

Vincent Scalera *Appellant*

v.

M. J. Oppenheim in his quality as Attorney in Canada for the Non-Marine Underwriters, members of Lloyd's of London *Respondent*

INDEXED AS: NON-MARINE UNDERWRITERS, LLOYD'S OF LONDON v. SCALERA

Neutral citation: 2000 SCC 24.

File No.: 26695.

1999: October 14; 2000: May 3.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE BRITISH COLUMBIA COURT OF APPEAL

Insurance — Homeowner's insurance — Insurer's duty to defend — Plaintiff bringing action against insured alleging battery, negligent battery, negligent misrepresentation and breach of fiduciary duty — Policy containing exclusion for intentional acts of insured — Whether insurer has a duty to defend.

Torts — Intentional torts — Battery — Evidence — Burden of proof — Consent — Whether plaintiff must prove lack of consent.

In 1996, a plaintiff brought a civil action against five B.C. Transit bus drivers, including the appellant, arising out of various alleged sexual assaults between 1988 and 1992. The allegations included battery, negligent battery, negligent misrepresentation and breach of fiduciary duty. The appellant owned a homeowner's insurance policy issued by the respondent insurer. The policy provided coverage for "compensatory damage because of bodily injury" arising from the insured's personal actions, excepting "bodily injury or property damage caused by any intentional or criminal act". The British Columbia Supreme Court dismissed the respondent's request for a declaration that it not be required to defend

Vincent Scalera *Appelant*

c.

M. J. Oppenheim en sa qualité de fondé de pouvoir au Canada des Non-Marine Underwriters, membres de Lloyd's of London *Intimé*

RÉPERTORIÉ: NON-MARINE UNDERWRITERS, LLOYD'S OF LONDON c. SCALERA

Citation neutre: 2000 CSC 24.

N° du greffe: 26695.

1999: 14 octobre; 2000: 3 mai.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Assurance — Assurance propriétaires occupants — Obligation de défendre de l'assureur — Action intentée par la demanderesse contre l'assuré pour voies de fait, voies de fait imputables à la négligence, déclaration inexacte faite par négligence et manquement à l'obligation fiduciaire — Exclusion de la garantie de la police prévue pour actes intentionnels de l'assuré — L'assureur a-t-il une obligation de défendre?

Responsabilité délictuelle — Délits intentionnels — Voies de fait — Preuve — Fardeau de la preuve — Consentement — Incombe-t-il à la demanderesse de prouver l'absence de consentement?

En 1996, une demanderesse a intenté une action au civil contre cinq conducteurs d'autobus de B.C. Transit, dont l'appelant, par suite de différentes agressions sexuelles qui auraient été perpétrées entre 1988 et 1992. Les allégations portaient, entre autres, sur des voies de fait, voies de fait imputables à la négligence, déclaration inexacte faite par négligence et manquement à l'obligation fiduciaire. L'appelant était titulaire d'une police propriétaires occupants établie par l'assureur intimé. La police fournissait une garantie à l'égard de «dommages-intérêts compensatoires par suite de l'infliction d'un préjudice corporel» découlant des actes de l'assuré, sauf en cas de «préjudice corporel ou matériel infligé par l'action ou l'omission intentionnelles ou criminelles». La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la demande de l'intimé visant à obtenir un jugement déclara-

the appellant against the plaintiff's claims. The Court of Appeal allowed the respondent's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Binnie JJ.: The plaintiff's claims could not trigger coverage under the policy. Accordingly, the respondent has no duty to defend. While there is substantial agreement with Iacobucci J.'s reasoning, his approach to the tort of battery in the sexual context is disagreed with. In the tort of sexual battery, consent operates as a defence and must be proven by the defendant. The plaintiff is not required to prove that the defendant either knew that she was not consenting or that a reasonable person in the defendant's position would have known that she was not consenting.

The traditional rights-based approach to the law of battery that is now the law of Canada should not be set aside lightly. The tort of battery is a form of trespass against the person and is aimed at protecting the personal autonomy of the individual. Its purpose is to recognize the right of each person to control his or her body and who touches it, and to permit damages where this right is violated. The compensation stems not from fault, but from violation of the right to personal autonomy. When a person interferes with the body of another, a *prima facie* case of violation of the plaintiff's autonomy is made out. The law may then fairly call upon the person thus implicated to explain, or raise some defence, such as the defence of consent. If he can show that he acted with consent, the *prima facie* violation is negated and the plaintiff's claim will fail. But it is not up to the plaintiff to prove that, in addition to directly interfering with her body, the defendant was also at fault. Unlike negligence, where the requirement of fault can be justified because the tortious sequence may be complicated, trespass to the person is confined to direct interferences. Where the trespass causes actual injury to the plaintiff, there is a direct connection between the defendant's action and the plaintiff's injury. The traditional approach to trespass is also practical, since, if the defendant is in a position to say what happened, it is both sensible and just to give him an incentive to do so by putting the burden of explanation on him. In addition, the close causal relationship between the defendant's conduct and the violation of the plaintiff's bodily integrity, the identification of the loss with the plaintiff's personality and freedom, the infliction of the loss in isolated (as opposed to systemic) circumstances, and

ratoire selon lequel il n'est pas tenu de défendre l'appellant contre les allégations formulées par la demanderesse. La Cour d'appel a accueilli l'appel formé par l'intimé.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Binnie: Les allégations de la demanderesse ne pouvaient entraîner l'application de la garantie prévue dans la police. Par conséquent, l'intimé n'avait pas d'obligation de défendre. Les motifs du juge Iacobucci sont acceptés pour l'essentiel, mais sa démarche relativement au délit de voies de fait dans le contexte sexuel est rejetée. Pour ce qui est du délit de voies de fait de nature sexuelle, le consentement est un moyen de défense et il doit être établi par le défendeur. Il n'incombe pas à la demanderesse de prouver que le défendeur savait qu'elle n'était pas consentante ou qu'une personne raisonnable dans la situation du défendeur aurait su qu'elle ne l'était pas.

La démarche traditionnelle fondée sur les droits en ce qui concerne le droit en matière de voies de fait actuellement en vigueur au Canada ne doit pas être rejetée à la légère. Le délit de voies de fait constitue une forme d'atteinte à la personne et le droit en cette matière vise à protéger l'autonomie personnelle de l'individu. Il a pour objectif de reconnaître le droit de chaque personne d'avoir le contrôle de son corps et de décider qui peut y toucher, et de permettre que des dommages-intérêts soient accordés lorsque ce droit est violé. La réparation découle de la violation du droit à l'autonomie personnelle et non de la faute. Lorsqu'une personne porte atteinte au corps d'une autre personne, une preuve *prima facie* d'atteinte à l'autonomie du demandeur est établie. Il est alors possible en droit d'enjoindre, en toute équité, à la personne impliquée de s'expliquer ou d'invoquer un moyen de défense tel le consentement. Si elle peut établir qu'elle avait obtenu le consentement de l'autre personne, la preuve *prima facie* de l'atteinte est réfutée et le demandeur ne pourra avoir gain de cause. Toutefois, il n'incombe pas au demandeur de prouver que, en plus d'infliger une atteinte directe à son corps, le défendeur a également commis une faute. Contrairement à la négligence, pour laquelle l'exigence d'une faute peut être justifiée vu que l'enchaînement délictuel peut être complexe, la notion d'atteinte à la personne se limite aux atteintes directes. Lorsque l'atteinte cause un préjudice réel au demandeur, il existe un lien direct entre l'acte du défendeur et le préjudice du demandeur. La démarche traditionnelle en matière d'atteinte est également sensée sur le plan pratique, car, si le défendeur est en mesure de dire ce qui s'est produit, il est raisonnable et juste de l'inciter à le faire en l'obligeant à fournir

the perception of the defendant's conduct as anti-social all support the legal position that once the direct interference with the plaintiff's person is shown, the defendant may fairly be called upon to explain his behaviour if indeed it was innocent.

