entretien et de réparation (autres que les travaux habituels) relatifs au système de signalisation, aux croisements et au chantier d'interconnexion.

5. Des services de consultation sont fournis sans frais à TPC par un ingénieur à temps plein qui travaille pour le CN et dont les tâches se rapportent uniquement au Westminster Railway Bridge et à deux autres ponts de chemin de fer avoisinants qui appartiennent à cette société ferroviaire.

6. CN assure périodiquement sans frais un examen complet des poutres maîtresses, longrines et autres parties métalliques du pont et utilise également son wagon « sperry » pour examiner les rails.

7. CN fournit parfois des matériaux pour le pont. Après la collision, il a fourni sans frais à TPC une grosse poutre pour remonter la travée tournante, ce qui a permis d'éviter la fermeture du pont pendant plusieurs jours.

8. Lorsque le pont est fermé pour l'entretien habituel, l'heure et la durée de cette fermeture sont négociées et convenues entre le CN et TPC.

9. Plus de quatre-vingt-six pour cent des wagons qui traversent le pont appartiennent au CN et tous les défendeurs étaient bien au courant du fait que le CN était le principal utilisateur.

10. Le capitaine MacDonnel, soit le capitaine du JERVIS CROWN, et d'autres capitaines et navigateurs qui poursuivent des activités sur le fleuve parlent habituellement du pont du CN lorsqu'ils font allusion à ce pont. Le capitaine MacDonnel lui-même connaissait le pont depuis plus de quarante ans et, même un peu après la collision, il croyait effectivement que le pont appartenait au CN.

11. Tous les défendeurs savaient que la cour de triage du CN située au port Mann-Thornton, qui est la principale cour de triage de la grande région de Vancouver, se trouve à environ un mille et demi en amont du pont sur la rive sud du fleuve Fraser.

12. Les défendeurs savaient qu'il n'y avait pas d'autre pont de chemin de fer sur le bras principal du fleuve, en aval du pont Westminster; en outre, comme le pont avait déjà été endommagé, ils savaient aussi qu'en cas de fermeture du pont à la suite de dommages, le CN serait tenu de faire un détour par le pont du CP qui se trouve en amont du fleuve, entre Mission et Matsqui, et d'utiliser les voies du CP sur la rive nord du fleuve Fraser.

13. CN ne réclame aucun montant au titre de pertes de revenus de fret, demandant uniquement les frais effectivement engagés à la suite de la fermeture du pont.

Immédiatement à la suite de ses constatations au sujet des faits, le juge de première instance a tiré ses conclusions (aux pages 28 et 29 C.C.L.T.):

The following conclusions arise from these facts:

1. The probability of the Cdn. National Railway as a distinct legal person as opposed to it being merely a member of a group, suffering the loss which it claims, was not only foreseeable but was actually known to the defendants.

2. The precise nature of the economic loss was also not only foreseeable but was actually known.

3. The damage has been caused and is by no means indefinite either as to quantum or as to time.

4. There exists a sufficient proximity or close relationship between the loss claimed and the tortious act.

5. The property of the Cdn. National Railway is not only in close proximity to the bridge but the latter constitutes an essential link between the Cdn. National Railway tracks on each side of the river, without which that property cannot be properly enjoyed by the claimant.

It is neither necessary nor would it be desirable to attempt to formulate a set of rules which would apply to all cases where pure economic loss would be recoverable. However, the following requirements seem to me to be important, if one is to avoid opening the floodgates to crippling litigation:

1. Knowledge of the claimant as a specific individual or identity who is likely to suffer the damage as opposed to knowledge of a general or unascertained class of people.

2. Not only must it be established that loss was probably foreseeable but the precise nature of the loss should have been foreseeable.

3. There must be a sufficient degree of proximity between the act committed by the tortfeasor and the injury complained of, that an ordinary right-thinking person would feel that the tortfeasor is morally bound to compensate the victim (*Caltex Oil Australian Property Ltd. v. the Dredge Willemstad*). This has also been expressed in terms of sufficient proximity of the property to lead to a duty of care to the claimant.

It has also been suggested in certain cases that the tortfeasor should not be exposed to liability out of all proportion to his wrong or moral culpability and that the degree of negligence, lack of care or recklessness should be considered as a factor. In other cases it has been stated that the economic loss must not overshadow that caused by the physical injury, or damage.

Allowing recovery of economic loss to the Cdn. National Railway in this case would neither involve compensation in an indeterminate amount, nor for an indeterminate time nor to an indeterminate class. In the circumstances, I have no difficulty in finding that the defendants owed a duty to the Cdn. National Railway to refrain from damaging the bridge which they well knew was constantly used by the latter as an integral part of its railway system, it being clearly foreseeable that the offending conduct involved an unreasonably great risk of harm to the claimant.

1. Non seulement les défendeurs pouvaient-ils prévoir que le CN, comme entité juridique distincte plutôt que comme membre d'une catégorie, ait vraisemblablement subi la perte à l'égard de laquelle il veut être indemnisé, mais ils le savaient effectivement.

2. La nature précise de la perte financière était non seulement prévisible, elle était effectivement connue.

3. Les dommages ont été causés et ni le montant ni le moment ne sont indéterminés.

4. Il existe un lien suffisamment étroit entre la perte alléguée et le délit.

5. Non seulement la propriété du CN est-elle située à proximité du pont, mais celui-ci constitue un lien essentiel entre les voies de la société ferroviaire situées de chaque côté du fleuve, lien sans lequel ce dernier ne peut vraiment jouir de sa propriété.

Il n'est ni nécessaire ni souhaitable de tenter de formuler un ensemble de règles qui s'appliqueraient à toutes les causes où des dommages-intérêts découlant d'une perte purement financière pourraient être obtenus. Toutefois, les conditions suivantes m'apparaissent importantes, si l'on veut éviter de se retrouver devant une avalanche de procédures:

1. La connaissance de l'auteur de la réclamation comme personne ou entité déterminée qui est susceptible de subir les dommages par opposition à la connaissance d'une catégorie de personnes générale ou indéterminée.

2. La preuve non seulement du fait que la perte était probablement prévisible, mais du fait que la nature précise de cette perte aurait dû l'être.

3. L'existence d'un lien suffisamment étroit entre l'acte commis par l'auteur du délit et les dommages reprochés, de sorte que l'homme de la rue sensé estimerait que le coupable est moralement tenu de dédommager la victime (*Caltex Oil Australian Property Ltd. v. the Dredge Willemstad*), ou, en d'autres mots, la preuve d'un lien suffisamment étroit avec le bien concerné pour donner lieu à un devoir de prudence envers l'auteur de la réclamation.

Il a également été proposé dans certaines causes que l'auteur du délit ne devrait pas être exposé à une responsabilité qui est tout à fait démesurée par rapport à sa faute ou à son obligation morale et que le degré de négligence, d'insouciance ou d'absence de prudence devrait être considéré comme un facteur. Dans d'autres causes, il a été dit que la perte financière ne doit pas éclipser celle qui est causée par les dommages matériels ou corporels.

S'il était permis au CN de recouvrer une somme d'argent en raison de la perte financière qu'il a subie en l'espèce, ce recouvrement ne donnerait pas lieu à une indemnisation selon un montant indéterminé, pour une période indéterminée ou pour une catégorie indéterminée. Dans les circonstances, je n'ai aucune hésitation à conclure que les défendeurs avaient envers le CN l'obligation d'éviter d'endommager le pont alors qu'il savaient très bien que celui-ci formait une partie intégrante du réseau de chemin de fer de la société et que cette dernière s'en servait constamment; de plus, le fait que le délit comportait le risque déraisonnablement élevé de causer un préjudice à l'auteur de la réclamation était nettement prévisible.

The Cdn. National Railway will therefore be entitled to recover its economic loss as claimed.

Le CN aura donc le droit d'être dédommagé à l'égard de la perte financière qu'il soutient avoir subie.

II

The state of the English authorities on the question of liability for economic loss is such that in the most recent pronouncement of the House of Lords on the subject in *D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs. for England*, [1989] 1 A.C. 177, at page 201, Lord Bridge of Harwich plaintively remarked that "the authorities, as it seems to me, speak with such an uncertain voice that, no matter how searching the analysis to which they are subject, they yield no clear and conclusive answer." Another observer describes the law as a "conceptual morass" in which "The pendulum is swinging wildly and is yet to find a regular rhythm": Peter Cane, "Economic Loss in Tort: Is the Pendulum Out of Control?" (1989), 52 *Mod. L. Rev.* 200 at page 214.

^a L'état de la doctrine et de la jurisprudence anglaises sur la question de la responsabilité en cas de préjudice financier est tel que, dans la plus récente décision rendue sur le sujet par la Chambre des lords dans l'affaire *D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs. for England*, [1989] 1 A.C. 177, à la page 201, lord Bridge of Harwich a déploré le fait que [TRADUCTION] «la doctrine et la jurisprudence sont, à mon avis, si peu certaines que, peu importe l'analyse à laquelle elles sont soumises, elles ne donnent pas de réponse claire et concluante». Un autre observateur décrit le droit comme un [TRADUCTION] «fatras de notions» dans lequel «Le pendule oscille au hasard et est encore à la recherche d'un rythme régulier»: Peter Cane, «Economic Loss in Tort: Is the Pendulum Out of Control?» (1989), 52 *Mod. L. Rev.* 200, à la page 214.

Nevertheless, a frequently accepted starting point for an analysis of economic loss is the observation of Lord Wilberforce with its two propositions, given for the majority of the House, in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), at pages 751-752:

^e Néanmoins, un point de départ fréquemment admis pour analyser le préjudice financier est la remarque que lord Wilberforce a formulée en deux points au nom de la majorité des juges de la Cour, dans l'affaire *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), aux pages 751 et 752:

Through the trilogy of cases in this House—*Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465, and *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office* [1970] A.C. 1004, 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: see *Dorset Yacht* case [1970] A.C. 1004, per Lord Reid at p. 1027. Examples of this are *Hedley Byrne's* case [1964] A.C. 465 where the class of potential plaintiffs was reduced to those shown to have relied upon the correctness of statements made, and *Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute* [1966] 1 Q.B. 569; and (I cite these merely as illustrations, without discussion)

[TRADUCTION] Les trois arrêts suivants de la présente Cour—*Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465, et *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office* [1970] A.C. 1004, ont établi le principe selon lequel lorsqu'il s'agit de prouver qu'il existe une obligation de prudence 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. Tout d'abord, il faut se demander s'il existe entre l'auteur présumé de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit pour que l'imprudence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçue par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne—auquel cas il y a une présomption d'obligation de prudence. Si on répond par l'affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s'il existe des considérations qui pourraient restreindre ou limiter la portée de cette obligation, la catégorie de personnes à qui cette obligation bénéficie ou les dommages qui peuvent être causés par l'inexécution de cette obligation, ou faire conclure à l'inexistence de l'obligation, de la catégorie de personnes ou de l'obligation de dédommager: voir l'affaire *Dorset Yacht* [1970] A.C. 1004, lord Reid à la p. 1027. On en trouve des exemples dans l'arrêt *Hedley Byrne* [1964] A.C. 465, où la catégorie de

cases about "economic loss" where, a duty having been held to exist, the nature of the recoverable damages was limited: see *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall & Son Ltd.* [1971] 1 Q.B. 337 and *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.* [1973] Q.B. 27. [Emphasis added.]

In *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), at page 580, Lord Atkin had laid down the basic principles of modern negligence law:

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 as affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.

Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office, [1970] A.C. 1004 (H.L.), where seven Borstal boys had damaged a yacht in an escape attempt in another yacht, was treated by the House of Lords as a direct application of *Donoghue v. Stevenson*. It is the third case in the trilogy, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.), which, in relation to pure economic loss, requires a closer scrutiny.

From the time of *Cattle v. Stockton Waterworks Company* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, it was generally believed that pecuniary loss is not recoverable in the law of negligence absent physical injury or damage. This exclusionary rule, as it has often been called, was considered to have survived the extension of the range of negligence by the good neighbour principle of *Donoghue v. Stevenson*. Professor Bruce Feldthusen, *Economic Negligence*, 2nd ed., (Toronto: Carswell, 1989), at page 200 believes that the case law supports a firm exclusionary rule which he states as follows:

demandeurs possibles se limitait aux personnes qui ont montré qu'elles s'étaient fondées sur l'exactitude des déclarations faites, ainsi que dans l'affaire *Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute* [1966] 1 Q.B. 569; il y a également les causes (que je cite simplement à titre d'illustrations, sans en faire l'examen) qui concernent la «perte financière» où on a limité la nature des dommages-intérêts recouvrables lorsqu'on a jugé qu'une telle obligation existait: voir *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall & Son Ltd.* [1971] 1 Q.B. 337 et *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.* [1973] Q.B. 27. [Non souligné dans le texte original.]

b

Dans l'affaire *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), à la page 580, lord Atkin avait établi les principes fondamentaux du droit moderne en matière de négligence:

[TRADUCTION] Il faut apporter un soin raisonnable pour éviter des actes ou omissions lorsqu'on peut raisonnablement prévoir qu'ils sont susceptibles de léser son prochain. Qui alors est mon prochain en droit? La réponse semble être: les personnes qui sont de si près et si directement touchées par mon acte que je devrais raisonnablement les avoir à l'esprit comme ainsi touchées lorsque je songe aux actes ou omissions qui sont mis en question.

d

Dans l'affaire *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004 (H.L.), où sept jeunes délinquants avaient endommagé un yacht au cours d'une tentative d'évasion à bord d'un autre yacht, la Chambre des lords a considéré qu'il s'agissait d'une application directe de la décision *Donoghue v. Stevenson*. C'est le troisième arrêt de la trilogie, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.), qui, en matière de préjudice purement financier, doit être examiné de plus près.

g

Depuis l'arrêt *Cattle v. Stockton Waterworks Company* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, on estimait en général que le préjudice pécuniaire ne peut pas donner lieu à indemnisation selon le droit relatif à la négligence en l'absence de préjudice matériel ou corporel. Cette règle d'exclusion, comme on l'a souvent appelée, fut considérée comme ayant survécu à l'extension du champ de la négligence par le principe du bon prochain formulé dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*. Dans son ouvrage intitulé *Economic Negligence*, 2^e éd. (Toronto: Carswell, 1989), à la page 200, le professeur Bruce Feldthusen croit que la jurisprudence était une règle d'exclusion ferme qu'il énonce ainsi:

h

i

j

The recovery of pure economic loss will be precluded in negligence when it is consequent upon an injury to the person or property of a third person.⁶

Professor J. A. Smillie, "Negligence and economic loss" (1982), 32 *U.T.L.J.* 231, says [at page 231] that "Prior to 1963 [i.e. *Hedley Byrne*], a rule denying liability in negligence for purely economic loss . . . had been applied consistently for almost ninety years." The rationale for the exclusionary rule was most pithily expressed in an oft-quoted phrase of Cardozo C.J. in *Ultramares Corporation v. Touche*, 255 N.Y. 170, at page 179, 174 N.E. 441 (Ct. App. 1931) at page 444, where he described recovery for pure economic loss as "a liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class."

In *Hedley Byrne*, however, the House of Lords held that a negligent misrepresentation may give rise to an action for damages for financial loss (although the defendant was found not liable on the facts because of an express disclaimer of responsibility). Lord Devlin in particular went very far in striking at the exclusionary rule (at page 517):

. . . the distinction is now said to depend on whether financial loss is caused through physical injury or whether it is caused directly. The interposition of the physical injury is said to make a difference of principle. I can find neither logic nor common sense in this. If irrespective of contract, a doctor negligently advises a patient that he can safely pursue his occupation and he cannot and the patient's health suffers and he loses his livelihood, the patient has a remedy. But if the doctor negligently advises him that he cannot safely pursue his occupation when in fact he can and he loses his livelihood, there is said to be no remedy. Unless, of course, the patient was a private patient and the doctor accepted half a guinea for his trouble: then the patient can recover all. I am bound to say, my Lords, that I think this to be nonsense.

Lord Devlin and Lord Hodson both relied on *Morrison Steamship Co., Ltd. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.), and Lord Hodson put the issue this way (at page 509):

⁶ Although Professor Feldthusen believes that the exclusionary rule is "firm", he acknowledges that it is "subject to a number of specific exceptions".

[TRADUCTION] L'indemnisation du préjudice purement financier ne sera pas permise en cas de négligence lorsqu'il découle d'un préjudice causé à la personne ou aux biens d'un tiers⁶.

Dans «Negligence and economic loss» (1982), 32 *U.T.L.J.* 231, le professeur J. A. Smillie déclare [à la page 231] que [TRADUCTION] «avant 1963 [c.-à-d. l'arrêt *Hedley Byrne*], une règle rejetant la responsabilité pour négligence en cas de préjudice financier . . . s'était appliquée de façon constante pendant environ quatre-vingt-dix ans». Le principe de la règle d'exclusion a été formulé de façon très concise dans une déclaration fréquemment citée du juge en chef Cardozo dans l'arrêt *Ultramares Corporation v. Touche*, 255 N.Y. 170, à la page 179, 174 N.E. 441 (Ct. App. 1931), à la page 444, où il décrivait l'indemnisation du préjudice purement financier comme [TRADUCTION] «une responsabilité pour un montant indéterminé pour un temps indéterminé à l'égard d'une catégorie indéterminée».

Dans l'affaire *Hedley Byrne*, cependant, la Chambre des lords a jugé qu'une déclaration inexacte faite avec négligence peut donner lieu à une action en dommages-intérêts pour préjudice financier (bien que la défenderesse n'ait pas été tenue responsable des faits en raison d'une stipulation d'exonération de responsabilité). Lord Devlin notamment a porté un très grand coup à la règle d'exclusion (à la page 517):

[TRADUCTION] . . . la distinction dépendrait maintenant de la question de savoir si le préjudice financier résulte d'un préjudice corporel ou s'il a été causé directement. L'interposition du préjudice corporel créerait une différence de principe. Je ne peux rien y trouver de logique ou de sensé. Si, indépendamment d'un contrat, un médecin dit par négligence à un patient qu'il peut sans danger poursuivre son travail mais que celui-ci ne le peut pas et que sa santé en souffre et qu'il perd son gagne-pain, le patient a un recours. Mais si le médecin lui dit par négligence qu'il ne peut pas sans danger poursuivre son travail tandis que de fait il le peut et qu'il perd son gagne-pain, il n'y aurait pas de recours. À moins, naturellement, qu'il s'agisse d'un patient de clientèle privée et que le médecin ait accepté une demi-guinée pour le dérangement: le patient peut alors tout recouvrer. Je dois dire, chers collègues, que je crois que cela n'a pas de sens.

