

**A.I. Enterprises Ltd. and
Alan Schelew** *Appellants*

v.

**Bram Enterprises Ltd. and
Jamb Enterprises Ltd.** *Respondents*

and

**Attorney General of British
Columbia** *Intervener*

**INDEXED AS: A.I. ENTERPRISES LTD. v. BRAM
ENTERPRISES LTD.**

2014 SCC 12

File No.: 34863.

2013: May 22; 2014: January 31.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Rothstein,
Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK**

Torts — Intentional torts — Unlawful interference with economic relations — Scope of liability — Minority owner of apartment building and its director interfering with attempts by majority owners to sell building to third parties — Whether minority owner and its director liable in tort for unlawful interference with economic relations.

Fiduciary duty — Breach by director — Minority owner of apartment building and its director interfering with attempts by majority owners to sell building to third parties — Whether director liable for breach of fiduciary duty.

Joyce, a corporation, owned an apartment building in Moncton, New Brunswick. Corporate entities Bram and Jamb together owned a majority of Joyce while a minority interest was held by corporation A.I., whose owner and sole director was A. A syndication agreement between Joyce, Bram, Jamb and A.I. contained a sale mechanism giving a majority of investors the right to

**A.I. Enterprises Ltd. et
Alan Schelew** *Appelants*

c.

**Bram Enterprises Ltd. et
Jamb Enterprises Ltd.** *Intimées*

et

**Procureur général de la
Colombie-Britannique** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : A.I. ENTERPRISES LTD. c. BRAM
ENTERPRISES LTD.**

2014 CSC 12

N° du greffe : 34863.

2013 : 22 mai; 2014 : 31 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,
Fish, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK**

Responsabilité délictuelle — Délits intentionnels — Atteinte illégale aux rapports économiques — Champ de la responsabilité — Entrave par le propriétaire minoritaire d'un immeuble d'habitation et son administrateur aux efforts déployés par les propriétaires majoritaires en vue de vendre l'immeuble à un tiers — Le propriétaire minoritaire et son administrateur sont-ils délictuellement responsables d'atteinte illégale aux rapports économiques?

Obligation fiduciaire — Manquement par un administrateur — Entrave par le propriétaire minoritaire d'un immeuble d'habitation et son administrateur aux efforts déployés par les propriétaires majoritaires en vue de vendre l'immeuble à un tiers — L'administrateur a-t-il manqué à son obligation fiduciaire?

La société Joyce possédait un immeuble d'habitation à Moncton au Nouveau-Brunswick. Les sociétés Bram et Jamb détenaient ensemble une participation majoritaire dans Joyce, la participation minoritaire étant détenue par la société A.I., dont le propriétaire et seul administrateur était A. L'entente de syndication conclue entre Joyce, Bram, Jamb et A.I. prévoyait un mécanisme

sell the building subject to a right of first refusal of any dissenting investor to purchase it at a professionally appraised value. In 2000, Bram and Jamb wanted to sell the property but A.I. and A did not. Notice was given to A.I. under the syndication agreement and the building was appraised at \$2.2 million. A.I. did not purchase the property and thus it was listed for sale. While the property was listed, A.I. and A attempted to invoke the arbitration process under the syndication agreement, filed encumbrances against the property, and denied entry to the property to prospective buyers. Potential sales to third party purchasers failed, and A.I. ultimately bought the building for the appraised value of \$2.2 million.

Subsequently, Bram and Jamb brought an action against A.I. and A claiming that, as a result of A.I. and A's wrongful conduct, the sale had been substantially delayed and was for less money than they could have obtained from a third party purchaser. The trial judge found that A.I. and A's conduct amounted to interference by unlawful means and awarded damages reflecting the difference between the sale price paid by A.I. and the price that could have been obtained from a third party. The Court of Appeal dismissed A.I. and A's appeal. Although the court found that the acts of A.I. and A did not meet the requirements for liability under the unlawful means tort, it held that liability could be imposed on the basis of a principled exception.

Held: The appeal should be dismissed.

The tort of unlawful interference with economic relations has also been referred to as “interference with a trade or business by unlawful means”, “intentional interference with economic relations”, “causing loss by unlawful means” or simply as the “unlawful means” tort. The unlawful means tort is an intentional tort which creates a type of “parasitic” liability in a three-party situation: it allows a plaintiff to sue a defendant for economic loss resulting from the defendant’s unlawful act against a third party. Liability to the plaintiff is based on (or parasitic upon) the defendant’s unlawful act against the third party. The two core components of the unlawful means tort are that the defendant must use unlawful means and that the defendant must intend to harm the plaintiff through the use of the unlawful means.

de vente donnant à une majorité des investisseurs le droit de vendre l’immeuble sous réserve de l’exercice par tout investisseur dissident d’un droit de premier refus permettant l’achat de l’immeuble à sa valeur d’expertise. En 2000, Bram et Jamb voulaient vendre l’immeuble, ce à quoi s’opposaient A.I. et A. L’avis prévu à l’entente de syndication a été donné à A.I., et une expertise a établi la valeur de l’immeuble à 2,2 millions de dollars. A.I. n’a pas acheté l’immeuble, qui a donc été mis en vente. A.I. et A ont alors tenté de recourir à la procédure d’arbitrage prévue à l’entente de syndication et d’enregistrer des grèvements contre l’immeuble et ils ont refusé l’accès à la propriété à des acheteurs potentiels. N’ayant pu être vendu à un tiers, l’immeuble a finalement été acheté par A.I. à sa valeur d’expertise de 2,2 millions de dollars.

Bram et Jamb ont par la suite intenté une action contre A.I. et A, soutenant que la conduite fautive de ces derniers avait considérablement retardé la vente et avait résulté en un produit inférieur à celui qu’elles auraient obtenu d’un tiers. Le juge de première instance a conclu que la conduite de A.I. et de A constituait une atteinte par un moyen illégal et a accordé des dommages-intérêts équivalant à la différence entre le prix d’achat payé par A.I. et celui qui aurait pu être obtenu d’un tiers. La Cour d’appel a rejeté l’appel interjeté par A.I. et A. Elle a jugé que leurs actes ne satisfaisaient pas aux critères applicables en matière de responsabilité pour le délit d’atteinte par un moyen illégal, mais qu’on pouvait reconnaître leur responsabilité en application d’une exception de principe.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le délit d’atteinte illégale aux rapports économiques a également été dénommé « atteinte aux rapports commerciaux par un moyen illicite », « atteinte aux intérêts économiques par un geste illégal », délit consistant à « causer une perte par un moyen illicite » ou simplement délit d’« atteinte par un moyen illégal ». Le délit d’atteinte par un moyen illégal est un délit d’intention emportant une responsabilité que l’on pourrait qualifier de « parasitique » dans une situation mettant en cause trois parties : il permet au demandeur de poursuivre le défendeur pour la perte économique que lui a causée la conduite illégale de ce dernier envers un tiers. La responsabilité envers le demandeur découle de l’acte illégal du défendeur contre le tiers (ou en dépend, à la manière d’un parasite). Les deux éléments essentiels du délit d’atteinte par un moyen illégal sont les suivants : le défendeur a recours à un moyen illégal et il cause ainsi intentionnellement un préjudice au demandeur.

In order for conduct to constitute “unlawful means” for this tort, the conduct must give rise to a civil cause of action by the third party or would do so if the third party had suffered loss as a result of that conduct. The unlawful means tort should be kept within narrow bounds. Its scope should be understood in the context of the broad outlines of tort law’s approach to regulating economic and competitive activity. Several aspects of that approach support adopting a narrow scope: the common law accords less protection to purely economic interests; it is reluctant to develop rules to enforce fair competition; it is concerned not to undermine certainty in commercial affairs; and the history of the common law shows that tort liability, if unduly expanded, may undermine fundamental rights. The rationale underlying the unlawful means tort is the “liability stretching” rationale, which focuses on extending an existing right to sue from the immediate victim of the unlawful act to another party whom the defendant intended to target with the unlawful conduct. It extends civil liability without creating new actionable wrongs, thereby closing a perceived liability gap where the wrongdoer’s acts in relation to a third party, which are in breach of established legal obligations to that third party, intentionally target the injured plaintiff. This rationale of the tort supports a narrow definition of “unlawful means”: the tort does not seek to create new actionable wrongs but simply to expand the range of persons who may sue for harm intentionally caused by existing actionable wrongs to a third party. Thus, criminal offences and breaches of statute will not be *per se* actionable under the unlawful means tort, but the tort will be available if, under common law principles, those acts also give rise to a civil action by the third party and interfered with the plaintiff’s economic activity. This approach avoids “tortifying” the criminal and regulatory law by imposing civil liability where there would otherwise not be any.

The unlawfulness requirement is not subject to principled exceptions. Providing trial judges with room to deal with cases that do not fall within the scope of the tort’s liability simply confers an unstructured judicial discretion to do what appears to the particular judge to be just in the particular circumstances. Allowing for exceptions without clearly outlining the principles to guide the development of the law invites the danger of *ad hoc*

Par « moyen illégal » dans le contexte de ce délit, on entend la conduite qui donne au tiers une cause d’action civile ou lui en donnerait une si elle lui avait causé une perte. Le délit d’atteinte par un moyen illégal doit être circonscrit étroitement. Il faut examiner sa portée à la lumière de la philosophie générale du droit de la responsabilité délictuelle quant à la régulation de l’activité économique et concurrentielle. Plusieurs aspects de cette philosophie justifient une définition étroite de ce délit : la common law ne protège pas autant les intérêts purement économiques que d’autres types d’intérêts, elle hésite à établir des règles pour forcer la concurrence loyale, elle veille à ne pas compromettre la certitude en matière commerciale, et son histoire démontre que l’expansion induite de la responsabilité délictuelle peut fragiliser des droits fondamentaux. Le fondement qui sous-tend le délit d’atteinte par un moyen illégal est celui de l’« extension du champ de la responsabilité », suivant lequel le droit d’action que peut exercer la victime directe de la conduite illégale est également reconnu à la personne que visait intentionnellement le défendeur par cette conduite. Le champ de la responsabilité civile est ainsi étendu sans que de nouvelles fautes ouvrant droit à action soient créées, ce qui permet de combler ce qui est perçu comme une lacune en matière de responsabilité, dans les cas où l’auteur d’un acte fautif commis à l’endroit d’un tiers en contravention aux obligations juridiques établies qu’il a à l’égard de ce dernier vise intentionnellement le demandeur lésé. Ce fondement du délit milite en faveur d’une définition étroite du « moyen illégal » : le délit a pour effet non pas de créer de nouvelles fautes ouvrant droit à action, mais simplement de reconnaître à d’autres personnes la possibilité de poursuivre pour un préjudice qui leur a été causé intentionnellement par une faute donnant déjà matière à procès à un tiers. Les infractions criminelles et contraventions aux lois ne permettront donc pas a priori d’intenter une action pour atteinte par un moyen illégal, mais une telle action sera possible si les actes en cause, suivant les principes de la common law, fondent également l’action civile du tiers et ont porté atteinte à l’activité économique du demandeur. Cette démarche évite de « délictualiser » le régime légal en matière criminelle ou réglementaire en imposant une responsabilité civile là où il n’y en aurait pas.

Le critère du caractère illégal n’admet pas d’exceptions de principe. Donner aux juges de première instance une marge de manœuvre permettant de régler les affaires débordant le cadre de la responsabilité qu’emporte ce délit ne fait que conférer aux juges un pouvoir discrétionnaire non structuré les autorisant à ordonner les mesures leur paraissant justes dans les circonstances particulières. Autoriser des exceptions sans définir

decisions tailored to achieve a vision of commercial morality — precisely the danger which the “unlawful means” requirement is meant to avoid.

Mere foreseeability of economic harm does not meet the requirement for intention in the unlawful means tort. The defendant must have the intention to cause economic harm to the plaintiff as an end in itself or the intention to cause economic harm to the plaintiff because it is a necessary means of achieving an end that serves some ulterior motive. It is the intentional targeting of the plaintiff by the defendant that justifies stretching the defendant’s liability so as to afford the plaintiff a cause of action. It is not sufficient that the harm to the plaintiff be an incidental consequence of the defendant’s conduct, even where the defendant realizes that it is extremely likely that harm to the plaintiff may result. Such incidental economic harm is an accepted part of market competition.

The existence of a valid business relationship between the plaintiff and the third party and the defendant’s knowledge of that relationship are not elements of the unlawful means tort. The focus of this tort is unlawful conduct that intentionally harms the plaintiff’s economic interests. There need be no contract or even other formal dealings between the plaintiff and the third party so long as the defendant’s conduct is unlawful and it intentionally harms the plaintiff’s economic interests.

The tort of unlawful means is available even if there is another cause of action available to the plaintiff against the defendant in relation to the alleged misconduct. The gist of the tort is the targeting of the plaintiff by the defendant through the instrumentality of unlawful acts against a third party. It is that conduct by the defendant which gives rise to liability quite apart from conduct that may be otherwise actionable by the plaintiff. General principles of tort liability accept concurrent liability and overlapping causes of action for distinct wrongs suffered by the plaintiff in respect of the same incident.

In this case, the Court of Appeal concluded that there was no wrong that would be actionable by the third party (the prospective purchasers) against A.I. and A. Accordingly, A.I. and A cannot be found liable to Bram

précisément les principes devant guider l’évolution du droit expose au danger de jugements d’espèce rendus en fonction d’une certaine conception de l’éthique commerciale, précisément ce que le critère du « moyen illégal » vise à éviter.

La seule prévisibilité du préjudice économique ne suffit pas pour constituer l’intention que requiert le délit d’atteinte par un moyen illégal. Le défendeur doit avoir l’intention de causer un préjudice économique au demandeur comme fin en soi ou l’intention de causer un préjudice économique au demandeur comme moyen nécessaire pour parvenir à une fin qui sert un but inavoué. C’est le fait pour le défendeur de prendre intentionnellement pour cible le demandeur qui justifie l’élargissement du champ de la responsabilité du défendeur de manière à fournir au demandeur une cause d’action. Il ne suffit pas que la conduite du défendeur cause incidemment un préjudice au demandeur, même lorsque le premier est conscient de la probabilité extrêmement élevée qu’il en résulte un préjudice. Ce type de préjudice économique incident constitue une condition acceptée de la libre concurrence.

L’existence de rapports commerciaux valides entre le demandeur et le tiers, et la connaissance de ces rapports par le défendeur ne sont pas des éléments constitutifs du délit d’atteinte par un moyen illégal. L’élément fondamental de ce délit est la conduite illégale causant un préjudice intentionnel aux intérêts économiques du demandeur. L’existence d’un contrat n’est pas nécessaire, ni même l’existence d’autres relations d’affaires officielles entre le demandeur et le tiers; il suffit que la conduite du défendeur soit illégale et qu’elle cause un préjudice intentionnel aux intérêts économiques du demandeur.

Le demandeur peut invoquer le délit d’atteinte par un moyen illégal même si l’inconduite reprochée lui ouvre une autre cause d’action contre le défendeur. L’essence de ce délit est le fait pour le défendeur de prendre pour cible le demandeur par l’intermédiaire d’actes illégaux commis contre un tiers. C’est cette conduite qui emporte la responsabilité du défendeur, indépendamment des actes qui pourraient par ailleurs donner au demandeur matière à procès. La responsabilité concurrente et le chevauchement de causes d’action pour des préjudices distincts subis par le demandeur lors d’un même incident sont des notions reçues en droit de la responsabilité délictuelle.

En l’espèce, la Cour d’appel a conclu à l’absence d’une faute donnant au tiers (les acheteurs potentiels) matière à procès contre A.I. et A. En conséquence, on ne saurait conclure à la responsabilité de A.I. et A à

and Jamb on the basis of the unlawful means tort; however, the trial judge made strong findings that A breached his fiduciary obligations as a director of the family companies and the trial judge's award should be upheld on that basis. While A.I. was not a fiduciary, A was its sole director and shareholder and it is therefore liable for knowing assistance in the breach of fiduciary duty and knowing receipt of proceeds of the breach.

Cases Cited

Referred to: *OBG Ltd. v. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1; *Tarleton v. M'Gawley* (1793), Peake 270, 170 E.R. 153; *No. 1 Collision Repair & Painting (1982) Ltd. v. Insurance Corp. of British Columbia*, 2000 BCCA 463, 80 B.C.L.R. (3d) 62, leave to appeal refused, [2001] 1 S.C.R. xv; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156; *Mogul Steamship Company v. McGregor, Gow, & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598, aff'd [1892] A.C. 25; *Allen v. Flood*, [1898] A.C. 1; *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452; *Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495; *Revenue and Customs Commissioners v. Total Network SL*, [2008] UKHL 19, [2008] 1 A.C. 1174; *Sanders v. Snell*, [1998] HCA 64, 196 C.L.R. 329; *Canberra Data Centres Pty Ltd. v. Vibe Constructions (ACT) Pty Ltd.*, [2010] ACTSC 20, 173 A.C.T.R. 33; *Hardie Finance Corporation Pty Ltd. v. Ahern (No. 3)*, [2010] WASC 403 (AustLII); *Van Camp Chocolates Ltd. v. Aulsebrooks Ltd.*, [1984] 1 N.Z.L.R. 354; *Diver v. Loktronic Industries Ltd.*, [2012] NZCA 131 (NZLII); *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265; *The Queen in Right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Gagnon v. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] S.C.R. 435; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Roman Corporation Ltd. v. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd.*, [1973] S.C.R. 820; *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42; *Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas*, 2011 ONCA 460, 106 O.R. (3d) 427; *Gershman v. Manitoba Vegetable Producers' Marketing Board* (1976), 69 D.L.R. (3d) 114; *Conway v. Zinkhofer*, 2008 ABCA 392

l'endroit de Bram et Jamb sur le fondement du délit d'atteinte par un moyen illégal; cependant, le juge de première instance a tiré de solides conclusions selon lesquelles A avait manqué à son obligation fiduciaire à titre d'administrateur des sociétés familiales, et il convient de maintenir le montant des dommages-intérêts qu'il a accordés sur ce fondement. Parce qu'A en était le seul administrateur et actionnaire, A.I. a engagé sa responsabilité, bien qu'elle ne fût pas elle-même fiduciaire, pour avoir aidé en connaissance de cause à commettre un manquement à l'obligation fiduciaire et pour avoir reçu en connaissance de cause le produit de ce manquement.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *OBG Ltd. c. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1; *Tarleton c. M'Gawley* (1793), Peake 270, 170 E.R. 153; *No. 1 Collision Repair & Painting (1982) Ltd. c. Insurance Corp. of British Columbia*, 2000 BCCA 463, 80 B.C.L.R. (3d) 62, autorisation d'appel refusée, [2001] 1 R.C.S. xv; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156; *Mogul Steamship Company c. McGregor, Gow, & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598, conf. par [1892] A.C. 25; *Allen c. Flood*, [1898] A.C. 1; *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452; *Quinn c. Leathem*, [1901] A.C. 495; *Revenue and Customs Commissioners c. Total Network SL*, [2008] UKHL 19, [2008] 1 A.C. 1174; *Sanders c. Snell*, [1998] HCA 64, 196 C.L.R. 329; *Canberra Data Centres Pty Ltd. c. Vibe Constructions (ACT) Pty Ltd.*, [2010] ACTSC 20, 173 A.C.T.R. 33; *Hardie Finance Corporation Pty Ltd. c. Ahern (No. 3)*, [2010] WASC 403 (AustLII); *Van Camp Chocolates Ltd. c. Aulsebrooks Ltd.*, [1984] 1 N.Z.L.R. 354; *Diver c. Loktronic Industries Ltd.*, [2012] NZCA 131 (NZLII); *International Brotherhood of Teamsters c. Therien*, [1960] R.C.S. 265; *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Gagnon c. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] R.C.S. 435; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Roman Corporation Ltd. c. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd.*, [1973] R.C.S. 820; *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42; *Agribrands Purina Canada Inc. c. Kasamekas*, 2011 ONCA 460, 106 O.R. (3d) 427; *Gershman c. Manitoba Vegetable Producers' Marketing Board* (1976), 69

(CanLII); *Polar Ice Express Inc. v. Arctic Glacier Inc.*, 2009 ABCA 20, 446 A.R. 295; *R.L.T.V. Investments Inc. v. Saskatchewan Telecommunications*, 2009 SKCA 83, 331 Sask. R. 78, leave to appeal refused, [2010] 1 S.C.R. xiv; *Reach M.D. Inc. v. Pharmaceutical Manufacturers Association of Canada* (2003), 65 O.R. (3d) 30; *Torquay Hotel Co., Ltd. v. Cousins*, [1969] 1 All E.R. 522; *Drouillard v. Cogeco Cable Inc.*, 2007 ONCA 322, 86 O.R. (3d) 431; *Conversions by Vantasy Ltd. v. General Motors of Canada Ltd.*, 2006 MBCA 69, 205 Man. R. (2d) 131, leave to appeal refused, [2007] 1 S.C.R. viii; *Correia v. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353; *O'Dwyer v. Ontario Racing Commission*, 2008 ONCA 446, 293 D.L.R. (4th) 559; *Alleslev-Krofchak v. Valcom Ltd.*, 2010 ONCA 557, 322 D.L.R. (4th) 193, leave to appeal refused, [2011] 1 S.C.R. xi; *Barber v. Vrozoz*, 2010 ONCA 570, 322 D.L.R. (4th) 577; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; *Westcoast Landfill Diversion Corp. v. Cowichan Valley (Regional District)*, 2009 BCSC 53, 55 M.P.L.R. (4th) 208; *0856464 B.C. Ltd. v. TimberWest Forest Corp.*, 2012 BCSC 597, 89 C.B.R. (5th) 235; *Canuck Security Services Ltd. v. Gill*, 2013 BCSC 893 (CanLII); *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Douglas v. Hello! Ltd.*, [2005] EWCA Civ 595, [2005] 4 All E.R. 128.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 6, 7.
Trade Disputes Act, 1906 (U.K.), 6 Edw. 7, c. 47.

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated September 2013, release 47).
 Adell, Bernard. "Secondary Picketing after *Pepsi-Cola*: What's Clear, and What Isn't?" (2003), 10 *C.L.E.L.J.* 135.
 American Law Institute. *Restatement of the Law, Second: Torts 2d*. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1989.
 Barker, Kit, et al. *The Law of Torts in Australia*, 5th ed. South Melbourne: Oxford University Press, 2012.
 Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
 Burns, Peter. "Tort Injury to Economic Interests: Some Facets of Legal Response" (1980), 58 *Can. Bar Rev.* 103.