Therefore, while a plaintiff generally must prove all elements of the tort she alleges, the fact that contact must be harmful or offensive to constitute battery does not mean that the plaintiff must prove that she did not consent and that the defendant actually or constructively knew she did not consent to sexual contact. When it is accepted that the foundation of the tort of battery is a violation of personal autonomy, all contact outside the exceptional category of contact that is generally accepted or expected in the course of ordinary life is *prima facie* offensive. Since sexual contact is not generally accepted or expected in the course of ordinary activities, the plaintiff may establish an action for sexual battery without negating actual or constructive consent. Nothing special about sexual battery justifies requiring the plaintiff to prove that she did not consent or that the defendant either knew or ought to have known that she did not consent.

The exclusion clause in the policy must be interpreted as requiring an intent to injure. Where there is an allegation of sexual battery, courts will conclude as a matter of legal inference that the defendant intended harm for the purpose of construing exemptions of insurance coverage for intentional injury.

It is unnecessary to comment on the relationship between battery and negligence.

Per Iacobucci, Major and Bastarache JJ.: The respondent has no duty to defend the appellant because the plaintiff's statement of claim makes no allegation that could potentially give rise to indemnity under the insurance contract.

An insurer only has a duty to defend when a lawsuit against the insured raises a claim that could potentially

une explication. De plus, le lien de causalité étroit entre la conduite du défendeur et la violation de l'intégrité physique du demandeur, l'identification de la perte avec la personnalité et la liberté du demandeur, l'infliction de la perte dans une situation particulière (par opposition à systémique) et la perception que la conduite du défendeur est antisociale étayent tous le point de vue juridique qu'une fois que l'atteinte directe à la personne du demandeur a été établie, il est juste d'obliger le défendeur à expliquer son comportement si, de fait, il était innocent.

Par conséquent, bien qu'un demandeur doive, de façon générale, prouver tous les éléments du délit qu'il prétend avoir subi, le fait que le contact doive être préjudiciable ou nocif pour constituer des voies de fait ne veut pas dire qu'il incombe à la demanderesse de prouver qu'elle ne donnait pas son consentement et que le défendeur savait, ou était réputé savoir, qu'elle ne consentait pas au contact sexuel. Si l'on accepte que le fondement du délit de voies de fait est une violation de l'autonomie personnelle, il s'ensuit que tout contact qui n'est pas visé par la catégorie exceptionnelle des contacts généralement acceptés ou auxquels on peut s'attendre dans la vie quotidienne est nocif à première vue. Comme le contact sexuel n'est pas visé par la catégorie des contacts généralement acceptés ou auxquels on peut s'attendre dans le cours d'activités ordinaires, le demandeur peut établir le bien-fondé d'une action pour voies de fait de nature sexuelle sans devoir réfuter le consentement véritable ou le consentement présumé. Les voies de fait de nature sexuelle n'ont pas de particularités justifiant que l'on exige de la demanderesse qu'elle prouve qu'elle ne donnait pas son consentement ou que le défendeur le savait, ou aurait dû le savoir.

Il faut interpréter la clause d'exclusion de la police comme exigeant l'intention d'infliger un préjudice. En cas d'allégation de voies de fait de nature sexuelle, les tribunaux concluront, en droit, que le défendeur a eu l'intention d'infliger un préjudice, dans le cadre de l'interprétation des clauses d'exclusion de la police d'assurance visant l'infliction délibérée d'un préjudice.

Il n'est pas nécessaire de faire des remarques sur le lien entre les voies de fait et la négligence.

Les juges Iacobucci, Major et Bastarache: L'intimé n'a aucune obligation de défendre l'appellant parce que, dans sa déclaration, la demanderesse ne formule aucune allégation susceptible d'entraîner l'indemnisation en application du contrat d'assurance.

L'assureur n'est tenu de défendre l'assuré que lorsque la poursuite en justice se fonde sur une allégation

fall within coverage. The insurer's duty to defend is related to its duty to indemnify. Therefore if an insurance policy, like the one in this case, excludes liability arising from intentionally caused injuries, there will be no duty to defend actions based on such injuries.

A three-step process must be applied to determine whether a claim could trigger indemnity. First, a court should determine which of the plaintiff's legal allegations are properly pleaded. In doing so, courts are not bound by the legal labels chosen by the plaintiff. A plaintiff cannot change an intentional tort into a negligent one simply by choice of words, or vice versa. Therefore, when ascertaining the scope of the duty to defend, a court must look beyond the choice of labels, and examine the substance of the allegations contained in the pleadings. This does not involve deciding whether the claims have any merit; all a court must do is decide, based on the pleadings, the true nature of the claims. At the second stage, the court should determine if any claims are entirely derivative in nature. The duty to defend will not be triggered simply because a claim can be cast in terms of both negligence and intentional tort. A claim for negligence will not be derivative if the underlying elements of the negligence and of the intentional tort are sufficiently disparate to render the two claims unrelated. However, if both the negligence and intentional tort claims arise from the same actions and cause the same harm, the negligence claim is derivative, and it will be subsumed into the intentional tort for the purposes of the exclusion clause analysis. If neither claim is derivative, the claim of negligence will survive and the duty to defend will apply. Finally, at the third stage, the court must decide whether any of the properly pleaded, non-derivative claims could potentially trigger the insurer's duty to defend. This appeal's holding with respect to the proper characterization of a plaintiff's tort allegations should not be taken to affect any areas of law outside the insurance context presented by this appeal.

In this case, the exclusion clause must be read to require that the injuries be intentionally caused, in that they must be the product of an intentional tort and not of negligence. The plaintiff has stated three possible claims arising out of the alleged sexual assaults: sexual battery, negligent battery, and breach of fiduciary duty. Sexual

susceptible d'entraîner l'application de la garantie. L'obligation de l'assureur de défendre l'assuré est liée à son obligation de l'indemniser. Par conséquent, lorsque la police d'assurance exclut, comme c'est le cas en l'espèce, la responsabilité découlant d'un préjudice infligé intentionnellement, l'assureur n'a aucune obligation de défendre l'assuré auquel un tel délit est imputé.