Lord Devlin et lord Hodson se sont appuyés tous deux sur l'arrêt *Morrison Steamship Co., Ltd. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.), et lord Hodson a posé la question en ces termes (à la page 509):

⁶ Bien que le professeur Feldthusen estime que la règle d'exclusion soit «ferme», il reconnaît qu'elle est «assujettie à un certain nombre d'exceptions particulières».

It is difficult to see why liability as such should depend on the nature of the damage. Lord Roche in *Morrison Steamship Co. Ltd. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)* instanced damage to a lorry by the negligence of the driver of another lorry which, while it does no damage to the goods in the second lorry, causes the goods owner to be put to expense which is recoverable by direct action against the negligent driver.

Lord Pearce (at page 536) cited *Greystoke Castle* as authority for the proposition that "economic loss alone, without some physical or material damage to support it, can afford a cause of action".

Hedley Byrne was greatly relied upon by the High Court of Australia in *Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227, in allowing recovery for economic loss. In that case a dredge, while deepening a shipping channel in Botany Bay, had broken an underwater pipeline which carried petroleum products from a refinery (the owners of which owned the pipeline) on the southern shore to plaintiff's oil terminal on the northern shore. The plaintiff supplied the crude oil to the refinery for processing, and retained notional ownership in the oil being refined and owned the products actually passing through the pipeline. The Court unanimously (although with a different rationalization for each of the five Judges) allowed recovery for the costs of arranging alternative means of transporting petroleum products until the pipeline was repaired.

Gibbs J., although acknowledging that subsequent authorities have not regarded *Hedley Byrne* as obliterating the distinction between damages for pecuniary loss and damages for material or physical loss, wrote (at page 245):

In my opinion it is still right to say that as a general rule damages are not recoverable for economic loss which is not consequential upon injury to the plaintiff's person or property. The fact that the loss was foreseeable is not enough to make it recoverable. However, there are exceptional cases in which the defendant has knowledge or means of knowledge that the plaintiff individually, and not merely as a member of an unascertained class, will be likely to suffer economic loss as a

[TRADUCTION] Il est difficile de concevoir pourquoi la responsabilité comme telle devrait dépendre de la nature des dommages. Dans l'arrêt *Morrison Steamship Co. Ltd. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, lord Roche a fait état de dommages causés à un camion par suite de la négligence du conducteur d'un autre camion qui, sans avoir causé de dommages aux marchandises se trouvant dans le second camion, a fait faire au propriétaire des marchandises des dépenses qui peuvent être recouvrées au moyen d'une action intentée directement contre le conducteur négligent.

Lord Pearce (à la page 536) a cité l'arrêt *Greystoke Castle* pour étayer la proposition selon laquelle [TRADUCTION] «le préjudice financier seul, sans aucun dommage matériel à son appui, peut fournir une cause d'action».

La Haute Cour de l'Australie s'est grandement appuyée sur l'arrêt *Hedley Byrne* pour rendre son jugement dans l'affaire *Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227, et permettre l'indemnisation du préjudice financier. Dans cette affaire, pendant l'approfondissement d'un chenal de navigation dans la baie de Botany, une drague a brisé un pipeline sous-marin qui transportait des produits pétroliers depuis une raffinerie (dont les propriétaires possédaient également le pipeline) sur la rive sud jusqu'à un terminal de conduites pétrolières de la demanderesse situé sur la rive nord. La demanderesse approvisionnait la raffinerie en pétrole brut pour le traitement de celui-ci et conservait en théorie la propriété du pétrole qui était raffiné, et était propriétaire des produits qui traversaient effectivement le pipeline. Tous les juges de la Cour (bien que chacun d'eux ait fourni des motifs différents) ont permis l'indemnisation des frais occasionnés par le recours à d'autres moyens pour transporter les produits pétroliers jusqu'à ce que le pipeline fût réparé.

Tout en reconnaissant que les décisions subséquentes ne considéraient pas que l'arrêt *Hedley Byrne* abolissait la distinction entre les dommages-intérêts pour préjudice financier et les dommages-intérêts pour préjudice matériel ou physique, le juge Gibbs a écrit (à la page 245):

[TRADUCTION] À mon sens, il reste juste d'affirmer que, en règle générale, il n'y a pas lieu à réparation du préjudice financier qui ne découle pas d'un préjudice à la personne ou aux biens du demandeur. Le fait que la perte fut prévisible ne suffit pas à ouvrir droit à réparation. Toutefois, il existe des cas exceptionnels dans lesquels le défendeur savait, ou avait le moyen de savoir, que sa négligence risquait d'entraîner un préjudice financier pour le demandeur pris individuellement, et

consequence of his negligence, and owes the plaintiff a duty to take care not to cause him such damage by his negligent act. It is not necessary, and would not be wise, to attempt to formulate a principle that would cover all cases in which such a duty is owed; to borrow the words of Lord Diplock in *Mutual Life & Citizens' Assurance Co Ltd v Evatt* [1971] 1 All ER 150; [1971] AC 793 at 809: "Those will fall to be ascertained step by step as the facts of particular cases which come before the courts make it necessary to determine them." All the facts of the particular case will have to be considered. It will be material, but not in my opinion sufficient, that some property of the plaintiff was in physical proximity to the damaged property, or that the plaintiff, and the person whose property was injured, were engaged in a common adventure.

Stephen J. (at page 259) spoke of "The need, in cases of purely economic loss, for some further control of liability apart from that offered by the concept of reasonable foreseeability", and opined (at page 260) that "in the general realm of negligent conduct it may be that no more specific proposition can be formulated than a need for insistence upon sufficient proximity between tortious act and compensable detriment". He added (at page 261):

Some guidance in the determination of the requisite degree of proximity will be derived from the broad principle which underlies liability in negligence. As Lord Atkin put it in a much cited passage from his speech in *Donoghue v Stevenson* ([1932] AC at 580; [1932] All ER Rep at 11) the liability for negligence "is no doubt based upon a general public sentiment of moral wrongdoing for which the offender must pay". Such a sentiment will only be present when there exists a degree of proximity between the tortious act and the injury such that the community will recognize the tortfeasor as being in justice obliged to make good his moral wrongdoing by compensating the victims of his negligence. Again, as Lord Morris said in the *Dorset Yacht Case* ([1970] AC at 1039), courts may have recourse to a consideration of what is "fair and reasonable" in determining whether in particular circumstances a duty of care arises; so too, I would suggest, in determining the requisite degree of proximity before there may be recovery for purely economic loss.

As the body precedent accumulates some general area of demarcation between what is and is not a sufficient degree of proximity in any particular class of case of economic loss will no doubt emerge; but its emergence neither can be, nor should it be, other than as a reflection of the piecemeal conclusions arrived at in precedent cases.

The salient features for establishing sufficient proximity in the case he found to be fivefold: (1) the defendants' knowledge that damage was inher-

non seulement comme un membre d'une catégorie générale, et avait envers le demandeur l'obligation de faire preuve de la prudence requise pour ne pas lui causer de dommage par sa négligence. Il n'est ni nécessaire ni opportun de tenter de définir un principe qui s'appliquerait à tous les cas dans lesquels une telle obligation existe; pour reprendre les mots de lord Diplock dans l'arrêt *Mutual Life & Citizens' Assurance Co Ltd v Evatt* [1971] 1 All ER 150; [1971] A.C. 793, à la page 809: «Ceux-ci devront être vérifiés étape par étape car les faits des affaires dont sont saisis les tribunaux obligeront à les déterminer. Tous les faits de l'espèce devront être examinés. Présenteront une importance, bien qu'ils ne puissent, selon moi, être à eux seuls déterminants, le fait que certains des biens du demandeur étaient situés à proximité du bien endommagé, ou le fait encore que le demandeur et la personne au bien de laquelle le dommage a été causé participaient à une entreprise commune.

Le juge Stephen a parlé (à la page 259) de [TRADUCTION] «La nécessité, dans les cas de préjudice purement financier, de procéder à une vérification plus poussée que celle qui est envisagée avec la notion de prévisibilité raisonnable» et il a émis l'avis (à la page 260) que [TRADUCTION] «dans le domaine général de la conduite négligente, il se pouvait qu'on ne puisse formuler une proposition plus précise que cette nécessité d'insister sur l'existence d'un lien suffisamment étroit entre l'acte délictueux et le préjudice indemnifiable». Il ajouta (à la page 261):

[TRADUCTION] Le principe général qui sous-tend la responsabilité en cas de négligence fournira certaines balises pour déterminer le lien requis. Comme le dit lord Atkin dans un extrait souvent cité de l'arrêt *Donoghue v Stevenson* ([1932] AC à la page 580; [1932] All ER Rep. à la page 11), la responsabilité pour négligence «repose sans doute sur le sentiment général d'une faute morale pour laquelle le contrevenant doit payer». Un tel sentiment n'existera que lorsqu'il y a entre l'acte délictueux et les dommages un lien tel que la société considérera que l'auteur de l'acte délictueux est obligé en toute justice de racheter sa faute morale en indemnisant les victimes de sa négligence. Encore une fois, comme le dit lord Morris dans l'arrêt *Dorset Yacht* ([1970] AC à la page 1039), les tribunaux peuvent recourir à un examen de ce qui est «juste et raisonnable» pour déterminer si, dans des circonstances particulières, il existe une obligation de prudence; et ainsi, selon moi, pour déterminer le lien requis avant qu'il puisse y avoir indemnisation du préjudice purement financier.

À mesure que les précédents s'accumuleront, il émergera sans doute une certaine zone générale de démarcation entre ce qui est et ce qui n'est pas un lien suffisamment étroit dans toute catégorie particulière de cas de préjudice financier; mais son émergence ne peut pas ni ne devrait être autre chose qu'un reflet des conclusions peu systématiques auxquelles on a abouti dans les affaires constituant des précédents.

Les traits saillants pour établir l'existence d'un lien suffisamment étroit étaient au nombre de cinq: (1) la connaissance par les défendeurs du fait

ently likely to produce the kind of consequential economic loss which occurred; (2) their knowledge, from charts, of the existence of the pipeline and of its use by the plaintiff; (3) the fact that damage was negligently caused to the property of the pipeline owner; (4) the nature of the detriment suffered, i.e., the loss of use of the pipeline; and (5) the fact that the claim was not for loss of profits but for the direct consequence of the expense incurred in employing alternative modes of transport.

Mason J. found liability in the fact that the defendants could reasonably foresee "that a specific individual, as distinct from a general class of persons" (at page 274) would suffer financial loss as a consequence of his conduct.

Jacobs J. opted for a "physical propinquity" test, provided only that there is a physical effect (which he distinguishes from physical injury) on property of the plaintiff. However, since he linked this physical propinquity of the plaintiff's property to the place where the defendant's act or omission had its physical effect, it appears that he would have limited recovery to the plaintiff's crude oil and products at the refinery at the time of the incident, absent the agreement of the parties as to the amount of damages.

Murphy J. appears to have rejected the exclusionary rule entirely.

Returning to House of Lords' decisions, one finds the high point for what I may call Lord Devlin's point of view in *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] A.C. 520, a Scots appeal where, after a floor laid by the defenders had cracked, the pursuers sued for damages including the cost of relaying the floor and various items of economic and financial loss consequential upon replacement, such as the cost of removal of machinery and loss of profits during relaying. It was not alleged that the state of the floor gave rise to any danger of injury to people or property in the factory. That the majority of the House put the

que les dommages étaient en soi susceptibles de produire le genre de préjudice financier indirect qui est survenu; (2) leur connaissance, grâce aux cartes marines, de l'existence du pipeline et de son utilisation par la demanderesse; (3) le fait que des dommages ont, par négligence, été causés aux biens du propriétaire du pipeline; (4) la nature du préjudice subi, c.-à-d. la perte de l'usage du pipeline; et (5) le fait que la demande d'indemnisation ne portait pas sur la perte de profits mais sur les conséquences directes des dépenses engagées pour l'utilisation d'autres moyens de transport.

Le juge Mason a conclu à la responsabilité du fait que les défendeurs pouvaient raisonnablement prévoir [TRADUCTION] «qu'un particulier précis, par opposition à une catégorie générale de personnes» (à la page 274), subirait un préjudice financier à la suite de son comportement.

Le juge Jacobs a opté pour un critère fondé sur la «proximité de lieu», à condition seulement qu'il y ait des effets physiques (qu'il distingue du préjudice physique) sur les biens de la demanderesse. Toutefois, bien qu'il ait lié cette proximité des biens de la demanderesse à l'endroit où le geste ou l'omission du défendeur avait eu ses effets physiques, il semble qu'il aurait limité l'indemnisation au pétrole brut et aux produits de la demanderesse qui se trouvaient à la raffinerie au moment de l'accident, en l'absence d'entente entre les parties quant au montant des dommages-intérêts.

Le juge Murphy semble avoir rejeté complètement la règle d'exclusion.

En revenant aux décisions rendues par la Chambre des lords, on trouve le point culminant de ce que je pourrais appeler le point de vue de lord Devlin dans *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] A.C. 520, un appel d'une décision écossaise où, après qu'un plancher posé par les défendeurs se fut crevassé, les acheteurs avaient intenté une poursuite en dommages-intérêts, y compris les frais engagés pour reposer le plancher et divers postes de préjudice financier consécutifs au remplacement du plancher, tels que les frais de déplacement du matériel et la perte de profits durant la pose du plancher. Il n'avait pas été allégué que l'état du plancher présentait quelque danger d'accident pour les gens ou des risques pour les biens de la manufacture. Il ressort de l'opinion de lord

recovery allowed upon wide grounds is evident from the speech of Lord Roskill (at page 539):

My Lords, I think there is no doubt that *Donoghue v. Stevenson* . . . by its insistence upon proximity, in the sense in which Lord Atkin used that word, as the foundation of the duty of care which was there enunciated, marked a great development in the law of delict and of negligence alike . . . But that advance having been thus made in 1932, the doctrine then enunciated was at first confined by judicial decision within relatively narrow limits. . . . Though initially there is no doubt that because of Lord Atkin's phraseology in *Donoghue v. Stevenson* . . . "injury to the consumer's life or property," it was thought that the duty of care did not extend beyond avoiding physical injury or physical damage to the person or the property of the person to whom the duty of care was owed, that limitation has long since ceased . . .

And again, in the context of Lord Wilberforce's second proposition in *Anns* (at page 546):

. . . the only suggested reason for limiting the damage (ex hypothesi economic or financial only) recoverable for the breach of the duty of care just enunciated is that hitherto the law has not allowed such recovery and therefore ought not in the future to do so. My Lords, with all respect to those who find this a sufficient answer, I do not. I think this is the next logical step forward in the development of this branch of the law. I see no reason why what was called during the argument "damage to the pocket" simpliciter should be disallowed when "damage to the pocket" coupled with physical damage has hitherto always been allowed. I do not think that this development, if development it be, will lead to untoward consequences. The concept of proximity [used to establish the duty of care under Lord Wilberforce's first proposition] must always involve, at least in most cases, some degree of reliance—I have already mentioned the words "skill" and "judgment" . . .

Lord Brandon of Oakbrook in dissent said (at page 551):

The effect of accepting the respondents' contention with regard to the scope of the duty of care involved would be, in substance, to create, as between two persons who are not in any contractual relationship with each other, obligations of one of those two persons to the other which are only really appropriate as between persons who do have such a relationship between them.

He went on (at page 552) to warn against "the inherent difficulty of seeking to impose what are really contractual obligations by unprecedented and, as I think, wholly undesirable extensions of the existing law of delict."

Roskill que la majorité des juges de la Cour a appuyé l'indemnisation accordée sur des motifs larges (à la page 539):

[TRADUCTION] Chers collègues, je pense qu'il n'y a pas de doute que l'arrêt *Donoghue v. Stevenson* . . . en raison de son insistance sur le lien étroit, dans le sens où lord Atkin employait cette expression, en tant que fondement de l'obligation de prudence qui y était énoncé, marquait une grande évolution du droit en matière de délit comme en matière de négligence . . . Mais comme ce pas a été fait en 1932, la doctrine alors formulée se confinait d'abord par décision judiciaire à des limites assez étroites . . . Bien qu'au début il n'y ait pas eu de doute que, à cause du libellé utilisé par lord Atkin dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson* . . . «préjudice à la vie ou aux biens du consommateur», on a cru que l'obligation de prudence se limitait à éviter des préjudices corporels ou des préjudices matériels à la personne ou aux biens de la personne à qui cette obligation de prudence bénéficiait; cette restriction n'existe plus depuis longtemps . . .

Et de nouveau, dans le contexte de la seconde proposition énoncée par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns* (à la page 546):

[TRADUCTION] . . . la seule raison avancée pour limiter le dommage (par hypothèse de nature financière seulement) donnant ouverture à un recours à cause du manquement à l'obligation de prudence qui vient d'être décrit est que, jusqu'à maintenant, la loi n'a pas permis cette réparation et par conséquent ne devrait pas le faire à l'avenir. Vos Seigneuries, avec égards pour ceux qui sont d'avis qu'il s'agit d'une réponse suffisante, je ne partage pas leur opinion. Je crois que c'est la prochaine étape logique dans l'évolution de ce domaine du droit. Je ne vois pas pourquoi ce qui a été appelé dans l'argumentation «préjudice financier» pur et simple devrait être rejeté lorsque l'indemnisation du «préjudice financier» accompagné d'un dommage matériel a toujours jusqu'à présent été autorisée. Je ne crois pas que cette évolution, si évolution il y a, entraînera des conséquences fâcheuses. La notion de lien étroit [utilisée pour établir l'obligation de prudence en vertu de la première proposition de lord Wilberforce] doit toujours impliquer, au moins dans la plupart des cas, un certain degré de pertinence—j'ai déjà mentionné les mots «aptitude» et «jugement» . . .