D.L.R. (3d) 114; *Conway c. Zinkhofer*, 2008 ABCA 392 (CanLII); *Polar Ice Express Inc. c. Arctic Glacier Inc.*, 2009 ABCA 20, 446 A.R. 295; *R.L.T.V. Investments Inc. c. Saskatchewan Telecommunications*, 2009 SKCA 83, 331 Sask. R. 78, autorisation d'appel refusée, [2010] 1 R.C.S. xiv; *Reach M.D. Inc. c. Pharmaceutical Manufacturers Association of Canada* (2003), 65 O.R. (3d) 30; *Torquay Hotel Co., Ltd. c. Cousins*, [1969] 1 All E.R. 522; *Drouillard c. Cogeco Cable Inc.*, 2007 ONCA 322, 86 O.R. (3d) 431; *Conversions by Vantasy Ltd. c. General Motors of Canada Ltd.*, 2006 MBCA 69, 205 Man. R. (2d) 131, autorisation d'appel refusée, [2007] 1 R.C.S. viii; *Correia c. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353; *O'Dwyer c. Ontario Racing Commission*, 2008 ONCA 446, 293 D.L.R. (4th) 559; *Alleslev-Krofchak c. Valcom Ltd.*, 2010 ONCA 557, 322 D.L.R. (4th) 193, autorisation d'appel refusée, [2011] 1 R.C.S. xi; *Barber c. Vrozoz*, 2010 ONCA 570, 322 D.L.R. (4th) 577; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; *Westcoast Landfill Diversion Corp. c. Cowichan Valley (Regional District)*, 2009 BCSC 53, 55 M.P.L.R. (4th) 208; *0856464 B.C. Ltd. c. TimberWest Forest Corp.*, 2012 BCSC 597, 89 C.B.R. (5th) 235; *Canuck Security Services Ltd. c. Gill*, 2013 BCSC 893 (CanLII); *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Douglas c. Hello! Ltd.*, [2005] EWCA Civ 595, [2005] 4 All E.R. 128.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 6, 7.
Trade Disputes Act, 1906 (R.-U.), 6 Edw. 7, ch. 47.

Doctrine et autres documents cités

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated September 2013, release 47).
 Adell, Bernard. « Secondary Picketing after *Pepsi-Cola*: What's Clear, and What Isn't? » (2003), 10 *C.L.E.L.J.* 135.
 American Law Institute. *Restatement of the Law, Second: Torts 2d*. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1989.
 Barker, Kit, et al. *The Law of Torts in Australia*, 5th ed. South Melbourne: Oxford University Press, 2012.
 Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
 Burns, Peter. « Tort Injury to Economic Interests: Some Facets of Legal Response » (1980), 58 *R. du B. can.* 103.

- Burns, Peter T., and Joost Blom. *Economic Interests in Canadian Tort Law*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
- Carty, Hazel. *An Analysis of the Economic Torts*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Carty, Hazel. *An Analysis of the Economic Torts*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Carty, Hazel. “Intentional Violation of Economic Interests: The Limits of Common Law Liability” (1988), 104 *Law Q. Rev.* 250.
- Carty, Hazel. “The Economic Torts and English Law: An Uncertain Future” (2006-2007), 95 *Ky. L.J.* 845.
- Carty, Hazel. “The Economic Torts in the 21st Century” (2008), 124 *Law Q. Rev.* 641.
- Deakin, Simon, and John Randall. “Rethinking the Economic Torts” (2009), 72 *Mod. L. Rev.* 519.
- Eekelaar, John. “The Conspiracy Tangle” (1990), 106 *Law Q. Rev.* 223.
- Elias, Patrick, and Keith Ewing. “Economic Torts and Labour Law: Old Principles and New Liabilities” (1982), 41 *Cambridge L.J.* 321.
- Estes, Jerry C. “Expanding Horizons in the Law of Torts — Tortious Interference” (1974), 23 *Drake L. Rev.* 341.
- Fleming’s The Law of Torts*, 10th ed. by Carolyn Sappideen and Prue Vines, eds. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2011.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, 3rd ed. by G. H. L. Fridman et al. Toronto: Carswell, 2010.
- Kain, Brandon, and Anthony Alexander. “The ‘Unlawful Means’ Element of the Economic Torts: Does a Coherent Approach Lie Beyond Reach?”, in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2010*. Toronto: Carswell, 2010, 33.
- Lee, Pey Woan. “Causing Loss by Unlawful Means”, [2011] *S.J.L.S.* 330.
- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 9th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011.
- Markesinis and Deakin’s Tort Law*, 7th ed. by Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. Oxford: Clarendon Press, 2013.
- Neyers, J. W. “Rights-based justifications for the tort of unlawful interference with economic relations” (2008), 28 *L.S.* 215.
- Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
- Perlman, Harvey S. “Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine” (1982), 49 *U. Chicago L. Rev.* 61.
- Burns, Peter T., and Joost Blom. *Economic Interests in Canadian Tort Law*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
- Carty, Hazel. *An Analysis of the Economic Torts*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Carty, Hazel. *An Analysis of the Economic Torts*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Carty, Hazel. « Intentional Violation of Economic Interests : The Limits of Common Law Liability » (1988), 104 *Law Q. Rev.* 250.
- Carty, Hazel. « The Economic Torts and English Law : An Uncertain Future » (2006-2007), 95 *Ky. L.J.* 845.
- Carty, Hazel. « The Economic Torts in the 21st Century » (2008), 124 *Law Q. Rev.* 641.
- Deakin, Simon, and John Randall. « Rethinking the Economic Torts » (2009), 72 *Mod. L. Rev.* 519.
- Eekelaar, John. « The Conspiracy Tangle » (1990), 106 *Law Q. Rev.* 223.
- Elias, Patrick, and Keith Ewing. « Economic Torts and Labour Law : Old Principles and New Liabilities » (1982), 41 *Cambridge L.J.* 321.
- Estes, Jerry C. « Expanding Horizons in the Law of Torts — Tortious Interference » (1974), 23 *Drake L. Rev.* 341.
- Fleming’s The Law of Torts*, 10th ed. by Carolyn Sappideen and Prue Vines, eds. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2011.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, 3rd ed. by G. H. L. Fridman et al. Toronto: Carswell, 2010.
- Kain, Brandon, and Anthony Alexander. « The “Unlawful Means” Element of the Economic Torts : Does a Coherent Approach Lie Beyond Reach? », in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2010*. Toronto: Carswell, 2010, 33.
- Lee, Pey Woan. « Causing Loss by Unlawful Means », [2011] *S.J.L.S.* 330.
- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 9th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011.
- Markesinis and Deakin’s Tort Law*, 7th ed. by Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. Oxford: Clarendon Press, 2013.
- Neyers, J. W. « Rights-based justifications for the tort of unlawful interference with economic relations » (2008), 28 *L.S.* 215.
- Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
- Perlman, Harvey S. « Interference with Contract and Other Economic Expectancies : A Clash of Tort and Contract Doctrine » (1982), 49 *U. Chicago L. Rev.* 61.

Podolny, Ronald. “The Tort of Intentional Interference with Economic Relations: Is Clarity Out of *Reach*?” (2012), 52 *Can. Bus. L.J.* 63.

Sales, Philip, and Daniel Stilitz. “Intentional Infliction of Harm by Unlawful Means” (1999), 115 *Law Q. Rev.* 411.

Stevens, Lyn L. “Interference With Economic Relations — Some Aspects of the Turmoil in the Intentional Torts” (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 595.

Stevens, Robert. *Torts and Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Waters’ Law of Trusts in Canada, 4th ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto: Carswell, 2012.

Watkins, Larry. “Tort Law — Tortious Interference with Business Expectancy — A Trap for the Wary and Unwary Alike” (2012), 34 *U. Ark. Little Rock L. Rev.* 619.

Weir, Tony. *Economic Torts*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

Winfield and Jolowicz on Tort, 18th ed. by W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 2010.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Robertson, Bell and Green JJ.A.), 2012 NBCA 33, 387 N.B.R. (2d) 215, 350 D.L.R. (4th) 601, 96 C.C.L.T. (3d) 1, 2 B.L.R. (5th) 171, [2012] N.B.J. No. 116 (QL), 2012 CarswellNB 194, affirming a decision of Dionne J., 2010 NBQB 245, July 22, 2010. Appeal dismissed.

Richard J. Scott, Q.C., for the appellants.

Charles A. LeBlond, Q.C., and *Marie-France Major*, for the respondents.

J. Gareth Morley and *Christina Drake*, for the intervenor.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Overview

[1] A group of family members, through their companies, owned an apartment building. The majority of them wanted to sell it, but one of them

Podolny, Ronald. « The Tort of Intentional Interference with Economic Relations : Is Clarity Out of *Reach*? » (2012), 52 *Rev. can. dr. comm.* 63.

Sales, Philip, and Daniel Stilitz. « Intentional Infliction of Harm by Unlawful Means » (1999), 115 *Law Q. Rev.* 411.

Stevens, Lyn L. « Interference With Economic Relations — Some Aspects of the Turmoil in the Intentional Torts » (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 595.

Stevens, Robert. *Torts and Rights*. Oxford : Oxford University Press, 2007.

Waters’ Law of Trusts in Canada, 4th ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto : Carswell, 2012.

Watkins, Larry. « Tort Law — Tortious Interference with Business Expectancy — A Trap for the Wary and Unwary Alike » (2012), 34 *U. Ark. Little Rock L. Rev.* 619.

Weir, Tony. *Economic Torts*. Oxford : Clarendon Press, 1997.

Winfield and Jolowicz on Tort, 18th ed. by W. V. H. Rogers. London : Sweet & Maxwell, 2010.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick (les juges Robertson, Bell et Green), 2012 NBCA 33, 387 R.N.-B. (2^e) 215, 350 D.L.R. (4th) 601, 96 C.C.L.T. (3d) 1, 2 B.L.R. (5th) 171, [2012] A.N.-B. n^o 116 (QL), 2012 CarswellNB 195, qui a confirmé une décision du juge Dionne, 2010 NBBR 245, 22 juillet 2010. Pourvoi rejeté.

Richard J. Scott, c.r., pour les appellants.

Charles A. LeBlond, c.r., et *Marie-France Major*, pour les intimées.

J. Gareth Morley et *Christina Drake*, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Aperçu

[1] Des personnes apparentées étaient, par sociétés interposées, propriétaires d’un immeuble d’habitation. La majorité d’entre elles voulait

did not. He took a series of actions to thwart the sale. The result was that the ultimate sale price was nearly \$400,000 less than it otherwise might have been. When the majority sued to recover this loss, the main question was whether the dissenting family member and his company were liable for what the trial judge referred to as the tort of unlawful interference with economic relations.

[2] While this tort is far from new, its scope is unsettled and needs clarification. There is not even any generally accepted nomenclature for the tort. It is variously referred to as “unlawful interference with economic relations”, “interference with a trade or business by unlawful means”, “intentional interference with economic relations”, or simply “causing loss by unlawful means”. I will refer to it by either the latter name or simply as the “unlawful means” tort.

[3] The uncertainty surrounding the unlawful means tort is reflected in the different approaches taken by the trial judge and the Court of Appeal in this case. The trial judge found the dissenting family member and his company liable. They had, he concluded, unlawfully and intentionally interfered with the economic relations between the majority owners and the prospective purchasers. Their conduct qualified as unlawful because it lacked any legal justification. The New Brunswick Court of Appeal upheld this result, although for significantly different reasons. The acts of the dissenting family member and his company did not meet the general requirement that they be unlawful because they did not provide any basis for a civil suit by the prospective purchasers. However, liability could be imposed on the basis of a “principled exception” to this requirement.

vendre l’immeuble, mais une s’y opposait. Par diverses mesures, le parent dissident a fait obstacle à la vente, de sorte que le prix de vente final était inférieur de près de 400 000 \$ à ce qu’il aurait pu être. L’action intentée par la majorité des membres de la famille pour recouvrer cette perte a principalement posé la question de savoir si le parent dissident et sa société avaient engagé leur responsabilité pour avoir commis ce que le juge de première instance a appelé le délit d’atteinte illégale aux rapports économiques.

[2] Ce délit n’est pas nouveau, loin de là, mais sa teneur demeure incertaine et doit être clarifiée. Il n’existe même pas pour le désigner d’appellation généralement acceptée. On l’a diversement dénommé « atteinte ou entrave illicite aux rapports économiques », « atteinte aux rapports commerciaux par un moyen illicite », « atteinte aux intérêts économiques par un geste illégal », « ingérence par recours à un moyen illicite » ou simplement délit consistant à « causer une perte par un moyen illicite ». J’utiliserai l’expression « causer une perte par un moyen illégal » ou je parlerai simplement du délit d’« atteinte par un moyen illégal ».

[3] Les raisonnements différents qu’ont tenus le juge de première instance et la Cour d’appel en l’espèce témoignent de l’incertitude entourant le délit d’atteinte par un moyen illégal. Le juge de première instance a conclu à la responsabilité du parent dissident et de sa société. Selon lui, ils avaient illégalement et intentionnellement porté atteinte aux rapports économiques entre les propriétaires majoritaires et les acheteurs potentiels. Leur conduite pouvait être qualifiée d’illégale parce qu’elle ne se justifiait pas sur le plan juridique. La Cour d’appel du Nouveau-Brunswick a confirmé le résultat, mais pour des motifs très différents. Elle a jugé que le critère général du caractère illégal n’était pas respecté parce que les actes du parent dissident et de son entreprise ne pouvaient fonder une poursuite civile de la part des acheteurs potentiels, mais qu’on pouvait néanmoins reconnaître leur responsabilité en application d’une « exception de principe » à ce critère.

[4] Before us, the main issue concerns the scope of liability for this tort and, in particular, what the unlawfulness requirement means. If the tort does not apply to these facts, we must also decide whether liability may be imposed on the basis of the breach of fiduciary duty of the dissenting family member as a director of the majority corporations.

[5] In summary, the issues and my conclusions are these:

A. What is the scope of liability for the tort of causing loss by unlawful means?

In light of the history and rationale of the tort and taking into account where it fits in the broader scheme of modern tort liability, the tort should be kept within narrow bounds. It will be available in three-party situations in which the defendant commits an unlawful act against a third party and that act intentionally causes economic harm to the plaintiff. (Other torts remain relevant in two-party situations, such as, for example, the tort of intimidation.)

(1) What sorts of conduct are considered “unlawful” for the purposes of this tort?

Conduct is unlawful if it would be actionable by the third party or would have been actionable if the third party had suffered loss as a result of it. The alleged misconduct of the defendants in this case was not unlawful in this sense and therefore they cannot be held liable on the basis of the unlawful means tort.

(2) Is the tort available only if there is no other cause of action available to the plaintiff against the defendant in relation to the alleged misconduct?

In my view the answer to this question is no.

(3) Should the “unlawfulness” requirement be subject to principled exceptions?

The answer to this question is also no in my view.

[4] La principale question à trancher en l’espèce est celle de la portée de la responsabilité qu’emporte ce délit et, plus particulièrement, de la teneur du critère du caractère illégal. Si les faits en cause ne permettent pas de conclure au délit, nous devons en outre déterminer si le parent dissident a manqué à son obligation fiduciaire en tant qu’administrateur des sociétés majoritaires et ainsi engagé sa responsabilité.

[5] Voici, en résumé, les questions en cause et mes conclusions :

A. Quel est le champ de la responsabilité afférente à l’infliction d’une perte par un moyen illégal?

L’histoire et le fondement de ce délit ainsi que la place qu’il occupe dans la sphère globale de la responsabilité délictuelle moderne imposent de le circonscrire étroitement. On ne pourra l’invoquer qu’en des situations mettant en cause trois parties où le défendeur accomplit contre un tiers un acte illégal dans l’intention de causer un préjudice économique au demandeur. (D’autres délits s’appliquent aux situations mettant en présence deux parties, par exemple, l’intimidation.)

(1) Quels sont les types de conduite « illégale » propres à constituer le délit?

Est illégale la conduite qui donne au tiers un droit d’action ou lui en donnerait un si elle lui avait causé une perte. La conduite reprochée aux défendeurs n’était pas illégale en ce sens, et ces derniers ne peuvent donc être tenus responsables sur le fondement du délit d’atteinte par un moyen illégal.

(2) Le demandeur peut-il invoquer le délit uniquement si l’inconduite reprochée ne fonde aucune autre cause d’action contre le défendeur?

J’estime qu’il faut répondre par la négative.

(3) Le critère du caractère « illégal » admet-il des exceptions de principe?

J’estime qu’il faut répondre par la négative à cette question également.

(4) Application to this case

The appellants cannot be found liable to the respondents on the basis of the unlawful means tort.

(5) Did the Court of Appeal err in finding that the defendants had the required knowledge for the unlawful means tort?

My answer to this question is also no.

B. If the unlawful means tort is not available, are the appellants otherwise liable?

The trial judge made strong findings that the dissenting family member breached his fiduciary obligations as a director of the family companies and the trial judge's award should be upheld on that basis.

[6] I would therefore dismiss the appeal with costs.

[7] In order to sort out the scope of liability for causing loss by unlawful means, we must delve deeply into the rationale of the tort and its place in the larger scheme of tort liability for causing economic harm. But first, I will briefly summarize the facts and judicial history giving rise to the appeal.

II. Facts and Judicial History

A. *Facts*

[8] Joyce Avenue Apartments Ltd. owned an apartment building in Moncton, New Brunswick. Joyce was owned by Lillian Schelew and her four sons, Jeffrey, Michael, Bernard and Alan, through corporate entities. The respondents, Bram Enterprises Ltd. and Jamb Enterprises Ltd., each owned 40 percent of Joyce. The four Schelew

(4) Application à l'espèce

Les appelants ne peuvent être tenus responsables à l'égard des intimées sur le fondement du délit d'atteinte par un moyen illégal.

(5) La Cour d'appel a-t-elle conclu à tort que les défendeurs avaient la connaissance que requiert le délit d'atteinte par un moyen illégal?

Je réponds également à cette question par la négative.

B. Si le délit d'atteinte par un moyen illégal ne peut être invoqué, les appelants peuvent-ils être tenus responsables sur un autre fondement?

Le juge de première instance a tiré de solides conclusions selon lesquelles le parent dissident avait manqué à ses obligations fiduciaires à titre d'administrateur des sociétés familiales, et il convient de maintenir le montant des dommages-intérêts qu'il a accordés sur ce fondement.

[6] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

[7] Clarifier la portée de la responsabilité qu'emporte le fait de causer une perte par un moyen illégal suppose une analyse en profondeur du fondement de ce délit et de la place qu'il occupe dans la sphère globale de la responsabilité délictuelle en matière de préjudice financier. Je commencerai toutefois par un résumé succinct des faits et de l'historique judiciaire ayant mené au présent pourvoi.

II. Faits et historique judiciaire

A. *Les faits*

[8] Joyce Avenue Apartments Ltd. possède un immeuble d'habitation à Moncton au Nouveau-Brunswick. Joyce appartient à Lillian Schelew et à ses quatre fils, Jeffrey, Michael, Bernard et Alan, par sociétés interposées. Les intimées, Bram Enterprises Ltd. et Jamb Enterprises Ltd., détiennent chacune une participation de 40 p. 100

brothers owned equal numbers of common shares and were directors of both corporations while Lillian held voting preferred shares in Bram. The remaining 20 percent interest in Joyce was held by the appellant A.I. Enterprises Ltd., whose owner and sole director was the appellant Alan Schelew. A.I. (effectively Alan) managed the building for a fee.

[9] Joyce, as owner of the building, and Bram, Jamb and A.I., as the investors, entered into a syndication agreement. The agreement contained a sale mechanism which gave a majority of the investors the right to sell the building subject to a right of first refusal of any dissenting investor to purchase it at a professionally appraised value. Once the appraisal was obtained, the investors wishing to sell were deemed to have made an irrevocable offer of sale in that amount to the dissenting investor. The offer would remain open for 15 days: Syndication Agreement, s. 9.02.

[10] The trouble started in the year 2000. The respondents, Bram and Jamb (in effect all of the family members except Alan Schelew), wanted to sell the property but the appellants, A.I. and Alan Schelew, did not. The respondents gave notice to A.I. under s. 9.02 of the Syndication Agreement and the building was appraised at \$2.2 million. A.I. did not accept the deemed offer within the prescribed time and the property was listed for sale. Over the next 16 months, the respondents dealt with four potential purchasers but no sale was completed. The respondents allege that the sale was thwarted by a series of intentional actions by the appellants, which form the basis of the claim against them for causing loss by unlawful means. Ultimately, about two years after the first attempts to sell, A.I. bought the building for the appraised value of \$2.2 million.

[11] The respondents then sued the appellants. They claimed that, as a result of the appellants' wrongful conduct, the sale had been substantially

dans Joyce. Les quatre frères Schelew possèdent le même nombre d'actions ordinaires des deux sociétés et en sont les administrateurs, tandis que Lillian possède des actions privilégiées avec droit de vote dans Bram. L'appelante A.I. Enterprises Ltd., dont le propriétaire et seul administrateur est Alan Schelew, détient la participation restante dans Joyce, soit 20 p. 100. A.I. (en fait, Alan) gère l'immeuble moyennant une rémunération.

[9] Joyce, à titre de propriétaire de l'immeuble, et Bram, Jamb et A.I., à titre d'investisseurs, ont conclu une entente de syndication, laquelle prévoit un mécanisme de vente donnant à une majorité des investisseurs le droit de vendre l'immeuble sous réserve de l'exercice par tout investisseur dissident d'un droit de premier refus permettant l'achat de l'immeuble à sa valeur d'expertise. Les investisseurs souhaitant vendre sont réputés avoir fait une offre irrévocable correspondant au montant de l'évaluation à l'investisseur dissident. L'offre est valable pour 15 jours (entente de syndication, art. 9.02).

[10] Les problèmes ont commencé en 2000. Les intimées, Bram et Jamb (dans les faits, tous les membres de la famille sauf Alan Schelew), voulaient vendre l'immeuble, ce à quoi s'opposaient les appelants, A.I. et Alan Schelew. Les intimées ont donné à A.I. l'avis prévu à l'art. 9.02 de l'entente de syndication, et une expertise a établi la valeur de l'immeuble à 2,2 millions de dollars. A.I. n'a pas accepté l'offre réputée dans le délai imparti, et l'immeuble a été mis en vente. Au cours des 16 mois qui ont suivi, les intimées ont négocié avec quatre acheteurs potentiels, mais aucune vente n'a été conclue. Les intimées font valoir que les appelants ont fait obstacle à la vente par une série d'actes intentionnels sur lesquels elles fondent leur réclamation pour perte causée par un moyen illégal. Environ deux ans après les premières tentatives de vente, A.I. a finalement acheté l'immeuble à sa valeur d'expertise de 2,2 millions de dollars.