Trois étapes doivent être franchies pour déterminer si une demande en justice est susceptible d'entraîner l'indemnisation. Premièrement, le tribunal doit établir lesquelles des allégations juridiques de la partie demanderesse sont adéquatement formulées. Pour ce faire, il n'est pas lié par la terminologie juridique qu'emploie cette dernière. Un délit intentionnel ne peut devenir un délit de négligence, et vice versa, du seul fait des mots employés par la partie demanderesse. Pour confirmer l'étendue de l'obligation de défendre, le tribunal doit donc aller au-delà de la terminologie choisie et tenir compte de la substance des allégations contenues dans les actes de procédure. Il ne s'agit pas de se prononcer sur le bien-fondé des allégations, mais seulement d'en déterminer la nature véritable sur la base des actes de procédure. Dans un deuxième temps, le tribunal doit vérifier si certaines d'entre elles sont entièrement de nature dérivée. Il ne saurait y avoir d'obligation de défendre simplement parce que l'allégation peut être formulée en fonction à la fois du délit de négligence et du délit intentionnel. Une allégation de négligence n'est pas tenue pour dérivée si les éléments sous-jacents de la négligence et du délit intentionnel sont suffisamment distincts pour en faire deux allégations n'ayant aucun point en commun. Cependant, si les deux allégations découlent des mêmes actes et causent le même préjudice, la négligence est tenue pour dérivée et elle est subsumée sous le délit intentionnel aux fins de l'application de la clause d'exclusion. Si aucun des délits allégués n'est dérivé, l'allégation de négligence subsiste et l'obligation de défendre s'applique. Enfin, à la troisième étape, le tribunal doit déterminer si les allégations non dérivées qui sont adéquatement formulées sont susceptibles d'entraîner l'obligation de défendre de l'assureur. La décision concernant la qualification appropriée des allégations d'une poursuite pour délit civil ne devrait pas s'appliquer à d'autres domaines du droit que celui de l'assurance présenté dans le contexte de la présente affaire.

En l'espèce, la clause d'exclusion doit être interprétée de façon que son application exige que le préjudice ait été infligé intentionnellement, c'est-à-dire qu'il ait été le fruit d'un délit intentionnel, et non d'une négligence. La demanderesse a mentionné trois allégations éventuelles relativement aux agressions sexuelles qu'elle aurait

battery requires the plaintiff to prove that a reasonable person should have known that the plaintiff did not validly consent to the sexual activity in question. Since non-consensual sexual activity is inherently harmful, any injuries resulting therefrom are intentionally caused, and the exclusion clause would apply. If a reasonable person would not have known that the plaintiff did not validly consent, the plaintiff's claim will fail, and there will be no duty to indemnify or duty to defend. The plaintiff's claims of negligence and breach of fiduciary duty are either not properly pleaded or are subsumed into the sexual battery because these claims are based on the same facts and resulted in the same harm. Therefore the exclusion clause applies equally to them. There being no potentially indemnifiable claim, the respondent has no duty to defend.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *Collins v. Wilcock*, [1984] 3 All E.R. 374; *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830; *Larin v. Goshen* (1974), 56 D.L.R. (3d) 719; *Walmsley v. Humenick*, [1954] 2 D.L.R. 232; *Tillander v. Gosselin* (1966), 60 D.L.R. (2d) 18, aff'd (1967), 61 D.L.R. (2d) 192; *Dahlberg v. Naydiuk* (1969), 10 D.L.R. (3d) 319; *Ellison v. Rogers* (1967), 67 D.L.R. (2d) 21; *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Scott v. Shepherd* (1773), 2 Black. W. 892, 96 E.R. 525; *Leame v. Bray* (1803), 3 East 593, 102 E.R. 724; *Fowler v. Lanning*, [1959] 1 Q.B. 426; *Letang v. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232; *Bell Canada v. COPE (Sarnia) Ltd.* (1980), 11 C.C.L.T. 170, aff'd (1980), 31 O.R. (2d) 571; *Cole v. Turner* (1704), 6 Mod. 149, 87 E.R. 907; *Stewart v. Stonehouse*, [1926] 2 D.L.R. 683; *In re F.*, [1990] 2 A.C. 1; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Freeman v. Home Office*, [1983] 3 All E.R. 589, aff'd [1984] 1 All E.R. 1036; *H. v. R.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 299; *Pursell v. Horn* (1838), 8 AD. & E. 602, 112 E.R. 966; *Green v. Goddard* (1704), 2 Salkeld 641, 91 E.R. 540; *Humphries v. Connor* (1864), 17 Ir. Com. L. Rep. 1; *Forde v. Skinner* (1830), 4 Car. & P. 239, 172 E.R. 687; *Schweizer v. Central Hospital* (1974), 53 D.L.R. (3d) 494; *Allan v. New Mount Sinai Hospital* (1980), 109 D.L.R. (3d) 634, rev'd on other grounds (1981), 33 O.R. (2d) 603; *Brushett v. Cowan*

subies: les voies de fait de nature sexuelle, les voies de fait imputables à la négligence et le manquement à l'obligation fiduciaire. Pour prouver les voies de fait de nature sexuelle, il faut établir qu'une personne raisonnable aurait dû savoir que le consentement de la demanderesse à l'activité sexuelle en cause n'était pas valable. Comme les rapports sexuels non consentuels sont en soi préjudiciables, tout préjudice en résultant est intentionnel, et la clause d'exclusion s'applique. Si une personne raisonnable n'aurait pu savoir que le consentement de la demanderesse n'était pas valable, la demande sera rejetée, de sorte que l'assureur n'aura aucune obligation d'indemniser l'assuré non plus que de le défendre. Les allégations de négligence et de manquement à l'obligation fiduciaire ne sont pas adéquatement formulées ou sont subsumées sous l'allégation de voies de fait de nature sexuelle, car elles se fondent sur les mêmes faits, et les actes reprochés ont donné lieu au même préjudice. Par conséquent, la clause d'exclusion s'applique à leur égard. En l'absence de toute allégation susceptible d'entraîner l'indemnisation, l'intimé n'a aucune obligation de défendre.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *Collins c. Wilcock*, [1984] 3 All E.R. 374; *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830; *Larin c. Goshen* (1974), 56 D.L.R. (3d) 719; *Walmsley c. Humenick*, [1954] 2 D.L.R. 232; *Tillander c. Gosselin* (1966), 60 D.L.R. (2d) 18, conf. par (1967), 61 D.L.R. (2d) 192; *Dahlberg c. Naydiuk* (1969), 10 D.L.R. (3d) 319; *Ellison c. Rogers* (1967), 67 D.L.R. (2d) 21; *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Scott c. Shepherd* (1773), 2 Black. W. 892, 96 E.R. 525; *Leame c. Bray* (1803), 3 East 593, 102 E.R. 724; *Fowler c. Lanning*, [1959] 1 Q.B. 426; *Letang c. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232; *Bell Canada c. COPE (Sarnia) Ltd.* (1980), 11 C.C.L.T. 170, conf. par (1980), 31 O.R. (2d) 571; *Cole c. Turner* (1704), 6 Mod. 149, 87 E.R. 907; *Stewart c. Stonehouse*, [1926] 2 D.L.R. 683; *In re F.*, [1990] 2 A.C. 1; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Freeman c. Home Office*, [1983] 3 All E.R. 589, conf. par [1984] 1 All E.R. 1036; *H. c. R.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 299; *Pursell c. Horn* (1838), 8 AD. & E. 602, 112 E.R. 966; *Green c. Goddard* (1704), 2 Salkeld 641, 91 E.R. 540; *Humphries c. Connor* (1864), 17 Ir. Com. L. Rep. 1; *Forde c. Skinner* (1830), 4 Car. & P. 239, 172 E.R. 687; *Schweizer c. Central Hospital* (1974), 53 D.L.R. (3d) 494; *Allan c. New Mount Sinai Hospital* (1980), 109 D.L.R. (3d) 634, inf. pour d'autres motifs par (1981), 33 O.R. (2d) 603; *Brushett c. Cowan*

(1990), 3 C.C.L.T. (2d) 195; *O'Bonsawin v. Paradis* (1993), 15 C.C.L.T. (2d) 188; *State Farm Fire and Casualty Co. v. Williams*, 355 N.W.2d 421 (1984).

By Iacobucci J.