Lord Brandon of Oakbrook a déclaré dans ses motifs dissidents (à la page 551):

[TRADUCTION] L'acceptation de la prétention des intimées relativement à la portée de l'obligation de prudence en question aurait pour effet, en substance, de créer, entre deux personnes qui ne sont unies l'une envers l'autre par aucun lien contractuel, les obligations de l'une de ces deux personnes envers l'autre qui ne sont vraiment appropriées qu'entre deux personnes qui sont effectivement unies par un tel lien.

Il a poursuivi (à la page 552) en faisant une mise en garde contre [TRADUCTION] «la difficulté inhérente de chercher à imposer ce que sont des obligations vraiment contractuelles en étendant de façon sans précédent et, ainsi que je le pense, tout à fait non souhaitable, le droit actuel en matière de délit».

In the light of the recent trilogy of House of Lords/Privy Council cases, *Junior Books* seems less a "landmark decision" than "an anomaly, to be distinguished, restricted and eventually forgotten".⁷ In the first of these recent decisions, *Candlewood Navigation Corp'n. Ltd. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.* ["*The Mineral Transporter*"], [1986] A.C. 1 (P.C.), where it was held that a time charterer could not recover damages for pecuniary loss caused by damage to the chartered vessel by a third party, Lord Fraser of Tullybelton, who had participated in the majority view in *Junior Books*, contented himself with distinguishing that case on the ground that its extension of the scope of duty "was not in the direction of recognising a title to sue in a party who suffered economic loss because his contract with the victim of the wrong was rendered less profitable or unprofitable" [at pages 24-25]. He saved his real fire for *Caltex* (at page 24):

Their Lordships have carefully considered these reasons for the decision in the *Caltex* case, 136 C.L.R. 529. With regard to the reasons given by Gibbs and Mason JJ., their Lordships have difficulty in seeing how to distinguish between a plaintiff as an individual and a plaintiff as a member of an unascertained class. The test can hardly be whether the plaintiff is known by name to the wrongdoer. Nor does it seem logical for the test to depend upon the plaintiff being a single individual. Further, why should there be a distinction for this purpose between a case where the wrongdoer knows (or has the means of knowing) that the persons likely to be affected by his negligence consist of a definite number of persons whom he can identify either by name or in some other way (for example as being the owners of particular factories or hotels) and who may therefore be regarded as an ascertained class, and a case where the wrongdoer knows only that there are several persons, the exact number being to him unknown, and some or all of whom he could not identify by name or otherwise, and who may therefore be regarded as an unascertained class? Moreover much of the argument in favour of an ascertained class seems to depend upon the view that the class would normally consist of only a few individuals. But would it be different if the class, though ascertained, was large? Suppose for instance that the class

⁷ The phrases are taken from Feldthusen, "Economic Loss: Where Are We Going After *Junior Books*?" (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 241 at p. 273. A generally similar point of view was expressed in the same symposium by Professor Joost Blom, "Economic Loss: Curbs on the Way Ahead?" (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 275.

À la lumière des trois décisions récentes de la Chambre des lords et du Conseil privé, l'affaire *Junior Books* semble moins une [TRADUCTION] «décision marquante» qu'une anomalie, avec laquelle il faudrait faire une distinction, qu'il faudrait restreindre et éventuellement oublier⁷. Dans la première de ces décisions récentes, *Candlewood Navigation Corp'n. Ltd. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.* ["*The Mineral Transporter*"], [1986] A.C. 1 (P.C.), dans laquelle il a été jugé qu'un armateur-affrèteur ne pouvait pas obtenir de dommages-intérêts pour un préjudice pécuniaire causé par des dommages occasionnés par un tiers au navire affrété, lord Fraser of Tullybelton, qui avait souscrit à l'opinion majoritaire dans l'affaire *Junior Books*, s'est contenté de faire une distinction avec cette affaire pour le motif que son extension de la portée de l'obligation [TRADUCTION] «n'allait pas dans le sens de la reconnaissance du droit de poursuivre pour une personne qui a subi un préjudice financier parce que son contrat avec la victime de la faute était devenu moins avantageux ou plus avantageux du tout» [aux pages 24-25]. Il a gardé ses véritables munitions pour l'affaire *Caltex* (à la page 24):

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries ont examiné soigneusement les motifs du jugement dans l'affaire *Caltex*, 136 C.L.R. 529. En ce qui concerne les motifs exprimés par les juges Gibbs et Mason, leurs Seigneuries ont de la difficulté à concevoir comment faire la distinction entre un demandeur pris individuellement et un demandeur en tant que membre d'une catégorie indéterminée. Le critère peut difficilement être celui de savoir si le nom du demandeur était connu de l'auteur de la faute. Il ne semble pas logique non plus que le critère dépende du fait que le demandeur soit un simple particulier. En outre, pourquoi faudrait-il faire une distinction à cette fin entre une affaire où l'auteur de la faute sait (ou a le moyen de savoir) que les personnes susceptibles d'être touchées par sa négligence consistent en une catégorie déterminée de personnes qu'il peut identifier soit par leur nom soit d'une autre façon (par exemple comme étant les propriétaires d'usines ou d'hôtels déterminés) et qui peuvent donc être considérées comme une catégorie établie, et une affaire où l'auteur de la faute sait seulement qu'il y a plusieurs personnes, dont le nombre exact ne lui est pas connu, qu'il ne pouvait pas identifier en tout ou en partie par leur nom ou autrement, et qui peuvent donc être considérées comme une catégorie non établie? De plus, l'argument en faveur d'une catégorie établie semble dépendre en grande partie

⁷ Ces expressions sont tirées de l'article de Feldthusen intitulé «Economic Loss: Where Are We Going After *Junior Books*?» (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 241, à la p. 273. Le professeur Joost Blom a exprimé un point de vue généralement similaire au cours du même colloque dans un article intitulé «Economic Loss: Curbs on the Way Ahead?» (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 275.

consisted of all the pupils in a particular school. If it was a kindergarten school with only six pupils they might be regarded as constituting an ascertained class, even if their names were unknown to the wrongdoer. If the school was a large one with over a thousand pupils it might be suggested that they were not an ascertained class. But it is not easy to see a distinction in principle merely because the number of possible claimants is larger in one case than in the other. Apart from cases of negligent misstatement, with which their Lordships are not here concerned, they do not consider that it is practicable by reference to an ascertained class to find a satisfactory control mechanism which could be applied in such a way as to give reasonable certainty in its results.

Similarly they are, with the utmost respect to Stephen J., not able to find in his speech a statement of principle which appears to them to offer a satisfactory and reasonably certain guide. The opinion of Jacobs J. does appear to their Lordships to provide a reasonably certain test, namely the traditional test of physical propinquity. But that gives no support to the argument presented by Mr. Gleeson.

In these circumstances their Lordships have concluded that they are entitled, and indeed bound, to reach their own decision without the assistance of any single ratio decidendi to be found in the *Caltex* case.

Nevertheless, in reasserting the exclusionary rule he found a small niche for *Caltex* (at page 25):

Their Lordships consider that some limit or control mechanism has to be imposed upon the liability of a wrongdoer towards those who have suffered economic damage in consequence of his negligence. The need for such a limit has been repeatedly asserted in the cases, from *Cattle's* case ... to *Caltex*, ... and their Lordships are not aware that a view to the contrary has ever been judicially expressed. The policy of imposing such a limit is consistent with the policy of limiting the liability of ships and aircraft in maritime and aviation law by statute and by international agreement ... Not only has that rule been generally accepted in many countries including the United Kingdom, Canada, the United States of America and until now Australia, but it has the merit of drawing a definite and readily ascertainable line. It should enable legal practitioners to advise their clients as to their rights with reasonable certainty, and their Lordships are not aware of any widespread dissatisfaction with the rule. These considerations operate to limit the scope of the duty owned by a wrongdoer, and they do so at the second stage mentioned by Lord Wilberforce in the passage cited above from his speech in *Anns v. Merton London Borough Council* ...

de l'opinion selon laquelle la catégorie ne consisterait normalement qu'en quelques individus. Mais cela serait-il différent si la catégorie, bien qu'établie, était vaste? Supposons par exemple que la catégorie comprenait tous les élèves d'une école donnée. Si c'était une maternelle de seulement six élèves, ils pourraient être considérés comme constituant une catégorie établie, même si leurs noms n'étaient pas connus de l'auteur de la faute. S'il s'agissait d'une grande école d'environ mille élèves, on pourrait laisser entendre qu'ils ne constituaient pas une catégorie déterminée. Mais il n'est pas facile de voir une distinction dans un principe simplement parce que le nombre de réclamants possibles est plus élevé dans un cas que dans l'autre. Sauf les cas de renseignements inexacts fournis par négligence, par lesquels leurs Seigneuries ne sont pas concernées ici, celles-ci ne considèrent pas qu'il est pratique, par référence à une catégorie déterminée, de trouver un mécanisme de contrôle satisfaisant qui pourrait s'appliquer de façon à donner des résultats d'une certitude raisonnable.

De la même façon, elles ne peuvent, avec le plus grand respect envers le juge Stephen, trouver dans son opinion un énoncé de principe qui leur semble offrir une indication satisfaisante et raisonnablement certaine. L'opinion du juge Jacobs ne semble pas à leurs Seigneuries fournir un critère raisonnablement certain, à savoir le critère traditionnel de la proximité physique. Mais cela n'était pas l'allégation présentée par M^e Gleeson.

Dans les présentes circonstances, leurs Seigneuries ont conclu qu'elles avaient le droit, et en effet l'obligation, d'en venir à leur propre décision sans l'aide d'aucun des motifs figurant dans l'affaire *Caltex*.

Néanmoins, en réaffirmant la règle de l'exclusion, il a trouvé une voie étroite pour l'affaire *Caltex* (à la page 25):

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries considèrent qu'il faut imposer une certaine limite ou un certain mécanisme de contrôle en ce qui concerne la responsabilité de l'auteur d'une faute envers ceux qui ont subi un préjudice financier à la suite de sa négligence. La nécessité d'une telle limite a été affirmée de façon répétée dans les arrêts des tribunaux, de l'affaire *Cattle* ... à l'affaire *Caltex*, ... et leurs Seigneuries ignorent si les tribunaux ont jamais exprimé une opinion contraire. Le principe consistant à imposer une telle limite est compatible avec celui qui consiste à limiter la responsabilité des navires et des aéronefs en droit maritime et en droit aérien au moyen de mesures législatives et d'accords internationaux ... Non seulement cette règle a-t-elle été généralement acceptée dans beaucoup de pays, dont le Royaume-Uni, le Canada, les États-Unis d'Amérique et jusqu'à maintenant l'Australie, mais elle a le mérite de définir une frontière précise et facilement vérifiable. Elle devrait permettre aux praticiens du droit d'informer leurs clients sur leurs droits avec une certitude raisonnable, et leurs Seigneuries ne sont au courant d'aucun mécontentement général provoqué par cette règle. Ces considérations contribuent à limiter la portée de l'obligation qui incombe à l'auteur d'une faute, et elles le font au deuxième stade mentionné par lord Wilberforce dans la déclaration citée ci-dessus et tirée de son opinion dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council* ...

Almost any rule will have some exceptions, and the decision in the *Caltex* case may perhaps be regarded as one of the "exceptional cases" referred to by Gibbs J. in the passage already quoted from his judgment. The exceptional circumstances may be those referred to by Stephen J., . . . already mentioned. Certainly the decision in *Caltex* does not appear to have been based upon a rejection of the general rule stated in *Cattle's* case.

In my view what is of capital importance is that the Privy Council stressed the necessity for "some limit or control mechanism", but did not adopt an absolute rule excluding liability for pure economic loss.

In the second decision, *Leigh and Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, [1986] A.C. 785 (H.L.), where bad stowage had caused damage to goods on shipboard, it was held that for a claim in negligence, the plaintiff buyers had to have either the legal ownership or a possessory title to the goods damaged and not merely contractual rights in relation to them. The reasons for dismissing the claim were set forth for the House by Lord Brandon of Oakbrook, the dissenting judge in *Junior Books*, who said (at pages 816-817 A.C.):

In any event, where a general rule, which is simple to understand and easy to apply, has been established by a long line of authority over many years, I do not think that the law should allow special pleading in a particular case within the general rule to detract from its application. If such detraction were to be permitted in one particular case, it would lead to attempts to have it permitted in a variety of other particular cases, and the result would be that the certainty, which the application of the general rule presently provides, would be seriously undermined. Yet certainty of the law is of the utmost importance, especially but by no means only, in commercial matters. I therefore think that the general rule, re-affirmed as it has been so recently by the Privy Council in *The Mineral Transporter* [1986] A.C. 1, ought to apply to a case like the present one, and that there is nothing in what Lord Wilberforce said in *Anns'* case [1978] A.C. 728 which would compel a different conclusion.

Presque chaque règle souffre certaines exceptions, et la décision rendue dans l'affaire *Caltex* peut peut-être être considérée comme l'un des «cas exceptionnels» mentionnés par le juge Gibbs dans la déclaration déjà citée et tirée de ses motifs de jugement. Les circonstances exceptionnelles peuvent être celles
 a qui parle le juge Stephen, . . . et qui ont déjà été mentionnées. Certes, la décision rendue dans l'affaire *Caltex* ne semble pas se fonder sur le rejet du principe général formulé dans l'arrêt *Cattle*.

b À mon avis, l'essentiel est que le Conseil privé a souligné qu'il était nécessaire qu'il y ait «une certaine limite ou un certain mécanisme de contrôle», mais n'a pas adopté de règle absolue excluant la
 c responsabilité en cas de préjudice purement financier.

d Dans la deuxième décision, *Leigh and Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, [1986] A.C. 785 (H.L.), dans laquelle un mauvais arrimage avait causé des dommages à des marchandises à bord d'un navire, il a été jugé que, dans le cas
 e d'une demande d'indemnisation pour négligence, les acheteurs demandeurs devaient avoir un droit de propriété reconnu en *common law* des marchandises endommagées ou un droit de propriété acquis par possession sur celles-ci et non pas simplement
 f des droits contractuels à leur égard. Les motifs du rejet de la demande ont été exposés au nom de la Chambre par lord Brandon of Oakbrook, le juge dissident dans l'arrêt *Junior Books*, qui a dit (aux pages 816 et 817 A.C.):

g [TRADUCTION] De toute façon, lorsqu'une règle générale, qui est simple à comprendre et facile à appliquer, a été établie par une jurisprudence longue et constante au cours de nombreuses années, je ne crois pas que la loi devrait permettre une plaidoirie spéciale dans un cas particulier dans le cadre de la règle
 h générale pour diminuer son application. Si une telle détraction devait être permise dans un cas particulier, cela laisserait place à des tentatives pour que ce soit permis dans un certain nombre d'autres cas particuliers, et il en résulterait que la certitude, qu'offre présentement l'application de la règle générale, serait gravement minée. Certes, la certitude du droit est de la plus
 i haute importance, tout spécialement, mais pas uniquement, en matière commerciale. Je crois donc que la règle générale, affirmée de nouveau comme elle l'a été récemment par le Conseil privé dans l'arrêt *The Mineral Transporter* [1986] A.C. 1, devait s'appliquer dans une affaire comme en l'espèce, et que rien de ce que lord Wilberforce a dit dans l'arrêt *Anns*,
 j [1978] A.C. 728, n'imposerait une conclusion différente.

Finally in *D. & F. Estates, supra*, where negligence had occurred in plastering by subcontractors, an action against the general contractors for replastering, for the cost of cleaning carpets and other possessions dirtied by falling plaster and for damages for disturbance by other parties was rejected since the losses claimed were found to be pure economic loss. Lord Bridge of Harwick said (the speech of Lord Oliver of Aylmerton being to the same effect) of the majority decision in *Junior Books* (at page 202):

The consensus of judicial opinion, with which I concur, seems to be that the decision of the majority is so far dependent upon the unique, albeit non-contractual, relationship between the pursuer and the defender in that case and the unique scope of the duty of care owed by the defender to the pursuer arising from that relationship that the decision cannot be regarded as laying down any principle of general application in the law of tort or delict. The dissenting speech of Lord Brandon of Oakbrook on the other hand enunciates with cogency and clarity principles of fundamental importance which are clearly applicable to determine the scope of the duty of care owed by one party to another in the absence, as in the instant case, of either any contractual relationship or any such uniquely proximate relationship as that on which the decision of the majority in *Junior Books* was founded.

Lord Bridge concluded (at page 206) that once a hidden defect in a chattel is discovered so that it is rendered harmless, whether it is then valueless or capable of economic repair "the economic loss is recoverable in contract by a buyer or hirer of the chattel entitled to the benefit of a relevant warranty of quality, but is not recoverable in tort by a remote buyer or hirer of the chattel". Lord Bridge also took comfort from the recent decision of the United States Supreme Court in *East River S.S. Corp. v. Transamerica Delaval, Inc.*, 106 S. Ct. 2295 (1986), where it was held that no products-liability claim lies in admiralty when a commercial

Enfin, dans l'affaire *D. & F. Estates*, précitée, dans laquelle il y avait eu négligence dans le plâtrage effectué par des sous-traitants, une action contenant une première réclamation contre les entrepreneurs généraux pour les frais de replâtrage, de nettoyage des tapis et des autres biens salis par la chute du plâtre et une deuxième réclamation en dommages-intérêts par d'autres parties pour trouble de jouissance a été rejetée pour le motif que les préjudices réclamés ont été considérés comme un préjudice purement financier. Lord Bridge of Harwick a dit (l'opinion de lord Oliver of Aylmerton allant dans le même sens) au sujet de la décision rendue par la majorité dans l'affaire *Junior Books* (à la page 202):

[TRADUCTION] L'opinion générale des juges, à laquelle je souscris, semble être que la décision de la majorité est tellement tributaire du lien, bien que non contractuel, qui existe entre la poursuivante et la défenderesse dans cette affaire et de la portée de l'obligation de prudence qui incombe à la défenderesse à l'égard de la poursuivante et qui résulte de ce lien que la décision ne peut pas être considérée comme établissant un principe d'application générale en matière d'acte délictueux ou de délit. Dans une opinion dissidente, lord Brandon of Oakbrook énonce par ailleurs avec force et clarté des principes d'une importance fondamentale qui sont clairement applicables pour déterminer la portée de l'obligation de prudence incombant à une partie à l'égard d'une autre en l'absence, comme dans la présente affaire, de tout lien contractuel ou de tout lien étroit comme celui sur lequel était fondée la décision des juges formant la majorité dans l'affaire *Junior Books*.