[11] Les intimées ont alors poursuivi les appelants, soutenant que la conduite fautive de ces derniers avait considérablement retardé la vente et

delayed and was for less money than they could have obtained from a third party purchaser. While the respondents' statement of claim did not spell out the legal bases for the claim, the pre- and post-trial briefs alleged that the appellants breached their obligations arising under the Syndication Agreement, that Alan Schelew had breached his fiduciary duty as a director of Bram and Jamb by putting his interests ahead of those of the companies and that the appellants had unlawfully interfered with economic relations.

B. Judicial History and the Parties' Positions on Appeal

- (1) Court of Queen's Bench of New Brunswick, 2010 NBQB 245, July 22, 2010 (Dionne J.)

[12] Dionne J. at trial found that the appellants' conduct amounted to interference by unlawful means and awarded damages reflecting the difference between what A.I. paid and what could have been obtained but for the appellants' obstruction.

[13] The trial judge focused on four of the appellants' acts: they misused the arbitration provisions of the Syndication Agreement as a means of stalling the sale of the Joyce property; they advanced legally groundless defences for a "Notice of its first right of refusal" which they had filed against the Joyce property; they subsequently filed an equally baseless certificate of pending litigation against the property; finally, they denied entry to the Joyce property to prospective buyers. These acts had the effect of "complicating, delaying, impeding and ultimately and for all intents and purposes completely obstructing and preventing" the respondents' efforts to sell the property to third parties: para. 282.

[14] All of this conduct was unlawful in the trial judge's view because it lacked any legal basis or justification. He found that Alan Schelew's conduct in obstructing the sale also breached his fiduciary

avait résulté en un produit inférieur à celui qu'elles auraient obtenu d'un tiers. La déclaration des intimées n'énonçait pas explicitement le fondement juridique de leur action, mais leurs mémoires préalable et postérieur au procès faisaient valoir que les appelants avaient manqué aux obligations découlant de l'entente de syndication, qu'Alan Schelew avait manqué à son obligation fiduciaire en tant qu'administrateur de Bram et de Jamb en faisant passer ses propres intérêts avant ceux des sociétés et que les appelants avaient illégalement porté atteinte à des rapports économiques.

B. Historique judiciaire et position des parties au pourvoi

- (1) Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, 2010 NBBR 245, 22 juillet 2010 (le juge Dionne)

[12] En première instance, le juge Dionne a conclu que la conduite des appelants constituait une atteinte par un moyen illégal et a accordé des dommages-intérêts équivalant à la différence entre le prix payé par A.I. et celui qui aurait pu être obtenu n'eût été des manœuvres obstructives des appelants.

[13] Le juge a principalement analysé quatre de ces manœuvres : les appelants avaient exploité les dispositions d'arbitrage de l'entente de syndication afin d'entraver la vente de l'immeuble, opposé des moyens de défense sans fondement juridique pour justifier l'exercice d'un « droit de premier refus » dont ils avaient grevé l'immeuble, déposé un certificat d'affaire en instance tout aussi dépourvu de fondement à l'égard de l'immeuble et refusé l'accès à l'immeuble à des acheteurs potentiels. Ces actes ont eu pour effet de [TRADUCTION] « compliquer, retarder, gêner et finalement, entraver et enrayer complètement dans les faits » les efforts des intimées en vue de vendre l'immeuble à un tiers (par. 282).

[14] Le juge de première instance a estimé que tous ces actes étaient illégaux parce qu'ils étaient dépourvus de fondement ou justification juridiques. Il a conclu qu'en faisant obstacle à la vente,

obligations as director of Bram and Jamb and that A.I. had breached its obligations towards Bram and Jamb under the Syndication Agreement.

[15] The trial judge rejected the appellants' submission that the harm to Bram and Jamb was merely an incidental effect of the pursuit of their legitimate business interests. Rather, he found that the appellants "possessed actual intent to do whatever they could to pursue the interest of A I Enterprises and that they were well aware that their actions would cause harm to Jam[b] & Bram": para. 287. He concluded that but for the actions of the appellants, the respondents would have sold the Joyce property in 2001 for \$2.58 million, an amount which was \$380,000 more than the respondents received on the sale to A.I. in 2002. Factoring in the real estate commission and pre-judgment interest, he fixed total damages at \$183,061 for each plaintiff, plus costs.

- (2) New Brunswick Court of Appeal, 2012 NBCA 33, 387 N.B.R. (2d) 215 (Robertson J.A., Bell and Green JJ.A. Concurring)

[16] At trial, neither party drew the attention of the court to the decision of the House of Lords in *OBG Ltd. v. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1, a decision which extensively examined the proper scope of the economic torts in general and of the unlawful means tort in particular. The decision was, however, placed before the Court of Appeal and, speaking through Robertson J.A., the court carefully and fully examined the law in light of it and subsequent developments. While the court took a considerably different view of the unlawful means tort than had the trial judge, it nonetheless dismissed the appeal.

[17] The Court of Appeal noted that the unlawful means tort has been "in a state of flux" (para. 18) and that two opposing views on the proper scope of the unlawful means component have stemmed from the *OBG* decision. Lord Hoffmann, who was in the

Alan Schelew avait également manqué à son obligation fiduciaire en tant qu'administrateur de Bram et de Jamb et qu'A.I. ne s'était pas acquittée des obligations que l'entente de syndication lui imposait à l'égard de Bram et de Jamb.

[15] Le juge Dionne n'a pas retenu l'argument des appelants selon lequel le préjudice subi par Bram et Jamb découlait simplement de la poursuite d'intérêts commerciaux légitimes, estimant plutôt que les appelants [TRADUCTION] « avaient effectivement l'intention de faire tout ce qu'ils pouvaient pour servir les intérêts d'A I Enterprises et qu'ils savaient très bien que cela causerait préjudice à Jam[b] et Bram » (par. 287). Il a conclu que, n'eût été la conduite des appelants, les intimées auraient vendu l'immeuble en 2001 pour 2,58 millions de dollars, soit 380 000 \$ de plus que le produit de la vente à A.I. en 2002. Compte tenu de la commission de l'agent immobilier et des intérêts avant jugement, il a accordé des dommages-intérêts de 183 061 \$ à chaque demanderesse, plus les dépens.

- (2) Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, 2012 NBBR 33, 387 R.N.-B. (2^e) 215 (le juge Robertson, avec l'accord des juges Bell et Green)

[16] Au procès, aucune partie n'a invoqué la décision de la Chambre des lords dans *OBG Ltd. c. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1, qui présente une analyse fouillée sur la portée à donner aux délits économiques en général et à l'atteinte par un moyen illégal en particulier. Cette décision a toutefois été soulevée devant la Cour d'appel, et le juge Robertson a procédé à un examen minutieux et exhaustif du droit à la lumière de cette décision et de la jurisprudence qui a suivi. Bien que la Cour d'appel ait abordé le délit d'atteinte par un moyen illégal sous un angle passablement différent de celui du juge de première instance, elle n'en a pas moins rejeté l'appel.

[17] La Cour d'appel a indiqué que le délit d'atteinte par un moyen illégal « est fluide » (par. 18) et que *OBG* a donné naissance à deux courants de pensée opposés quant à ce qu'il faut entendre par moyen illégal. Lord Hoffmann, qui

majority on this point, adopted a narrow definition of “unlawful means” whereby only breaches of the civil law such as a tort or breach of contract would suffice. The unlawful conduct would need to be actionable by the party against which it was directed in order to give rise to liability: see *OBG*, at para. 49. Lord Nicholls of Birkenhead advocated a broader view, according to which “unlawful means” included “common law torts, statutory torts, crimes, breaches of contract, breaches of trust and equitable obligations, breaches of confidence, and so on”: *OBG*, at paras. 150 and 155.

[18] The Court of Appeal preferred Lord Hoffmann’s narrow definition. The conduct of the appellants, while lacking any legal justification, did not amount to a wrong actionable by the prospective purchasers. However, the Court of Appeal allowed for principled exceptions to mitigate the rigidity of the narrow rule. The court crafted an exception, which covered this case, in the following terms:

In my view, the intentional erection of self-help legal barriers, some of which are enforceable through statutory processes not subject to prior judicial authorization, in circumstances where those barriers rest on rights fabricated with arguments of sand, warrants redress under the tort of unlawful means (akin to the tort of abuse of legal process). [para. 9]

[19] A.I. and Alan Schelew appeal from that decision.

(3) Parties’ Positions

[20] Before this Court, the parties take diametrically opposed views of the scope of the unlawful means tort.

[21] The appellants urge us to adopt the position taken by a majority of the House of Lords, speaking through Lord Hoffmann in *OBG*, at para. 49: “unlawful” means actionable by the third party

compte parmi les juges majoritaires sur ce point, définit étroitement cette notion, la limitant à une contravention au droit civil, comme un délit civil ou une rupture de contrat. Pour qu’il y ait responsabilité, il faut que la conduite illégale puisse donner matière à procès à la partie contre qui elle est dirigée (voir *OBG*, par. 49). Lord Nicholls of Birkenhead propose une définition plus large, selon laquelle le « moyen illégal » s’entend [TRADUCTION] « de délits civils de common law, de délits civils d’origine législative, de crimes, de ruptures de contrat, de la violation de fiducie et d’obligations en equity, de l’abus de confiance et ainsi de suite » (*OBG*, par. 150 et 155).

[18] La Cour d’appel a retenu la définition étroite proposée par lord Hoffmann. Selon elle, bien que la conduite des appelants fût dépourvue de tout fondement juridique, elle ne constituait pas une faute donnant aux acheteurs potentiels matière à procès. Toutefois, la cour a jugé que des exceptions de principe pouvaient atténuer la rigueur de cette règle d’application étroite, et elle a formulé une telle exception applicable à la situation en cause :

À mon avis, le fait qu’une personne mette en place, de façon intentionnelle et dans un but d’autoprotection, des barrières juridiques dont certaines sont exécutoires du fait de mécanismes prévus par la loi ne nécessitant aucune autorisation judiciaire préalable, dans des circonstances où ces barrières reposent sur des droits fabriqués au moyen d’arguments faits de sable, justifie des mesures réparatoires ressortissant au délit d’atteinte par un moyen illicite (semblables à celles auxquelles donne lieu le délit d’abus de procédure). [par. 9]

[19] A.I. et Alan Schelew interjettent appel de cette décision.

(3) Position des parties

[20] Les parties défendent devant nous des conceptions diamétralement opposées du délit d’atteinte par un moyen illégal.

[21] Les appelants nous exhortent à faire nôtre l’opinion majoritaire de la Chambre des lords dans *OBG* exposée par lord Hoffmann au par. 49 selon laquelle est « illégal » l’acte qui donne au tiers

(or that the act would be actionable but for the fact that it did not cause the third party any loss). This approach may be described as the narrow view: it is premised on the tort having a limited sphere of operation so that only actionable civil wrongs against the third party provide a basis for allowing the intended victim to sue. The appellants also urge us to hold that the tort is only available to the plaintiff if the defendant's conduct causing the injury does not give rise to another cause of action by the plaintiff against the defendant.

[22] The respondents, on the other hand, urge us to adopt one of two alternative positions, both of which stake out a broader role for the tort. The primary submission is that “unlawful means” is defined by a “broad bright-line rule” that an act is unlawful if there exists a legal proceeding through which its legitimacy can be successfully challenged. Alternatively, the respondents submit that we should adopt Lord Hoffmann's narrow formulation but hold, as did the Court of Appeal, that it is subject to principled exceptions.

III. Analysis

A. *What Is the Scope of Liability for the Tort of Causing Loss by Unlawful Means?*

(1) What Sorts of Conduct Are Considered “Unlawful” for the Purposes of This Tort?

[23] The unlawful means tort creates a type of “parasitic” liability in a three-party situation: it allows a plaintiff to sue a defendant for economic loss resulting from the defendant's unlawful act against a third party. Liability to the plaintiff is based on (or parasitic upon) the defendant's unlawful act against the third party. While the elements of the tort have been described in a number of ways, its core captures the intentional infliction of economic injury on C (the plaintiff) by A (the defendant)'s use of unlawful means against B (the third party): see H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*

matière à procès (ou qui lui aurait donné matière à procès, n'eût été l'absence de perte). On peut considérer cette conception comme étroite : elle part de la prémisse que le délit a un champ d'application restreint, de sorte que seule une faute civile contre le tiers ouvrant droit à une action permet à la victime véritablement visée de poursuivre. Les appellants nous invitent également à conclure que ce délit ne peut être invoqué par le demandeur que si la conduite préjudiciable du défendeur n'est source pour le demandeur d'aucune autre cause d'action contre lui.

[22] Pour leur part, les intimées veulent nous voir adopter l'une ou l'autre de deux positions accordant au délit une plus grande portée. Elles soutiennent principalement que le caractère « illégal » d'un moyen est déterminé par l'application de la [TRADUCTION] « règle générale traçant une ligne de démarcation très nette » selon laquelle un acte est illégal s'il existe une voie de droit permettant d'en contester la légitimité. À titre subsidiaire, elles nous invitent à adopter l'énoncé restrictif formulé par lord Hoffmann, mais à préciser, à l'instar de la Cour d'appel, que des exceptions de principe peuvent s'appliquer.

III. Analyse

A. *Quel est le champ de la responsabilité afférente à l'infliction d'une perte par un moyen illégal?*

(1) Quels sont les types de conduite « illégale » propres à constituer le délit?

[23] Le délit d'atteinte par un moyen illégal emporte une responsabilité que l'on pourrait qualifier de « parasitique » dans une situation mettant en cause trois parties : il permet au demandeur de poursuivre le défendeur pour la perte économique que lui a causé la conduite illégale de ce dernier envers un tiers. La responsabilité envers le demandeur découle de l'acte illégal du défendeur contre le tiers (ou en dépend, à la manière d'un parasite). Bien que ses éléments constitutifs aient été décrits de maintes façons, ce délit réside essentiellement dans l'infliction intentionnelle par A

(2001), at p. 103; J. W. Neyers, “Rights-based justifications for the tort of unlawful interference with economic relations” (2008), 28 *L.S.* 215; G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (3rd ed. 2010), at pp. 773-75; P. H. Osborne, *The Law of Torts* (4th ed. 2011), at pp. 336-38; P. T. Burns and J. Blom, *Economic Interests in Canadian Tort Law* (2009), at p. 186. There is no dispute here that this is an intentional tort; the focus of the dispute in this case is on the unlawful means element.

[24] An old case will serve as an example. The defendant, the master of a trading ship, fired its cannons at a canoe that was attempting to trade with its competitor, the plaintiffs’ trading ship, in order to prevent it from doing so. The defendant was held liable, Lord Kenyon being of the opinion that these facts supported an action: *Tarleton v. M’Gawley* (1793), Peake 270, 170 E.R. 153. The plaintiffs were able to recover damages for the economic injury resulting from the defendant’s wrongful conduct toward third parties (the occupants of the canoe) which had been committed with the intention of inflicting economic injury on the plaintiffs.

[25] The question of what sort of conduct constitutes the necessary unlawful means is important. It has been described as the most important question concerning this tort: *OBG*, at para. 45, *per* Lord Hoffmann; H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2nd ed. 2010), at p. 84. Giving the concept of “unlawful means” a “sound, economically relevant and judicially supported interpretation” is “[t]he key to keeping the economic torts in harmony with contemporary legal values”: *No. 1 Collision Repair & Painting (1982) Ltd. v. Insurance Corp. of British Columbia*, 2000 BCCA 463, 80 B.C.L.R. (3d) 62, at para. 19, *per* Lambert J.A., dissenting, leave to appeal refused, [2001] 1 S.C.R. xv.

[26] The scope of the unlawful means tort depends on the answers to three questions. First,

(le défendeur) d’un préjudice économique à C (le demandeur) par des moyens illégaux contre B (le tiers) (voir H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2001), p. 103; J. W. Neyers, « Rights-based justifications for the tort of unlawful interference with economic relations » (2008), 28 *L.S.* 215; G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (3^e éd. 2010), p. 773-775; P. H. Osborne, *The Law of Torts* (4^e éd. 2011), p. 336-338; P. T. Burns et J. Blom, *Economic Interests in Canadian Tort Law* (2009), p. 186). Aucune partie ne conteste en l’espèce qu’il s’agit d’un délit d’intention. Le litige porte sur un élément constitutif, soit le moyen illégal.

[24] Prenons à titre d’exemple une affaire ancienne. Le défendeur, capitaine d’un navire de commerce, fait tirer du canon sur un canot pour empêcher les passagers de ce dernier de commercer avec le navire des demandeurs, son concurrent. Lord Kenyon a reconnu la responsabilité du défendeur, jugeant que les faits donnaient ouverture à action (*Tarleton c. M’Gawley* (1793), Peake 270, 170 E.R. 153). Les demandeurs ont pu être indemnisés du préjudice économique que leur avait causé la conduite fautive du défendeur envers les tiers (les passagers du canot), qui était motivée par l’intention d’infliger un préjudice économique aux demandeurs.

[25] La question de savoir quel type de conduite constitue un moyen illégal est une question importante, voire la plus importante en ce qui concerne ce délit (*OBG*, par. 45, le lord Hoffmann; H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2^e éd. 2010), p. 84). Donner à la notion de « moyen illégal » [TRADUCTION] « une interprétation étayée par la jurisprudence, qui soit juste et pertinente sur le plan économique » est « essentiel pour que les délits économiques demeurent conformes aux valeurs juridiques contemporaines » (*No. 1 Collision Repair & Painting (1982) Ltd. c. Insurance Corp. of British Columbia*, 2000 BCCA 463, 80 B.C.L.R. (3d) 62, par. 19, le juge Lambert, dissident; autorisation d’appel refusée, [2001] 1 R.C.S. xv).

[26] La portée du délit d’atteinte par un moyen illégal est fonction des réponses à trois questions.

does the unlawful conduct have to be actionable by the person at whom it is immediately directed? In my view, the conduct must be an actionable civil wrong or conduct that would be actionable if it had caused loss to the person at whom it was directed. Second, is there a requirement that the unlawful means not be otherwise actionable by the plaintiff? I propose to answer this question “no”. Third, should the definition of “unlawful means” be subject to principled exceptions? I would also answer this question in the negative. While the approach outlined by these answers leaves only a narrow scope for liability, my view is that it is most consistent with the history and rationale of the tort as well as with its place in the modern scheme of liability for causing economic harm.

[27] I will turn first to my understanding of these broader concerns and a review of the relevant law before returning to the reasons for my conclusions.

(a) *The Economic Torts and the Common Law*

[28] I will not dwell on the unfortunate state of the common law in relation to the unlawful means tort. As I noted earlier, there is not even consensus about what it ought to be called. One leading scholar simply observed that “[t]he economic torts [of which the unlawful means tort is one] are in a mess”: H. Carty, “Intentional Violation of Economic Interests: The Limits of Common Law Liability” (1988), 104 *Law Q. Rev.* 250, at p. 278. Careful review of the development of the unlawful means tort reveals confusion, overlap and inconsistency: see, e.g., Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2nd ed.), at pp. 73-78; P. Burns, “Tort Injury to Economic Interests: Some Facets of Legal Response” (1980), 58 *Can. Bar Rev.* 103, at pp. 145-48; T. Weir, *Economic Torts* (1997), at pp. 36-43; L. L. Stevens, “Interference With Economic Relations — Some Aspects of the Turmoil in the Intentional Torts” (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 595, at pp. 617-19. At its core, however, the tort has two key ingredients: intention and unlawfulness. The gist of the tort is the intentional infliction of economic harm by unlawful means.

Premièrement, faut-il que la conduite illégale donne matière à procès à la personne contre qui elle était dirigée? À mon avis, il faut une faute civile ou une conduite qui ouvrirait droit à une action si elle avait causé une perte à la personne contre qui elle est dirigée. Deuxièmement, une règle exige-t-elle que le demandeur ne dispose d’aucune autre cause d’action? Cette question appelle selon moi une réponse négative. Troisièmement, des exceptions de principe s’appliquent-elles à la définition de « moyen illégal »? Je répondrais pareillement par la négative. Bien que de ces réponses se dégage un champ de responsabilité étroit, j’estime que ce résultat respecte tout à fait l’histoire et le fondement du délit ainsi que la place qu’il occupe au sein du régime moderne de responsabilité découlant d’un préjudice économique.

[27] Avant de revenir aux motifs fondant mes conclusions, j’expose d’abord ma conception de considérations générales et j’examine le droit applicable.

a) *Les délits économiques et la common law*

[28] Je ne m’attarde pas sur le triste état de la common law en ce qui concerne le délit d’atteinte par un moyen illégal. Comme je le mentionne précédemment, on ne s’entend même pas sur le nom à lui donner. Un éminent spécialiste fait simplement observer que [TRADUCTION] « [l]es délits économiques [dont l’atteinte par un moyen illégal fait partie] sont un fouillis » (H. Carty, « Intentional Violation of Economic Interests : The Limits of Common Law Liability » (1988), 104 *Law Q. Rev.* 250, p. 278). Un examen attentif de l’évolution du délit qui nous occupe en l’espèce révèle confusion, chevauchements et incohérences (voir, p. ex., Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2^e éd.), p. 73-78; P. Burns, « Tort Injury to Economic Interests : Some Facets of Legal Response » (1980), 58 *R. du B. can.* 103, p. 145-148; T. Weir, *Economic Torts* (1997), p. 36-43; L. L. Stevens, « Interference With Economic Relations — Some Aspects of the Turmoil in the Intentional Torts » (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 595, p. 617-619). Essentiellement, toutefois, le délit compte deux composantes : l’intention et le caractère illégal. Il s’agit en gros de l’infliction intentionnelle d’un préjudice économique par un moyen illégal.

[29] The scope of the unlawful means tort should be understood in the context of the broad outlines of tort law’s approach to regulating economic and competitive activity. Several aspects of that approach support adopting a narrow scope for the unlawful means tort: the common law accords less protection to purely economic interests; it is reluctant to develop rules to enforce fair competition; it is concerned not to undermine certainty in commercial affairs; and the history of the common law shows that tort liability, if unduly expanded, may undermine fundamental rights.

[30] Potential liability for the unlawful means tort often arises when there are contingent economic interests at stake, such as legitimate business expectations. Such interests, however, are at the margins of the traditional concerns of tort law. The first point, therefore, is that tort law has traditionally accorded less protection to purely economic interests than to physical integrity and property rights. As this Court stated in *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156, “[t]he law has never recognized a sweeping right to protection from economic harm”: para. 72. The unlawful means tort should not be viewed as providing that sort of “sweeping protection”: see, e.g., S. Deakin, A. Johnston and B. Markesinis, *Markesinis and Deakin’s Tort Law* (7th ed. 2013), at p. 471; H. Carty, “The Economic Torts and English Law: An Uncertain Future” (2006-2007), 95 *Ky. L.J.* 845, at p. 845; A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (9th ed. 2011), at pp. 447-50; W. V. H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort* (18th ed. 2010), at pp. 859-60.