Referred to: *Sansalone v. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [2000] 1 S.C.R. 627, 2000 SCC 25; *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87; *Wigle v. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101; *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252; *Indemnity Insurance Co. of North America v. Excel Cleaning Service*, [1954] S.C.R. 169; *Parsons v. Standard Fire Insurance Co.* (1880), 5 S.C.R. 233; *Scott v. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 S.C.R. 1445; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423; *Nichols v. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 S.C.R. 801; *Conner v. Transamerica Insurance Co.*, 496 P.2d 770 (1972); *Modern Livestock Ltd. v. Kansa General Insurance Co.* (1993), 11 Alta. L.R. (3d) 355; *B.P. Canada Inc. v. Comco Service Station Construction & Maintenance Ltd.* (1990), 73 O.R. (2d) 317; *Kates v. Hall*, [1990] 5 W.W.R. 569; *Colorado Farm Bureau Mutual Insurance Co. v. Snowbarger*, 934 P.2d 909 (1997); *Aerojet-General Corp. v. Transport Indemnity Co.*, 948 P.2d 909 (1997); *Lawyers Title Insurance Corp. v. Knopf*, 674 A.2d 65 (1996); *Allstate Insurance Co. v. Patterson*, 904 F. Supp. 1270 (1995); *Allstate Insurance Co. v. Brown*, 834 F. Supp. 854 (1993); *Gray v. Zurich Insurance Co.*, 419 P.2d 168 (1966); *Bacon v. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96; *Peerless Insurance Co. v. Viegas*, 667 A.2d 785 (1995); *Houg v. State Farm Fire and Casualty Co.*, 481 N.W.2d 393 (1992); *Linebaugh v. Berdish*, 376 N.W.2d 400 (1985); *Horace Mann Insurance Co. v. Leeber*, 376 S.E.2d 581 (1988); *Allstate Insurance Co. v. Troelstrup*, 789 P.2d 415 (1990); *Nationwide Mutual Fire Insurance Co. v. Lajoie*, 661 A.2d 85 (1995); *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 309; *Wilson v. Pringle*, [1986] 2 All E.R. 440; *Spivey v. Battaglia*, 258 So.2d 815 (1972); *Bettel v. Yim* (1978), 20 O.R. (2d) 617; *Long v. Gardner* (1983), 144 D.L.R. (3d) 73; *Veinot v. Veinot* (1977), 81 D.L.R. (3d) 549; *Rumsey v. The Queen* (1984), 12 D.L.R. (4th) 44; *Holt v. Verbruggen* (1981), 20 C.C.L.T. 29; *Garratt v. Dailey*, 279 P.2d 1091 (1955); *Vosburg v. Putney*, 50 N.W. 403 (1891); *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Clayton v. New Dreamland Roller Skating Rink, Inc.*, 82

(1990), 3 C.C.L.T. (2d) 195; *O'Bonsawin c. Paradis* (1993), 15 C.C.L.T. (2d) 188; *State Farm Fire and Casualty Co. c. Williams*, 355 N.W.2d 421 (1984).

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés: *Sansalone c. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [2000] 1 R.C.S. 627, 2000 CSC 25; *Brissette, Succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87; *Wigle c. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101; *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252; *Indemnity Insurance Co. of North America c. Excel Cleaning Service*, [1954] R.C.S. 169; *Parsons c. Standard Fire Insurance Co.* (1880), 5 R.C.S. 233; *Scott c. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423; *Nichols c. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 801; *Conner c. Transamerica Insurance Co.*, 496 P.2d 770 (1972); *Modern Livestock Ltd. c. Kansa General Insurance Co.* (1993), 11 Alta. L.R. (3d) 355; *B.P. Canada Inc. c. Comco Service Station Construction & Maintenance Ltd.* (1990), 73 O.R. (2d) 317; *Kates c. Hall*, [1990] 5 W.W.R. 569; *Colorado Farm Bureau Mutual Insurance Co. c. Snowbarger*, 934 P.2d 909 (1997); *Aerojet-General Corp. c. Transport Indemnity Co.*, 948 P.2d 909 (1997); *Lawyers Title Insurance Corp. c. Knopf*, 674 A.2d 65 (1996); *Allstate Insurance Co. c. Patterson*, 904 F. Supp. 1270 (1995); *Allstate Insurance Co. c. Brown*, 834 F. Supp. 854 (1993); *Gray c. Zurich Insurance Co.*, 419 P.2d 168 (1966); *Bacon c. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96; *Peerless Insurance Co. c. Viegas*, 667 A.2d 785 (1995); *Houg c. State Farm Fire and Casualty Co.*, 481 N.W.2d 393 (1992); *Linebaugh c. Berdish*, 376 N.W.2d 400 (1985); *Horace Mann Insurance Co. c. Leeber*, 376 S.E.2d 581 (1988); *Allstate Insurance Co. c. Troelstrup*, 789 P.2d 415 (1990); *Nationwide Mutual Fire Insurance Co. c. Lajoie*, 661 A.2d 85 (1995); *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Canadian Indemnity Co. c. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 309; *Wilson c. Pringle*, [1986] 2 All E.R. 440; *Spivey c. Battaglia*, 258 So.2d 815 (1972); *Bettel c. Yim* (1978), 20 O.R. (2d) 617; *Long c. Gardner* (1983), 144 D.L.R. (3d) 73; *Veinot c. Veinot* (1977), 81 D.L.R. (3d) 549; *Rumsey c. The Queen* (1984), 12 D.L.R. (4th) 44; *Holt c. Verbruggen* (1981), 20 C.C.L.T. 29; *Garratt c. Dailey*, 279 P.2d 1091 (1955); *Vosburg c. Putney*, 50 N.W. 403 (1891); *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Clayton c. New Dreamland Roller Skating*

A.2d 458 (1951); *Kirkpatrick v. Crutchfield*, 100 S.E. 602 (1919); *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Hambley v. Shepley* (1967), 63 D.L.R. (2d) 94; *Mandel v. The Permanent* (1985), 7 O.A.C. 365; *Wiffin v. Kincard* (1807), 2 Bos. & Pul. (N.R.) 471, 127 E.R. 713; *Coward v. Baddeley* (1859), 4 H. & N. 478, 157 E.R. 927; *Freeman v. Home Office*, [1983] 3 All E.R. 589, aff'd [1984] 1 All E.R. 1036; *H. v. R.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 299; *State Farm Fire and Casualty Co. v. Williams*, 355 N.W.2d 421 (1984); *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Ewanchuck*, [1999] 1 S.C.R. 330; *M. (M.) v. K. (K.)* (1989), 61 D.L.R. (4th) 392; *Harder v. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85; *Lyth v. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; *CNA Insurance Co. v. McGinnis*, 666 S.W.2d 689 (1984); *B.B. v. Continental Insurance Co.*, 8 F.3d 1288 (1993); *J.C. Penney Casualty Insurance Co. v. M.K.*, 804 P.2d 689 (1991); *State Farm Fire & Casualty Co. v. D.T.S.*, 867 S.W.2d 642 (1993); *American States Insurance Co. v. Borbor*, 826 F.2d 888 (1987); *Troelstrup v. District Court*, 712 P.2d 1010 (1986); *Rodriguez v. Williams*, 729 P.2d 627 (1986); *Horace Mann Insurance Co. v. Independent School District No. 656*, 355 N.W.2d 413 (1984); *Altena v. United Fire and Casualty Co.*, 422 N.W.2d 485 (1988); *Wilkieson-Valiente v. Wilkieson*, [1996] I.L.R. ¶1-3551; *Ellison v. Rogers* (1967), 67 D.L.R. (2d) 21; *Hatton v. Webb* (1977), 81 D.L.R. (3d) 377; *Co-operative Fire & Casualty Co. v. Saindon*, [1976] 1 S.C.R. 735; *Newcastle (Town) v. Mattatall* (1988), 52 D.L.R. (4th) 356; *Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan Board of Education v. Schatz* (1986), 18 C.C.L.I. 232; *Devlin v. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1978), 90 D.L.R. (3d) 444; *Pistolesi v. Nationwide Mutual Fire Insurance Co.*, 644 N.Y.S.2d 819 (1996); *M'Alister v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Rodriguez by Brennan v. Williams*, 713 P.2d 135 (1986).