Lord Bridge a conclu (à la page 206) que, si jamais on découvre un vice caché dans un bien meuble tel qu'il devient hors d'état de nuire, qu'il soit alors sans valeur ou susceptible de réparation, [TRADUCTION] «le préjudice financier peut donner droit à dédommagement dans le cadre d'un contrat pour l'acheteur ou le locataire du bien meuble ayant droit à l'avantage d'une garantie pertinente quant à la qualité, mais il ne le peut pas dans le cas d'un acte délictueux pour l'acheteur ou le locataire éloigné du bien meuble». Lord Bridge a pris également du réconfort dans la décision rendue récemment par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *East River S.S. Corp. v. Transamerica Delaval, Inc.*, 106 S. Ct. 2295 (1986), dans laquelle il a été statué qu'une réclamation fondée sur la responsabilité quant aux produits n'est recevable en matière d'admiralty quand un commerçant allègue avoir subi un pré-

party alleges injury only to the product itself resulting in purely economic loss.⁸

The "uncertain voice" of the English authorities to which Lord Bridge referred in *D. & F. Estates* is, I believe, now amply manifest, but I think it is nevertheless possible to hazard certain general conclusions. First, there is in England a strong preference for upholding the exclusionary rule, particularly in cases such as these involving products liability where a claim in tort can be seen as an end-run around limitations on contractual liability (Lord Brandon in *Junior Books* and *Leigh and Silavan*, Lord Bridge in *D. & F. Estates*). Second, there is nevertheless a recognition that there are, at the very least, exceptional cases in which the rule does not apply. *Junior Books* has not been overruled, and the result in *Caltex* has not been disapproved of. The rule cannot therefore be regarded as absolute. Third, in these exceptional cases where liability is allowed there will be found factors of unusual proximity or propinquity somewhat analogous to those which under the first of Lord Wilberforce's propositions establish the basic criterion of duty itself (*Hedley Byrne, Caltex, Junior Books*).

III

The law on pure economic loss is more open in Canada than in England, if only because there have been many fewer decisions, especially by the Supreme Court of Canada. It would hardly be an exaggeration to say that there is only one real

⁸ In *Reid v Rush & Tompkins Group plc*, [1989] 3 All ER 228 (C.A.), at p. 238, Ralph Gibson L.J., speaking for himself alone, says of *D. & F. Estates*:

I think it is clear that their Lordships were not, as I understand their speeches, dealing with the tort of negligence in all its forms and it does not seem to me that they were intending to lay down a rule that in no case can damages for economic loss be recovered except under the principles established by the *Hedley Byrne* case. I take Lord Oliver's statement, namely that damages for pure economic loss cannot be recovered unless the case can be brought within the principle of reliance established by the *Hedley Byrne* case, to apply only to the sort of case under consideration in *D & F Estates v Church Cmrs for England*.

dice seulement quant au produit lui-même et se soldant par un préjudice purement financier⁸.

L'«incertitude» de la doctrine et de la jurisprudence anglaises dont parle lord Bridge dans l'arrêt *D. & F. Estates* est, à mon avis, maintenant grandement manifeste, mais je crois qu'il est néanmoins possible de risquer certaines conclusions générales. Premièrement, il y a en Angleterre une préférence marquée pour le maintien de la règle d'exclusion, tout particulièrement dans les causes, comme celles qui concernent la responsabilité quant aux produits, dans lesquelles une demande d'indemnisation en matière délictuelle peut être considérée comme un moyen de contourner les limites de la responsabilité contractuelle (lord Brandon dans les arrêts *Junior Books* et *Leigh and Silavan*, lord Bridge dans l'arrêt *D. & F. Estates*). Deuxièmement, on reconnaît néanmoins qu'il y a, tout au moins, des cas exceptionnels où la règle ne s'applique pas. L'arrêt *Junior Books* n'a pas été écarté, et on n'a pas trouvé à redire au sujet de la décision rendue dans l'arrêt *Caltex*. La règle ne peut donc pas être considérée comme absolue. Troisièmement, dans ces cas exceptionnels où la responsabilité est permise, on trouvera des facteurs de proximité inhabituelle quelque peu analogues à ceux qui, en vertu de la première des propositions de lord Wilberforce, établissent le critère fondamental de l'obligation elle-même (*Hedley Byrne, Caltex, Junior Books*).

III

Le droit relatif au préjudice purement financier est moins figé au Canada qu'en Angleterre, ne serait-ce que parce que beaucoup moins de décisions ont été rendues à cet égard, notamment par la Cour suprême du Canada. Il serait à peine

⁸ Dans l'arrêt *Reid v Rush & Tompkins Group plc*, [1989] 3 All ER 228 (C.A.), à la p. 238, le lord juge Ralph Gibson a, en son nom personnel seulement, dit de l'arrêt *D. & F. Estates*:

[TRADUCTION] Je crois qu'il est évident que leurs Seigneuries ne traitaient pas, si je comprends bien leurs opinions, du délit de négligence sous toutes ses formes et il ne me semble pas qu'elles voulaient formuler une règle selon laquelle on ne peut en aucun cas obtenir de dommages-intérêts pour préjudice financier sauf en vertu des principes établis par l'affaire *Hedley Byrne*. J'ai considéré que la déclaration de lord Oliver, à savoir qu'on ne peut pas obtenir de dommages-intérêts pour préjudice purement financier à moins qu'on puisse amener l'affaire dans le cadre du principe de dépendance établie par l'affaire *Hedley Byrne*, s'applique seulement dans l'affaire étudiée dans *D & F Estates v Church Cmrs for England*.

decision, *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works et al.*, [1974] S.C.R. 1189, a case that has been frequently cited in the House of Lords.

The plaintiff/appellant had sued for the cost of repairs to two pintle-type cranes on board a log barge it had chartered and for loss of the use of the barge during the repair period. The structural defects in the cranes were discovered only after a similar crane had collapsed, killing its operator. The respondents had been aware that such cranes were subject to cracking due to negligence in design, but had not warned the appellant of the potential danger.

Ritchie J., for the seven Judges in the majority, held that the lower courts were right in disallowing the claim for repairs and for such economic loss as it would in any event have sustained even if proper warning had been given. He wrote (at page 1207):

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

However, because in Mr. Justice Ritchie's view the failure to warn was an independent tort, he believed the Trial Judge was right in allowing and the Court of Appeal wrong in disallowing, economic loss resulting from the inactivity of the barge for the period after the respondents became seized with the defects.

exag  r   de dire qu'il y a seulement une véritable décision, à savoir *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works et autre*, [1974] R.C.S. 1189; un arrêt qui a été fréquemment cité à la Chambre des lords.

La demanderesse/appelante avait intenté une poursuite pour le recouvrement des frais de réparation de deux grues à pivot installées à bord d'un chaland de billes qu'elle avait loué et pour la perte d'utilisation du chaland durant les réparations. Les vices de structure des grues ont été découverts seulement après qu'une grue similaire se fut effondrée et eut tué son opérateur. Les intimées savaient que des grues de ce genre étaient susceptibles de se fissurer en raison d'une négligence de conception, mais elles n'avaient pas averti l'appelante du danger possible.

Le juge Ritchie, au nom des sept juges formant la majorité, a statué que les tribunaux inférieurs avaient eu raison de ne pas accueillir la demande d'indemnisation des frais de réparation et d'un préjudice financier que, de toute façon, elle aurait subi même si l'avertissement approprié avait été donné. Il a écrit (   la page 1207):

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

Toutefois, comme, à son avis, l'omission d'avertir constituait un délit civil indépendant, le juge Ritchie a cru que le juge de première instance avait eu raison d'accorder, et la Cour d'appel avait eu tort de ne pas accorder, une indemnité pour le préjudice financier résultant de l'inactivité du chaland après que les intimées eurent été avis  es des d  fectuosit  s en question.

To support this conclusion Ritchie J. interpreted *Cattle* in the light of *Donoghue v. Stevenson* and relied heavily on *Hedley Byrne* (at pages 1213-1215):

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

Furthermore, the basis of tort liability considered in *Hedley Byrne* is inapplicable to any case where the relationship between the parties is governed by a contract, unless the negligence relied on can properly be considered as "an independent tort" unconnected with the performance of that contract . . . This is specially important in the present case on account of the provisions of the contract with respect to the nature of the obligations assumed and the practical exclusion of responsibility for failure to perform them.

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

In the course of the exhaustive argument which he presented on behalf of the appellant, Mr. Locke referred to a number of recent decisions in the Court of Appeal of England to illustrate the development of the thinking in that Court on the question of recovery for pure economic loss in an action for negligence where no physical damage has been sustained by the plaintiff.

In one such case, *SCM (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittal & Son Ltd.* ([1970] 3 All E.R. 245), the Court held that economic loss flowing directly from physical harm was recoverable but Lord Denning indicated that he would deny recovery for other economic loss except in exceptional circumstances. His reasoning appears to rest on the basis that the damage was too remote although he observed, in the courts of his judgment:

I must not be taken, however, as saying that economic loss is always too remote.

A further lengthy discussion of the same subject is contained in the reasons for judgment of the same learned judge in *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.* ([1972] 3 W.L.R. 502), where he appears to treat the question of remoteness of damage as one to be determined "as a matter of policy" and after referring to the cases of *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* and *Société Anonyme de Remorquage à Hélice v. Bennetts*, he said:

On the other hand, in the cases where economic loss by itself has been held to be recoverable, it is plain that there was a duty to the plaintiff and the loss was not too remote.

Pour étayer cette conclusion, le juge Ritchie a interprété l'arrêt *Cattle* à la lumière de l'arrêt *Donoghue v. Stevenson* et s'est fondé grandement sur l'arrêt *Hedley Byrne* (aux pages 1213 à 1215):

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

Le critère de responsabilité délictuelle étudié dans l'affaire *Hedley Byrne* ne peut pas s'appliquer lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat, à moins qu'il soit possible de considérer que la négligence imputée constitue un délit civil indépendant n'ayant aucun rapport avec l'exécution du contrat . . . En l'espèce, c'est là un point particulièrement important, à cause des dispositions contractuelles relatives à la nature des obligations assumées et l'exclusion virtuelle de toute responsabilité en cas de défaut de les remplir.

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

Dans la plaidoirie complète qu'il a présentée au nom de l'appellante, Me Locke s'est reporté à de nombreuses décisions récentes de la Cour d'appel d'Angleterre pour illustrer l'évolution des idées dans cette cour-là sur la question du recouvrement de la pure perte économique dans une action pour négligence lorsque le demandeur n'a subi aucun dommage physique.

Dans une de ces affaires, *SCM (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittal & Son Ltd.* ([1970] 3 All E.R. 245), la cour a statué que la perte économique découlant directement d'un dommage physique était recouvrable mais Lord Denning a indiqué qu'il refuserait le recouvrement d'autres pertes économiques sauf dans des circonstances exceptionnelles. Son raisonnement semble fondé sur le fait que le dommage était trop éloigné bien qu'il ait fait remarquer, dans ses motifs de jugement:

[TRADUCTION] Cependant, ne croyez pas que je suis d'avis que la perte économique est toujours trop éloignée.

Une autre étude assez longue sur le même sujet est contenue dans les motifs de jugement du même savant juge dans l'arrêt *Spartan Steel and Alloys Limited v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.* ([1972] 3 W.L.R. 502) où il semble avoir considéré que la question du caractère éloigné du dommage devait être décidée [TRADUCTION] «comme une question de ligne de conduite»; après s'être référé aux arrêts *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* et *Société Anonyme de Remorquage à Hélice v. Bennetts*, il a dit:

[TRADUCTION] D'autre part, dans les affaires où on a statué que la perte économique était recouvrable en elle-même, il est clair qu'il y avait une obligation envers les demandeurs et que la perte n'était pas trop éloignée.

In the case of *Ministry of Housing and Local Government v. Sharp* ([1970] 2 Q.B. 223), at p. 278, Salmon L.J. appears to me to have dealt with the question both accurately and succinctly when he said:

So far, however, as the law of negligence relating to civil actions is concerned, the existence of a duty to take reasonable care no longer depends on whether it is physical injury or financial loss which can reasonably be foreseen as a result of a failure to take such care.

I am conscious of the fact that I have not referred to all relevant authorities relating to recovery for economic loss under such circumstances, but I am satisfied that in the present case there was a proximity of relationship giving rise to a duty to warn and that the damages awarded by the learned trial judge were recoverable as compensation for the direct and demonstrably foreseeable result of the breach

The two Judges dissenting in part would have included in the allowable loss the cost of repair of the cranes on the ground that threatened physical harm should be treated the same as actual physical harm. Laskin J. (as he then was) wrote (at pages 1218-1219 S.C.R.):

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

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

Support for such recovery in the present case will not lead to "liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class", to borrow an often-quoted statement of the late Judge Cardozo in *Ultramares Corp. v. Touche*, at p. 179. The pragmatic considerations which underlay *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* will not be eroded by the imposition of liability upon Washington as a negligent designer and manufacturer Liability here will not mean that it must also be imposed in the case of any negligent conduct where there is foreseeable economic loss; a typical instance would be claims by employees for lost wages where their employer's factory has been damaged and is shut down by reason of another's negligence. The present case is concerned with direct economic loss by a person whose use of the defendant Washington's product was a contemplated one, and not with indirect economic loss by third parties, for example, persons whose logs could not be loaded on the appellant's barge because of the withdrawal of the defective crane from service to undergo repairs. It is concerned (and here I repeat myself) with econom-

Dans l'arrêt *Ministry of Housing and Local Government v. Sharp*, ([1970] 2 Q.B. 223) p. 278, le juge Salmon me semble avoir traité la question de façon exacte et succincte quant il a dit:

[TRADUCTION] Cependant, dans la mesure où le droit relatif à la négligence en matière civile est concerné, l'existence de l'obligation de diligence raisonnable ne dépend plus de la question de savoir si ce qui peut être raisonnablement prévu comme résultat de l'omission de faire preuve de pareille diligence est dommage physique ou une perte financière.

Je me rends bien compte que je n'ai pas fait état de tous les précédents pertinents ayant trait au recouvrement pour perte économique dans pareilles circonstances, mais je suis convaincu qu'en l'espèce présente il y avait une proximité de rapport donnant naissance à une obligation d'avertir et que les dommages-intérêts adjugés par le savant juge de première instance étaient recouvrables à titre d'indemnité pour le résultat direct et démonstrablement prévisible de la violation

Les deux juges dissidents en partie auraient inclus dans le préjudice admissible les frais de réparation des grues pour le motif que la menace de dommage physique aurait dû être traitée de la même façon que le dommage physique véritable. Le juge Laskin (tel était alors son titre) a écrit (aux pages 1218 et 1219 R.C.S.):

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

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

Appliquer pareil recouvrement dans la présente affaire ne conduira pas (Traduction) «à une responsabilité pour un montant indéterminé pour un temps indéterminé à l'égard d'une catégorie indéterminée», pour emprunter une déclaration fréquemment citée du défunt juge Cardozo dans l'arrêt *Ultramares Corp. v. Touche*, p. 179. Les considérations pragmatiques qui sont à la base de l'arrêt *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* ne seront pas dévalorisées par l'imposition d'une responsabilité à Washington comme fabricant et concepteur négligent . . . La responsabilité ne signifiera pas ici qu'elle doit aussi être imposée dans tous les cas de conduite négligente où il y a une perte économique prévisible; un cas typique serait les réclamations faites par les employés pour perte de salaire lorsque l'usine de leur employeur a été endommagée et est fermée par suite de la négligence d'une autre personne. Dans la présente affaire, il s'agit d'une perte économique directe subie par une personne dont l'usage du produit de la défenderesse Washington était prévu, et non d'une perte économique indirecte subie par un tiers, par exemple, des personnes dont les billes ne pouvaient

ic loss resulting directly from avoidance of threatened physical harm to property of the appellant if not also personal injury to persons in its employ.

Despite the wider recovery he would have allowed, Laskin J. is much closer to the exclusionary rule than the majority because of his retention of the physical harm concept. For the majority, it seems that any economic loss which occurs apart from a relationship between the plaintiff and the tortfeasor is recoverable if there is a sufficient "proximity of relationship" between the two parties. In fact, the principle adopted by the majority is the corollary to that adopted by the majority in *Nunes Diamonds (J.) Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769. Ritchie J. quotes Pigeon J. in that case (at page 777) to the effect that "the basis of tort liability considered in *Hedley Byrne* is inapplicable to any case where the relationship between the parties is governed by a contract". It may well be simply an accident of timing that *Rivtow Marine* followed soon after *Hedley Byrne* and before the House of Lords' negative reaction set in the 1980's, but it remains the principal Canadian authority, although subsequent English cases have been remarked upon in passing several times by the Supreme Court, most notably in *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2.

The issue in *Kamloops* was whether a municipality can be held liable for negligence in failing to prevent the construction of a house with defective foundations by a purchaser who took it without notice either of the state of the foundations or of the inadequacy of the municipal surveillance.

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

pas être chargées sur le chaland de l'appelante à cause du retrait du service de la grue défectueuse pour y effectuer des réparations. Il s'agit (je me répète) d'une perte économique résultant directement de l'évitement de dommages physiques menaçant la propriété de l'appelante sinon aussi de l'évitement de blessures aux personnes à son service.