[31] Second, the common law has traditionally been reluctant to develop rules about fair competition: *OBG*, at para. 56, *per* Lord Hoffmann. The common law in general, and tort law in particular, have been astute to assure “some elbow-room [many would say much elbow-room] for the aggressive pursuit of self-interest”: C. Sappideen

[29] Il faut examiner la portée du délit d’atteinte par un moyen illégal à la lumière de la philosophie générale du droit de la responsabilité délictuelle quant à la régulation de l’activité économique et concurrentielle. Plusieurs aspects de cette philosophie justifient une définition étroite de ce délit : la common law ne protège pas autant les intérêts purement économiques que d’autres types d’intérêts, elle hésite à établir des règles pour forcer la concurrence loyale, elle veille à ne pas compromettre la certitude en matière commerciale et son histoire démontre que l’expansion indue de la responsabilité délictuelle peut fragiliser des droits fondamentaux.

[30] La possibilité qu’il y ait responsabilité en cas d’atteinte par un moyen illégal intervient souvent lorsque sont en jeu des intérêts économiques potentiels, telles des attentes commerciales légitimes. Ces intérêts, toutefois, se situent à la marge des préoccupations classiques du droit de la responsabilité délictuelle. Premièrement, le droit de la responsabilité délictuelle a traditionnellement accordé aux intérêts purement économiques une protection moindre qu’à l’intégrité physique et aux droits de propriété. Comme notre Cour l’indique dans *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156, « la common law n’a jamais reconnu l’existence d’un droit général à la protection contre le préjudice économique » (par. 72). On ne saurait donc penser que le délit d’atteinte par un moyen illégal confère ce genre de « protection générale » (voir, p. ex., S. Deakin, A. Johnston et B. Markesinis, *Markesinis and Deakin’s Tort Law* (7^e éd. 2013), p. 471; H. Carty, « The Economic Torts and English Law : An Uncertain Future » (2006-2007), 95 *Ky. L.J.* 845, p. 845; A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (9^e éd. 2011), p. 447-450; W. V. H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort* (18^e éd. 2010), p. 859-860).

[31] Deuxièmement, on a traditionnellement hésité en common law à formuler des règles en matière de concurrence loyale (*OBG*, par. 56, le lord Hoffmann). La common law en général et le droit de la responsabilité délictuelle en particulier ont astucieusement ménagé [TRADUCTION] « une certaine [d’aucuns diraient une considérable]

and P. Vines, eds., *Fleming's The Law of Torts* (10th ed. 2011), at para. 30.120. As Bowen L.J. put it in *Mogul Steamship Company v. McGregor, Gow, & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598 (C.A.), at p. 614, aff'd [1892] A.C. 25 (H.L.), there can be no liability for a person who has "done nothing more against the plaintiffs than pursue to the bitter end a war of competition waged in the interest of their own trade". The same sentiment comes through in Lord Davey's speech in *Allen v. Flood*, [1898] A.C. 1, at p. 173: "The right which a man has to pursue his trade or calling is qualified by the equal right of others to do the same and compete with him, though to his damage." More recently, Lord Nicholls acknowledged the common law's respect for competition in *OBG* where he wrote:

Competition between businesses regularly involves each business taking steps to promote itself at the expense of the other. . . . Far from prohibiting such conduct, the common law seeks to encourage and protect it. The common law recognises the economic advantages of competition. [para. 142]

[32] This reluctance is directly relevant in this case. The trial judge found that the appellants intended to do "whatever they could to pursue the interest of A I Enterprises and . . . were well aware that their actions would cause harm to Jam[b] & Bram": trial reasons, at para. 287. Although he went on to find that the harm caused was not incidental to the pursuit by the defendants of their legitimate self-interest, this same conclusion could apply to a great deal of legitimate competitive activity in the marketplace. That, it seems to me, suggests the need for a limited role for the unlawful means tort.

[33] A third point also favours a limited role for this tort. The common law in the Anglo-Canadian tradition has generally promoted legal certainty for commercial affairs. That certainty is easily put in jeopardy by adopting vague legal standards

liberté d'action en vue de la poursuite énergique d'intérêts personnels » (C. Sappideen et P. Vines, dir., *Fleming's The Law of Torts* (10^e éd. 2011), par. 30.120). Le lord juge Bowen a ainsi considéré, dans *Mogul Steamship Company c. McGregor, Gow, & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598 (C.A.), p. 614, conf. par [1892] A.C. 25 (H.L.), qu'une personne qui [TRADUCTION] « n'a fait que poursuivre jusqu'au bout l'âpre guerre concurrentielle menée contre les demanderesses dans son propre intérêt commercial » n'engage pas sa responsabilité. Cette opinion se dégage également des propos tenus par lord Davey dans *Allen c. Flood*, [1898] A.C. 1, p. 173 : [TRADUCTION] « Le droit qu'a une personne de poursuivre une activité commerciale ou professionnelle est limité par le droit d'autrui d'en faire autant et de la concurrencer, au risque de lui nuire ». Plus récemment, lord Nicholls reconnaît le respect que porte la common law à la concurrence lorsqu'il écrit, au par. 142 de l'arrêt *OBG* :

[TRADUCTION] Des entreprises en concurrence vont régulièrement faire en sorte de se faire valoir au détriment de leurs concurrentes. [. . .] Loin d'interdire ce comportement, la common law cherche à l'encourager et à le protéger. La common law reconnaît les bienfaits économiques de la concurrence.

[32] Cette hésitation est directement en jeu en l'espèce. Selon le juge de première instance, les appelants avaient l'intention de faire [TRADUCTION] « tout ce qu'ils pouvaient pour servir les intérêts d'A I Enterprises et [. . .] savaient bien que leur conduite causerait préjudice à Jam[b] et Bram » (motifs de première instance, par. 287). Même s'il a fini par conclure que le préjudice causé ne découlait pas simplement de la poursuite, par les défendeurs, de leur propre intérêt légitime, pareille conclusion pourrait s'appliquer à plus d'une activité concurrentielle commerciale légitime, ce qui à mon avis semble révéler la nécessité d'accorder un rôle limité au délit d'atteinte par un moyen illégal.

[33] Une troisième considération milite également en faveur d'un rôle limité pour ce délit. La common law anglo-canadienne a généralement cherché à favoriser la certitude juridique en matière commerciale. Or, en adoptant des normes

based on “commercial morality” or by imposing liability for malicious conduct alone: see Deakin, Johnston and Markesinis, at pp. 472-73. The majority in *Allen*, for example, rejected the view that “malice” was a sufficient basis for liability on the basis that it was too vague a notion to be applied by the courts: pp. 118-19, *per* Lord Herschell, and pp. 152-53, *per* Lord Macnaghten; see also Deakin, Johnston and Markesinis, at p. 472; *OBG*, at para. 14, *per* Lord Hoffmann. Regulating commercial activity should not, it has been said, depend on the “idiosyncrasies of individual judges”: *Mogul Steamship* (H.L.), at p. 51, *per* Lord Morris.

[34] A final consideration supports a limited scope for this tort: the risk inherent in the economic torts generally that they will undermine legislated schemes favouring collective action in, for example, labour relations and interfere with fundamental rights of association and expression. At one time, the common law of tort was ready — and many would say overready — to intervene to prevent economic coercion in the context of industrial disputes. The common law’s approach in this area led to legislative intervention to grant greater freedom to labour unions by enacting immunities to specific economic torts, in legislation modelled on the U.K. *Trade Disputes Act, 1906*, 6 Edw. 7, c. 47, and successor legislation: Deakin, Johnston and Markesinis, at p. 474; G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at para. 11.340. Writing about the experience in England, Deakin, Johnston and Markesinis observe that despite the intention underlying the creation of these immunities, the courts at times expanded economic tort liability which had the effect of “‘outflanking’ the immunities provided by statute At times it has seemed that the courts . . . were engaged in a battle of wits with the parliamentary draftsman, to see which side could develop the optimal formula for widening or for narrowing liability respectively”: p. 474. This history draws attention to the risk that expanded liability for the economic torts may be used to undermine legislative choices

juridiques imprécises fondées sur « l’éthique commerciale » ou en concluant à la responsabilité sur le seul fondement de la conduite malveillante, on compromettrait facilement cette certitude (voir Deakin, Johnston et Markesinis, p. 472-473). Dans *Allen*, par exemple, les juges majoritaires ont rejeté l’opinion selon laquelle la [TRADUCTION] « malveillance » suffisait pour qu’il y ait responsabilité, jugeant que l’imprécision de cette notion s’opposait à son application judiciaire (p. 118-119, le lord Herschell et p. 152-153, le lord Macnaghten; voir aussi Deakin, Johnston et Markesinis, p. 472; *OBG*, par. 14, le lord Hoffmann). La régulation de l’activité commerciale ne devrait pas dépendre, a-t-on dit, des [TRADUCTION] « dispositions personnelles des juges » (*Mogul Steamship* (H.L.), p. 51, le lord Morris).

[34] Une dernière considération milite en faveur d’une définition étroite de ce délit : le risque inhérent aux délits économiques en général que leur existence mine les initiatives législatives favorisant l’action collective, par exemple dans les relations syndicales, et porte atteinte à la liberté fondamentale d’expression et d’association. En matière de responsabilité délictuelle, la common law a déjà été encline — et beaucoup diraient excessivement encline — à intervenir pour empêcher la coercition économique en contexte de conflits de travail. La position de la common law en la matière a amené le législateur à intervenir pour accorder une liberté accrue aux syndicats, en adoptant des lois inspirées de la *Trade Disputes Act, 1906*, 6 Edw. 7, ch. 47, du Royaume-Uni et de lois subséquentes prévoyant des immunités à l’égard de certains délits économiques (Deakin, Johnston et Markesinis, p. 474; G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2^e éd. (feuilles mobiles)), par. 11.340). À propos de l’expérience anglaise, Deakin, Johnston et Markesinis font observer qu’en dépit de l’intention ayant motivé la création de ces immunités, les tribunaux ont parfois interprété largement les délits économiques, ce qui a eu pour effet d’[TRADUCTION] « “annuler” les immunités légales [. . .] À certains moments, il semblait que les tribunaux [. . .] jouaient au plus fin avec le législateur pour voir qui des deux trouverait la formule optimale pour élargir ou limiter la responsabilité, selon leur point de vue respectif »

and perhaps even constitutionally protected rights of expression and association: see, e.g., P. Elias and K. Ewing, “Economic Torts and Labour Law: Old Principles and New Liabilities” (1982), 41 *Cambridge L.J.* 321; B. Adell, “Secondary Picketing after *Pepsi-Cola*: What’s Clear, and What Isn’t?” (2003), 10 *C.L.E.L.J.* 135. A narrow and clear definition of the scope of liability reduces this risk.

[35] All of these factors, in my view, point to the wisdom of viewing the unlawful means tort as one of narrow scope.

(b) *Rationale of the Unlawful Means Tort*

[36] As Hazel Carty wisely said, “the scope of this tort can only be established by clarifying its rationale so that there is a principled definition of unlawful means”: *An Analysis of the Economic Torts* (2nd ed.), at p. 102. Unfortunately, there is no consensus about what that rationale is or should be. Scholars have remarked that there is no single unifying principle underlying the economic torts generally and that the unlawful means tort in particular is “radically under-theorized”: see, e.g., Deakin, Johnston and Markesinis, at p. 473; Neyers, at p. 233; B. Kain and A. Alexander, “The ‘Unlawful Means’ Element of the Economic Torts: Does a Coherent Approach Lie Beyond Reach?”, in T. L. Archibald and R. S. Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2010* (2010), 33, at p. 162. Identifying the tort’s rationale is therefore far from a straightforward task. But, although there may be no clear rationale as a matter of historical fact, we can consider what rationale best reflects the modern role that the tort should play in the broader scheme of civil liability.

[37] There are several possible rationales for the tort but they are mostly variations on two themes: see, e.g., Neyers, at pp. 220-33, and Kain and Alexander, at pp. 162-74. The first — what I will

(p. 474). Ainsi, l’histoire nous rappelle le risque qu’une interprétation large des délits économiques serve à miner les choix du législateur, voire la liberté d’expression et d’association garantie par la Constitution (voir, p. ex., P. Elias et K. Ewing, « Economic Torts and Labour Law : Old Principles and New Liabilities » (1982), 41 *Cambridge L.J.* 321; B. Adell, « Secondary Picketing after *Pepsi-Cola* : What’s Clear, and What Isn’t? » (2003), 10 *C.L.E.L.J.* 135). Une définition étroite et claire de la portée de la responsabilité permet de réduire ce risque.

[35] Tous ces facteurs suggèrent, à mon avis, qu’il est sage de considérer l’atteinte par un moyen illégal comme étant un délit de portée étroite.

b) *Fondement de l’atteinte par un moyen illégal*

[36] Comme Hazel Carty l’indique judicieusement, [TRADUCTION] « pour circonscrire la portée de ce délit, il faut en préciser le fondement, de sorte que ce qu’il faut entendre par moyen illégal soit défini suivant des principes » (*An Analysis of the Economic Torts* (2^e éd.), p. 102). Malheureusement, ce fondement ne fait pas l’unanimité. Les auteurs signalent qu’aucun principe unificateur ne soutient les délits économiques de façon générale et que l’atteinte par un moyen illégal, en particulier, souffre d’une [TRADUCTION] « grave pauvreté théorique » (voir, p. ex., Deakin, Johnston et Markesinis, p. 473; Neyers, p. 233; B. Kain et A. Alexander, « The “Unlawful Means” Element of the Economic Torts : Does a Coherent Approach Lie Beyond Reach? », dans T. L. Archibald et R. S. Echlin, dir., *Annual Review of Civil Litigation, 2010* (2010), 33, p. 162). Circonscrire le fondement de ce délit est donc loin d’être une tâche aisée. Or, si les faits historiques ne nous éclairent pas à ce sujet, nous pouvons nous demander lequel rend le mieux compte du rôle moderne qu’il faudrait attribuer à ce délit dans la sphère globale de la responsabilité civile.

[37] Plusieurs possibilités ont été avancées, qui se réduisent en gros à des variations sur deux thèmes (voir, p. ex., Neyers, p. 220-233, et Kain et Alexander, p. 162-174). Suivant le premier,

call the “intentional harm” rationale — focuses on the fact that harm has been intentionally inflicted. This rationale supports the creation of new tort liabilities in order to reach clearly excessive and unacceptable intentional conduct: see, e.g., Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2nd ed.), at p. 104. The second, and in my view the preferred rationale, focuses on extending an existing right to sue from the immediate victim of the unlawful act to another party whom the defendant intended to target with the unlawful conduct. I will call this the “liability stretching” rationale. The focus of the tort on this understanding is not on enlarging the basis of civil liability, but on allowing those intentionally targeted by already actionable wrongs to sue for the resulting harm. On either rationale, the tort is, at its core, a tort of intention. The main difference is that on the “intentional harm” rationale, the intention requirement is seen as the main limitation on the potential scope of liability, whereas in the “liability stretching” rationale, the potential scope of liability is limited by both the intention requirement and the more restrictive definition of the conduct which will support liability.

[38] I will explain why I would not accept the first rationale and then turn to my reasons for preferring the second.

[39] There are two versions of the “intentional harm” rationale, one bolder and the other more modest. The bolder version sees the unlawful means tort as part of a broader pattern of liability for all intentionally inflicted harm: see, e.g., *OBG*, at para. 153, *per* Lord Nicholls; P. Sales and D. Stultz, “Intentional Infliction of Harm by Unlawful Means” (1999), 115 *Law Q. Rev.* 411. By contrast, the modest version envisions a more limited role for the tort: it is not meant to sanction all intentional infliction of economic harm but only conduct

que j’appelle fondement intéressant le « préjudice intentionnel », l’élément important est le caractère intentionnel du préjudice. Ce fondement favorise la création de nouvelles causes de responsabilité délictuelle visant à réprimer des comportements intentionnels manifestement abusifs et inacceptables (voir, p. ex., Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2^e éd.), p. 104). Suivant le second — et celui qu’il faut privilégier à mon avis — le droit d’action que peut exercer la victime directe de la conduite illégale du défendeur est également reconnu à une autre personne que le défendeur entendait viser par cette conduite. Je le nomme fondement intéressant l’« extension du champ de la responsabilité ». Suivant cette conception du délit, l’important consiste non pas à élargir le fondement de la responsabilité civile, mais à permettre à ceux qui sont intentionnellement visés par des actes fautifs donnant à autrui matière à procès d’exercer eux aussi un droit d’action pour le préjudice qui leur a été causé. Peu importe le fondement que l’on retient, ce délit est essentiellement un délit d’intention. La principale différence entre les deux fondements tient à ce que, suivant le fondement intéressant le « préjudice intentionnel », la condition relative à l’intention joue pour limiter le champ potentiel de la responsabilité, tandis que, suivant le fondement intéressant l’« extension du champ de la responsabilité », tant la condition relative à l’intention que celle relative au comportement, défini de manière restrictive, jouent pour limiter le champ potentiel de la responsabilité.

[38] Avant d’exposer ce qui me fait privilégier le second, j’explique pourquoi je rejette le premier.

[39] Le fondement intéressant le « préjudice intentionnel » se décline en deux versions, l’une, audacieuse, et l’autre, plus modeste. Selon la première, l’atteinte par un moyen illégal s’inscrit dans une catégorie générale de responsabilité afférente à toute infraction intentionnelle d’un préjudice (voir, p. ex., *OBG*, par. 153, le lord Nicholls; P. Sales et D. Stultz, « Intentional Infliction of Harm by Unlawful Means » (1999), 115 *Law Q. Rev.* 411). Selon la seconde, plus modeste, ce délit joue un rôle plus limité : il ne s’agit pas de sanctionner toute

that is a flagrant abuse of the competitive process. On this view, the tort seeks to maintain the integrity of the competitive process by curbing conduct that deserves to be called “cheating”: Kain and Alexander, at p. 171; S. Deakin and J. Randall, “Rethinking the Economic Torts” (2009), 72 *Mod. L. Rev.* 519, at p. 520.

[40] The intentional harm rationale supports a broader understanding of the unlawful means requirement. Under this rationale, the tortfeasor’s conduct must rise to a level of wrongfulness that amounts to cheating or upsetting the fundamental rules of market competition. Such conduct clearly encompasses torts and crimes but not conduct that is simply *ultra vires* or morally objectionable. So, for example, Kain and Alexander, who would adopt a version of the fair competition rationale, propose that “unlawful means” should extend to all conduct (both acts and omissions) that is forbidden by law whatever its source, regardless of whether it is actionable: p. 178. The unlawfulness requirement exists mainly to provide some broad outer limit for the judicial discretion to impose liability: see Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2nd ed.), at p. 104.

[41] This understanding of the tort is attractive because it provides a principled explanation for why liability should be imposed and one that accords with widely held views of commercial morality. While no person has a common law right to trade *per se*, a person does have a general freedom to participate in the commercial and labour market and a legitimate expectation that the basic rules of the game will be respected. To the extent that the defendant intentionally inflicts economic loss on the plaintiff through unlawful means which are clearly off-side those basic rules, the defendant gains an illegitimate advantage and causes the plaintiff to suffer an unfair disadvantage.

[42] However, for several reasons, I do not accept either the more modest or the bolder version of the

infliction intentionnelle de préjudice économique, mais uniquement la conduite constituant une entorse flagrante au principe de la concurrence. Dans cette optique, le délit vise à préserver l’intégrité de la concurrence en réprimant les comportements que l’on peut qualifier à bon droit de [TRADUCTION] « tricherie » (Kain et Alexander, p. 171; S. Deakin et J. Randall, « Rethinking the Economic Torts » (2009), 72 *Mod. L. Rev.* 519, p. 520).

[40] Le fondement intéressant le préjudice intentionnel favorise une interprétation large du critère du moyen illégal. Ainsi, suivant pareil fondement, pour être illégale, la conduite fautive de l’auteur du délit doit constituer de la tricherie ou perturber les règles fondamentales de la concurrence. Une telle conduite englobe indéniablement les délits et les crimes, mais non les simples comportements hors compétence ou moralement répréhensibles. Ainsi, Kain et Alexander, tenants d’une version axée sur la concurrence loyale, proposent que le « moyen illégal » comprenne toute conduite (action ou omission), donnant ouverture ou non à action, qui est visée par une interdiction juridique, quelle qu’en soit la source (p. 178). Le critère du caractère illégal sert principalement à circonscrire largement l’exercice du pouvoir judiciaire discrétionnaire qui permet d’imposer la responsabilité (voir Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2^e éd.), p. 104).

[41] Cette conception du délit est attrayante parce qu’elle fournit une explication raisonnée des motifs justifiant la responsabilité et concorde avec une perception généralement admise de l’éthique commerciale. Bien que la common law ne reconnaisse pas de droit individuel de commercer comme tel, chacun jouit de la liberté générale de participer au marché du commerce et du travail et peut légitimement s’attendre à ce que les règles fondamentales les régissant soient respectées. Le défendeur qui cause intentionnellement une perte financière au demandeur en recourant à un moyen illégal qui s’écarte clairement de ces règles fondamentales obtient un avantage illégitime et fait subir un désavantage injuste au demandeur.

[42] Toutefois, pour diverses raisons, je ne puis accepter ni la version audacieuse ni la version plus

intentional harm rationale. Accepting either version would lead to an unwieldy concept of “unlawful means” and thus to undue uncertainty in commercial affairs. Furthermore, the modest version of this rationale fails to account for a central feature of the unlawful means tort, namely that it is a tort of intention. If the primary purpose of the tort were to uphold the institution of market competition, it would be irrelevant whether the interference was intentional or negligent: see Neyers, at pp. 229-30. The more ambitious rationale for the tort is inconsistent with two broad policies of the common law. As I outlined earlier, the common law generally prefers a limited role for the economic torts in the modern marketplace. The more ambitious rationale is also inconsistent with the unflinching refusal over many years of the courts in England and in common law Canada to adopt a *prima facie* tort which makes actionable intentional and unjustifiable interference with economic interests even in the absence of unlawful means: see, e.g., *Allen*, at p. 121, *per* Lord Herschell; *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452, at p. 469; *OBG*, at para. 145, *per* Lord Nicholls.