Statutes and Regulations Cited

Alberta Evidence Act, R.S.A. 1980, c. A-21, s. 12.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 273.2(b) [ad. 1992, c. 38, s. 1].
Evidence Act, R.S.N. 1990, c. E-16, s. 16.
Evidence Act, R.S.N.S. 1989, c. 154, s. 45.
Evidence Act, R.S.N.W.T. 1988, c. E-8, s. 17.
Evidence Act, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 13.
Evidence Act, R.S.P.E.I. 1988, c. E-11, s. 11.
Evidence Act, R.S.Y. 1986, c. 57, s. 14.
Insurance Act, R.S.B.C. 1996, c. 226, s. 28.

Rink, Inc., 82 A.2d 458 (1951); *Kirkpatrick c. Crutchfield*, 100 S.E. 602 (1919); *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Hambley c. Shepley* (1967), 63 D.L.R. (2d) 94; *Mandel c. The Permanent* (1985), 7 O.A.C. 365; *Wiffin c. Kincard* (1807), 2 Bos. & Pul. (N.R.) 471, 127 E.R. 713; *Coward c. Baddeley* (1859), 4 H. & N. 478, 157 E.R. 927; *Freeman c. Home Office*, [1983] 3 All E.R. 589, conf. par [1984] 1 All E.R. 1036; *H. c. R.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 299; *State Farm Fire and Casualty Co. c. Williams*, 355 N.W.2d 421 (1984); *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Ewanchuck*, [1999] 1 R.C.S. 330; *M. (M.) c. K. (K.)* (1989), 61 D.L.R. (4th) 392; *Harder c. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85; *Lyth c. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *CNA Insurance Co. c. McGinnis*, 666 S.W.2d 689 (1984); *B.B. c. Continental Insurance Co.*, 8 F.3d 1288 (1993); *J.C. Penney Casualty Insurance Co. c. M.K.*, 804 P.2d 689 (1991); *State Farm Fire & Casualty Co. c. D.T.S.*, 867 S.W.2d 642 (1993); *American States Insurance Co. c. Borbor*, 826 F.2d 888 (1987); *Troelstrup c. District Court*, 712 P.2d 1010 (1986); *Rodriguez c. Williams*, 729 P.2d 627 (1986); *Horace Mann Insurance Co. c. Independent School District No. 656*, 355 N.W.2d 413 (1984); *Altena c. United Fire and Casualty Co.*, 422 N.W.2d 485 (1988); *Wilkieson-Valiente c. Wilkieson*, [1996] I.L.R. ¶1-3551; *Ellison c. Rogers* (1967), 67 D.L.R. (2d) 21; *Hatton c. Webb* (1977), 81 D.L.R. (3d) 377; *Co-operative Fire & Casualty Co. c. Saindon*, [1976] 1 R.C.S. 735; *Newcastle (Town) c. Mattatall* (1988), 52 D.L.R. (4th) 356; *Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan Board of Education c. Schatz* (1986), 18 C.C.L.I. 232; *Devlin c. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1978), 90 D.L.R. (3d) 444; *Pistolesi c. Nationwide Mutual Fire Insurance Co.*, 644 N.Y.S.2d 819 (1996); *M'Alister c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Rodriguez by Brennan c. Williams*, 713 P.2d 135 (1986).

Lois et règlements cités

Alberta Evidence Act, R.S.A. 1980, ch. A-21, art. 12.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 273.2b) [aj. 1992, ch. 38, art. 1].
Evidence Act, R.S.N. 1990, ch. E-16, art. 16.
Evidence Act, R.S.N.S. 1989, ch. 154, art. 45.
Evidence Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. E-11, art. 11.
Insurance Act, R.S.B.C. 1996, ch. 226, art. 28.
Loi sur la preuve, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 13.
Loi sur la preuve, L.R.T.N.-O. 1988, ch. E-8, art. 17.
Loi sur la preuve, L.R.Y. 1986, ch. 57, art. 14.

Authors Cited

- American Law Institute. *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, vol. 1. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1965.
- Atrens, Jerome J. "International Interference with the Person". In Allen M. Linden, ed., *Studies in Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworths, 1968.
- Bell, Robert. "Sexual Abuse and Institutions: Insurance Issues" (1996), 6 *C.I.L.R.* 53.
- Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, 3rd Student ed. Scarborough: Carswell, 1997.
- Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, vol. 1. Scarborough: Carswell, 1999 (loose-leaf).
- Brown, Craig, and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough: Carswell, 1991.
- Canada. Federal/Provincial/Territorial Working Group of Attorneys General Officials on Gender Equality in the Canadian Justice System. *Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action*. Ottawa: The Group, 1992.
- Feldthusen, Bruce. "The Canadian Experiment with the Civil Action for Sexual Battery". In Nicholas J. Mullany, ed., *Torts in the Nineties*. Sydney: LBC Information Services, 1997, 274.
- Feldthusen, Bruce. "The Civil Action for Sexual Battery: Therapeutic Jurisprudence?" (1993), 25 *Ottawa L. Rev.* 203.
- Fischer, James M. "Broadening the Insurer's Duty to Defend: How *Gray v. Zurich Insurance Co.* Transformed Liability Insurance Into Litigation Insurance" (1991), 25 *U.C. Davis L. Rev.* 141.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: Law Book Co., 1998.
- Florig, David S. "Insurance Coverage for Sexual Abuse or Molestation" (1995), 30 *Torts & Ins. L.J.* 699.
- Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1989.
- Klar, Lewis. *Tort Law*, 2nd ed. Scarborough: Carswell, 1996.
- Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.
- Linden, Allen M., and Lewis N. Klar. *Canadian Tort Law: Cases, Notes and Materials*, 10th ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- McCormick on Evidence*, vol. 2, 5th ed. By John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.
- Pryor, Ellen S. "The Stories We Tell: Intentional Harm and the Quest for Insurance Funding" (1997), 75 *Tex. L. Rev.* 1721.
- Pryor, Ellen S. "The Tort Liability Regime and the Duty to Defend" (1999), 58 *Md. L. Rev.* 1.