Malgré l'indemnité plus élevée qu'il aurait accordée, le juge Laskin se situe plus près de la règle d'exclusion que les juges formant la majorité parce qu'il retient la notion de dommage physique. Pour les juges formant la majorité, il semble que tout préjudice financier qui survient indépendamment d'un lien entre le demandeur et l'auteur de l'acte délictueux peut donner lieu à indemnisation s'il y a un «lien suffisamment étroit» entre les deux parties. De fait, le principe adopté par les juges formant la majorité est le corollaire de celui qui a été adopté par les juges formant la majorité dans l'arrêt *Nunes Diamonds (J.) Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769. Le juge Ritchie cite le juge Pigeon, qui déclare dans cette affaire-là (à la page 777) que «Le critère de responsabilité délictuelle étudié dans l'affaire *Hedley Byrne* ne peut pas s'appliquer lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat». C'est peut-être bien un pur hasard que l'arrêt *Rivtow Marine* ait été rendu peu après l'arrêt *Hedley Byrne* et avant la réponse négative de la Chambre des lords dans les années 1980, mais il demeure la principale décision canadienne, bien qu'à plusieurs reprises, la Cour suprême ait fait en passant des remarques sur la jurisprudence anglaise subséquente, tout particulièrement dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2.

Dans l'affaire *Kamloops*, la question était de savoir si une personne acquiert une maison sans être informée de l'état défectueux des fondations ou de l'insuffisance des inspections municipales peut tenir une municipalité responsable, par négligence, de ne pas en avoir interdit la construction.

Le juge Wilson, au nom des juges formant la majorité, a examiné abondamment les affaires portant sur l'indemnisation du préjudice purement financier, étant donné que la municipalité alléguait que, dans l'affaire, le préjudice financier était analogue aux frais de réparation de la grue qui avaient été rejetés expressément par les juges formant la majorité dans l'arrêt *Rivtow Marine*. Le

may be reconsidered by a full panel of the Court”, but she added that (at page 34):

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

However, she distinguished *Rivtow Marine* on at least two grounds: (1) *Rivtow* was a lawsuit between private litigants as compared with a claim against a public authority for breach of a private-law duty of care arising under a statute; (2) “there are no contractual overtones to this case as there were in *Rivtow*” (at page 34), where there was “some concern that the tort door should not be opened so far as to permit a recovery in tort which would not have been available in contract” (at page 34). Neither the result nor the reasons are therefore directly relevant to the case at bar, since recovery was ultimately allowed on a statutory basis. Nevertheless, it seems to me that both the thrust and the tone of what the Court did militate against an absolute exclusionary rule. The summation on the issue by Wilson J. points this way (at page 35):

I do not believe that to permit recovery in this case is to expose public authorities to the indeterminate liability referred to in *Ultramares*. In order to obtain recovery for economic loss the statute has to create a private law duty to the plaintiff alongside the public law duty. The plaintiff has to belong to the limited class of owners or occupiers of the property at the time the damage manifests itself. Loss caused as a result of policy decisions made by the public authority in the *bona fide* exercise of discretion will not be compensable. Loss caused in the implementation of policy decisions will not be compensable if the operational decision includes a policy element. Loss caused in the implementation of policy decisions, *i.e.* operational negligence will be compensable. Loss will also be compensable if the implementation involves policy considerations and the discretion exercised by the public authority is not exercised in good faith. Finally, and perhaps this merits some emphasis, economic loss will only be recoverable if as a matter of statutory interpretation it is a type of loss the statute intended to guard against.

juge Wilson a reconnu (à la page 33) que «cette Cour est liée par le jugement de la majorité dans l'arrêt *Rivtow* jusqu'à ce que la Cour siégeant au complet ait l'occasion de réétudier la question», mais elle a ajouté que (à la page 34):

... je suis portée à croire que la responsabilité simultanée en matière contractuelle et délictuelle a joué un rôle important dans l'attitude restrictive adoptée par la majorité dans l'arrêt *Rivtow* et que, comme dans l'arrêt *Hedley Byrne*, il nous faudra attendre de voir dans quel sens ira l'évolution de la jurisprudence qui se développe autour de cette décision . . .

Toutefois, elle a fait une distinction avec l'arrêt *Rivtow Marine* pour au moins deux raisons: (1) l'affaire *Rivtow* était une poursuite judiciaire entre des parties privées par comparaison avec une demande d'indemnisation contre une administration publique pour inexécution d'une obligation de prudence de droit privé découlant d'une loi; (2) «il n'y a pas d'apparence de contrat en l'espèce comme il y en avait dans l'affaire *Rivtow*» (à la page 34), dans laquelle «on ne voulait pas élargir le recours délictuel au point de permettre un recouvrement en matière délictuelle qui n'aurait pas été possible en matière contractuelle» (à la page 34). Ni la décision ni les motifs ne se rapportent donc directement à l'affaire en cause, étant donné que l'indemnisation a finalement été permise sur le fondement d'une loi. Néanmoins, il me semble que l'effet et le ton de ce que la Cour a fait militent contre une règle absolue d'exclusion. Le juge Wilson a résumé la question de la façon suivante (à la page 35):

Je ne crois pas qu'en permettant l'indemnisation en l'espèce on expose les autorités publiques à la responsabilité indéterminée mentionnée dans l'arrêt *Ultramares*. Pour obtenir l'indemnisation d'une perte financière, il faut que la loi crée une obligation de droit privé envers le demandeur en plus de l'obligation de droit public. Le demandeur doit appartenir à la catégorie limitée des propriétaires ou occupants de la propriété au moment où le dommage se manifeste. La perte qui résulte de décisions de politique prises par les autorités publiques dans l'exercice de bonne foi de leur pouvoir discrétionnaire ne donne pas lieu à indemnisation. La perte qui résulte de la mise à exécution de décisions de politique ne donne pas lieu à indemnisation si la décision d'exécution comporte un élément de politique. La perte qui résulte lors de la mise à exécution de décisions de politique, *c.-à-d.* de l'exécution fautive, donne lieu à indemnisation. La perte donne lieu également à indemnisation si la mise à exécution fait appel à des considérations de politique et que le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques n'est pas exercé de bonne foi. Enfin, et ce point mérite peut-être d'être souligné, la perte financière ne donne lieu à indemnisation que si, selon l'interprétation de la loi, il s'agit d'un type de perte que la loi vise à prévenir.

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

What is most striking, perhaps, is the majority's refusal to be stampeded by any floodgates argument based upon Cardozo C.J.'s statement in *Ultramares*.

The appellants in the case at bar contended that the decision of Wilson J. in *Kamloops* should be read in the light of her alleged affirmation of the exclusionary rule as a member of the Ontario Court of Appeal in *Attorney-General for Ontario v. Fatehi et al.* (1981), 34 O.R. (2d) 129 (C.A.), but in my view that contention breaks down on an analysis of the *Fatehi* decision in the Ontario Court of Appeal. In that case, the defendant admitted negligence in the operation of a motor vehicle, but denied liability for the Ontario Crown's costs in clearing the wrecked vehicles, spilled gasoline, broken glass, and general debris from a highway. Brooke J.A. (dissenting) would have upheld the Trial Judge's decision that the Crown was a property-owner whose property had suffered damage.

It is perhaps fair to say that both Wilson and Thorson J.J.A. in the majority inclined to the exclusionary rule in their *dicta*. Indeed, Thorson J.A. admitted (at page 146):

If it had been necessary to do so in this case on the theoretical assumption that the only ground for appeal argued by counsel for the appellant was that the Crown's loss was a purely economic one, I would have been disposed to allow the appeal on that ground.

Wilson J.A. (as she then was) was, however, ultimately unwilling to rest her judgment on the exclusionary rule (at page 142):

Il me semble que l'indemnisation de la perte financière aux conditions qui précèdent répond à un certain nombre d'objectifs valables. Elle permet d'éviter l'intervention indue des cours dans les affaires des autorités publiques. Elle fournit un redressement lorsque le législateur l'a implicitement sanctionné et que la justice l'exige clairement. Elle impose aux autorités publiques une obligation suffisamment astreignante de réprimer l'exercice fautif et arbitraire des fonctions prévues par la loi. Pour ces motifs, je suis d'avis d'autoriser l'indemnisation de la perte financière en l'espèce.

b Ce qui est peut-être le plus frappant, c'est le refus des juges formant la majorité de se laisser persuader par l'argument de l'avalanche de poursuites fondé sur la déclaration du juge en chef Cardozo dans l'arrêt *Ultramares*.

c Les appelants dans l'affaire en cause ont prétendu que la décision du juge Wilson dans l'arrêt *Kamloops* devrait s'interpréter à la lumière de sa présumée confirmation de la règle d'exclusion au moment où elle siégeait à la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Attorney-General for Ontario v. Fatehi et al.* (1981), 34 O.R. (2d) 129 (C.A.), mais, à mon avis, cette prétention s'effondre à l'analyse de la décision *Fatehi* rendue par la Cour d'appel de l'Ontario. Dans cette affaire-là, le défendeur avait admis avoir fait preuve de négligence dans la conduite d'un véhicule moteur, mais il avait nié sa responsabilité à l'égard des frais engagés par le gouvernement de l'Ontario pour débarrasser l'autoroute des véhicules accidentés, de l'essence renversée, des vitres brisées et des débris généraux. Le juge d'appel Brooke (dissident) aurait confirmé la décision du juge de première instance selon laquelle le gouvernement était le propriétaire de biens dont certains avaient subi des dommages.

Il est peut-être juste de dire que les deux juges d'appel Wilson et Thorson, qui faisaient partie de la majorité, penchaient pour la règle d'exclusion dans leurs remarques incidentes. En effet, le juge d'appel Thorson a admis (à la page 146):

[TRADUCTION] S'il avait été nécessaire de le faire en l'espèce en supposant théoriquement que le seul motif d'appel avancé par l'avocat de l'appelant était que le préjudice du gouvernement était purement financier, j'aurais été prêt à accueillir l'appel pour ce motif.

Le juge d'appel Wilson (tel était alors son titre) ne voulait toutefois pas finalement faire reposer son jugement sur la règle d'exclusion (à la page 142):

However, even if I am right that this is an action for the recovery of pure economic loss I cannot say on the existing state of the law that the learned trial Judge was clearly wrong in permitting recovery. I prefer therefore to base my judgment on the appellant's second ground of appeal.

On appeal, the Supreme Court of Canada unanimously held that the case was not one of economic loss at all but of direct damage to the property of the plaintiff occasioned by the negligence of the defendant. The Supreme Court interpreted the Court of Appeal majority below as having suspended judgment on pure economic loss (*supra*, at page 544):

The law in Canada remains, as was said in the majority below, somewhat uncertain by reason of the decision of this Court in *Rivtow Marine*, *supra*.

The Supreme Court's own view was that the law was open, and that it should remain so for the moment (at page 545):

Nonetheless it must be acknowledged that *Rivtow* has been variously applied or rejected by the courts of this country, some of whom find in the majority judgment recognition of economic loss and some of whom have found the opposite. It is not possible to say whether the law of Canada, as reflected in the authorities to date, contemplates recovery for a pure economic loss in the sense of *Junior Books*, *supra*, in the House of Lords.

In this proceeding it is unnecessary, in my view, to settle this issue because . . . this is not a case of economic loss but of direct damage to property of the plaintiff occasioned by the negligence of the respondent.

Although the issue was specifically left open by the Supreme Court of Canada in *Fatehi* as in *Kamloops*, the straws in the wind, if I may call them that, seem to incline against the exclusionary rule. Thus in *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221, Pigeon J., writing for four Judges, said of the *Rivtow* decision, in which he had been part of the majority, (at page 252):

It is now settled by the judgment of this Court in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works* that recovery for economic loss caused by negligence is allowable without any recovery for property damage.

He therefore held in *Agnew-Surpass* that an exculpatory clause for a lessee should be narrowly interpreted so as to leave the lessee liable for a loss of rental income on the part of the owner-landlord

[TRANSLATION] Toutefois, même si j'ai raison de soutenir qu'il s'agit d'une action en indemnisation d'un préjudice purement financier, je ne peux pas dire en l'état actuel du droit que le juge de première instance avait manifestement tort de permettre l'indemnisation. Je préfère donc fonder mon jugement a sur le deuxième motif d'appel de l'appelant.

En appel, la Cour suprême du Canada a statué à l'unanimité qu'il ne s'agissait pas du tout d'un cas de préjudice financier mais d'un cas de dommages directs aux biens du demandeur occasionnés par la b négligence du défendeur. La Cour suprême a considéré que les juges formant la majorité en Cour d'appel avaient sursis au jugement en ce qui concerne le préjudice purement financier (précité, à la c page 544):

Le droit canadien demeure, comme l'ont dit les juges de la majorité en Cour d'appel, quelque peu incertain à cause de l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Rivtow Marine*, précité.

La Cour suprême était d'avis que le droit n'était d pas figé et qu'il devait le rester pour l'instant (à la d page 545):

Néanmoins, il faut reconnaître que l'arrêt *Rivtow* a été appliqué ou rejeté de diverses manières par les tribunaux canadiens dont certains concluent que le jugement de la majorité reconnaît le préjudice financier et certains concluent le contraire. Il e n'est pas possible de dire si le droit du Canada qui se dégage des précédents jusqu'à ce jour, envisage la réparation d'un préjudice purement financier au sens de l'arrêt *Junior Books*, précité, de la Chambre des lords.

À mon avis, il n'est pas nécessaire en l'espèce de trancher f cette question parce que . . . il ne s'agit pas d'un cas de préjudice financier mais de dommages directs à la propriété du demandeur occasionnés par la négligence de l'intimé.

Bien que la question n'ait pas été tranchée de façon précise par la Cour suprême du Canada dans g l'arrêt *Fatehi* tout comme dans l'arrêt *Kamloops*, les indications des choses à venir, si je peux parler ainsi, semblent aller à l'encontre de la règle de l'exclusion. Ainsi dans l'arrêt *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221, le juge Pigeon, au nom h de quatre juges, a dit au sujet de la décision *Rivtow*, dans laquelle il s'était rallié à la majorité (à la page 252):

Il est maintenant établi, par l'arrêt de cette Cour *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, que le recouvrement de la perte économique causée par la négligence est admis même sans recouvrement pour dommages matériels.

Il a donc jugé dans l'arrêt *Agnew-Surpass* qu'une clause disculpatoire en faveur d'un locataire devrait être interprétée strictement de façon à laisser le locataire responsable de la perte d'un j

of a shopping centre where a fire had been caused through his negligence.

Similarly, in *Haig v. Bamford et al.*, [1977] 1 S.C.R. 466, a case where the Supreme Court allowed recovery against accountants who had failed to use reasonable care in the preparation of accounts, Dickson J. (as he then was) wrote for six of the nine Judges (at page 483) with no words of qualification, "Recovery for economic loss caused by negligence has been allowed in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*".

Moreover, it was argued with some justification by the respondent on the present appeal that Madam Justice Wilson's emphasis in *Kamloops* in a series of rhetorical questions summarizing the reassessment of the exclusionary rule implied her own favourable answers to the questions (at pages 28-29):

It took the decision of the House of Lords in *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, *supra*, to spark a review and reassessment of the economic loss rule by legal scholars and judges, and this review has been going on now for almost two decades. How, it is asked, can one justify to injured plaintiffs the difference in treatment the law accords to physical and to economic loss caused by a defendant's negligent acts? In one you are compensated by the wrongdoer: in the other you have to bear the loss yourself. Does it make sense to permit the recovery of economic loss for negligent words but not for negligent acts? What is the significant difference between them? Why, if economic loss is reasonably foreseeable as a consequence of negligent acts, should it not be as recoverable as reasonably foreseeable physical injury to persons or to property? And should Chief Judge Cardozo's fear of indeterminate liability to an indeterminate class preclude recovery by a very specific plaintiff in a very specific amount? Can a policy consideration which leads to a manifest injustice in certain types of cases be a good policy consideration? Is there some *rationale* whereby injustice in specific cases can be avoided and Chief Judge Cardozo's fear guarded against at the same time?

Two other recent Supreme Court of Canada decisions are relevant. In *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, where a courier was unaware that an envelope contained a Crown grant that had to be registered within a stipulated time, it was held by the Court that there was no duty of care as required by the first *Anns* proposition. Nevertheless, Estey J. widely surveyed the

revenu de location pour le propriétaire-locateur d'un centre commercial où l'incendie était dû à sa négligence.

De même, dans l'arrêt *Haig c. Bamford et autres*, [1977] 1 R.C.S. 466, où la Cour suprême a permis l'indemnisation à l'encontre de comptables qui n'avaient pas apporté l'application normale à la préparation des comptes, le juge Dickson (tel était alors son titre) a dit sans réserve, au nom de six des neuf juges de la Cour (à la page 483): «Dans l'affaire *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, l'indemnisation de pertes économiques causées par la négligence a été accordée».

En outre, l'intimée dans le présent appel a allégué non sans raison que l'accent mis par madame le juge Wilson dans l'arrêt *Kamloops* dans une série de questions pour la forme résumant la réévaluation de la règle d'exclusion laissait supposer qu'elle répondrait aux questions de façon favorable (aux pages 28 et 29):

Il a fallu l'arrêt de la Chambre des lords *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, précité, pour amorcer une révision et une réévaluation de la règle relative à la perte financière par les auteurs juridiques et les juges; cette révision se poursuit maintenant depuis presque vingt ans. Comment, se demande-t-on, expliquer aux demandeurs lésés le traitement différent que réserve le droit aux pertes matérielles et aux pertes financières dues aux actes fautifs d'un défendeur? Dans un cas, on est indemnisé par l'auteur du dommage alors que, dans l'autre, il faut assumer la perte soi-même. Est-il logique d'autoriser l'indemnisation d'une perte financière pour des paroles fautives et non pour des actes fautifs? En quoi diffèrent-ils sensiblement? Si la perte financière est raisonnablement prévisible comme conséquence d'actes fautifs, ne devrait-elle pas donner lieu à indemnisation tout comme les blessures ou les dommages matériels raisonnablement prévisibles? La crainte exprimée par le juge en chef Cardozo d'une responsabilité indéterminée envers une catégorie indéterminée devrait-elle empêcher l'indemnisation d'un demandeur bien déterminé pour un montant très précis? Une considération de politique qui entraîne une injustice évidente dans certains genres de causes peut-elle être valable? Y a-t-il un raisonnement quelconque qui permette d'éviter l'injustice dans des cas précis et, en même temps, de parer à la crainte exprimée par le juge en chef Cardozo?