[43] This brings me to the rationale I prefer. The liability stretching rationale sees the tort as extending civil liability without creating new actionable wrongs. It thereby closes a perceived liability gap where the wrongdoer’s acts in relation to a third party, which are in breach of established legal obligations to that third party, intentionally target the injured plaintiff: *Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495, at pp. 534-35, *per* Lord Lindley; J. Eekelaar, “The Conspiracy Tangle” (1990), 106 *Law Q. Rev.* 223, at pp. 225-26; Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2nd ed.), at pp. 103-4. The liability stretching rationale underlies Lord Hoffmann’s speech on behalf of the majority in *OBG*: see paras. 46-48. It also commands considerable (although far from unanimous) support among commentators: see, e.g., R. Podolny, “The Tort of Intentional Interference with Economic Relations: Is Clarity Out of Reach?” (2012), 52 *Can. Bus. L.J.* 63, at pp. 77-78; H. Carty, “The

modeste du fondement intéressant le préjudice intentionnel avancé à l’égard de ce délit. L’une et l’autre version mènent à une notion alambiquée de ce qui constitue un « moyen illégal » propre à susciter une incertitude induite en matière commerciale. En outre, la version plus modeste fait abstraction d’un élément primordial du délit d’atteinte par un moyen illégal, à savoir qu’il s’agit d’un délit d’intention. Si le délit avait pour objet premier de préserver l’institution qu’est la concurrence commerciale, il importerait peu que l’atteinte soit intentionnelle ou non ou qu’elle procède de la négligence (voir Neyers, p. 229-230). La version audacieuse, quant à elle, est incompatible avec deux grands principes de common law. Je le répète, la common law tend à limiter le rôle des délits économiques dans le marché moderne. La version audacieuse ne cadre pas non plus avec le fait que les tribunaux anglais et les tribunaux canadiens statuant en common law ont toujours refusé de reconnaître l’existence d’un délit d’atteinte intentionnelle et injustifiable à des intérêts économiques qui donnerait un droit d’action même en l’absence de moyen illégal (voir, p. ex., *Allen*, p. 121, le lord Herschell; *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltée*, [1983] 1 R.C.S. 452, p. 469; *OBG*, par. 145, le lord Nicholls).

[43] Cela m’amène au fondement du délit que je préfère. Suivant le fondement intéressant l’extension du champ de la responsabilité, le champ de la responsabilité civile est étendu sans que de nouvelles fautes ouvrant droit à action soient créées. Il permet ainsi de combler ce qui est perçu comme une lacune en matière de responsabilité, dans les cas où l’auteur d’un acte fautif commis à l’endroit d’un tiers en contravention aux obligations juridiques établies qu’il a à l’égard de ce dernier vise intentionnellement le demandeur lésé (*Quinn c. Leathem*, [1901] A.C. 495, p. 534-535, le lord Lindley; J. Eekelaar, « The Conspiracy Tangle » (1990), 106 *Law Q. Rev.* 223, p. 225-226; Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2^e éd.), p. 103-104). Le fondement intéressant l’extension du champ de la responsabilité sous-tend le raisonnement exposé au nom des juges majoritaires par lord Hoffmann dans *OBG* (voir par. 46-48). Il recueille en outre un appui considérable (quoique loin d’être unanime)

Economic Torts in the 21st Century” (2008), 124 *Law Q. Rev.* 641, at p. 672; Neyers, at pp. 231-33.

[44] Why do I favour the liability stretching rationale? It provides a rational explanation for the expansion of tort liability which rests on pre-existing causes of action. This type of expansion provides certainty because it establishes a clear “control mechanism” on liability in this area of the law, consistent with tort law’s reticence to intrude too far into the realm of competitive economic activity: *OBG*, at para. 266, *per* Lord Walker of Gestingthorpe. In the words of Baroness Hale of Richmond in *OBG*, it is “consistent with legal policy to limit rather than to encourage the expansion of liability in this area”: para. 306. I agree in general terms with Hazel Carty that “a narrow remit . . . based on existing civil liability is the best policy”: *An Analysis of the Economic Torts* (2nd ed.), at p. 301.

[45] This rationale of the tort supports a narrow definition of “unlawful means”: the tort does not seek to create new actionable wrongs but simply to expand the range of persons who may sue for harm intentionally caused by existing actionable wrongs to a third party. Thus, criminal offences and breaches of statute would not be *per se* actionable under the unlawful means tort, but the tort would be available if, under common law principles, those acts also give rise to a civil action by the third party and interfered with the plaintiff’s economic activity. For example, crimes such as assault and theft would be actionable by a third party in the torts of trespass to the person and conversion. But other breaches of criminal or regulatory law will not give rise to a civil action and there will be therefore no potential liability under the unlawful means tort. This approach avoids “tortifying” the criminal and regulatory law by imposing civil liability where

parmi les auteurs (voir, p. ex., R. Podolny, « The Tort of Intentional Interference with Economic Relations : Is Clarity Out of *Reach*? » (2012), 52 *Rev. can. dr. comm.* 63, p. 77-78; H. Carty, « The Economic Torts in the 21st Century » (2008), 124 *Law Q. Rev.* 641, p. 672; Neyers, p. 231-233).

[44] Pourquoi ce fondement me paraît-il préférable? Parce qu’il fait reposer sur des assises rationnelles l’extension du champ de la responsabilité délictuelle, qui est limitée aux causes d’action préexistantes. Ce type d’extension favorise la certitude parce qu’il établit un « mécanisme de contrôle » clair pour déterminer la responsabilité qui respecte la réticence exprimée dans le domaine de la responsabilité délictuelle à trop intervenir dans le champ de l’activité économique concurrentielle (*OBG*, par. 266, le lord Walker of Gestingthorpe). Pour reprendre les termes employés par la baronne Hale of Richmond dans *OBG*, il est [TRADUCTION] « conforme aux principes juridiques de contenir l’extension du champ de la responsabilité dans ce domaine plutôt que de l’encourager » (par. 306). Je partage de façon générale l’avis de Hazel Carty selon lequel [TRADUCTION] « un critère étroit [. . .] reposant sur les causes de responsabilité civile existantes constitue la meilleure voie » (*An Analysis of the Economic Torts* (2^e éd.), p. 301).

[45] Ce fondement du délit milite en faveur d’une définition étroite du « moyen illégal » : le délit a pour effet non pas de créer de nouvelles fautes ouvrant droit à action, mais simplement de reconnaître à d’autres personnes la possibilité de poursuivre pour un préjudice qui leur a été causé intentionnellement par une faute donnant déjà matière à procès à un tiers. Les infractions criminelles et contraventions aux lois ne permettraient donc pas a priori d’intenter une action pour atteinte par un moyen illégal, mais une telle action serait possible si les actes en cause, suivant les principes de la common law, fondent également l’action civile du tiers et ont porté atteinte à l’activité économique du demandeur. Par exemple, des crimes comme les voies de fait et le vol pourraient donner au tiers ouverture à action pour atteinte directe à la personne et détournement, respectivement. Or, ce ne sera pas le cas d’autres infractions à des lois en matière criminelle ou

there would not otherwise be any: see *OBG*, at paras. 57 and 266. The two core components of the unlawful means tort are thus that the defendant must use unlawful means, in the narrow sense, and that the defendant must intend to harm the plaintiff through the use of the unlawful means.

[46] There are at least two objections to the liability stretching rationale, but I do not find either persuasive.

[47] One objection is that this rationale cannot explain imposing liability in situations where the third party also suffers a loss: see Neyers, at p. 232. This objection sees a gap in liability as arising only if A commits a wrong against B but the harm is suffered only by C; the “gap” arises because neither B nor C has a claim. If filling that gap is the purpose of the unlawful means tort, then it would be difficult to justify imposing liability in classic cases of the unlawful means tort, such as *Tarleton*, where the third party also suffers harm and has a valid claim. My view, however, is that this objection is predicated on an unduly narrow understanding of the “gap” in liability. It is desirable to stretch liability even if other forms of action may be available. Take *Tarleton* as an example. Both the occupants of the canoe and the competitor trading ship suffered harm, but they suffered different and distinct harms. The occupants of the canoe suffered physical harm while the ship owners suffered economic harm distinct from those physical injuries. Allowing recovery for only one type of loss would leave the other loss uncompensated for no obvious reason. The liability stretching rationale, as I see it, justifies imposing liability in these circumstances.

réglementaire, et il n’en découlera pas de risque de responsabilité pour atteinte par un moyen illégal. Cette démarche évite de « délictualiser » le régime légal en matière criminelle ou réglementaire en imposant une responsabilité civile là où il n’y en aurait pas (voir *OBG*, par. 57 et 266). Les deux éléments essentiels du délit d’atteinte par un moyen illégal sont donc les suivants : le défendeur a recours à un moyen illégal, au sens étroit du terme, et le défendeur cause intentionnellement un préjudice au demandeur.

[46] Au moins deux objections ont été formulées à l’égard du fondement intéressant l’extension du champ de la responsabilité, mais aucune ne me paraît convaincante.

[47] Suivant la première objection, ce fondement ne permet pas d’expliquer pourquoi il devrait y avoir responsabilité à l’égard du demandeur dans les situations où le tiers a également subi un préjudice (voir Neyers, p. 232). Pour ceux qui élèvent cette objection, la « lacune » en matière de responsabilité n’intervient que si A commet une faute à l’endroit de B, mais que seul C en subit un préjudice, et elle provient du fait que ni B ni C n’ont de recours. À leur avis, si le délit d’atteinte par un moyen illégal vise à combler cette lacune, on pourrait difficilement justifier l’imposition d’une responsabilité dans les cas classiques, tel celui de *Tarleton*, où le tiers avait également subi un préjudice et pouvait valablement exercer un droit d’action. J’estime toutefois que l’objection repose sur une conception trop étroite de la « lacune ». Il est souhaitable d’étendre le champ de la responsabilité même si d’autres formes d’action peuvent être exercées. Prenons l’exemple de *Tarleton* : les passagers du canot et le navire marchand concurrent ont subi un préjudice, quoique distinct. Dans le cas des passagers du canot, le préjudice était d’ordre physique tandis que, dans le cas des propriétaires du navire, il était d’ordre économique. En permettant le recouvrement d’un seul type de perte, on négligerait l’autre perte sans raison évidente. Le fondement intéressant l’extension du champ de la responsabilité, de mon point de vue, justifie l’imposition d’une responsabilité dans cette situation.

[48] The second potential objection to the liability stretching rationale is that it provides a cause of action even though no right of the plaintiff has been engaged by the defendant's conduct: see Neyers, at p. 232. But the question is whether there ought to be a right of recovery. The affirmative answer rests on the notion that a modest expansion of the range of persons who can sue is justified where the breach of an existing duty to one party is intended to, and does, economically harm another.

[49] I conclude that the best rationale for the unlawful means tort is "liability stretching", a rationale that favours a narrow approach to the unlawful means requirement.

(c) *Review of the Jurisprudence*

[50] The case law does not form a tidy package of consistent approaches. But on balance it favours a narrow approach to the unlawful means requirement.

(i) England and Wales

[51] The leading case on the unlawful means tort in England is the decision of the House of Lords in *OBG*. Lord Hoffmann, for the majority, adopted a narrow definition of "unlawful means". The plaintiff will have a claim only where the wrong to the third party would have been actionable at the instance of that third party: *OBG*, at para. 49. The only exception identified by Lord Hoffmann to this narrow view was that the defendant would still be liable if the third party would have had an action but for the fact that he or she had suffered no loss. This exception is tailored to capture facts where the loss is suffered by the plaintiff rather than the third party, as where, for example, the defendant intimidates the third party into acting to the detriment of the plaintiff. Lord Hoffmann added a further requirement to his definition of "unlawful means": the unlawful means must interfere with the third party's "freedom to deal with the claimant": para. 51. The plaintiff must therefore have an economic interest at stake in the interference by the defendant with the third party.

[48] La seconde objection possible est que ce fondement reconnaît une cause d'action au demandeur même si la conduite du défendeur n'a porté atteinte à aucun de ses droits (voir Neyers, p. 232). Or, il faut plutôt se demander s'il devrait y avoir un droit d'indemnisation. La réponse affirmative à cette question s'explique ainsi : la modeste extension d'un droit de recours se justifie dans les cas où un manquement à une obligation existante envers une partie vise à causer un préjudice économique à une autre, et y parvient.

[49] Je conclus donc que le fondement intéressant l'« extension du champ de la responsabilité » est préférable, fondement du délit d'atteinte par un moyen illégal qui favorise une définition étroite du critère du moyen illégal.

c) *Examen de la jurisprudence*

[50] Les décisions en cette matière ne forment pas un ensemble ordonné de raisonnements semblables, mais elles préconisent, de façon générale, une définition étroite du critère du moyen illégal.

(i) Angleterre et Pays de Galles

[51] En Angleterre, l'arrêt de principe sur le délit d'atteinte par moyen illégal est celui rendu par la Chambre des lords dans l'affaire *OBG*. Lord Hoffmann, auteur de l'opinion majoritaire, a adopté une définition étroite de « moyen illégal », selon laquelle l'action du demandeur n'est possible que lorsque la faute commise à l'endroit du tiers donnerait à ce dernier matière à procès (*OBG*, par. 49). La seule exception à cette définition étroite formulée par lord Hoffmann veut que le défendeur puisse quand même être tenu responsable si le tiers aurait pu exercer un recours n'eût été l'absence de perte. Cette exception vise les situations où le demandeur, et non le tiers, subit la perte, comme lorsque le défendeur intimide le tiers pour que celui-ci agisse au détriment du demandeur. Lord Hoffmann a ajouté une exigence à la définition de « moyen illégal » : le moyen doit entraver la [TRADUCTION] « liberté [du tiers] de traiter avec le demandeur » (par. 51). L'ingérence du défendeur dans les affaires du tiers doit donc nuire à un intérêt économique du demandeur.

[52] The majority in *OBG* rejected the much broader view of unlawful means adopted by Lord Nicholls. On that wider view, “unlawful means” comprise “all acts which a person is not permitted to do. The distinction is between ‘doing what you have a legal right to do and doing what you have no legal right to do’”: para. 150, citing Lord Reid in *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129, at pp. 1168-69. “Unlawful means” include common law torts, statutory torts, crimes, breaches of contract, breaches of trust and equitable obligations, breaches of confidence, and so on: para. 150. To this broad definition of “unlawful means”, Lord Nicholls added the requirement that the plaintiff must be harmed through the “instrumentality” of the third party: paras. 159-60.

[53] Less than a year after *OBG*, the House of Lords reconsidered the scope of “unlawful means”, but this time in the context of unlawful means conspiracy: *Revenue and Customs Commissioners v. Total Network SL*, [2008] UKHL 19, [2008] 1 A.C. 1174. The House of Lords distinguished the conspiracy tort from the unlawful means tort and held that a more flexible definition of “unlawful means” was needed in the conspiracy context: paras. 44, 76-77 and 94. Their Lordships echoed the views of Lord Nicholls in *OBG* in noting that criminal conduct is “at the top end” of “the scale of blameworthy conduct”: see para. 91, *per* Lord Walker of Gestingthorpe.

(ii) Australia

[54] While the position in Australia is not entirely settled, it is clear that the unlawful means tort will have at most a modest role to play in that country. In its most recent case on the unlawful means tort, the High Court left open the question of whether or not the independent tort of causing loss by unlawful means was even part of Australian law: *Sanders v. Snell*, [1998] HCA 64, 196 C.L.R. 329. Lower court decisions suggest that if the tort does exist, it exists in a narrow form similar to that articulated in *OBG: Canberra Data Centres Pty Ltd. v. Vibe*

[52] Dans *OBG*, les juges majoritaires ont rejeté la notion beaucoup plus large de moyen illégal retenue par lord Nicholls, pour qui constitue un « moyen illégal » [TRADUCTION] « tout acte qu’une personne n’est pas autorisée à accomplir. La distinction s’opère entre “ce qu’on a juridiquement le droit de faire et ce qu’on n’a pas juridiquement le droit de faire” » (par. 150, citant lord Reid dans *Rookes c. Barnard*, [1964] A.C. 1129, p. 1168-1169). Les « moyens illégaux » comprennent les délits civils de common law, les délits civils d’origine législative, les crimes, les ruptures de contrat, la violation de fiducie et d’obligations en equity, l’abus de confiance et ainsi de suite (par. 150). Lord Nicholls complète cette définition large en y ajoutant l’exigence que le préjudice ait été causé au demandeur par [TRADUCTION] « l’intermédiaire » d’un tiers (par. 159-160).

[53] Moins d’un an après *OBG*, la Chambre des lords a réexaminé la portée du « moyen illégal », cette fois dans le contexte du complot exécuté par des moyens illégaux (*Revenue and Customs Commissioners c. Total Network SL*, [2008] UKHL 19, [2008] 1 A.C. 1174). Elle a établi une distinction entre ce délit et le délit d’atteinte par un moyen illégal, et elle a jugé qu’une définition plus souple du « moyen illégal » s’appliquait dans le contexte du complot (par. 44, 76-77 et 94). Les lords juges ont fait écho à l’opinion de lord Nicholls dans *OBG*, faisant remarquer qu’une conduite criminelle se situe [TRADUCTION] « dans le haut » de « la fourchette des comportements condamnables » (voir par. 91, le lord Walker of Gestingthorpe).

(ii) Australie

[54] Bien que la position australienne n’a pas entièrement cristallisé, il ne fait aucun doute que le délit d’atteinte par un moyen illégal jouera tout au plus un rôle modeste dans ce pays. Dans sa plus récente décision en cette matière, la Haute Cour a laissé en suspens la question de savoir si le délit distinct qui consiste à causer une perte par un moyen illégal existait même en droit australien (*Sanders c. Snell*, [1998] HCA 64, 196 C.L.R. 329). Des décisions d’instances inférieures laissent entendre que si ce délit existe effectivement, il revêt une

Constructions (ACT) Pty Ltd., [2010] ACTSC 20, 173 A.C.T.R. 33, at para. 141; *Hardie Finance Corporation Pty Ltd. v. Ahern (No. 3)*, [2010] WASC 403 (AustLII); see also K. Barker et al., *The Law of Torts in Australia* (5th ed. 2012), at pp. 291 ff.

(iii) New Zealand

[55] The unlawful means tort is more firmly established in New Zealand and a narrow approach is taken to the unlawful means requirement: *Van Camp Chocolates Ltd. v. Aulsebrooks Ltd.*, [1984] 1 N.Z.L.R. 354 (C.A.). More recently, in *Diver v. Loktronic Industries Ltd.*, [2012] NZCA 131 (NZLII), the New Zealand Court of Appeal adopted Lord Hoffmann’s analysis of the unlawful means tort in *OBG*, although this may not be the final word on the subject, as the analysis is brief and it is not clear that the point was argued: see para. 100.

(iv) United States

[56] The approach in several states of the United States departs markedly from the Commonwealth jurisprudence. In many states, liability is imposed where the defendant’s conduct is “improper”. In the several states that follow the *Restatement of the Law, Second: Torts 2d* (1989), this is determined by reference to a combination of factors including the defendant’s motive, the nature of the plaintiff’s interest, and the social value of the defendant’s conduct: see § 767. The lack of an “unlawful means” requirement in most U.S. states has been criticized as creating commercial uncertainty, although this approach also has its defenders: H. S. Perlman, “Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine” (1982), 49 *U. Chicago L. Rev.* 61; compare J. C. Estes, “Expanding Horizons in the Law of Torts — Tortious Interference” (1974), 23 *Drake L. Rev.* 341; see also L. Watkins, “Tort Law — Tortious Interference with Business Expectancy — A Trap for the Wary and Unwary Alike” (2012), 34 *U. Ark. Little Rock L. Rev.* 619. Given the fundamentally different paths which Anglo-Canadian

forme étroite semblable à celle qui est expliquée dans *OBG (Canberra Data Centres Pty Ltd. c. Vibe Constructions (ACT) Pty Ltd.*, [2010] ACTSC 20, 173 A.C.T.R. 33, par. 141; *Hardie Finance Corporation Pty Ltd. c. Ahern (No. 3)*, [2010] WASC 403 (AustLII); voir aussi K. Barker et autres, *The Law of Torts in Australia* (5^e éd. 2012), p. 291 et suiv.).

(iii) Nouvelle-Zélande

[55] Le délit d’atteinte par un moyen illégal est mieux établi en Nouvelle-Zélande, et le critère du moyen illégal y reçoit une interprétation étroite (*Van Camp Chocolates Ltd. c. Aulsebrooks Ltd.*, [1984] 1 N.Z.L.R. 354 (C.A.)). Dans l’arrêt plus récent *Diver c. Loktronic Industries Ltd.*, [2012] NZCA 131 (NZLII), la Cour d’appel de la Nouvelle-Zélande a adopté l’analyse du délit d’atteinte par un moyen illégal exposée par lord Hoffmann dans *OBG*. Or, il se peut que ce ne soit pas le dernier mot sur la question, car l’analyse est brève, et il n’est pas certain que ce point ait été plaidé (voir le par. 100).

(iv) États-Unis

[56] La jurisprudence dans plusieurs États américains diffère sensiblement de celle du Commonwealth. Dans plusieurs États, la responsabilité découle de la conduite [TRADUCTION] « répréhensible » du défendeur, ce qui, dans les États qui appliquent le *Restatement of the Law, Second: Torts 2d* (1989), appelle l’examen d’un ensemble de facteurs, notamment le motif du défendeur, la nature de l’intérêt du demandeur et la valeur sociale de la conduite du défendeur (voir l’art. 767). Certains auteurs déplorent l’incertitude en matière commerciale qui découle de l’absence, dans la plupart des États américains, du critère du « moyen illégal », mais cette approche a ses partisans (H. S. Perlman, « Interference with Contract and Other Economic Expectancies : A Clash of Tort and Contract Doctrine » (1982), 49 *U. Chicago L. Rev.* 61; comparer avec J. C. Estes, « Expanding Horizons in the Law of Torts — Tortious Interference » (1974), 23 *Drake L. Rev.* 341; voir aussi L. Watkins, « Tort Law — Tortious Interference with Business Expectancy — A Trap for the Wary and Unwary Alike » (2012), 34 *U. Ark. Little Rock*

and American tort law have taken on this subject, there is no need to examine the American jurisprudence in greater detail here. It is sufficient to note that the feared dangers associated with a broad approach to this tort appear to have materialized.

(v) Canada

[57] The position in the common law jurisdictions, as I read it, favours a narrow understanding of the unlawful means requirement. I will examine first the previous decisions of this Court and then turn to the jurisprudence from Canadian appellate courts.

[58] There is only one decision of this Court dealing with the unlawful means tort, although the Court has also addressed the unlawful means requirement in the context of unlawful means conspiracy and intimidation. I read this jurisprudence as being consistent with a narrow approach to unlawful means in the unlawful means tort context.