Doctrine citée

- American Law Institute. *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, vol. 1. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1965.
- Atrens, Jerome J. «International Interference with the Person». In Allen M. Linden, ed., *Studies in Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworths, 1968.
- Bell, Robert. «Sexual Abuse and Institutions: Insurance Issues» (1996), 6 *C.I.L.R.* 53.
- Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, 3rd Student ed. Scarborough: Carswell, 1997.
- Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, vol. 1. Scarborough: Carswell, 1999 (loose-leaf).
- Brown, Craig, and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough: Carswell, 1991.
- Canada. Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur l'égalité des sexes dans le système de justice au Canada. *L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre*. Ottawa: Le Groupe, 1992.
- Feldthusen, Bruce. «The Canadian Experiment with the Civil Action for Sexual Battery». In Nicholas J. Mullany, ed., *Torts in the Nineties*. Sydney: LBC Information Services, 1997, 274.
- Feldthusen, Bruce. «The Civil Action for Sexual Battery: Therapeutic Jurisprudence?» (1993), 25 *R.D. Ottawa* 203.
- Fischer, James M. «Broadening the Insurer's Duty to Defend: How *Gray v. Zurich Insurance Co.* Transformed Liability Insurance Into Litigation Insurance» (1991), 25 *U.C. Davis L. Rev.* 141.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: Law Book Co., 1998.
- Florig, David S. «Insurance Coverage for Sexual Abuse or Molestation» (1995), 30 *Torts & Ins. L.J.* 699.
- Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1989.
- Klar, Lewis. *Tort Law*, 2nd ed. Scarborough: Carswell, 1996.
- Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.
- Linden, Allen M., and Lewis N. Klar. *Canadian Tort Law: Cases, Notes and Materials*, 10th ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- McCormick on Evidence*, vol. 2, 5th ed. By John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.
- Pryor, Ellen S. «The Stories We Tell: Intentional Harm and the Quest for Insurance Funding» (1997), 75 *Tex. L. Rev.* 1721.
- Pryor, Ellen S. «The Tort Liability Regime and the Duty to Defend» (1999), 58 *Md. L. Rev.* 1.

Reynolds, Osborne M. "Tortious Battery: Is 'I Didn't Mean Any Harm' Relevant?" (1984), 37 *Okla. L. Rev.* 717.

Salmond and Heuston on the Law of Torts, 21st ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1996.

Sharp, Frederick L. "Negligent Trespass in Canada: A Persistent Source of Embarrassment" (1977-78), 1 *Advocates' Q.* 311.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Street on Torts, 10th ed. By Margaret Brazier and John Murphy. London: Butterworths, 1999.

Sullivan, Ruth. "Trespass to the Person in Canada: A Defence of the Traditional Approach" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 533.

Vail, Brian. "'My Mistake, Your Problem': The Duty to Defend Liability Claims in Canada" (1996), 6 *C.I.L.R.* 201.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 106 B.C.A.C. 268, 172 W.A.C. 268, 48 B.C.L.R. (3d) 143, 158 D.L.R. (4th) 385, 2 C.C.L.I. (3d) 1, [1998] I.L.R. ¶1-3568, [1998] 9 W.W.R. 209, [1998] B.C.J. No. 834 (QL), allowing an appeal from the British Columbia Supreme Court (1997), 47 B.C.L.R. (3d) 187, 49 C.C.L.I. (2d) 305, [1998] I.L.R. ¶1-3519, [1997] B.C.J. No. 2481 (QL). Appeal dismissed.

Bruce P. Cran and Murray G. Madryga, for the appellant.

Eric A. Dolden and Karen F. W. Liang, for the respondent.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Binnie JJ. was delivered by

MCLACHLIN J. — I have read the reasons of Iacobucci J. and agree with the result he reaches and with much of his reasoning. I would respectfully disagree, however, from the view that in the tort of sexual battery, the onus rests on the plaintiff to prove that the defendant either knew that she was not consenting or that a reasonable person in

Reynolds, Osborne M. «Tortious Battery: Is 'I Didn't Mean Any Harm' Relevant?» (1984), 37 *Okla. L. Rev.* 717.

Salmond and Heuston on the Law of Torts, 21st ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1996.

Sharp, Frederick L. «Negligent Trespass in Canada: A Persistent Source of Embarrassment» (1977-78), 1 *Advocates' Q.* 311.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Street on Torts, 10th ed. By Margaret Brazier and John Murphy. London: Butterworths, 1999.

Sullivan, Ruth. «Trespass to the Person in Canada: A Defence of the Traditional Approach» (1987), 19 *R.D. Ottawa* 533.

Vail, Brian. «'My Mistake, Your Problem': The Duty to Defend Liability Claims in Canada» (1996), 6 *C.I.L.R.* 201.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 106 B.C.A.C. 268, 172 W.A.C. 268, 48 B.C.L.R. (3d) 143, 158 D.L.R. (4th) 385, 2 C.C.L.I. (3d) 1, [1998] I.L.R. ¶1-3568, [1998] 9 W.W.R. 209, [1998] B.C.J. No. 834 (QL), qui a accueilli un appel formé contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1997), 47 B.C.L.R. (3d) 187, 49 C.C.L.I. (2d) 305, [1998] I.L.R. ¶1-3519, [1997] B.C.J. No. 2481 (QL). Pourvoi rejeté.

Bruce P. Cran et Murray G. Madryga, pour l'appelant.

Eric A. Dolden et Karen F. W. Liang, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Binnie rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — J'ai lu les motifs du juge Iacobucci et je souscris au résultat auquel il est parvenu de même qu'à une grande partie de son raisonnement. En toute déférence, je ne conviens cependant pas que, pour ce qui est du délit de voies de fait de nature sexuelle, il incombe à la demanderesse de prouver que le défendeur savait qu'elle

the defendant's position would have known that she was not consenting.

n'était pas consentante ou qu'une personne raisonnable dans la situation du défendeur aurait su qu'elle ne l'était pas.

² As Goff L.J. (as he then was) stated in *Collins v. Wilcock*, [1984] 3 All E.R. 374 (Q.B.), at p. 378, "[t]he fundamental principle, plain and incontestable, is that every person's body is inviolate". The law of battery protects this inviolability, and it is for those who violate the physical integrity of others to justify their actions. Accordingly, in my respectful view, the plaintiff who alleges sexual battery makes her case by tendering evidence of force applied directly to her. "Force", in the context of an allegation of sexual battery, simply refers to physical contact of a sexual nature, and is neutral in the sense of not necessarily connoting a lack of consent. If the defendant does not dispute that the contact took place, he bears the burden of proving that the plaintiff consented or that a reasonable person in his position would have thought that she consented. My reasons for so concluding are the following.

Comme le lord juge Goff (plus tard juge à la Chambre des lords) l'a dit dans la décision *Collins c. Wilcock*, [1984] 3 All E.R. 374 (Q.B.), à la p. 378, [TRADUCTION] «[l]e principe fondamental, clair et incontestable, est que le corps humain est inviolable». Le droit en matière de voies de fait protège cette inviolabilité, et il incombe à la personne qui viole l'intégrité physique d'autrui de justifier ses actions. Par conséquent, à mon humble avis, le demandeur qui prétend avoir subi des voies de fait de nature sexuelle établit le bien-fondé de sa prétention lorsqu'il produit une preuve démontrant qu'une force a été directement employée contre lui. Dans le contexte d'une allégation de voies de fait de nature sexuelle, la «force» fait uniquement référence au contact physique de nature sexuelle et ce terme est neutre en ce sens qu'il ne sous-entend pas nécessairement l'absence de consentement. Dans le cas où le défendeur ne conteste pas qu'il y a eu contact, il lui incombe de prouver que le demandeur y consentait ou qu'une personne raisonnable dans sa situation aurait cru qu'il y consentait. Voici les motifs sur lesquels je fonde cette conclusion.