Il y a deux autres décisions récentes de la Cour suprême du Canada qui sont pertinentes. Dans l'affaire *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, dans laquelle un messenger ignorait qu'une enveloppe contenait une concession de Sa Majesté qui devait être enregistrée dans un délai prescrit, la Cour a jugé qu'il n'y avait pas d'obligation de prudence comme l'exigeait la pre-

law of negligence and pure economic loss, taking the same view as Pigeon J. in *Agnew-Surpass of Rivotow Marine* (at pages 239-240):

In *Rivotow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189, this Court divided on some aspects of the issue of negligently caused economic loss, but both the majority and the dissenting judgments recognized that, in principle, a defendant could be held liable in tort for economic losses arising wholly in the absence of associated physical injury or damage. *Rivotow* concerned the liability of the manufacturer of a defectively made crane to the crane's ultimate consumer, for the cost of the repairs and for profits lost while the crane was out of service. The case therefore raised issues of products liability and bears little resemblance to *Hedley Byrne*, *supra*, and the cases following it. Consistently with the cases cited *supra*, however, both Ritchie J. for the majority and Laskin J., as he then was, in dissent referred to the need to find sufficient proximity between the parties to the action.

Estey J. stressed the necessity of a "proximity" test throughout, ostensibly in relation to the first *Anns* principle, but often in contexts (e.g. *Junior Books*) where it could reasonably be applied to the second *Anns* proposition.

The other Supreme Court case is *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, where the principal issue was whether a solicitor could be liable to a client in tort as well as in contract. Le Dain J. delivered the reasons for decision of the Court and on the relevant point said (at page 206):

3. A concurrent or alternative liability in tort will not be admitted if its effect would be to permit the plaintiff to circumvent or escape a contractual exclusion or limitation of liability for the act or omission that would constitute the tort. Subject to this qualification, where concurrent liability in tort and contract exists the plaintiff has the right to assert the cause of action that appears to be most advantageous to him in respect of any particular legal consequence.

Where there is no question of a contractual exclusion, it was thus held that the principle of *Hedley Byrne* should be applied.

mière proposition énoncée dans l'arrêt *Anns*. Néanmoins, le juge Estey a passé en revue le droit relatif à la négligence et au préjudice purement financier et a adopté à l'égard de l'arrêt *Rivotow Marine* la même opinion que le juge Pigeon dans l'arrêt *Agnew-Surpass* (aux pages 239-240):

Dans l'arrêt *Rivotow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, cette Cour n'a pas été unanime sur certains aspects de la question du préjudice financier causé par négligence, mais les juges formant la majorité et les juges dissidents ont reconnu que, en principe, un défendeur pouvait encourir une responsabilité délictuelle pour des préjudices financiers qui ne résultent aucunement de dommages ou de préjudices matériels connexes. L'arrêt *Rivotow* portait sur la responsabilité du fabricant d'une grue défectueuse envers l'utilisateur ultime de la grue, pour ce qui est du coût des réparations et des bénéfices perdus alors que la grue était hors d'usage. Par conséquent, l'affaire a soulevé des questions de responsabilité à l'égard de produits et ressemble peu à l'arrêt *Hedley Byrne*, précité, et aux affaires qui l'ont suivi. Toutefois, conformément à la jurisprudence précitée, le juge Ritchie au nom de la majorité et le juge Laskin (alors juge puîné), dissident, ont mentionné qu'il était nécessaire d'établir l'existence d'un lien suffisamment étroit entre les parties à l'action.

Le juge Estey a souligné qu'il faut toujours recourir au critère fondé sur le «lien étroit», en se reportant manifestement au premier principe formulé dans l'arrêt *Anns*, mais souvent dans des contextes (par ex. l'arrêt *Junior Books*) où il pourrait raisonnablement s'appliquer à la deuxième proposition énoncée dans l'arrêt *Anns*.

L'autre décision de la Cour suprême est *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, dans laquelle la question principale était de savoir si un avocat pouvait encourir envers un client une responsabilité délictuelle tout autant qu'une responsabilité contractuelle. Le juge Le Dain a rédigé les motifs du jugement de la Cour et a dit sur le point en question (à la page 206):

3. Une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative ne sera pas admise si elle a pour effet de permettre au demandeur de contourner ou d'éviter une clause contractuelle d'exonération ou de limitation de responsabilité pour l'acte ou l'omission qui constitue le délit civil. Sous réserve de cette restriction, chaque fois qu'il existe simultanément une responsabilité délictuelle et une responsabilité résultant d'un contrat, il est loisible au demandeur de se prévaloir de la cause d'action qui lui paraît la plus avantageuse à l'égard d'une conséquence juridique donnée.

Il a donc été statué que, lorsqu'il n'est pas question de clause contractuelle d'exclusion, le principe de l'arrêt *Hedley Byrne* devrait s'appliquer.

These two cases add nothing directly with respect to the exclusionary rule, but it seems to me that both point in the direction of limiting it. *B.D.C.* [at page 239] approves a broad statement that, on the basis of *Rivtow Marine*, “a defendant could be held liable in tort for economic losses arising wholly in the absence of associated physical injury or damage”. *Central Trust* [at page 206] would support the exclusionary rule only where otherwise the plaintiff could “circumvent or escape a contractual exclusion or limitation of liability”.

There was one case in which this Court considered the issue of recovery for pure economic loss: *Baird v. The Queen in right of Canada*, [1984] 2 F.C. 160 (C.A.). In that case, the Trial Judge [(1982), 135 D.L.R. (3d) 371] had struck out the statement of claim as disclosing no cause of action on the ground that a claim for compensation for economic loss was not within the scope of Crown liability when the statutory duties in issue were imposed upon the Minister of Finance and the Superintendent of Insurance. In reversing, Mr. Justice Le Dain said for the majority of the Court (at page 183):

The next question is whether, if there were a duty of care owed by the Minister of Finance or the Superintendent of Insurance to the appellants and a breach of that duty, there could in principle be recovery for purely economic loss. Counsel for the Crown contended that the kinds of cases in which there could be recovery for economic loss that is not consequential upon personal injury or property damage were limited to those represented by *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.) and *Rivtow Marine, supra*: negligent misrepresentation, and negligent failure to warn of a dangerous defect in a product. There is in my opinion nothing in subsequent judicial commentary on this question which suggests that recovery for purely economic loss is to be limited in principle to these categories of cases. In *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221 at page 252 there was the following general reference to the significance of *Rivtow Marine*: “It is now settled by the judgment of this Court in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works et al.* ([1974] S.C.R. 1189) that recovery for economic loss caused by negligence is allowable without any recovery for property damage.” It would appear that whether such recovery will be permitted in a particular case of negligence will depend on the application of general principles or considerations not confined to certain categories or types of cases. These principles and considerations are very

Ces deux affaires n'ajoutent rien directement en ce qui concerne la règle d'exclusion, mais il me semble que toutes deux tendent à la limiter. L'arrêt *B.D.C.* [à la page 239] confirme une déclaration générale selon laquelle, sur le fondement de l'arrêt *Rivtow Marine*, «un défendeur pouvait encourir une responsabilité délictuelle pour des préjudices financiers qui ne résultent aucunement de dommages ou de préjudices matériels connexes». L'arrêt *Central Trust* [à la page 206] supporterait la règle d'exclusion seulement lorsque, sans cela, le demandeur pourrait «contourner ou ... éluder une clause contractuelle d'exonération ou de limitation de responsabilité».

Il y a eu une affaire dans laquelle notre Cour a examiné la question de l'indemnisation du préjudice purement financier: *Baird c. La Reine du chef du Canada*, [1984] 2 C.F. 160 (C.A.). Dans cette affaire-là, le juge de première instance [(1982), 135 D.L.R. (3d) 371] avait radié la déclaration en concluant qu'elle ne révélait aucune cause d'action pour le motif qu'une demande d'indemnisation d'un préjudice financier n'entraî pas dans le champ de la responsabilité de la Couronne lorsque les obligations légales en question incombaient au ministre des Finances et au surintendant des assurances. En infirmant la décision en appel, le juge Le Dain a déclaré au nom des juges formant la majorité (à la page 183):

La question suivante est de savoir si, en principe, une perte purement économique pourrait donner ouverture à une action en recouvrement, si on suppose que le ministre des Finances ou le surintendant des assurances avait une obligation de prudence envers les appelants et qu'il ne s'est pas acquitté de cette obligation. L'avocat de la Couronne a soutenu que les cas où une perte économique qui ne découle pas d'une blessure ou d'un dommage matériel pourrait donner ouverture à une action en recouvrement se limitaient à ceux qui ont été décrits dans les affaires *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.) et *Rivtow Marine, précitée*: fausse représentation délictuelle et omission délictuelle de signaler une défectuosité dangereuse d'un produit. À mon avis, aucune décision judiciaire subséquente portant sur cette question ne laisse entendre qu'en principe, il ne pourrait y avoir recouvrement à la suite d'une perte purement économique que dans ces cas. Dans l'affaire *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221, à la page 252, voici l'observation générale qui a été faite au sujet de la portée de l'affaire *Rivtow Marine*: «Il est maintenant établi, par l'arrêt de cette Cour *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works et al.* ([1974] R.C.S. 1189) que le recouvrement de la perte économique causée par la négligence est admis même sans recouvrement pour dommages matériels.» Il semble que la question de savoir si un tel recouvrement sera autorisé dans un

fully examined in *Caltex Oil, supra*, which was itself an example of recovery for purely economic loss in a case which did not fall within the *Hedley Byrne* and *Rivtow Marine* categories. Whether the question is to be approached from the point of view of duty of care or remoteness of damage or generally as a policy question it is not plain and obvious to me at this stage that the possibility of such recovery in the present case should be excluded as a matter of principle.

Again, this is something less than a decisive authority, but it is significant that the Court looked on the rule as broader than would be encompassed in the categories of cases represented by *Hedley Byrne* and *Rivtow Marine*, and believed that "whether such recovery will be permitted in a particular case of negligence will depend on the application of general principles or considerations not confined to certain categories or types of cases," such as were set out in *Caltex*.

There are also three cases in the Trial Division, *Gypsum Carrier Inc. v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 147; *Bethlehem Steel Corporation v. St. Lawrence Seaway Authority*, [1978] 1 F.C. 464; and *Interocean Shipping Company v. The Ship Atlantic Splendour*, [1984] 1 F.C. 931. The *Gypsum Carrier* case not only involved a ship collision with the same bridge as in the case at bar but is on all fours with it save that there seems to have been scant evidence as to foreseeability and no argument made as to the proximity of railway property. Having found that the railway had neither easements nor any lesser proprietary interests in the bridge, Collier J. stated (at page 158):

I am satisfied that, in this case, the absence of physical damage to any property of the railway companies does not, by itself, preclude recovery for the additional expense the railway companies incurred (the economic loss).

Nevertheless, he found that the action failed on the first *Anns* principle, viz., that on the evidence no duty of reasonable care had been established.

cas particulier de négligence dépend de l'application de principes ou de considérations d'ordre général, sans qu'il faille se limiter à certaines catégories ou à certains types de cas. Ces principes et ces considérations sont très bien expliqués dans l'affaire *Caltex Oil*, précitée, qui elle-même constituait un exemple de recouvrement résultant d'une perte purement économique dans un cas qui ne faisait pas partie des catégories mentionnées dans les causes *Hedley Byrne* et *Rivtow Marine*. Que la question soit abordée du point de vue de l'obligation de prudence ou du degré d'éloignement du dommage ou, en général, comme une question de principe, il ne me paraît pas évident à ce stade-ci qu'on doive, en principe, exclure la possibilité d'un tel recouvrement dans le présent cas.

Encore une fois, on ne peut pas dire que ce soit une décision concluante, mais il est significatif que la Cour ait considéré la règle comme étant plus large que celle qui s'appliquerait aux catégories de cas représentées par *Hedley Byrne* et *Rivtow Marine* et ait cru que «la question de savoir si un tel recouvrement sera autorisé dans un cas particulier de négligence dépend de l'application de principes ou de considérations d'ordre général, sans qu'il faille se limiter à certaines catégories ou à certains types de cas», comme ceux qui ont été exposés dans l'arrêt *Caltex*.

Il y a également trois jugements rendus par la Section de première instance, *Gypsum Carrier Inc. c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 147; *Bethlehem Steel Corporation c. L'Administration de la voie maritime du St-Laurent*, [1978] 1 C.F. 464; et *Interocean Shipping Company c. Navire Atlantic Splendour*, [1984] 1 C.F. 931. L'affaire *Gypsum Carrier* concernait non seulement une collision entre un navire et le même pont qu'en l'espèce mais va de pair avec celle-ci, sauf qu'il semble y avoir eu insuffisance de preuve quant à la prévisibilité et qu'aucune allégation ne semble avoir été présentée quant à l'existence d'un lien étroit avec les biens de la compagnie ferroviaire. Ayant conclu que la compagnie ferroviaire n'avait ni droit de passage ni droit de propriété moindre sur le pont, le juge Collier a déclaré (à la page 158):

En l'espèce, je crois que l'absence de dommages matériels aux biens des compagnies de chemin de fer n'empêche pas en elle-même le recouvrement des dépenses additionnelles encourues par lesdites compagnies (la perte économique).

Néanmoins, il a conclu que l'action n'était pas fondée en ce qui concerne le premier principe énoncé dans l'arrêt *Anns*, c'est-à-dire qu'aucune obligation de prudence raisonnable n'a été établie en preuve.

In *Bethlehem Steel*, a ship had collided with and destroyed a bridge over the Welland Canal. One claim was for the loss of profits of ships held up by the obstruction in the Canal, a second for the extra cost of shipping cargo from Toronto rather than through the Canal. Addy J. disallowed recovery, holding that the relationship between the claimants and the damaged object had been much closer in the *Gypsum Carrier* case, where (at page 470) "the damaged object was the very thing which was used by the claimants and they at least had certain contractual rights covering it." In the case at bar, he distinguished his previous decision in *Bethlehem Steel* as follows (at page 26 C.C.L.T.):

In that decision, I did indeed approve and apply the floodgates rule and made no mention of alternatives. However, an examination of the facts of that case indicates quite clearly that no circumstances whatsoever were present which might have been capable of prevailing over the very practical objections which constitute the reason d'être of that exclusionary rule.

In *Interocean Shipping*, where the *Atlantic Splendour* overstayed at a dock because of mechanical difficulties delaying four other ships scheduled to take on iron ore at the same dock, on a stated case Dubé J. stated the law as follows (at pages 936-937):

My assessment of the present state of the developing jurisprudence on this vexed question of pure economic loss is that there need not be physical injury for the plaintiff to recover, provided: firstly, there was a duty owing by the defendant to the plaintiff; secondly, there was a breach of that duty; thirdly, the economic losses flowed directly from the defendant's negligence; and fourthly, the consequences were reasonably foreseeable.

He went on to distinguish the *Gypsum Carrier* case on the facts (at page 938):

Those in charge of the vessel in the *Gypsum* case could not, of course, have foreseen the rerouting of trains as they were heading for the railway bridge. Similarly, the navigators in the *Bethlehem Steel* case did not know they were about to disrupt ship schedules on the canal. But those in charge of the *M/V Atlantic Splendour* purposely kept the vessel moored at the dock, when they could have had her towed away immediately. They could have prevented the economic damage to the other vessels, but for their own reasons chose not to do so. They

Dans l'affaire *Bethlehem Steel*, un navire avait frappé et détruit un pont enjambant le canal Welland. Une première demande d'indemnisation concernait la perte de profits des navires immobilisés par l'obstruction du canal, une seconde portait sur les frais supplémentaires engagés pour l'expédition des marchandises depuis Toronto plutôt que par la voie du canal. Le juge Addy n'a pas permis l'indemnisation, en statuant que le lien entre les réclamants et l'objet endommagé avait été beaucoup plus étroit dans l'affaire *Gypsum Carrier*, dans laquelle (à la page 470) «les réclamants faisaient usage de l'objet endommagé et ils avaient au moins certains droits contractuels le couvrant». En l'espèce, il a fait la distinction suivante avec la décision qu'il avait rendue antérieurement dans l'affaire *Bethlehem Steel* (à la page 26 C.C.L.T.):

Dans cette cause-là, j'ai effectivement approuvé et appliqué la règle de l'avalanche des procédures et je n'ai pas fait mention de solutions de rechange. Toutefois, un examen des faits dans cette affaire-là indique bien clairement l'absence de toutes circonstances pouvant l'emporter sur les objections très pratiques qui constituent la raison d'être de cette règle d'exclusion.

Dans l'affaire *Interocean Shipping*, dans laquelle le navire *Atlantic Splendour* avait excédé la durée fixée pour rester à quai en raison de problèmes mécaniques et avait ainsi retardé quatre autres navires qui devaient prendre à leur bord du minerai de fer au même quai, le juge Dubé a énoncé le droit de la façon suivante dans un exposé de la cause (aux pages 936-937):

Selon mon appréciation de l'état actuel de l'évolution de la jurisprudence sur cette question controversée de la perte purement économique, il n'est pas nécessaire que le demandeur subisse un préjudice matériel pour recouvrer des dommages. Il suffit, premièrement, que le défendeur ait une obligation envers le demandeur; deuxièmement, qu'il y ait eu manquement à cette obligation; troisièmement, que les pertes économiques découlent directement de la négligence du défendeur; et quatrièmement, que les conséquences aient été raisonnablement prévisibles.