[59] The case addressing the unlawful means tort is *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265. Mr. Therien owned a small trucking business which loaned trucks and drivers to a construction company in British Columbia. After the employees of the construction company unionized, Mr. Therien was told that he needed to join the union, which he did not do. The union threatened to picket the construction company, which then decided to cease doing business with Mr. Therien. Mr. Therien brought an action against the union for interference with business by illegal means. Locke J. held that the union's threat to picket the employer was a breach of its obligation under the collective agreement to submit disputes relating to the agreement to arbitration and of s. 21 of the *Labour Relations Act*, S.B.C. 1954, c. 17, which made it an offence for any person to violate an obligation arising under a collective agreement. Locke J. held that "to ascertain whether the means employed were illegal inquiry may be made both at

L. Rev. 619). Puisque le droit de la responsabilité délictuelle américain diffère fondamentalement du droit anglo-canadien sur ce point, il est inutile de pousser plus avant l'examen de la jurisprudence américaine. Il suffit de signaler que les craintes relatives à l'adoption d'une définition large de ce délit semblent s'être matérialisées.

(v) Canada

[57] La position des ressorts de common law, telle que je l'interprète, favorise une interprétation étroite du critère du moyen illégal. Mon examen portera d'abord sur les arrêts antérieurs de la Cour puis abordera la jurisprudence des cours d'appel canadiennes.

[58] Un seul arrêt de la Cour concerne le délit d'atteinte par un moyen illégal; la Cour a toutefois analysé le critère du moyen illégal en rapport avec le complot exécuté par des moyens illégaux et l'intimidation. Selon moi, cette jurisprudence va dans le sens d'une définition étroite du moyen illégal dans le contexte du délit d'atteinte par un moyen illégal.

[59] L'arrêt intéressant le délit d'atteinte par un moyen illégal est *International Brotherhood of Teamsters c. Therien*, [1960] R.C.S. 265. M. Therien exploitait une petite entreprise de camionnage qui louait des véhicules et les services de chauffeurs à une entreprise de construction en Colombie-Britannique. Les employés de l'entreprise de construction se sont syndiqués, et M. Therien a été informé qu'il devait adhérer au syndicat, ce qu'il n'a pas fait. Le syndicat a menacé de piquetage l'entreprise de construction, et celle-ci a mis fin à ses rapports commerciaux avec M. Therien, lequel a poursuivi le syndicat pour atteinte à des relations commerciales par un moyen illégal. Le juge Locke a statué qu'en menaçant l'employeur de piquetage le syndicat avait contrevenu à l'obligation prévue à la convention collective de soumettre à l'arbitrage les différends relatifs à cette convention et avait enfreint l'art. 21 de la *Labour Relations Act*, S.B.C. 1954, ch. 17, aux termes duquel constituait une infraction la violation de toute obligation découlant

common law and of the statute law” and concluded that both the union’s breach of contract and breach of statute constituted unlawful means: p. 280.

[60] The intervener, the Attorney General of British Columbia, argues that the inclusion of statutory offences within the scope of the unlawful means tort in *Therien* precludes the adoption of the narrow view of the tort. I do not think this is the case for two reasons.

[61] First, it was not necessary to rely on the breach of statute in *Therien*: the conduct giving rise to the claim was also a breach of the collective agreement between the union and the company employing Mr. Therien’s firm: see pp. 283-84, *per* Cartwright J. In any case, there was no analysis of the question whether unlawful means may include all breaches of statute.

[62] Second, the comments in *Therien* about civil liability for breach of statute must be read in light of this Court’s subsequent jurisprudence about the interplay between statutory duties and civil causes of action: see, e.g., *The Queen in Right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129. The law in this regard has evolved significantly since *Therien* and the brief reference to breach of statute must be read in light of those developments. The position that I propose in relation to the scope of unlawful means is consistent with this approach. A breach of statute will constitute unlawful means if it would be otherwise actionable under the principles developed in these later cases. While this Court has held that the unlawful means

d’une convention collective. Le juge Locke a indiqué que [TRADUCTION] « l’illégalité du moyen peut s’évaluer au regard tant de la common law que des textes législatifs », et conclu que la rupture de contrat et le manquement à une disposition législative par le syndicat constituaient tous deux un moyen illégal (p. 280).

[60] Selon le procureur général de la Colombie-Britannique, intervenant en l’espèce, comme la Cour dans *Therien* indique qu’une infraction à une disposition législative peut constituer le délit d’atteinte par un moyen illégal, la définition étroite du délit est impossible. Je ne suis pas de cet avis, pour deux raisons.

[61] Premièrement, il n’était pas nécessaire, dans *Therien*, de fonder le raisonnement sur l’infraction à la disposition législative : la conduite donnant lieu à la poursuite contrevenait également à la convention collective intervenue entre le syndicat et l’entreprise qui faisait affaire avec le commerce de M. Therien (voir p. 283-284, le juge Cartwright). De toute manière, la Cour n’a pas examiné la question de savoir si toute infraction à une disposition législative peut constituer un moyen illégal.

[62] Deuxièmement, la jurisprudence subséquente de la Cour au sujet de l’interaction entre les obligations légales et les causes d’action civiles doit éclairer notre lecture des commentaires formulés dans *Therien* au sujet de la responsabilité civile découlant d’une infraction à une disposition législative (voir, p. ex., *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129). Le droit à cet égard a beaucoup évolué depuis l’arrêt *Therien*, et c’est à la lumière de cette évolution qu’il faut interpréter la brève mention qui y est faite à propos de l’inobservation de dispositions législatives. La position que je propose relativement à la portée du moyen illégal va dans ce sens. L’infraction à une

conspiracy tort continues to impose liability for breaches of statute, as I explain below, there is no need for consistency in the unlawful means component of unlawful means conspiracy and of the tort of causing loss by unlawful means.

[63] The Court has also considered the unlawful means requirement in the context of unlawful means conspiracy. In *Gagnon v. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] S.C.R. 435, a shipbuilder refused to negotiate with an uncertified union. The union responded by picketing which resulted in a work stoppage which was found to have been an unlawful strike. The shipbuilder sued the union members responsible. A majority of the Court found them liable on the basis of unlawful means conspiracy, reasoning that the means employed by the union were prohibited by statute: “. . . this of itself supplies the ingredient necessary to change a lawful agreement which would not give rise to a cause of action into a tortious conspiracy, the carrying out of which exposes the conspirators to an action for damages if any ensue therefrom”: *Gagnon*, at p. 446, *per* Ritchie J.

[64] This approach was also adopted in *LaFarge*. The case involved a conspiracy to prevent or unduly lessen competition in the production of cement contrary to s. 32(1)(c) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23. The plaintiff successfully brought an action against the conspirators claiming damages for conspiracy to injure. The Court allowed the appeal of the conspirators on the basis that they did not intend to injure the plaintiff but rather to advance their business interests. However, Estey J. stated for the Court that “the conduct of the appellants, although not directed towards the plaintiff, was unlawful. They have been convicted of offences in contravention of a federal statute and have been fined in company with their fellow accused in the total sum of \$432,000”: *LaFarge*, at

loi constitue un moyen illégal si elle donne ouverture à action conformément aux principes élaborés dans ces arrêts ultérieurs. Bien que la Cour ait jugé que l’inobservation d’une disposition législative emporte la responsabilité dans le cas du délit de complot exécuté par des moyens illégaux, il n’est pas nécessaire, comme on le verra, que la notion de moyen illégal soit la même pour le délit de complot exécuté par des moyens illégaux et pour celui qui consiste à causer une perte par un moyen illégal.

[63] La Cour a aussi examiné le critère du moyen illégal dans le contexte du délit de complot exécuté par des moyens illégaux. Dans l’affaire *Gagnon c. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] R.C.S. 435, un syndicat non accrédité s’étant fait opposer un refus de négocier par un constructeur de navire a érigé un piquet de grève qui a entraîné un arrêt de travail, lequel a été jugé constituer une grève illégale. Le constructeur a poursuivi les instigateurs au sein du syndicat. Par jugement majoritaire, la Cour a conclu qu’ils avaient engagé leur responsabilité pour complot exécuté par des moyens illégaux, parce que des dispositions législatives interdisaient les moyens employés : [TRADUCTION] « . . . ce qui suffit en soi à transformer un accord licite qui n’engendrerait aucune cause d’action en complot délictuel dont l’exécution expose les comploteurs à des poursuites en dommages-intérêts s’il en résulte un préjudice quelconque » (*Gagnon*, p. 446, le juge Ritchie).

[64] Ce raisonnement a aussi été suivi dans *LaFarge*, qui portait sur un complot visant à empêcher ou à diminuer indûment la concurrence dans la production de béton en contravention à l’al. 32(1)(c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23. La demanderesse avait poursuivi en dommages-intérêts les auteurs d’un complot en vue de nuire et avait eu gain de cause. La Cour a accueilli l’appel des auteurs du complot parce qu’ils avaient l’intention, non pas de nuire à la demanderesse, mais de servir leurs propres intérêts commerciaux. Le juge Estey, au nom de la Cour, a cependant indiqué que « si elle n’était pas dirigée contre la demanderesse, la conduite des appelantes n’en était pas moins illégale. Elles ont été reconnues coupables d’avoir commis des

p. 472. The Court confirmed the *LaFarge* understanding of unlawful means conspiracy in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at pp. 984-90.

[65] The scope of unlawful means has also arisen in the context of the tort of intimidation. Intimidation is committed when the defendant threatens to commit an unlawful act and in so doing causes loss to the person threatened (two-party intimidation) or to a third party (three-party intimidation). The tort of intimidation was recognized before the unlawful means tort fully in its present form was well established: *Fridman*, at p. 765.

[66] In *Roman Corporation Ltd. v. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd.*, [1973] S.C.R. 820, the Court recognized the tort of intimidation, though held that it was not available in that case as there had been no threat to use unlawful means: pp. 829-30. The tort of intimidation reached this Court again in the case of *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42. The Minister of Mineral Resources threatened to cancel the plaintiff's mineral leases if it did not lower its potash production under regulations which on separate grounds were held to be *ultra vires*. Martland J. rejected the plaintiff's claim in intimidation on the grounds that the Minister lacked the necessary intention for the tort. The Minister had not acted unreasonably, let alone intentionally. Martland J. also distinguished between two-party and three-party intimidation. He held that, unlike the three-party scenario, in a two-party intimidation case a mere threat to breach a contract could not ground liability because the plaintiff should be left to the remedies available under the contract: *Central Canada Potash*, at p. 87. This Court reiterated the application of the intimidation tort to both two-party and three-party situations in *Pepsi-Cola*, at para. 113.

infractions à une loi fédérale et elles se sont vu avec leurs coaccusées imposer des amendes totalisant 432 000 \$ » (*LaFarge*, p. 472). Cette conception du complot exécuté par des moyens illégaux a été confirmée dans *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 984-990.

[65] La question de la portée du moyen illégal s'est également posée dans le contexte du délit d'intimidation. Il y a intimidation lorsque le défendeur menace de commettre un acte illégal et occasionne ainsi des pertes à la personne menacée (intimidation dans une situation mettant en cause deux parties) ou à un tiers (intimidation dans une situation mettant en cause trois parties). Le délit d'intimidation a été reconnu avant que le délit d'atteinte par un moyen illégal dans sa forme actuelle ne soit bien établi (*Fridman*, p. 765).

[66] Dans *Roman Corporation Ltd. c. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd.*, [1973] R.C.S. 820, la Cour a reconnu le délit d'intimidation tout en concluant qu'il ne pouvait être invoqué dans ce cas parce qu'il n'y avait pas eu menace de recours à des moyens illégaux (p. 829-830). La Cour a eu à se prononcer une fois de plus sur ce délit dans l'affaire *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42. Le ministre des Ressources minérales avait menacé d'annuler le bail de droit minier de la demanderesse si elle ne réduisait pas sa production de potasse en application d'un règlement qui a été jugé *ultra vires* pour d'autres motifs. Le juge Martland a rejeté la demande fondée sur l'intimidation parce que le ministre n'avait pas eu l'intention nécessaire pour qu'il y ait délit. Il n'avait pas agi de façon déraisonnable, et encore moins de façon intentionnelle. Le juge Martland établit également une distinction entre la situation mettant en cause deux parties et celle mettant en cause trois parties, estimant que, dans le premier cas, la simple menace de rupture de contrat n'emporte pas responsabilité, parce que le demandeur peut se prévaloir des recours contractuels, ce qui n'est pas vrai dans le deuxième cas (*Central Canada Potash*, p. 87). Au par. 113 de l'arrêt *Pepsi-Cola*, la Cour revient sur l'application du délit d'intimidation dans l'un et l'autre cas.

[67] The Court has clearly taken a different approach to “unlawful means” in the context of unlawful means conspiracy and intimidation than I propose to adopt in the context of the unlawful means tort. For example, liability based on all breaches of statute is more clearly established in the context of the unlawful means conspiracy tort. Not only *Gagnon* but also *LaFarge* involved liability in the unlawful means conspiracy tort for breaches of statute. Does this suggest that a broader approach should also be followed in the unlawful means tort? In my view, it does not.

[68] While the economic torts may sometimes develop along parallel lines, they have distinct historical roots and roles to play in the regulation of the modern marketplace. So, for example, this Court in *Central Canada Potash* accepted the proposition that a narrower definition of “unlawful means” applies in the two-party intimidation tort than in the three-party intimidation tort. This suggests that there is no general requirement of consistency in the elements of the economic torts. Similarly, the House of Lords accepted the need for different definitions of “unlawful means” for the unlawful means and conspiracy torts in *Total Network*. As Lord Mance put it, “[t]he two torts are different in their nature, and the interests of justice may require their development on somewhat different bases”: para. 123. This same point was made recently by Goudge J.A. on behalf of the Ontario Court of Appeal, who stated that “these two economic torts [i.e. the unlawful means and conspiracy torts] have evolved separately, and thus each ha[s] developed [its] own concept of unlawful conduct”: *Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas*, 2011 ONCA 460, 106 O.R. (3d) 427, at para. 34; see also R. Stevens, *Torts and Rights* (2007), at p. 297. Moreover, it may well be that the presence of an agreement in the tort of conspiracy justifies a different and broader definition of “unlawful means” for the tort of “unlawful means” conspiracy than is appropriate for the unlawful means tort. This is illustrated by the Court’s retention, although as an anomaly, of the so-called predominant purpose conspiracy tort on the basis that the fact of agreement between

[67] En matière de complot et d’intimidation, la Cour aborde clairement le « moyen illégal » d’une manière différente de celle que je propose pour le délit d’atteinte par un moyen illégal. Par exemple, il est établi plus clairement dans le contexte du délit de complot exécuté par des moyens illégaux que dans le contexte de l’atteinte par un moyen illégal que la responsabilité peut découler de toute infraction à une loi. Les affaires *Gagnon* et *LaFarge* portaient sur la responsabilité pour complot exécuté par des moyens illégaux en cas d’infraction à une disposition législative. Faut-il en conclure que le délit d’atteinte par un moyen illégal doit être défini largement? J’estime que non.

[68] Bien que les délits économiques puissent parfois évoluer parallèlement, ils ont des origines distinctes et jouent des rôles différents dans la régulation du marché moderne. Par exemple, dans l’arrêt *Central Canada Potash*, la Cour accepte la proposition selon laquelle une définition de « moyen illégal » plus étroite s’applique aux situations d’intimidation mettant en cause deux parties qu’à celles mettant en cause trois parties. On peut conclure qu’il n’existe pas de grand principe d’uniformité des éléments de ce type de délits. De même, la Chambre des lords a reconnu, dans *Total Network*, que le « moyen illégal » devait être défini différemment selon qu’il s’agit du délit d’atteinte ou du délit de complot. Comme lord Mance l’a expliqué, [TRADUCTION] « [I]es deux délits sont de nature distincte, et il se peut que l’intérêt de la justice commande qu’ils évoluent en fonction de fondements quelque peu différents » (par. 123). S’exprimant au nom de la Cour d’appel de l’Ontario, le juge Goudge a repris le même raisonnement, affirmant que [TRADUCTION] « ces deux délits économiques [à savoir le délit d’atteinte par un moyen illégal et le délit de complot] ont évolué séparément, de sorte qu’ils présentent chacun leur propre notion de ce qu’il faut entendre par conduite illégale » (*Agribrands Purina Canada Inc. c. Kasamekas*, 2011 ONCA 460, 106 O.R. (3d) 427, par. 34; voir aussi R. Stevens, *Torts and Rights* (2007), p. 297). En outre, il se peut que l’existence d’une entente comme élément constitutif du délit de complot justifie une définition différente et plus large de « moyen illégal » dans le contexte de ce

conspirators (or “combination”) could itself justify imposing liability: see, e.g., *LaFarge*, at pp. 471-72, *per Estey J.*

[69] I conclude that it is not necessary to seek identical treatment of the unlawful means component for all of the torts of which it is a requirement. The Court has not insisted on this uniformity in the past and there are reasons of principle that support different approaches in different contexts. Of course, my reasons in this case are confined to the unlawful means tort and nothing I have said should be taken as opining on the elements of other torts which are not before us for decision in this case.

[70] To conclude the review of this Court’s jurisprudence, it does not settle the point before us for decision and the Court has not addressed the unlawful means requirement in this context since *Therien*.

[71] The unlawful means tort has been addressed by many appellate courts across the country: see, e.g., *Gershman v. Manitoba Vegetable Producers’ Marketing Board* (1976), 69 D.L.R. (3d) 114 (Man. C.A.); *Conway v. Zinkhofer*, 2008 ABCA 392 (CanLII); *Polar Ice Express Inc. v. Arctic Glacier Inc.*, 2009 ABCA 20, 446 A.R. 295; *R.L.T.V. Investments Inc. v. Saskatchewan Telecommunications*, 2009 SKCA 83, 331 Sask. R. 78, leave to appeal refused, [2010] 1 S.C.R. xiv. In decisions that address the unlawful means component, there has been a general trend towards a narrower understanding of it. Earlier cases such as *Reach M.D. Inc. v. Pharmaceutical Manufacturers Association of Canada* (2003), 65 O.R. (3d) 30 (C.A.), had advanced a broad definition of “unlawful means” that included any act the

délit que celle qui conviendrait dans celui du délit d’atteinte. Une telle interprétation est illustrée par le fait que la Cour reconnaît la réalité de ce qu’on a appelé le délit de complot visant principalement à causer un préjudice, même si elle admet qu’il s’agit d’une anomalie, et estime que l’existence même d’une entente entre les auteurs du complot (ou d’un acte commis « de concert ») suffit à engendrer la responsabilité (voir, p. ex., *LaFarge*, p. 471-472, le juge Estey).

[69] Je suis d’avis qu’il n’est pas nécessaire de chercher à traiter de manière identique la notion de moyen illégal à l’égard de chaque délit dont elle représente un élément constitutif. La Cour n’a pas insisté sur une telle uniformité par le passé, et des raisons de principe militent en faveur de l’adoption d’une définition différente dans des contextes différents. Bien entendu, mes motifs dans la présente affaire n’intéressent que le délit d’atteinte par un moyen illégal et ne devraient pas être interprétés comme une opinion sur les éléments constitutifs d’autres délits qui n’ont pas été invoqués en l’espèce.

[70] En somme, l’examen de la jurisprudence de la Cour ne nous permet pas de trancher la présente espèce et révèle que la Cour n’a pas statué sur le critère du moyen illégal dans ce contexte depuis l’arrêt *Therien*.

[71] De nombreuses cours d’appel canadiennes ont examiné le délit d’atteinte par un moyen illégal (voir, p. ex., *Gershman c. Manitoba Vegetable Producers’ Marketing Board* (1976), 69 D.L.R. (3d) 114 (C.A. Man.); *Conway c. Zinkhofer*, 2008 ABCA 392 (CanLII); *Polar Ice Express Inc. c. Arctic Glacier Inc.*, 2009 ABCA 20, 446 A.R. 295; *R.L.T.V. Investments Inc. c. Saskatchewan Telecommunications*, 2009 SKCA 83, 331 Sask. R. 78, autorisation d’appel refusée, [2010] 1 R.C.S. xiv). La tendance générale qui se dégage de leur analyse du moyen illégal à titre d’élément constitutif du délit favorise une définition plus étroite. Dans des affaires plus anciennes, comme *Reach M.D. Inc. c. Pharmaceutical Manufacturers Association of Canada* (2003), 65 O.R. (3d) 30 (C.A.), une définition large de ce qui constitue un « moyen

defendant “is not at liberty to commit”: paras. 50-52, citing Lord Denning M.R. in *Torquay Hotel Co., Ltd. v. Cousins*, [1969] 1 All E.R. 522, at p. 530. However, *Reach* has been narrowed by subsequent decisions: *Drouillard v. Cogeco Cable Inc.*, 2007 ONCA 322, 86 O.R. (3d) 431, at paras. 22-24; *Conversions by Vantasy Ltd. v. General Motors of Canada Ltd.*, 2006 MBCA 69, 205 Man. R. (2d) 131, at paras. 31-33, leave to appeal refused, [2007] 1 S.C.R. viii; *Correia v. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353, at para. 107; *O’Dwyer v. Ontario Racing Commission*, 2008 ONCA 446, 293 D.L.R. (4th) 559, at paras. 57-59. The Ontario Court of Appeal has confirmed that it “has now opted for the Lord Hoffmann side of the debate” in *OBG* and adopted the narrow definition of “unlawful means”: see *Alleslev-Krofchak v. Valcom Ltd.*, 2010 ONCA 557, 322 D.L.R. (4th) 193, at paras. 57 and 63, leave to appeal refused, [2011] 1 S.C.R. xi; *Agribrands Purina*, at para. 33; although compare *Barber v. Vrozoz*, 2010 ONCA 570, 322 D.L.R. (4th) 577, at para. 58. *Therien* does not appear to have been addressed in any of these decisions.

[72] I conclude my review by noting the fundamentally different approach which the civil law of Quebec takes to this problem. It offers what is perhaps a more straightforward analysis under the doctrine of “abuse of rights”: see *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, at para. 24. This doctrine is rooted in the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, which provides in art. 6 that “[e]very person is bound to exercise his civil rights in good faith” and in art. 7 that “[n]o right may be exercised with the intent of injuring another”.