I. Analysis

A. *The Canadian Law of Battery Places the Onus of Proving Consent on the Defendant*

I. Analyse

A. *Le droit canadien en matière de voies de fait impose au défendeur le fardeau de prouver qu'il y a eu consentement*

³ As Iacobucci J. states (at para. 103) "for traditional batteries, consent is conceived of as an affirmative defence that must be raised by the defendant".

Comme l'indique le juge Iacobucci (au par. 103), «[d]ans les affaires de voies de fait traditionnelles, le consentement est clairement considéré comme une défense affirmative, que doit invoquer le défendeur».

⁴ This Court has long affirmed this proposition. In *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830, at p. 839, Cartwright J. stated that "where a plaintiff is injured by force applied directly to him by the defendant his case is made by proving this fact and

Notre Cour a depuis longtemps confirmé cette proposition. Dans l'arrêt *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830, à la p. 839, le juge Cartwright a dit que, [TRADUCTION] «lorsque le demandeur a subi un préjudice du fait que le défendeur a directement eu recours à la force contre lui, il établit le bien-fondé de sa demande en prouvant ce fait, et c'est

the onus falls upon the defendant to prove ‘that such trespass was utterly without his fault.’”

In *Larin v. Goshen* (1974), 56 D.L.R. (3d) 719 (N.S.C.A.), at p. 722, Macdonald J.A., citing numerous authorities, stated: “The law in Canada at present is this: In an action for damages in trespass where the plaintiff proves that he has been injured by the direct act of the defendant, the onus falls upon the defendant to prove that his act was both *unintentional and without negligence* on his part, in order for him to be entitled to a dismissal of the action.” (Emphasis in original.) See also *Walmsley v. Humenick*, [1954] 2 D.L.R. 232 (B.C.S.C.); *Tillander v. Gosselin* (1966), 60 D.L.R. (2d) 18 (Ont. H.C.), aff’d (1967), 61 D.L.R. (2d) 192 (Ont. C.A.); *Dahlberg v. Naydiuk* (1969), 10 D.L.R. (3d) 319 (Man. C.A.), and *Ellison v. Rogers* (1967), 67 D.L.R. (2d) 21 (Ont. H.C.). A number of academic commentators also agree that the burden of proving consent lies on the defence: see J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9th ed. 1998), at p. 86; A. M. Linden and L. N. Klar, *Canadian Tort Law: Cases, Notes and Materials* (10th ed. 1994), at p. 102, note 2; and G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1989), vol. 1, at p. 63.

This proposition holds for particular forms of battery like medical battery and sexual battery. In *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, at p. 890, dealing with medical battery, Laskin C.J. stated for the Court that:

The tort [of battery] is an intentional one, consisting of an unprivileged and unconsented to invasion of one’s bodily security. True enough, it has some advantages for a plaintiff over an action of negligence since it does not require proof of causation and it casts upon the defendant the burden of proving consent to what was done.

And in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, dealing with sexual battery, La Forest J., for the plurality, stated, at p. 246, that “[a] battery is the intentional infliction of unlawful force on another person. Consent, express or implied, is a defence

au défendeur qu’il incombe de prouver “que l’atteinte n’est absolument pas de sa faute”».

Dans *Larin c. Goshen* (1974), 56 D.L.R. (3d) 719 (C.A.N.-É.), à la p. 722, le juge Macdonald, citant de nombreux précédents, a noté: [TRADUCTION] «L’état actuel du droit canadien est le suivant: Dans le cadre d’une action en dommages-intérêts pour atteinte où le demandeur prouve qu’il a subi un préjudice par suite d’un acte direct du défendeur, il incombe à ce dernier, pour que l’action puisse être rejetée, d’établir que l’acte n’était *ni intentionnel, ni le résultat d’une négligence* de sa part.» (En italique dans l’original.) Voir également *Walmsley c. Humenick*, [1954] 2 D.L.R. 232 (C.S.C.-B.); *Tillander c. Gosselin* (1966), 60 D.L.R. (2d) 18 (H.C. Ont.), conf. par (1967), 61 D.L.R. (2d) 192 (C.A. Ont.); *Dahlberg c. Naydiuk* (1969), 10 D.L.R. (3d) 319 (C.A. Man.), et *Ellison c. Rogers* (1967), 67 D.L.R. (2d) 21 (H.C. Ont.). Bon nombre d’auteurs s’entendent également pour dire qu’il incombe à la défense de prouver le consentement: voir J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9^e éd. 1998), à la p. 86; A. M. Linden et L. N. Klar, *Canadian Tort Law: Cases, Notes and Materials* (10^e éd. 1994), à la p. 102, note 2, et G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1989), vol. 1, à la p. 63.

Cette proposition s’applique à des types particuliers de voies de fait tels les voies de fait de nature médicale et celles de nature sexuelle. Dans l’arrêt *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, qui portait sur des voies de fait de nature médicale, le juge en chef Laskin a dit au nom de la Cour, à la p. 890:

L’acte délictuel [de voies de fait] est intentionnel, puisque c’est une atteinte injustifiée et non autorisée à la sécurité physique d’une personne. Il est vrai qu’elle offre à un demandeur certains avantages dont il ne bénéficie pas dans une action fondée sur la négligence puisqu’elle n’exige pas la preuve de la causalité et qu’elle impose au défendeur l’obligation de prouver qu’il y a eu consentement à ce qui a suivi.

En outre, dans l’arrêt *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, qui traitait de voies de fait de nature sexuelle, le juge La Forest a signalé, au nom de la pluralité des juges, à la p. 246, que «[l]es voies de fait consistent à recourir délibérément à une force

5

6

to battery.” None of the members of the Court participating in the decision dissented from the view that the burden lies on the defendant to prove consent.

7 The question, then, is whether we should in this case depart from the settled rule that requires the plaintiff in a battery case to show only contact through a direct, intentional act of the defendant and places the onus on the defendant of showing consent or lawful excuse, including actual or constructive consent. For the reasons that follow, I am not convinced that we should alter the established rule.

B. *The Traditional Approach to Trespass is Justified as a Rights-Based Tort*

8 The traditional rule, as noted, is that the plaintiff in an action for trespass to the person (which includes battery) succeeds if she can prove direct interference with her person. Interference is direct if it is the immediate consequence of a force set in motion by an act of the defendant: see *Scott v. Shepherd* (1773), 2 Black. W. 892, 96 E.R. 525 (K.B.); *Leame v. Bray* (1803), 3 East 593, 102 E.R. 724 (K.B.). The burden is then on the defendant to allege and prove his defence. Consent is one such defence.

9 Some critics have suggested that this rule should be altered. They suggest that tort must always be fault-based. This means the plaintiff must prove fault as part of her case, by showing either: (1) that the defendant intended to harm; (2) that the defendant failed to take reasonable care or was “negligent”; or (3) that the tort is one of strict liability, i.e. legally presumed fault. On a practical level, some, like F. L. Sharp, argue that the traditional approach confers an unfair advantage on the plaintiff by easing her burden of proof: “Negligent Trespass in Canada: A Persistent Source of Embarrassment” (1977-78), 1 *Advocates’ Q.* 311,

illégal contre une autre personne. Le consentement, exprès ou implicite, est opposable comme moyen de défense aux voies de fait.» Les juges de la Cour qui ont pris part à la décision étaient tous d’avis qu’il incombait au défendeur de prouver qu’il y avait eu consentement.

La question est donc de savoir si nous devons, en l’espèce, nous écarter de la règle bien établie qui prévoit que, dans une affaire de voies de fait, le demandeur n’a qu’à prouver qu’il y a eu contact par voie d’acte direct et intentionnel du défendeur, et qui impose à ce dernier l’obligation de prouver le consentement ou l’excuse légitime, notamment le consentement véritable ou présumé. Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas convaincue que nous devrions modifier la règle établie.