Puis il a fait une distinction avec l'affaire *Gypsum Carrier* en ce qui concerne les faits (à la page 938):

Les responsables du navire dans l'affaire *Gypsum* ne pouvaient naturellement pas prévoir la modification du parcours des trains à l'approche du pont de chemins de fer. De même les marins, dans l'affaire *Bethlehem Steel* ne pouvaient savoir qu'ils étaient sur le point de chambarder l'horaire de la navigation sur le canal. Mais les responsables du *M/V Atlantic Splendour* ont intentionnellement maintenu le navire accosté alors qu'ils auraient dû le faire remorquer immédiatement. Ils auraient pu éviter la perte économique qu'ont subie les autres

knew, or ought to have known, that they were monopolizing the only available berth. They saw, or ought to have seen, the other vessels sitting idle in the water. It is not beyond the ken of reasonable seamen to foresee that vessels in waiting suffer economic losses. The procrastination of the defendant, admitted or to be proven at trial, was the direct, foreseeable cause of the economic losses suffered by the plaintiffs.

Provincial appeal courts in three provinces have denied the exclusionary rule. The most forthright statement is that of Lambert J.A. for the British Columbia Court of Appeal in *Nicholls v. Township of Richmond et al.* (1983), 145 D.L.R. (3d) 362, at page 367,⁹ on a motion to strike out a pleading in a wrongful dismissal case based on negligently inducing a breach of contract:

So the question in this case becomes: Is there a legal policy that denies recovery, as a matter of principle, where, in a relationship of proximity that may exist between officers and employees of a corporation, an act, omission or misstatement occurs, and the perpetrator should reasonably have foreseen that it would result directly in economic loss to a fellow employee, as, for example, by dismissal from employment? I am not persuaded that there is or should be such a general legal policy. In particular cases recovery may be denied as a matter of policy, but the policy would be a narrower one, applicable on the basis of facts that are not as yet revealed in this case. I reach no conclusion now as to the existence or scope of such a narrower policy.

In my opinion, such cases as *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, and *Weller & Co. v. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1965] 3 All E.R. 560, should be seen as specific examples of a denial of recovery on the basis of absence of proximity, or remoteness of damage, or both, and not as establishing a principle that damages can never be recovered for economic loss if the loss arises from the breach of a contractual relationship between one victim who suffers economic loss and another victim who suffers physical injury. The answer to such problems lies not in a uniform denial of recovery but in an application of the customary and

⁹ In the disapproving view of Dean Peter J. Burns, "Recent Developments in Negligence Law", *Negligence Law in the 1990's*, (Vancouver: The Continuing Legal Society of British Columbia, (1985), at p. 1.1.10, "the combined effect of *Nielson* and *Nicholls* . . . is the creation of a vastly expanded area and range of potential civil liability that must ultimately increase the costs of public and private activities and in many cases even deter desirable undertakings in the commercial and public sectors".

navires, mais pour des raisons qui leur sont propres ils ont choisi de ne pas le faire. Ils savaient ou auraient dû savoir qu'ils monopolisaient le seul quai disponible. Ils ont vu ou auraient dû voir les autres navires qui mouillaient au large. Il n'est pas hors de la portée de marins raisonnables de prévoir que des navires à l'arrêt subissent des pertes économiques. La lenteur du défendeur, qu'elle soit admise ou prouvée au procès, a été la cause directe et prévisible des pertes économiques subies par les demandereses.

Les cours d'appel de trois provinces ont rejeté la règle d'exclusion. La déclaration la plus directe émane du juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Nicholls v. Township of Richmond et al.* (1983), 145 D.L.R. (3d) 362, à la page 367⁹, à l'occasion d'une requête en radiation d'une plaidoirie dans une affaire de renvoi injustifié fondé sur le fait qu'on avait causé par négligence l'inexécution d'un contrat:

[TRANSDUCTION] Dans la présente affaire, la question devient donc la suivante: Y a-t-il une règle juridique qui interdit l'indemnisation, en principe, lorsque, en présence d'un lien étroit qui peut exister entre les dirigeants et les employés d'une compagnie, un acte, une omission ou une déclaration inexacte survient et que son auteur aurait dû raisonnablement prévoir qu'il entraînerait directement un préjudice financier pour un camarade de travail, comme, par exemple, son congédiement? Je ne suis pas persuadé qu'il existe ou devrait exister une telle règle juridique générale. Dans des cas particuliers, l'indemnisation peut être refusée comme question de principe, mais il s'agirait d'une règle plus stricte, applicable sur la base de faits qui ne sont pas encore divulgués dans la présente affaire. Je ne tire aucune conclusion maintenant en ce qui concerne l'existence ou la portée d'une telle règle plus stricte.

À mon avis, des décisions telles que *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, et *Weller & Co. v. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1965] 3 All E.R. 560, devraient être considérées comme des exemples précis de refus d'indemnisation en raison de l'absence d'un lien étroit, ou de l'éloignement des dommages, ou des deux à la fois, et non comme établissant un principe selon lequel des dommages-intérêts ne peuvent jamais être obtenus pour préjudice financier si le préjudice résulte de la rupture d'un lien contractuel entre une victime qui subit un préjudice financier et une autre fin subit des dommages matériels. La réponse à de tels problèmes réside non pas dans un refus constant de l'indemnisation mais dans l'application des questions ordinaires et parfois difficiles qui se

⁹ Dans l'avis défavorable du doyen Peter J. Burns formulé dans «Recent Developments in Negligence Law», *Negligence Law in the 1990's*, (Vancouver, The Continuing Legal Education Society of British Columbia, (1985), à la p. 1.1.10, [TRANSDUCTION] «les arrêts *Nielson* et *Nicholls* ont pour effet combiné . . . de créer un champ très étendu de responsabilité civile potentiel qui doit à la fin accroître les coûts d'activités publiques et privée et, dans de nombreux cas, décourager des engagements souhaitables dans les secteurs commercial et public».

sometimes difficult questions relating to proximity, foreseeability, causation and remoteness.

Suppose an airline has a policy of discharging pilots who suffer from a medical disability and requires its pilots to undergo a medical examination each year by a doctor, selected by the airline, who knows the purpose of the examination. Suppose the doctor carelessly and incorrectly diagnoses a disability and the pilot is discharged. Would the pilot, as a matter of legal policy, be denied a cause of action against the doctor? I do not think so. Yet the loss suffered by the pilot would be economic loss arising from the doctor's negligent interference with the pilot's contractual relations with the airline. I leave unanswered the question of what difference it would make, if any, if the doctor was a salaried employee of the airline.

In *Maughan and Maughan v. International Harvester Company of Canada Limited* (1980), 38 N.S.R. (2d) 101 (C.A.), although denying an action against a manufacturer for a breach of warranty on defective goods to a user who bought from a dealer without an express warranty, the Nova Scotia Court of Appeal was prepared to find the manufacturer liable to the user for economic loss caused by negligence. MacKeigan C.J.N.S., for the Court, interpreted *Rivtow Marine* in the light of the comments by Pigeon J. in *Agnew-Surpass* and Dickson J. [as he then was] in *Haig*, and said (at page 109):

I need not strain . . . to find factual similarity with *Rivtow*. Mr. Justice Ritchie rejected the idea of any special rule restricting recovery of economic loss in negligence cases.

In *Yumerovski et al. v. Dani* (1977), 18 O.R. (2d) 704 (Co. Ct.), affd (1979), 120 D.L.R. (3d) 768 (Ont. C.A.), where the negligent driving of a travel agent taking members of a family to their charter flight caused the death of one of the passengers, leading the other members of the deceased's family to forgo the trip, they sued for the cost of the tickets, and the Trial Judge allowed recovery, following *Caltex*. On appeal, MacKinnon A.C.J.O. concisely stated for the Ontario Court of Appeal (at page 768):

Because of the special relationship between the parties which was established by the defendant's undertaking, as part of the inducement to the plaintiffs to purchase the airline tickets from

rappellent au lien étroit, à la prévisibilité, à la relation de cause à effet et à l'éloignement.

Supposons qu'une compagnie aérienne a comme règle de renvoyer les pilotes qui souffrent d'une incapacité sur le plan de la santé et exige que ses pilotes se soumettent chaque année à un examen médical effectué par un médecin, choisi par elle, qui connaît le but visé par l'examen. Supposons que le médecin, sans faire attention et à tort, diagnostique une incapacité et que le pilote est congédié. Celui-ci se verrait-il privé d'une cause d'action contre le médecin à cause d'une règle juridique? Je ne le crois pas. Cependant le préjudice subi par le pilote serait un préjudice financier résultant de l'intervention négligente du médecin dans les rapports contractuels existant entre le pilote et la compagnie aérienne. Je m'abstiens de répondre à la question de savoir quelle différence cela ferait, selon le cas, si le médecin était un employé salarié de la compagnie aérienne.

Dans l'arrêt *Maughan and Maughan v. International Harvester Company of Canada Limited* (1980), 38 N.S.R. (2d) 101 (C.A.), malgré le rejet d'une action intentée contre un fabricant pour non-respect de la garantie sur des marchandises défectueuses à l'égard d'un usager qui les avait achetées d'un vendeur sans garantie expresse, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse était disposée à tenir le fabricant responsable envers l'usager du préjudice financier causé par sa négligence. Le juge en chef MacKeigan a, au nom de la Cour, interprété l'arrêt *Rivtow Marine* à la lumière des remarques faites par le juge Pigeon dans l'arrêt *Agnew-Surpass* et par le juge Dickson [tel était alors son titre] dans l'arrêt *Haig* et a dit (à la page 109):

[TRADUCTION] Je n'ai pas à faire un gros effort . . . pour trouver des faits similaires à ceux de l'affaire *Rivtow*. Le juge Ritchie a rejeté l'idée d'une règle spéciale restreignant l'indemnisation du préjudice financier dans les cas de négligence.

Dans l'affaire *Yumerovski et al. v. Dani* (1977), 18 O.R. (2d) 704 (C. Cté), conf. par (1979), 120 D.L.R. (3d) 768 (C.A. Ont.), dans laquelle un agent de voyages qui conduisait des membres d'une même famille à leur avion nolisé avait, par sa conduite négligente, causé la mort de l'un des passagers, accident ayant amené les autres membres de la famille du défunt à renoncer au voyage, ceux-ci avaient poursuivi afin de recouvrer le prix des billets, et le juge de première instance avait autorisé l'indemnisation en appliquant l'arrêt *Caltex*. En appel, le juge en chef adjoint MacKinnon a déclaré brièvement au nom de la Cour d'appel de l'Ontario (à la page 768):

[TRADUCTION] En raison du lien spécial établi entre les parties par l'engagement du défendeur, dans le cadre des mesures visant à inciter les demandeurs à acheter les billets de

him, to drive one or more of the members of this limited and closely knit family group to the airport, and for the reasons given by the trial Judge, the appeal is dismissed with costs.

lui, de conduire à l'aéroport un ou plusieurs des membres de ce groupe familial limité et étroitement lié, et pour les motifs donnés par le juge de première instance, l'appel est rejeté avec dépens.

There are a number of other cases in which lower courts have allowed recovery for economic loss in the absence of property damage: *University of Regina v. Pettick et al.* (1986), 51 Sask. R. 270 (Q.B.); *Dominion Tape of Canada Ltd. v. L. R. McDonald & Sons Ltd. et al.*, [1971] 3 O.R. 627 (Co. Ct.); *Smith et al. v. Melancon*, [1976] 4 W.W.R. 9 (B.C.S.C.); *MacMillan Bloedel Ltd. v. Foundation Company of Canada Ltd.* (1977), 75 D.L.R. (3d) 294 (B.C.S.C.); *Trappa Holdings Ltd. v. District of Surrey et al.* (1978), 95 D.L.R. (3d) 107 (B.C.S.C.); *Gold v. The DeHavilland Aircraft of Can. Ltd.*, [1983] 6 W.W.R. 229 (B.C.S.C.).

^a Il y a un certain nombre d'autres affaires dans lesquelles des tribunaux inférieurs ont accordé une indemnisation pour préjudice financier en l'absence de dommages matériels: *University of Regina v. Pettick et al.* (1986), 51 Sask. R. 270 (B.R.); *Dominion Tape of Canada Ltd. v. L. R. McDonald & Sons Ltd. et al.*, [1971] 3 O.R. 627 (C. cté); *Smith et al. v. Melancon*, [1976] 4 W.W.R. 9 (C.S.C.-B.); *MacMillan Bloedel Ltd. v. Foundation Company of Canada Ltd.* (1977), 75 D.L.R. (3d) 294 (C.S.C.-B.); *Trappa Holdings Ltd. v. District of Surrey et al.* (1978), 95 D.L.R. (3d) 107 (C.S.C.-B.); *Gold v. The DeHavilland Aircraft of Can. Ltd.*, [1983] 6 W.W.R. 229 (C.S.C.-B.).

IV

In my view, this survey of the law leads to the apparent conclusion that in Canada there is no absolute rule preventing recovery for pure economic loss even where there is no physical damage to the plaintiff's property. This it seems to me, is the only possible conclusion to be drawn from *Rivtow Marine, Agnew-Surpass, Haig and Baird*.¹⁰

^e À mon avis, cette revue du droit mène à la conclusion qu'au Canada il n'existe apparemment pas de règle absolue qui empêche l'indemnisation du préjudice purement financier même lorsqu'il n'y a pas de dommages matériels causés aux biens du demandeur. C'est, me semble-t-il, la seule conclusion possible à tirer des arrêts *Rivtow Marine, Agnew-Surpass, Haig et Baird*.¹⁰

What the courts insist upon for liability, again and again from *Hedley Byrne* on, is that there must be a special relationship or sufficient proximity between the plaintiff and the defendant: "sufficient proximity" (Stephen J. in *Caltex* and Estey J. in *B.D.C.*); "proximity" (Lord Roskill in *Junior Books*); "loss . . . not too remote" (Lord Denning, M.R., in *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27 (C.A.) at page 37, as cited by Ritchie J. in *Rivtow*

^g Ce sur quoi les tribunaux ont insisté à plusieurs reprises depuis *Hedley Byrne* pour ce qui concerne la responsabilité, c'est qu'il doit y avoir un lien spécial ou suffisamment étroit entre le demandeur et le défendeur: [TRADUCTION] un «lien suffisamment étroit» (le juge Stephen dans l'arrêt *Caltex* et le juge Estey dans l'arrêt *B.D.C.*); «lien étroit» (lord Roskill dans l'arrêt *Junior Books*); un «préjudice . . . pas trop éloigné» (lord Denning, maître des rôles, dans l'arrêt *Spartan Steel & Alloys Ltd.*

¹⁰ This would also appear to be the situation under Quebec's *Civil Code*. Daniel Jutras, "Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?" (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 295, at p. 309 writes that "there is some evidence that neither Quebec nor France has a *de facto* rule precluding the recovery of pure economic loss." Cf. also the critique of privity of contract, from a comparative law point of view, in B. S. Markesinis, "An Expanding Tort Law—The Price of a Rigid Contract Law" (1987), 103 *L.Q. Rev.* 354.

¹⁰ Ce semblerait être également le cas sous l'empire du *Code civil* du Québec. Dans «Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?» (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 295, à la p. 309, Daniel Jutras écrit que [TRADUCTION] «il existe certains éléments de preuve selon lesquels ni le Québec ni la France n'ont de règle qui interdise *de facto* l'indemnisation du préjudice purement financier». Voir également la critique du rapport contractuel, du point de vue du droit comparé, dans B. S. Markesinis, «An Expanding Tort Law—The Price of a Rigid Contract Law» (1987), 103 *L.Q. Rev.* 354.

Marine.¹¹ I think it is thus latent in the cases that a principle of sufficient proximity is required, in addition to the general principle of reasonable foresight, for liability to arise in the case of pure economic loss.

A possible conceptual difficulty with a sufficient proximity principle is that it may lead to confusion between Lord Wilberforce's two propositions in *Anns*, as it does, arguably, in *B.D.C.* The first proposition in *Anns* [at page 751] flows directly from *Donoghue v. Stevenson*: "whether, as between the alleged wrongdoer and the person who suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood".

However, Lord Wilberforce's second proposition, as I see it, does not have to be entirely separate from his first. "[w]hether 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" [at page 752] is perhaps not so much a separate question as a reflection on and a deepening of, the answer to the

¹¹ Lord Denning uses a similar phrase "too remote to be recovered as damages" in *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall and Son Ltd.*, [1971] 1 Q.B. 337 (C.A.) at pp. 344-345. He then (at p. 346) offers this summation:

Seeing these exceptional cases you may well ask: How are we to say when economic loss is too remote or not? Where is the line to be drawn? Lawyers are continually asking that question. But the judges are never defeated by it. We may not be able to draw the line with precision, but we can always say on which side of it any particular case falls. The same question might be asked in the case of the escaping borstal boys. If their house masters are negligent, and they escape and do damage, the Home Office are liable to persons in the neighbourhood, but not to those far away. Where, again, is the line to be drawn? Only where "in the particular case the good sense of the judge decides." That is how Lord Wright put it in the case of nervous shock in *Bourhill v. Young* [1943] A.C. 93, 110; and I do not think we can get any nearer than that. But, by building up a body of case law, we shall give guidance to practitioners sufficient for all the ordinary cases that arise.

v. Martin & Co. (Contractors) Ltd., [1973] Q.B. 27 (C.A.), à la page 37, que cite le juge Ritchie dans l'arrêt *Rivtow Marine*¹¹. Je crois que les arrêts indiquent donc, sans que ce soit de façon

a patente, qu'il doit exister un lien suffisamment étroit, en plus du principe général de prévisibilité raisonnable, pour qu'il y ait responsabilité en cas de préjudice purement financier.

b La difficulté qui peut se poser sur le plan conceptuel avec le principe du lien suffisamment étroit est qu'il peut engendrer de la confusion entre les deux propositions présentées par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*, comme ce serait le cas dans

c l'arrêt *B.D.C.* La première proposition de l'arrêt *Anns* [à la page 751] provient directement de l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*: «il faut se demander s'il existe entre l'auteur présumé de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit».

d

Toutefois, il n'est pas nécessaire, comme je le perçois, que la deuxième proposition de lord Wilberforce soit tout à fait distincte de sa première

e proposition. La question de savoir «s'il existe des considérations qui pourraient restreindre ou limiter la portée de cette obligation, la catégorie de personnes à qui cette obligation bénéficie ou les dommages qui peuvent être causés par l'inexécution de

f cette obligation, ou faire conclure à l'inexistence

¹¹ Lord Denning utilise une expression similaire [TRADUCTION] «trop éloigné pour être recouvré à titre de dommages-intérêts» dans l'arrêt *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall and Son Ltd.*, [1971] 1 Q.B. 337 (C.A.), aux p. 344 et 345. Il présente alors ce résumé (à la p. 346):

[TRADUCTION] En voyant ces cas exceptionnels, vous pouvez bien vous demander: Comment pouvons-nous dire quand le préjudice financier est trop éloigné ou non? Où est la ligne de démarcation? Les avocats posent continuellement cette question. Mais les juges ne sont jamais mis en déroute par elle. Peut-être ne pouvons-nous pas tracer cette frontière avec précision, mais nous pouvons toujours dire de quel côté tombe un cas particulier. La même question pourrait se poser dans le cas des délinquants qui s'évadent. Si leurs surveillants sont négligents et qu'ils s'évadent et causent des dommages, le ministère de l'Intérieur est responsable envers les personnes des environs, mais pas envers celles qui demeurent au loin. Où, encore une fois, doit-on tracer la ligne de démarcation? Seulement où, «dans le cas particulier, le bon sens du juge le décide». C'est ce que dit lord Wright dans le cas d'un choc nerveux dans l'arrêt *Bourhill v. Young* [1943] A.C. 93, à la p. 110; et je ne crois pas que nous puissions aller plus près que cela. Mais, en constituant une jurisprudence, nous donnerons aux praticiens des règles de conduite suffisantes pour tous les cas ordinaires qui se présentent.

first. It can lead to a possible negation of the first, but for reasons that may be intrinsic and already contained in the answer to the first question, even if it is affirmative—because it is not affirmative enough, as it were.