[73] The civil law of Quebec thus goes farther than the Anglo-Canadian unlawful means tort: under the civil law, liability may be imposed on the defendant for conduct which is otherwise lawful but which is done with the intent to injure the plaintiff or in a manner inconsistent with the social ends of that right: J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and

illégal » avait été formulée et elle incluait tout acte que le défendeur [TRADUCTION] « n’a pas le droit de faire » (par. 50-52, citant le maître des rôles lord Denning dans *Torquay Hotel Co., Ltd. c. Cousins*, [1969] 1 All E.R. 522, p. 530). Toutefois, des décisions subséquentes ont réduit la portée de la définition formulée dans *Reach (Drouillard c. Cogeco Cable Inc.)*, 2007 ONCA 322, 86 O.R. (3d) 431, par. 22-24; *Conversions by Vantasy Ltd. c. General Motors of Canada Ltd.*, 2006 MBCA 69, 205 Man. R. (2d) 131, par. 31-33, autorisation d’appel refusée, [2007] 1 R.C.S. viii; *Correia c. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353, par. 107; *O’Dwyer c. Ontario Racing Commission*, 2008 ONCA 446, 293 D.L.R. (4th) 559, par. 57-59). La Cour d’appel de l’Ontario a confirmé qu’elle [TRADUCTION] « opte à présent pour la position soutenue par lord Hoffmann » dans *OBG* et retient la définition étroite de « moyen illégal » (voir *Alleslev-Krofchak c. Valcom Ltd.*, 2010 ONCA 557, 322 D.L.R. (4th) 193, par. 57 et 63, autorisation d’appel refusée, [2011] 1 R.C.S. xi; *Agribrands Purina*, par. 33; mais comparer avec *Barber c. Vrozoz*, 2010 ONCA 570, 322 D.L.R. (4th) 577, par. 58). Aucune de ces décisions ne semble avoir examiné l’arrêt *Therien*.

[72] Je clos mon examen en signalant la manière fondamentalement différente dont le droit civil du Québec aborde ce problème. Sa doctrine de l’« abus de droit » traduit une démarche possiblement plus simple que celle que propose la common law (voir *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 24). Cette doctrine est issue du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, lequel énonce à l’art. 6 que « [t]oute personne est tenue d’exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi » et, à l’art. 7, qu’« [a]ucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ».

[73] Le droit civil du Québec va donc plus loin que le droit anglo-canadien et son délit d’atteinte par un moyen illégal : il reconnaît la responsabilité du défendeur ayant commis un acte légal par ailleurs, mais accompli dans l’intention de nuire au demandeur ou d’une manière qui n’est pas conforme avec la finalité sociale du droit d’exercer cet acte (J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin,

N. Vézina, at paras. 156-58. It may well be that the conduct of the appellants in this case would have constituted an abuse of their rights as property manager and the case could thus have been resolved on these grounds under civil law. However, the common law has taken a very different path.

(d) *Conclusion Regarding the Unlawfulness Requirement*

[74] In light of the examination of the jurisprudence in this country and comparable common law jurisdictions, the trend of authority is towards a narrow definition of “unlawful means”. In addition to being consistent with precedent, this approach is also in my view desirable in principle. Restricting unlawful means to acts that would give rise to civil liability to the third party (or would do so if the third party suffered loss from them) provides a coherent and rational basis for the development of the unlawful means tort. The limitation of unlawful means to actionable civil wrongs provides certainty and predictability in this area of the law, since it does not expand the types of conduct for which a defendant may be held liable but merely adds another plaintiff who may recover if intentionally harmed as a result of that conduct. While details relating to the scope of what is “actionable” may need to be worked out in the future, the basic contours of liability would be clear: see *Alleslev-Krofchak*, at para. 63. This approach does not risk “tortifying” conduct rendered illegal by statute for reasons remote from civil liability: see *OBG*, at paras. 57 and 152. The narrow definition of “unlawful means”, in short, keeps tort law within its proper bounds.

[75] There are of course arguments to the contrary. I concede that it may in some cases be artificial to limit the plaintiff’s recovery by reference exclusively to factors that relate to the defendant’s liability to the third party. For example, a statutory immunity might be intended to shield the defendant from liability to the third party for reasons which have nothing to do with the plaintiff: see Deakin

Les obligations (7^e éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, par. 156-158). En droit civil, l’on aurait pu conclure à l’abus du droit que les appelants en l’espèce exerçaient en tant que gestionnaires de l’immeuble et régler l’affaire sur ce fondement. Or, la common law emprunte une voie très différente.

d) *Conclusion au sujet du critère du caractère illégal*

[74] L’examen de la jurisprudence du Canada et de ressorts semblables de common law révèle une tendance à définir restrictivement le « moyen illégal ». Non seulement cette conception est-elle conforme à la jurisprudence antérieure, mais elle est souhaitable en principe, à mon avis. En limitant les moyens illégaux aux actes qui engageraient la responsabilité civile de leur auteur envers un tiers (ou qui le feraient si le tiers en avait subi une perte), on permet l’évolution du délit d’atteinte par un moyen illégal selon une assise cohérente et rationnelle. En outre, les restreindre aux délits civils ouvrant droit à action assure la certitude et la prévisibilité dans ce domaine de droit, du fait qu’on ne grossit pas la liste des actes pouvant engager la responsabilité du défendeur, on ne fait qu’ajouter un demandeur, qui peut être indemnisé si la conduite lui a causé préjudice intentionnel. Peut-être faudra-t-il à l’avenir préciser la portée de ce qui « ouvre droit à action », cependant les limites générales de la responsabilité seraient claires (voir *Alleslev-Krofchak*, par. 63). Cette approche ne risque pas de « délictualiser » une conduite que le législateur a rendue illégale pour des raisons sans rapport avec la responsabilité civile (voir *OBG*, par. 57 et 152). Une définition étroite de « moyen illégal », en bref, permet de confiner le droit de la responsabilité délictuelle dans la sphère qui doit être la sienne.

[75] Il existe naturellement des arguments contraires. Je concède qu’il puisse parfois y avoir quelque artificialité à refuser l’indemnisation du demandeur exclusivement en fonction de facteurs touchant la responsabilité du défendeur envers un tiers. Par exemple, une immunité d’origine législative peut protéger le défendeur contre toute responsabilité à l’endroit du tiers pour des motifs

and Randall, at p. 545. Looked at from another perspective, however, it is unjust to impose liability on the defendant in such a scenario, since he or she would have not committed a legal wrong. The narrow definition of “unlawful means” may also be criticized as unduly narrow for excluding crimes: see *OBG*, at para. 152, *per* Lord Nicholls; *Total Network*, at paras. 90-94, *per* Lord Walker. This exclusion, however, is much less sweeping than it may at first appear, given that many crimes, such as assault or theft, are also tortious. Other crimes, such as bribery, may still be actionable under the tort of unlawful means conspiracy: see P. W. Lee, “Causing Loss by Unlawful Means”, [2011] *S.J.L.S.* 330, at p. 349 (fn. 115). The possibility that immoral or malicious conduct may not be remediable through the economic torts in some cases is simply a consequence of the Anglo-Canadian conception of the limited role of the common law and is a price worth paying for certainty in this area.

[76] I conclude that in order for conduct to constitute “unlawful means” for this tort, the conduct must give rise to a civil cause of action by the third party or would do so if the third party had suffered loss as a result of that conduct.

(2) Is the Tort Available Only if There Is No Other Cause of Action Available to the Plaintiff Against the Defendant in Relation to the Alleged Misconduct?

[77] The appellants urge us to hold that the unlawful means tort, because it has a gap-filling function, should only be available where the defendant’s conduct does not provide the plaintiff with any other cause of action against the defendant. This was the view of the Court of Appeal in this case and this view has also been adopted by the Ontario Court of Appeal and followed by other Canadian courts. For example, in *Correia*, the unlawful means alleged by the plaintiff were directly actionable in negligence against one of the defendants and in *Alleslev-Krofchak*, the unlawful means were directly actionable in defamation and for this reason,

n’ayant rien à voir avec le demandeur (voir *Deakin et Randall*, p. 545). Vu autrement, toutefois, il serait injuste d’imposer au défendeur la responsabilité dans un tel cas, puisqu’il n’a commis aucune transgression du droit positif. On peut également reprocher à la définition étroite de « moyen illégal » d’être indûment restrictive du fait qu’elle exclut les crimes (voir *OBG*, par. 152, le lord Nicholls; *Total Network*, par. 90-94, le lord Walker). Toutefois, cette exclusion est beaucoup moins générale qu’elle puisse d’abord le paraître, puisque de nombreux crimes, comme les voies de fait et le vol, constituent également des délits. D’autres crimes, comme la corruption, pourraient aussi ouvrir droit à action sur le fondement du délit de complot exercé par des moyens illégaux (voir P. W. Lee, « Causing Loss by Unlawful Means », [2011] *S.J.L.S.* 330, p. 349 (note de bas de page 115)). La possibilité qu’une conduite immorale ou malveillante ne donne lieu à aucun recours pour délit économique découle simplement de la conception anglo-canadienne du rôle limité de la common law. Il s’agit du prix à payer pour assurer la certitude dans ce domaine.

[76] Je conclus que par « moyen illégal » à l’égard de ce délit on entend la conduite qui donne au tiers une cause d’action civile ou lui en donnerait une si elle lui avait causé une perte.

(2) Le demandeur peut-il invoquer le délit uniquement si l’inconduite reprochée ne fonde aucune autre cause d’action contre le défendeur?

[77] Les appelants exhortent la Cour à statuer que le délit d’atteinte par un moyen illégal, parce que sa fonction consiste à combler une lacune, ne devrait fonder une action que lorsque la conduite du défendeur ne fournit aucune autre cause d’action au demandeur. C’est la conclusion à laquelle est arrivée la Cour d’appel en l’espèce et c’est également la position qui a été adoptée par la Cour d’appel de l’Ontario et d’autres tribunaux canadiens. Dans *Correia*, par exemple, le moyen illégal invoqué par le demandeur ouvrait droit à une action directe pour négligence contre l’une des parties défenderesses et, dans *Alleslev-Krofchak*, il permettait une

the plaintiffs' claims for causing loss by unlawful means failed: see also *Westcoast Landfill Diversion Corp. v. Cowichan Valley (Regional District)*, 2009 BCSC 53, 55 M.P.L.R. (4th) 208, at paras. 379-87; *0856464 B.C. Ltd. v. TimberWest Forest Corp.*, 2012 BCSC 597, 89 C.B.R. (5th) 235, at para. 47; *Canuck Security Services Ltd. v. Gill*, 2013 BCSC 893 (CanLII), at paras. 188-89. On this view, the tort exists "to fill a gap where no action could otherwise be brought for intentional conduct that caused harm through the instrumentality of a third party": *Correia*, at para. 107. The question is whether we should accept this limitation on the scope of the unlawful means tort. My view is that, for several reasons, we should not.

[78] This limitation seems to me to be wrong in principle. The gist of the tort is the targeting of the plaintiff by the defendant through the instrumentality of unlawful acts against a third party. It is that conduct by the defendant which gives rise to liability quite apart from conduct that may be otherwise actionable by the plaintiff. Moreover, general principles of tort liability accept concurrent liability and overlapping causes of action for distinct wrongs suffered by the plaintiff in respect of the same incident: see, e.g., *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147. Finally, and as I explained earlier, this limitation is premised on an unduly narrow understanding of the "gap-filling" function of the tort. A gap need not be a void.

[79] I do not read *Central Canada Potash* as being contrary to this conclusion. That was a two-party intimidation case and the Court held that the plaintiff could not succeed on the intimidation claim because it was "a party to the contract which it says was threatened to be breached . . . and would have been entitled to pursue its contractual remedies had that contract been illegally breached": p. 87, *per* Martland J. for the Court. However, the Court distinguished two-party intimidation from three-party intimidation and made it clear that the rationale for its holding was limited to two-party cases

poursuite directe pour diffamation; c'est pourquoi les prétentions des demandeurs fondées sur la perte causée par un moyen illégal n'ont pas été accueillies (voir aussi *Westcoast Landfill Diversion Corp. c. Cowichan Valley (Regional District)*, 2009 BCSC 53, 55 M.P.L.R. (4th) 208, par. 379-387; *0856464 B.C. Ltd. c. TimberWest Forest Corp.*, 2012 BCSC 597, 89 C.B.R. (5th) 235, par. 47; *Canuck Security Services Ltd. c. Gill*, 2013 BCSC 893 (CanLII), par. 188-189). Selon cette conception, le délit vise à [TRADUCTION] « combler une lacune lorsqu'aucune autre action ne pourrait être intentée à l'égard d'une conduite intentionnelle qui a causé un préjudice par l'intermédiaire d'un tiers » (*Correia*, par. 107). Convient-il que la Cour accepte de limiter ainsi la portée du délit d'atteinte par un moyen illégal? J'estime que non, pour les raisons que voici.

[78] Cette limitation me semble fondamentalement erronée. L'essence de ce délit est le fait pour le défendeur de prendre pour cible le demandeur par l'intermédiaire d'actes illégaux commis contre un tiers. C'est cette conduite qui emporte la responsabilité du défendeur, indépendamment des actes qui pourraient par ailleurs donner au demandeur matière à procès. Qui plus est, la responsabilité concurrente et le chevauchement de causes d'action pour des préjudices distincts subis par le demandeur lors d'un même incident sont des notions reçues en droit de la responsabilité délictuelle (voir, p. ex., *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147). Enfin, comme je l'explique précédemment, cette limitation procède d'une conception trop étroite de la fonction du délit consistant à combler une lacune. Une lacune n'est pas nécessairement un vide.

[79] Tel que je l'interprète, l'arrêt *Central Canada Potash* ne s'oppose pas à cette conclusion. Dans cette affaire d'intimidation mettant en cause deux parties, la Cour a débouté la demanderesse, qui invoquait l'intimidation par le défendeur parce qu'elle était « partie au contrat que, selon elle, on menaçait de violer [. . .] et elle aurait disposé de recours en vertu du contrat en cas de rupture illégale » (p. 87, le juge Martland, au nom de la Cour). Toutefois, la Cour établit une distinction entre l'intimidation mettant en cause deux parties et celle qui en met en cause trois. Elle précise que

arising from threats to breach a contract between those two parties: pp. 87-88. The underpinning for the Court’s holding does not apply to a three-party unlawful means action.

[80] The “not otherwise actionable” requirement is not consistent with the majority view in *OBG* and can be awkward to apply in practice. In *OBG*, Lord Hoffmann accepted that it would be possible for there to be concurrent liability for inducing breach of contract and causing loss by unlawful means, as where the defendant threatens to break his or her contract with the third party in order to convince the third party to breach a separate contract with the plaintiff. Such a scenario might trigger liability both for the tort of inducing a breach of contract and the unlawful means tort, a result which is inconsistent with the “not otherwise actionable” requirement: see *OBG*, at para. 21. In addition, the “not otherwise actionable” requirement could give rise to some nice questions about whether some other cause of action that might be available to the plaintiff provides an adequate remedy for the loss.

[81] Finally, this limitation is not necessary to ensure that the unlawful means tort is kept within its proper bounds. The restrictions on the “unlawful means” and intention components of the unlawful means tort that I propose mean that it will rarely, if ever, be more advantageous to a plaintiff to plead the unlawful means tort rather than another available cause of action.

[82] I would therefore not limit liability for the unlawful means tort to situations in which the defendant’s conduct is not otherwise actionable by the plaintiff.

(3) Should the “Unlawfulness” Requirement Be Subject to Principled Exceptions?

[83] The Court of Appeal, while adopting a narrow view of the unlawful means requirement, held that it must be subject to principled exceptions.

sa conclusion ne concerne que les situations où il y a menace de rupture du contrat liant deux parties (p. 87-88). Le raisonnement qui sous-tend la décision de la Cour ne s’applique pas à une action pour atteinte par un moyen illégal mettant en cause trois parties.

[80] L’exigence relative à l’absence d’une autre cause d’action ne cadre pas avec l’opinion majoritaire dans *OBG* et peut être difficile à appliquer en pratique. Dans *OBG*, lord Hoffmann a accepté la possibilité qu’inciter à rompre un contrat et causer une perte par un moyen illégal emportent une responsabilité concurrente, par exemple lorsque le défendeur menace un tiers de rupture de contrat pour amener ce dernier à briser ses liens contractuels avec le demandeur. Dans un tel scénario, le défendeur peut avoir engagé sa responsabilité à l’égard tant du délit d’incitation à rupture de contrat que du délit d’atteinte par un moyen illégal, un résultat incompatible avec l’exigence relative à l’absence d’une autre cause d’action (voir *OBG*, par. 21). En outre, cette exigence pourrait donner lieu à des questions délicates sur la possibilité qu’une autre cause d’action procure une réparation adéquate au demandeur.

[81] Enfin, cette limitation n’est pas nécessaire pour confiner le délit d’atteinte par un moyen illégal dans la sphère qui est la sienne. Les restrictions que je propose aux éléments du délit que sont le « moyen illégal » et l’intention feront en sorte qu’un demandeur aura rarement, voire jamais, avantage à invoquer le délit d’atteinte par un moyen illégal plutôt qu’une autre cause d’action possible.

[82] Je suis donc d’avis de ne pas restreindre l’application du délit d’atteinte par un moyen illégal aux situations où le demandeur ne dispose d’aucune autre cause d’action contre le défendeur.

(3) Le critère du caractère « illégal » admet-il des exceptions de principe?

[83] La Cour d’appel a adopté une conception étroite du critère du moyen illégal, mais a jugé qu’il était assujéti à des exceptions de principe. Elle

The court found that this case falls within such an exception because the appellants' conduct was akin to the tort of abuse of process. As Robertson J.A. put it for the court, "the intentional erection of legal barriers, some of which are enforceable through statutory processes not subject to prior judicial authorization, in circumstances where those barriers rest on rights fabricated with arguments of sand" falls within the ambit of the unlawful means tort: para. 82. This approach was intended to provide judges with some "wobble room" to respond "adequately" to unanticipated factual scenarios or changing circumstances: para. 81.

[84] I respectfully disagree with this approach and would hold that there are no exceptions to the scope of liability which I propose for the unlawful means tort.

[85] My difficulty with the "principled exception" approach is that I cannot, with respect, find any principle on which it is based. Providing trial judges with "wobble room" to deal "adequately" with cases that do not fall within the scope of the tort's liability simply confers an unstructured judicial discretion to do what appears to the particular judge to be just in the particular circumstances. This to me is the antithesis of a principled approach and, if adopted, it would largely undercut the efforts to give a certain and narrow ambit to the tort. Allowing for exceptions without clearly outlining the principles to guide the development of the law invites the danger of *ad hoc* decisions tailored to achieve a vision of commercial morality — precisely the danger which the unlawful means requirement is meant to avoid.

[86] I conclude that for the purposes of the unlawful means tort, the defendant's means are "unlawful" if they support a civil action for damages or compensation by the third party, or would do so except for the fact that the third party did not suffer

a conclu que la présente affaire appelait l'application d'une telle exception parce que la conduite des appelants était assimilable au délit d'abus de procédure. Ainsi que l'explique le juge Robertson, au nom de la cour : « . . . la mise en place intentionnelle de barrières juridiques, dont certaines sont exécutoires du fait de mécanismes prévus par la loi ne nécessitant aucune autorisation judiciaire préalable, dans des circonstances où ces barrières reposent sur des droits fabriqués au moyen d'arguments faits de sable » relève du délit d'atteinte par un moyen illégal (par. 82). Ce raisonnement visait à donner aux juges une « marge de manœuvre » leur permettant de répondre « convenablement » à des situations factuelles imprévues ou à ce qu'exigent les circonstances (par. 81).

[84] Je ne puis souscrire à ce raisonnement, et j'estime qu'il n'existe pas d'exception au cadre de responsabilité que je propose d'appliquer au délit d'atteinte par un moyen illégal.

[85] Le raisonnement permettant l'application d'« exceptions de principe » pose problème parce qu'il ne repose, à mon avis, sur aucun principe. Donner aux juges de première instance une « marge de manœuvre » permettant de régler « convenablement » les affaires débordant le cadre de la responsabilité qu'emporte ce délit ne fait que conférer aux juges un pouvoir discrétionnaire non structuré les autorisant à ordonner les mesures leur paraissant justes dans les circonstances particulières. Selon moi, il s'agit de l'antithèse d'une approche fondée sur des principes. Si elle était retenue, elle contrecarrerait dans une large mesure les efforts déployés pour donner au délit une portée étroite et certaine. Autoriser des exceptions sans définir précisément les principes devant guider l'évolution du droit expose au danger de jugements d'espèce rendus en fonction d'une certaine conception de l'éthique commerciale, précisément ce que le critère du moyen illégal vise à éviter.

[86] Je conclus que, s'agissant du délit d'atteinte par un moyen illégal, est « illégal » le moyen utilisé par le défendeur si le tiers peut l'invoquer au soutien d'un recours civil en compensation financière ou le pourrait s'il avait subi une perte. Il n'est

any loss as a result of the defendant's acts. There is no requirement that these acts not be otherwise actionable by the plaintiff against the defendant and there are no exceptions to the scope of the liability imposed by this approach.

[87] In Lord Hoffmann's reasons in *OBG*, he added a further requirement to the unlawful means tort, namely that the unlawful means employed must interfere with the third party's freedom to deal with the plaintiff: paras. 51-54. Lord Hoffmann held that without such a limitation, "there is a danger that it will provide a cause of action based on acts which are wrongful only in the irrelevant sense that a third party has a right to complain if he chooses to do so": para. 56. This additional requirement has not been included in the formulation of the tort adopted by Canadian appellate decisions that otherwise approve of Lord Hoffmann's approach to the unlawful means tort, although the point was not specifically at issue in those cases: see *Correia, O'Dwyer*, and *Alleslev-Krofchak*. It has also been roundly criticized by commentators: see Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2nd ed.), at pp. 97-98; Kain and Alexander, at pp. 181-82; Deakin and Randall, at pp. 548-49. Respectfully, I do not find this additional requirement helpful in outlining the proper bounds of the unlawful means tort. This requirement is not supported either by the authorities or by the rationale for imposing liability. Whether the unlawful means interfere with the plaintiff's right to deal with the injured third party or with some other party, the fact that the defendant aims at the plaintiff provides a sufficient nexus between the unlawful means and the interests of the plaintiff to justify imposing liability. Rather than resort to this additional "freedom to deal" qualification, I prefer to limit the scope of the unlawful means tort through a narrow approach to both the unlawful means component, as discussed above, and the intention component, as discussed below.

pas nécessaire que les actes commis ne fournissent pas au demandeur d'autre cause d'action contre le défendeur, et aucune exception ne s'applique au cadre de responsabilité défini suivant ce raisonnement.