Even where the second question appears to be an entirely separate one, the negative considerations it raises are really all boiled down to the avoidance of “indeterminate” liability, that is, to the necessity of tying any liability down to something determinate. This second issue, it seems to me, may be thought of as measured by the degree of the proximity in the first answer. In other words, while the first question envisions that the parties be neighbours, the second necessitates that they be close neighbours. The first answer may in one sense be said to respond to both questions, even though in my view they are best put separately.

In *Spartan Steel, supra*, at page 36, Lord Denning prefers to express the resolution of liability for economic loss in terms of a pure policy decision:

At bottom I think the question of recovering economic loss is one of policy. Whenever the courts draw a line to mark out the bounds of *duty*, they do it as matter of policy so as to limit the responsibility of the defendant. Whenever the courts set bounds to the *damages* recoverable—saying that they are, or are not, too remote—they do it as matter of policy so as to limit the liability of the defendant.

My own approach is to look to principle rather than to policy, and so to think of the judgment required for liability for pure economic loss, not as a pure policy decision, but as a perception of sufficient proximity, that is, in terms of a measurable determinacy. Mr. Justice Linden, *Canadian Tort Law*, 4th ed., at page 393, suggests that the issue may be resolved by identifying categories of loss:

de l'obligation, de la catégorie de personnes ou de l'obligation de dédommager» [à la page 752] n'est peut-être pas tant une question distincte qu'une réflexion ou un approfondissement de la réponse à la première question. Elle peut mener à une négation de la première, mais pour des raisons qui peuvent être inhérentes et déjà contenues dans la réponse à la première question, même si elle est affirmative—parce qu'elle n'est pas assez affirmative, pour ainsi dire.

Même lorsque la deuxième question semble être tout à fait distincte, les considérations négatives qu'elle soulève se ramènent réellement toutes au soin d'éviter une responsabilité «indéterminée», c'est-à-dire à la nécessité d'astreindre toute responsabilité à quelque chose de déterminé. On peut, me semble-t-il, penser que cette deuxième question se mesure au degré d'étroitesse du lien dont il est question dans la première réponse. En d'autres mots, bien que la première question envisage le fait que les parties soient des proches, la deuxième impose qu'elles soient des proches immédiats. Dans un sens, on pourrait dire que la première réponse répond aux deux questions, même si, à mon avis, il est préférable que celles-ci soient posées séparément.

Dans l'arrêt *Spartan Steel*, précité, à la page 36, lord Denning préfère énoncer la solution concernant la responsabilité à l'égard du préjudice financier sous la forme d'une décision fondée sur une simple ligne de conduite:

[TRADUCTION] Au fond, je crois que la question du recouvrement de la perte économique oblige à définir une ligne de conduite. Lorsque les tribunaux délimitent les bornes du *devoir*, ils établissent un principe visant à cerner la responsabilité de la défenderesse. Lorsqu'ils délimitent le montant des *dommages* recouvrables—les classant comme directs ou indirects—ils donnent une ligne de conduite permettant de déterminer la responsabilité de la défenderesse.

Ma propre démarche consiste à tenir compte du principe plutôt que de la ligne de conduite, et ainsi à considérer le jugement requis en matière de responsabilité quant au préjudice purement financier non pas comme une décision fondée sur une simple ligne de conduite mais comme la perception d'un lien suffisamment étroit, c'est-à-dire en fonction du degré de détermination mesurable. Dans *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd., à la page 476, le juge Linden laisse entendre qu'on peut résoudre la question en identifiant les catégories de préjudice:

... categories of economic loss cases will have to be identified just as the recurring situations have been isolated in the remoteness area generally. Specific limiting formulae may be adopted to meet the unique loss distribution and indeterminate class problems within each category. The need for compensation, deterrence, education and market deterrence will have to be assessed in each context, such as products liability, negligent statements, utilities, public authorities, etc.

Certainly the factual surroundings are critical in analyzing potential liability.

The best statement I have found of what I believe is the applicable principle, viz., the proximity principle, is by Deane J. of the High Court of Australia in *Sutherland Shire Council v Heyman* (1985), 60 ALR 1, at pages 55-56:

The requirement of proximity is directed to the relationship between the parties in so far as it is relevant to the allegedly negligent act or omission of the defendant and the loss or injury sustained by the plaintiff. It involves the notion of nearness or closeness and embraces physical proximity (in the sense of space and time) between the person or property of the plaintiff and the person or property of the defendant, circumstantial proximity such as an overriding relationship of employer and employee or of a professional man and his client and what may (perhaps loosely) be referred to as causal proximity in the sense of the closeness or directness of the causal connection or relationship between the particular act or course of conduct and the loss or injury sustained. It may reflect an assumption by one party of a responsibility to take care to avoid or prevent injury, loss or damage to the person or property of another or reliance by one party upon such care being taken by the other in circumstances where the other party knew or ought to have known of that reliance. Both the identity and the relative importance of the factors which are determinative of an issue of proximity are likely to vary in different categories of case. That does not mean that there is scope for decision by reference to idiosyncratic notions of justice or morality or that it is a proper approach to treat the requirement of proximity as a question of fact to be resolved merely by reference to the relationship between the plaintiff and the defendant in the particular circumstances. The requirement of a relationship of proximity serves as a touchstone and control of the *categories* of case in which the common law will adjudge that a duty of care is owed. Given the general circumstances of a case in a new or developing area of the law of negligence, the question what (if any) combination or combinations of factors will satisfy the requirement of proximity is a question of law to be resolved by the processes of legal reasoning, induction and deduction. On the other hand, the identification of the content of that requirement in such an area should not be either ostensibly or actually divorced from notions of what is "fair and reasonable". . . .

... il faudra classer par catégories les affaires de préjudice financier, tout comme dans le domaine plus général de l'éloignement on a groupé les situations les plus fréquentes. Des formules de limitation précises pourront être adoptées pour régler, au sein de chaque catégorie, les problèmes particuliers de l'étalement de la perte ou des cas inclassables. La nécessité d'assurer la réparation, la dissuasion, l'éducation et l'effet dissuasif des forces du marché, devra être analysée dans chaque contexte, que ce soit la responsabilité du fabricant, les déclarations inexactes faites avec négligence, les services publics, l'Administration et ainsi de suite.

Sans aucun doute, le contexte est très important pour l'analyse de la responsabilité éventuelle.

La meilleure déclaration que j'ai trouvée sur ce que je crois être le principe applicable, c'est-à-dire le principe du lien étroit, émane du juge Deane de la Haute Cour de l'Australie dans l'arrêt *Sutherland Shire Council v Heyman* (1985), 60 ALR 1, aux pages 55 et 56:

[TRADUCTION] L'existence nécessaire d'un lien étroit concerne le rapport entre les parties dans la mesure où il a trait à l'acte ou à l'omission prétendument négligente du défendeur et au préjudice ou au dommage subi par le demandeur. Elle implique la notion d'étroitesse du lien et comprend la proximité physique (dans l'espace et le temps) entre la personne ou les biens du demandeur et la personne ou les biens du défendeur, un lien étroit circonstanciel comme des rapports prépondérants entre employeur et employé ou entre un professionnel et son client et ce qui peut (peut-être pas strictement) être mentionné comme un lien étroit de causalité au sens d'étroitesse de la relation de cause à effet entre l'acte ou le comportement particulier et le préjudice ou dommage subi. Cela peut refléter une assumption par l'une des parties de la responsabilité de prendre soin d'éviter ou de prévenir le dommage ou le préjudice à la personne ou aux biens d'une autre ou la croyance de l'une des parties qu'une telle prudence sera montrée par l'autre dans des cas où l'autre partie était ou aurait dû être au courant de cette croyance. La nature et l'importance relative des facteurs qui sont déterminants pour une question de lien étroit sont susceptibles de varier dans les diverses catégories d'affaires. Cela ne veut pas dire qu'on peut trancher la question en se reportant aux notions particulières de justice ou de morale ou que c'est une façon appropriée de traiter la nécessité d'un lien étroit comme une question de fait qui se résoudrait simplement en se reportant au rapport existant entre le demandeur et le défendeur dans les circonstances particulières. L'existence nécessaire d'un lien étroit sert de pierre de touche pour reconnaître les *catégories* d'affaires dans lesquelles la *common law* statuera qu'une partie bénéficiera d'une obligation de prudence. Étant donné les circonstances générales d'une affaire dans un domaine nouveau ou en pleine évolution du droit relatif à la négligence, la question de savoir si une ou des combinaisons de facteurs, le cas échéant, satisferont à la nécessité de l'existence d'un lien étroit est une question de droit qui doit être tranchée en recourant aux processus de raisonnement, d'induction et de déduction sur le plan juridique. Par ailleurs, l'identification du contenu de cette nécessité dans un tel domaine ne doit pas être séparée en apparence ou effectivement des notions de ce qui est «juste et raisonnable». . . .

I would agree that the requisite proximity can consist of various forms of closeness—physical, circumstantial, causal, assumed—and that “The requirement of a relationship of proximity serves as a touchstone and control of the *categories* of case in which the common law will adjudge that a duty of care is owed.”

In my observation, courts will always find sufficient proximity where there is physical danger to the plaintiff's property. In fact, I believe that might be said to have the status of a presumption. But where there is no physical damage, there is in my view no presumption but rather neutrality as to possible conclusions. Still, other factors may give rise to a conclusion of proximity.

What is always to be avoided is liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class. As Michael A. Jones, Note [“Economic Loss—A Return to Pragmatism”] (1986), 102 *L.Q. Rev.* 13 at page 15, has put it, “The cases in which the courts have allowed recovery for economic loss have all involved situations in which a conceptual control could be placed on the defendant's potential liability.” Otherwise, as was said in the latest House of Lords trilogy, a fatal lack of certainty in the law could result. But certainty by itself, without the guiding vision of justice, would lead to a blind alley. The law demands some perception of justice for its life, even while it requires some channelling of justice for its survival.

I might add that the recent House of Lords' cases in particular would strongly suggest that, where tort liability appears to be a way of getting around the limitations of contract law, there may be said to be a presumption against any liability in tort. That view is, however, expressed in a more moderate fashion by the Supreme Court in *Central Trust*, and in any event is not relevant in the case at bar.

With this background of principle, I can now turn to the case at bar.

Je serais d'accord pour dire que le lien étroit requis peut consister en différentes formes de proximité—physique, circonstancielle, causale, assumée—et que «l'existence nécessaire d'un lien étroit sert de pierre de touche pour reconnaître les *catégories* d'affaires dans lesquelles la *common law* statuera qu'une partie bénéficiera d'une obligation de prudence.»

Selon ce que j'ai pu observer, les tribunaux trouveront toujours un lien suffisamment étroit lorsqu'il y a un danger physique à l'égard des biens du demandeur. De fait, je crois qu'on pourrait dire que cela a le statut d'une présomption. Mais en l'absence de dommages matériels, il n'y a pas de présomption à mon avis mais plutôt neutralité quant aux conclusions possibles. Néanmoins, d'autres facteurs peuvent amener à conclure à l'existence d'un lien étroit.

Ce qu'il faut toujours éviter, c'est la responsabilité pour un montant indéterminé pour une période indéterminée envers une catégorie indéterminée. Comme le dit Michael A. Jones dans Note [“Economic Loss—A Return to Pragmatism”] (1986), 102 *L.Q. Rev.* 13, à la page 15: [TRADUCTION] «Les affaires dans lesquelles les tribunaux ont accordé l'indemnisation du préjudice financier concernaient toutes des situations dans lesquelles on pouvait examiner la responsabilité possible du défendeur.» Autrement, ainsi qu'il a été dit dans la dernière trilogie de la Chambre des lords, il peut en résulter un manque fatal de certitude en droit. Mais la certitude en soi, sans une idée directrice de la justice, mènerait à un cul-de-sac. Le droit exige une certaine perception de la justice pour exister, même lorsqu'il exige une certaine canalisation de la justice pour survivre.

Je pourrais ajouter que les récentes décisions de la Chambre des lords en particulier laisseraient fermement entendre que, lorsque la responsabilité délictuelle semble être une façon de contourner les limites du droit contractuel, on peut dire qu'il y a une présomption contre toute responsabilité délictuelle. Cette opinion est, toutefois, exprimée de façon plus modérée par la Cour suprême dans l'arrêt *Central Trust*, et de toute façon elle ne se rapporte pas à l'affaire en litige.

Après cet exposé de principe, je peux maintenant passer à l'affaire en cause.

V

Addy J. rested his conclusion as to liability on three grounds: (1) the captain of the tugboat was specifically aware of the CNR as a party likely to suffer damage from any negligence to the point that he believed the bridge to belong to the CNR; (2) the precise nature of the economic loss to the CNR was actually known to the tortfeasor, since previous accidents to the bridge had caused precisely the same result; (3) the property of the CNR (the tracks on both sides of the Fraser River) is not only in close proximity to the bridge but this riverside property cannot be properly enjoyed without the essential link of the bridge, which is an integral part of its railway system. Linked with the third ground is the CNR's role in supplying materials and inspection and consulting services for the bridge, and the CNR's preponderant usage of the bridge, recognized even in the periodic negotiations for routine maintenance closings. The Trial Judge also concluded that the economic loss claimed was not disproportionate to the physical damage to the bridge.

To my mind the actual knowledge of the appellants found by the Trial Judge was not necessary for liability; all that was required in this regard was reasonable foreseeability. As to the principle of sufficient proximity, I find it realized by the third ground in particular. In effect, the Trial Judge found that the CNR was so closely assimilated to the position of PWC that it was very much within the reasonable ambit of risk of the appellants at the time of the accident. That, it seems to me, is sufficient proximity: in Deane J.'s language, it is both physical and circumstantial closeness.

In the light of the law as I understand it, I can see no error in the learned Trial Judge's conclusion. The situation is a unique one, unique even to the CNR among the three railways. I believe Addy J. has correctly interpreted and applied the law as it stands in Canada.

V

Le juge Addy a fondé sa décision quant à la responsabilité sur trois motifs: (1) le capitaine du remorqueur était précisément au courant que le CN était une partie susceptible de subir des dommages à la suite de sa négligence au point qu'il croyait que le pont appartenait au CN; (2) la nature précise du préjudice financier à l'égard du CN était effectivement connue de l'auteur de la faute, étant donné que des accidents survenus au pont antérieurement avaient entraîné précisément les mêmes conséquences; (3) les biens du CN (les rails situés des deux côtés du fleuve Fraser) ne sont pas seulement en rapport étroit avec le pont mais ces biens situés sur les bords du cours d'eau ne peuvent pas être utilisés adéquatement sans le lien essentiel que constitue le pont, qui fait partie intégrante de son système ferroviaire. En liaison avec le troisième motif, il y a le rôle que joue le CN en fournissant des matériaux et des services d'inspection et de consultation pour le pont, ainsi que l'utilisation prépondérante du pont par le CN, fait qui est admis même dans les négociations périodiques en vue de la fermeture pour l'entretien habituel. Le juge de première instance a également conclu que le préjudice financier réclamé n'était pas disproportionné vis-à-vis des dommages matériels causés au pont.

Selon moi, il n'était pas nécessaire que les appellants soient vraiment au courant du préjudice, comme l'a conclu le juge de première instance, pour qu'il y ait responsabilité; tout ce qui était requis à cet égard, c'était la prévisibilité raisonnable. Quant au principe de l'existence d'un lien suffisamment étroit, j'estime qu'il est atteint grâce au troisième motif notamment. De fait, le juge de première instance a conclu que le CN était assimilé de si près à TPC qu'il était vraiment dans le champ raisonnable de risque des appelants au moment de l'accident. Cela constitue, me semble-t-il, un lien suffisamment étroit: pour utiliser les mots du juge Deane, c'est un lien étroit à la fois matériel et circonstanciel.

À la lumière du droit ainsi que je le comprends, je ne vois aucune erreur dans la conclusion du juge de première instance. Il s'agit d'une situation unique, unique même pour le CN parmi les trois compagnies ferroviaires. Je crois que le juge Addy a interprété et appliqué correctement le droit tel qu'il s'applique au Canada.

I would therefore dismiss the appeal with costs.

HEALD J.A.: I concur.

Je rejetterais donc l'appel avec dépens.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.