[87] Dans ses motifs dans *OBG*, lord Hoffmann assortit le délit d'atteinte par un moyen illégal d'un critère supplémentaire, à savoir que le moyen illégal utilisé porte atteinte à la liberté du tiers de faire des affaires avec le demandeur (par. 51-54). Lord Hoffmann est d'avis que sans une telle limite, [TRADUCTION] « il existe un danger de créer un droit d'action fondé sur des actes qui ne sont fautifs que dans la mesure, non pertinente, où ils donnent à un tiers le droit de s'en plaindre s'il le veut » (par. 56). Ce critère supplémentaire n'est pas entré dans la définition du délit formulée par les cours d'appel canadiennes dans les décisions où elles approuvent par ailleurs l'analyse du délit d'atteinte par un moyen illégal proposée par lord Hoffmann, même si ce point précis n'était pas en litige dans ces affaires (voir *Correia, O'Dwyer* et *Alleslev-Krofchak*). Ce critère a également fait l'objet de vives critiques de la part d'auteurs (voir Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2^e éd.), p. 97-98; Kain et Alexander, p. 181-182; Deakin et Randall, p. 548-549). J'estime que ce critère n'est d'aucune utilité lorsqu'il s'agit de circonscrire le délit d'atteinte par un moyen illégal. Il ne repose sur aucune source et n'intéresse pas les raisons pour lesquelles la responsabilité s'impose. Qu'importe si le moyen illégal a eu pour effet de porter atteinte au droit du demandeur de faire des affaires avec la partie lésée ou avec une autre partie, le fait que le défendeur ait pris le demandeur pour cible constitue un lien suffisant entre le moyen illégal et les intérêts du demandeur, de sorte que conclure à la responsabilité dans ce cas serait justifié. Plutôt que d'invoquer ce critère supplémentaire de la « liberté de faire des affaires », je préconise de limiter la portée du délit d'atteinte par un moyen illégal par le truchement d'une définition étroite des éléments du délit que sont le moyen illégal, comme je l'explique précédemment, et l'intention, que j'explique plus loin.

(4) Application to This Case

[88] The Court of Appeal concluded that there was no wrong that would be actionable by the third party (the prospective purchasers) against the appellants, and the respondents do not point to one: paras. 79 and 83.

[89] Accordingly, I conclude that the appellants cannot be found liable to the respondents on the basis of the unlawful means tort.

(5) Did the Court of Appeal Err in Finding That the Defendants Had the Required Knowledge for the Unlawful Means Tort?

[90] The trial judge found that the appellants had unlawfully interfered with the sale of the property in various ways. The appellants contend, however, that none of this activity can sustain liability because there was no proof that they had appropriate knowledge of the existence of any business relationship between the respondents and prospective purchasers. The appellants submit that they must be shown to have had actual knowledge of the relationship between prospective purchasers, such as Greenarm Developments Ltd., and the respondents and that the record does not support such a finding.

[91] Given my conclusion that the unlawful means tort was not available to the respondents in this case, it is not strictly speaking necessary to address this issue. However, it will be helpful to do so.

[92] In my opinion, the appellants' submission is premised on a faulty view of the elements of the unlawful means tort.

[93] I do not agree with the Court of Appeal that the existence of a valid business relationship between the plaintiff and the third party and the defendant's knowledge of that relationship are essential elements of the unlawful means tort.

(4) Application à l'espèce

[88] La Cour d'appel a conclu à l'absence d'une faute donnant au tiers (les acheteurs potentiels) matière à procès contre les appelants, et les intimées n'en invoquent aucune (par. 79 et 83).

[89] J'estime par conséquent qu'on ne saurait conclure à la responsabilité des appelants à l'endroit des intimées sur le fondement du délit d'atteinte par un moyen illégal.

(5) La Cour d'appel a-t-elle conclu à tort que les défendeurs avaient la connaissance nécessaire que requiert le délit d'atteinte par un moyen illégal?

[90] Le juge de première instance a conclu que les appelants avaient illégalement entravé de diverses façons la vente de l'immeuble. Ces derniers font valoir qu'ils ne peuvent être tenus responsables à l'égard de ces actes, car rien ne prouve qu'ils avaient la connaissance voulue de l'existence de rapports commerciaux entre les intimées et les acheteurs potentiels. Ils soutiennent qu'il faut démontrer qu'ils étaient effectivement au courant des relations entre des acheteurs potentiels, comme Greenarm Developments Ltd., et les intimées, et que le dossier ne permet pas de tirer une telle conclusion.

[91] Puisque j'ai conclu que les intimées ne pouvaient invoquer le délit d'atteinte par un moyen illégal en l'espèce, il n'est pas nécessaire, à proprement parler, d'examiner cette question. J'estime toutefois cet examen utile.

[92] L'argument des appelants repose selon moi sur une conception erronée des éléments du délit d'atteinte par un moyen illégal.

[93] Je ne souscris pas à l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle l'existence de rapports commerciaux valides entre le demandeur et le tiers et la connaissance de ces rapports par le défendeur sont des éléments essentiels du délit d'atteinte par

The inclusion of these elements in my view flows from confusion between the unlawful means tort and the tort of inducing breach of contract. It is now commonly accepted that for the latter, the plaintiff must prove that the defendant actually understood that he or she was procuring a breach of contract: see, e.g., *OBG*, at para. 39, *per* Lord Hoffmann. The position is different, however, in the unlawful means tort, the focus of which is unlawful conduct that intentionally harms the plaintiff's economic interests. There need be no contract or even other formal dealings between the plaintiff and the third party so long as the defendant's conduct is unlawful and it intentionally harms the plaintiff's economic interests. In this case, it was more than sufficient that the appellants were shown to know that "various persons were negotiating with the majority of investors" (C.A. reasons, at para. 75) for the purchase of the premises and that the allegedly unlawful acts were committed with the intention to cause economic harm to the respondents.

[94] It may be helpful to add a few words about the intention requirement for the unlawful means tort, given that there is some confusion about it: see Carty, "The Economic Torts in the 21st Century", at pp. 658-59; Podolny, at pp. 79-80; Kain and Alexander, at p. 135; Osborne, at pp. 336-37.

[95] The Court of Appeal of England in *Douglas v. Hello! Ltd.*, [2005] EWCA Civ 595, [2005] 4 All. E.R. 128, one of the appeals heard with *OBG*, identified five types of intention which might be relevant in this context: (a) an intention to cause economic harm to the claimant as an end in itself; (b) an intention to cause economic harm to the claimant because it is a necessary means of achieving an end that serves some ulterior motive; (c) knowledge that the course of conduct undertaken will have the inevitable consequence of causing the claimant economic harm; (d) knowledge that the course of conduct will probably

un moyen illégal. Cette opinion découle à mon avis d'une confusion entre le délit d'atteinte par un moyen illégal et celui d'incitation à rupture de contrat. Il est à présent généralement reconnu que, dans ce dernier cas, le demandeur doit prouver que le défendeur était conscient de provoquer une rupture de contrat (voir, p. ex., *OBG*, par. 39, le lord Hoffmann). Il n'en va pas de même, toutefois, pour le délit d'atteinte par un moyen illégal, dont l'élément fondamental est la conduite illégale causant un préjudice intentionnel aux intérêts économiques du demandeur. L'existence d'un contrat n'est pas nécessaire, ni même l'existence d'autres relations d'affaires officielles entre le demandeur et le tiers; il suffit que la conduite du défendeur soit illégale et qu'elle cause un préjudice intentionnel aux intérêts économiques du demandeur. En l'espèce, il a été démontré que les appelants savaient que « différentes personnes étaient en train de négocier avec les investisseuses majoritaires » (motifs de la C.A., par. 75) en vue de l'achat de l'immeuble et qu'ils avaient l'intention de nuire aux intérêts économiques des intimées par le truchement des actes prétendument illégaux commis, ce qui suffisait amplement.

[94] Il pourrait s'avérer utile d'ajouter quelques précisions au sujet de l'intention exigée à l'égard du délit d'atteinte par un moyen illégal, étant donné qu'une certaine confusion semble régner sur ce point (voir Carty, « The Economic Torts in the 21st Century », p. 658-659; Podolny, p. 79-80; Kain et Alexander, p. 135; Osborne, p. 336-337).

[95] Dans *Douglas c. Hello! Ltd.*, [2005] EWCA Civ 595, [2005] 4 All. E.R. 128, l'un des appels entendus en même temps qu'*OBG*, la Cour d'appel d'Angleterre a énuméré cinq types d'intention pouvant s'appliquer dans ce contexte : a) l'intention de causer un préjudice économique au demandeur comme fin en soi; b) l'intention de causer un préjudice économique au demandeur comme moyen nécessaire pour parvenir à une fin qui sert un but inavoué; c) la connaissance que la conduite aura inévitablement pour conséquence de causer un préjudice économique au demandeur; d) la connaissance que la conduite causera probablement

cause the claimant economic harm; (e) knowledge that the course of conduct undertaken may cause the claimant economic harm coupled with reckless indifference as to whether it does or not: para. 159. In my opinion, the first two of these species of intention represent the core intention required for the unlawful means tort. They describe cases in which the tortfeasor is “aiming at” or “targeting” the plaintiff: see Carty, “The Economic Torts in the 21st Century”, at p. 654. This is the approach favoured by the majority of commentators as well as by the cases: see, e.g., Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, at pp. 80-82; Podolny, at p. 70; Kain and Alexander, at pp. 181-82; *Correia*, at para. 101. It is the intentional targeting of the plaintiff by the defendant that justifies stretching the defendant’s liability so as to afford the plaintiff a cause of action. It is not sufficient that the harm to the plaintiff be an incidental consequence of the defendant’s conduct, even where the defendant realizes that it is extremely likely that harm to the plaintiff may result. Such incidental economic harm is an accepted part of market competition.

[96] Goudge J.A. put this point aptly in *Alleslev-Krofchak*, where he summarized the House of Lords’ discussion in *OBG*:

. . . intentional interference with economic relations requires that the defendant intend to cause loss to the plaintiff, either as an end in itself or as a means of, for example, enriching himself. If the loss suffered by the plaintiff is merely a foreseeable consequence of the defendant’s actions, that is not enough. [para. 50]

[97] In my view, this narrow approach to intention is consistent both with the policy concerns relevant to this area of law as well as the underlying “liability stretching” rationale for the tort. It is an important safeguard against attaching liability to vigorous but lawful competitive behaviour. Economic harm to a competitor is often a foreseeable consequence of such behaviour. Mere foreseeability of such harm

un préjudice économique au demandeur; e) la connaissance que la conduite causera peut-être un préjudice économique au demandeur, assortie d’une insouciance téméraire à l’égard de cette possibilité (par. 159). Les deux premiers types constituent à mon sens l’intention fondamentale propre à constituer le délit d’atteinte par un moyen illégal. Ils renvoient à des situations où l’auteur du délit « vise » ou « prend pour cible » le demandeur (voir Carty, « The Economic Torts in the 21st Century », p. 654). C’est la définition retenue par la majorité des auteurs et dans la jurisprudence (voir, p. ex., Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, p. 80-82; Podolny, p. 70; Kain et Alexander, p. 181-182; *Correia*, par. 101). C’est le fait pour le défendeur de prendre intentionnellement pour cible le demandeur qui justifie l’élargissement du champ de la responsabilité du premier de manière à fournir au demandeur une cause d’action. Il ne suffit pas que la conduite du défendeur cause incidemment un préjudice au demandeur, même lorsque le premier est conscient de la probabilité extrêmement élevée qu’il en résulte un préjudice. Ce type de préjudice économique incident constitue une condition acceptée de la libre concurrence.

[96] Comme le juge Goudge l’a exprimé avec justesse au par. 50 de l’arrêt *Alleslev-Krofchak* dans lequel il résume l’analyse effectuée par la Chambre des lords dans *OBG* :

[TRADUCTION] . . . l’atteinte intentionnelle aux rapports économiques commande que le défendeur ait l’intention de causer une perte au demandeur, comme une fin en soi ou comme un moyen pour parvenir à une autre fin, s’enrichir par exemple. Si la perte subie par le demandeur n’est qu’une conséquence prévisible des actions du défendeur, la condition n’est pas remplie.

[97] Selon moi, cette conception étroite de l’intention s’harmonise à la fois avec les considérations d’intérêt public qui jouent dans ce domaine du droit et avec le fondement intéressant l’« extension du champ de la responsabilité » qui sous-tend ce délit. Elle offre une importante garantie contre le risque que des actes concurrentiels énergiques, mais légaux, entraînent la responsabilité délictuelle.

does not meet the requirement for intention in the unlawful means tort.

B. *If the Unlawful Means Tort Is Not Available, Are the Appellants Otherwise Liable?*

[98] Given the conclusion I have reached on the question of liability for the unlawful means tort, I have to confront the final issue: Did the respondents establish liability for breach of fiduciary duty and is that issue properly before us?

[99] In my view, they did and it is. Alan Schelew was a director of both of the respondent corporations. The record is clear that he breached his fiduciary duty to the respondent corporations to act in good faith in the interests of the corporations and the point was argued before us.

[100] As the Court of Appeal noted, the respondents did not plead breach of fiduciary duty in their statement of claim: para. 10. However, the same may be said about all other causes of action. The pleading was purely factual and did not set out any legal basis for the claim for relief. However, the alleged breaches of fiduciary duty were clearly live issues at the trial as is apparent from the respondents' pre- and post-trial briefs.

[101] Contrary to the conclusion of the Court of Appeal, the trial judge made numerous clear and specific findings with respect to Alan Schelew's breach of his fiduciary obligations to the respondent companies of which he was a director. Examples include:

L'infliction d'un préjudice économique à un concurrent constitue souvent une conséquence prévisible de tels actes. La seule prévisibilité du préjudice ne suffit pas pour constituer l'intention que requiert le délit d'atteinte par un moyen illégal.

B. *Si le délit d'atteinte par un moyen illégal ne peut être invoqué, les appelants peuvent-ils être tenus responsables sur un autre fondement?*

[98] Comme j'ai tranché la question de la responsabilité quant au délit d'atteinte par un moyen illégal, je dois aborder la dernière question : les intimées ont-elles établi que les appelants avaient engagé leur responsabilité pour avoir manqué à une obligation fiduciaire, et la Cour est-elle saisie régulièrement de cette question?

[99] À mon avis, il faut répondre par l'affirmative aux deux membres de la question. Alan Schelew était administrateur des deux sociétés intimées. La preuve indique clairement qu'il a manqué à l'égard des deux sociétés à l'obligation fiduciaire lui imposant d'agir de bonne foi dans leur intérêt, et la question a été débattue devant notre Cour.

[100] Comme la Cour d'appel l'a signalé, les intimées n'ont pas invoqué le manquement à l'obligation fiduciaire dans leur déclaration (par. 10). On peut toutefois dire la même chose de toutes les autres causes d'action. Leur déclaration était purement factuelle et n'exposait pas le fondement juridique de la réparation demandée. Cependant, les manquements reprochés à l'obligation fiduciaire étaient clairement en litige lors de l'instruction, comme en font foi les mémoires des intimées préalable et postérieur au procès.

[101] Contrairement à la Cour d'appel, le juge de première instance a formulé de nombreuses conclusions claires et précises concernant les manquements d'Alan Schelew à l'obligation fiduciaire à laquelle il était astreint à l'égard des sociétés intimées en tant qu'administrateur de celles-ci, notamment :

- At paras. 233-34, the trial judge found that by attempting to invoke the arbitration process, Alan Schelew had acted in a way that violated his obligations as a director of Bram and Jamb;
- At paras. 243 and 247-48, the trial judge found that the appellants' defence, long after there was any legal basis to do so, of a "Notice of its first right of refusal" which they had registered against the property was a tactic that had no lawful basis and which was a "blatant breach of [Alan Schelew's] fiduciary obligations as director in Jamb and Bram";
- At para. 254, the trial judge concluded that the appellants' filing of a "second encumbrance" against the property, this time a certificate of pending litigation, based on the "bogus" arbitration process was another "illegitimate and unjustified measure" that constituted a further breach of Alan Schelew's fiduciary duty to Bram and Jamb;
- At paras. 262-65, the trial judge found that Alan Schelew's role in impeding access to the building by a potential purchaser was in breach of fiduciary duties to Bram and Jamb;
- At paras. 270-71, the trial judge found that "Alan [Schelew] . . . would in fact take whatever steps were necessary to prevent the sale of 99 Joyce to anyone other than himself" and that he "was resolved in not letting his director's fiduciary duties in Bram and Jamb interfere in his plan".
- en tentant de recourir à l'arbitrage, il avait agi à l'encontre de ses obligations d'administrateur de Bram et de Jamb (par. 233-234);
- la défense invoquée par les appelants, longtemps après l'expiration du délai juridique, reposant sur l'enregistrement contre l'immeuble d'un [TRADUCTION] « avis d'un droit de premier refus », était une tactique dépourvue de fondement en droit et « manifestement contraire [aux] obligations fiduciaires [d'Alan Schelew] en tant qu'administrateur de Jamb et de Bram » (par. 243 et 247-248);
- le dépôt d'un [TRADUCTION] « deuxième grèvement » contre l'immeuble, à savoir un certificat d'affaire en instance, se rapportant au processus d'arbitrage « bidon » était une autre « mesure illégitime et injustifiée » constituant un manquement supplémentaire à l'obligation fiduciaire d'Alan Schelew envers Bram et Jamb (par. 254);
- le fait qu'Alan Schelew ait empêché l'accès d'un acheteur potentiel à l'immeuble contrevenait à son obligation fiduciaire envers Bram et Jamb (par. 262-265);
- [TRADUCTION] « Alan [Schelew] [. . .] était prêt à faire tout ce qu'il fallait pour empêcher l'acquisition du 99 Joyce par quelqu'un d'autre que lui » et il « était résolu à ne pas laisser son obligation fiduciaire à titre d'administrateur de Bram et de Jamb contrecarrer son plan » (par. 270-271).

[102] The fiduciary duty point was argued in this Court. The appellants submitted, in my view correctly, that the trial judge made numerous specific findings with respect to Alan Schelew's breach of his fiduciary obligations to the respondents. These submissions were in support of their position that this excluded their liability for the unlawful means tort because the wrong was otherwise actionable by the respondents: A.F., at para. 87. The respondents submitted that if Alan Schelew breached his

[102] La question de l'obligation fiduciaire a été débattue devant nous. Les appelants font valoir, à bon droit selon moi, que le juge du procès a tiré de nombreuses conclusions précises au sujet des manquements d'Alan Schelew à son obligation fiduciaire envers les intimés. Cet argument soutenait à leur avis leur thèse selon laquelle ils n'avaient pas engagé leur responsabilité pour atteinte par un moyen illégal, parce que l'acte fautif fournissait une autre cause d'action aux intimés

fiduciary duty and these breaches were sufficient for the trial judge to have issued judgment on that basis, then it is open to this Court to affirm the judgment against Alan Schelew on that basis. As the respondents put it, “[t]he Appellants cannot assert the findings of the trial judge were sufficient to ground liability for breach of fiduciary duty, while at the same time trying to escape liability from same”: R.F., at para. 125.

[103] I agree with the respondents on this point.

[104] No one disputes that Alan Schelew had a fiduciary duty as a director of Bram and Jamb. Although there was a certain conflict of interest inherent between that role and his role, through his company A.I., as building manager, it cannot be suggested that this permitted him to take groundless legal steps to obstruct the sale in order to further his personal interests.

[105] The trial judge’s assessment of damages is not challenged on appeal. The breaches of fiduciary duty are precisely the same acts which the trial judge found to constitute the unlawful means for the purposes of the unlawful means tort. The breaches of fiduciary duty resulted in Alan Schelew’s company, A.I., acquiring Bram and Jamb’s units under the Syndication Agreement as well their shares in Joyce. The trial judge found as a fact that but for Alan Schelew’s conduct, the building would have been sold to a third party for \$2.58 million: para. 327. Whether the compensation is viewed as being aimed at restoring the respondents’ loss or requiring the appellants to disgorge the gain obtained by Alan Schelew’s breach of fiduciary duty, the assessment of compensation remains the same. While the appellant, A.I., was not a fiduciary, Alan Schelew was its sole director and shareholder and it is therefore liable for knowing assistance in the breach of fiduciary duty and knowing receipt of

(m.a., par. 87). Les intimées soutiennent que si Alan Schelew avait manqué à son obligation fiduciaire et que les manquements étaient suffisants pour que le juge de première instance rende jugement sur ce fondement, il est loisible à la Cour de confirmer ce jugement contre Alan Schelew. Comme elles l’ont exposé, [TRADUCTION] « [L]es appelants ne peuvent d’une part affirmer que les conclusions du juge de première instance suffisaient pour fonder une conclusion de responsabilité pour manquement à l’obligation fiduciaire et d’autre part tenter de se soustraire à cette même responsabilité » (m.i., par. 125).

[103] Je donne raison aux intimées sur ce point.

[104] Personne ne conteste que sa fonction d’administrateur de Bram et de Jamb imposait à Alan Schelew une obligation fiduciaire. Bien qu’un certain conflit d’intérêts découle du cumul de cette fonction et de celle de gestionnaire de l’immeuble qu’il exerçait par l’intermédiaire de sa société, A.I., on ne saurait laisser entendre que cela l’autorisait à prendre des mesures juridiques sans fondement pour faire obstacle à la vente afin de servir ses propres intérêts.

[105] Le montant des dommages-intérêts établi par le juge de première instance n’a pas été contesté en appel. Les manquements à l’obligation fiduciaire sont les actes mêmes qui constituaient, selon le juge de première instance, le moyen illégal au sens où il faut l’entendre pour l’application du délit d’atteinte par un moyen illégal. En raison de ces manquements, la société d’Alan Schelew, A.I., a acquis les parts de Bram et de Jamb aux termes de l’entente de syndication ainsi que les actions de celles-ci dans Joyce. Le juge de première instance a tiré la conclusion de fait selon laquelle, n’eût été la conduite d’Alan Schelew, l’immeuble aurait été vendu à un tiers pour 2,58 millions de dollars (par. 327). Qu’on conçoive les dommages-intérêts comme une indemnisation pour la perte subie par les intimées ou comme la restitution par les appelants des gains découlant des manquements d’Alan Schelew à son obligation fiduciaire, leur montant ne change pas. Parce qu’Alan Schelew

the proceeds of the breach: see D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (4th ed. 2012), at pp. 516-23.

en était le seul administrateur et actionnaire, l'appelante A.I. a engagé sa responsabilité, bien qu'elle ne fût pas elle-même fiduciaire, pour avoir aidé en connaissance de cause à commettre des manquements à l'obligation fiduciaire et pour avoir reçu en connaissance de cause le produit de ces manquements (voir D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (4^e éd. 2012), p. 516-523).

IV. Disposition

[106] I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: McInnes Cooper, Fredericton.

Solicitors for the respondents: Stewart McKelvey, Moncton; Supreme Advocacy, Ottawa.

Solicitor for the intervener: Attorney General of British Columbia, Victoria.

IV. Dispositif

[106] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : McInnes Cooper, Fredericton.

Procureurs des intimées : Stewart McKelvey, Moncton; Supreme Advocacy, Ottawa.

Procureur de l'intervenant : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.