B. *La démarche traditionnelle en matière d’atteinte est justifiée en tant que délit fondé sur des droits*

Comme je l’ai souligné, la règle traditionnelle est que le demandeur aura gain de cause dans le cadre d’une action pour atteinte à sa personne (ce qui comprend les voies de fait) s’il est en mesure de prouver qu’il a été directement atteint. L’atteinte est directe si elle est la conséquence immédiate d’une force mise en branle par un acte du défendeur: voir *Scott c. Shepherd* (1773), 2 Black. W. 892, 96 E.R. 525 (K.B.); *Leame c. Bray* (1803), 3 East 593, 102 E.R. 724 (K.B.). Il incombe donc au défendeur d’invoquer un moyen de défense et d’en établir le bien-fondé. L’existence d’un consentement constitue un tel moyen de défense.

Certains commentateurs ont proposé que cette règle soit modifiée. Ils soutiennent que la responsabilité délictuelle doit toujours être fondée sur la faute. Le demandeur doit donc prouver, dans son argumentation, qu’une faute a été commise, en établissant: (1) soit que le défendeur a eu l’intention de lui causer un préjudice; (2) soit que le défendeur a omis de faire preuve de diligence raisonnable ou qu’il a été «négligent»; (3) soit encore que la responsabilité délictuelle en question est de nature stricte, c.-à-d. que la faute est légalement présumée. Sur le plan pratique, certains, comme F. L. Sharp, soutiennent que la démarche tradition-

at pp. 312-14 and 326. It is suggested that the law has moved in this direction in England: see *Fowler v. Lanning*, [1959] 1 Q.B. 426, approved in *obiter* in *Letang v. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232 (C.A.). In the spirit of these comments, my colleague Iacobucci J. proposes to alter the traditional rule, at least for sexual battery, to require the plaintiff to prove fault, i.e. that the defendant either knew or ought to have known that she was not consenting.

I do not agree with these criticisms of the traditional rule. In my view the law of battery is based on protecting individuals' right to personal autonomy. To base the law of battery purely on the principle of fault is to subordinate the plaintiff's right to protection from invasions of her physical integrity to the defendant's freedom to act: see R. Sullivan, "Trespass to the Person in Canada: A Defence of the Traditional Approach" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 533, at p. 546. Although I do not necessarily accept all of Sullivan's contentions, I agree with her characterization, at p. 551, of trespass to the person as a "violation of the plaintiff's right to exclusive control of his person". This right is not absolute, because a defendant who violates this right can nevertheless exonerate himself by proving a lack of intention or negligence: *Cook*, *supra*, at p. 839, *per* Cartwright J. Although liability in battery is based not on the defendant's fault, but on the violation of the plaintiff's right, the traditional approach will not impose liability without fault because the violation of another person's right can be considered a form of fault. Basing the law of battery on protecting the plaintiff's physical autonomy helps explain why the plaintiff in an action for battery need prove only a direct interference, at which point the onus shifts to the person who is alleged to have violated the right to justify

nelle confère un avantage injuste au demandeur en allégeant son fardeau de la preuve: «Negligent Trespass in Canada: A Persistent Source of Embarrassment» (1977-78), 1 *Advocates' Q.* 311, aux pp. 312 à 314 et 326. D'aucuns soutiennent que le droit a pris cette direction en Angleterre: voir *Fowler c. Lanning*, [1959] 1 Q.B. 426, approuvé dans ces remarques incidentes dans *Letang c. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232 (C.A.). Dans l'esprit de ces commentaires, mon collègue le juge Iacobucci propose de modifier la règle traditionnelle, du moins en ce qui concerne les voies de faits de nature sexuelle, de sorte que la demanderesse soit tenue de prouver qu'une faute a été commise, c.-à-d. que le défendeur savait, ou aurait dû savoir, qu'elle ne donnait pas son consentement.

Je ne souscris pas à ces critiques de la règle traditionnelle. À mon avis, le droit en matière de voies de fait repose sur la protection du droit à l'autonomie personnelle des individus. Fonder le droit en matière de voies de fait uniquement sur le principe de la faute revient à subordonner à la liberté d'agir du défendeur le droit du demandeur à la protection contre toute atteinte à son intégrité physique: voir R. Sullivan, «Trespass to the Person in Canada: A Defence of the Traditional Approach» (1987), 19 *R.D. Ottawa* 533, à la p. 546. Bien que je n'accepte pas nécessairement toutes les prétentions de Sullivan, je suis d'accord avec elle lorsque, à la p. 551, elle qualifie l'atteinte à la personne [TRADUCTION] «d'atteinte au droit du demandeur d'avoir le contrôle exclusif de sa personne». Ce droit n'est pas absolu, car le défendeur qui y porte atteinte peut néanmoins s'exonérer en prouvant l'absence d'intention ou la négligence: *Cook*, précité, à la p. 839, le juge Cartwright. Bien que la responsabilité en matière de voies de fait soit fondée non pas sur la faute du défendeur mais sur l'atteinte au droit du demandeur, la démarche traditionnelle n'impose pas de responsabilité quand il n'y a pas de faute, car l'atteinte à un droit d'autrui peut être considérée comme une forme de faute. Fonder le droit en matière de voies de fait sur la protection de l'autonomie physique du demandeur aide à expliquer pourquoi le demandeur qui intente une action pour voies de fait n'a

the intrusion, excuse it or raise some other defence.

11 I agree with Sullivan's view that the traditional approach to trespass to the person remains appropriate in Canada's modern context for a number of reasons. First, unlike negligence, where the requirement of fault can be justified because the tortious sequence may be complicated, trespass to the person is confined to direct interferences. Where the trespass causes actual injury to the plaintiff, there is a direct connection between the defendant's action and the plaintiff's injury. As Sullivan notes, at p. 562:

... where the injury complained of is an immediate consequence of the defendant's act, it is intuitively sound to require compensation from the defendant unless he offers a defence. In cases of direct interference, the relationship between the defendant's will, his decision to act, and the injury to the plaintiff is both simple and clear; there are no competing causal factors to obscure the defendant's role or dilute his factual responsibility. The question of his moral and legal responsibility is thus posed with unusual sharpness: as between the defendant who caused the injury and the plaintiff who received it, other things being equal, who shall pay? ... Once the plaintiff has shown that his right to personal autonomy has been violated by the defendant, *prima facie* the defendant should pay. [Emphasis added.]

12 Another factor supporting retaining the traditional approach to trespass and battery is that it makes practical sense. Linden J. in *Bell Canada v. COPE (Sarnia) Ltd.* (1980), 11 C.C.L.T. 170 (Ont. H.C.), *aff'd* (1980), 31 O.R. (2d) 571 (C.A.), after noting the attacks on the Canadian law of trespass, writes (at p. 180):

The trespass action still performs several functions, one of its most important being a mechanism for shifting the onus of proof of whether there has been intentional or negligent wrongdoing to the defendant, rather than

qu'à prouver l'existence d'une atteinte directe, après quoi il incombe à la personne accusée d'avoir violé le droit de justifier l'atteinte ou de présenter une excuse légitime ou un autre moyen de défense.

Je partage l'avis de Sullivan que la démarche traditionnelle en matière d'atteinte à la personne convient toujours au contexte moderne canadien pour plusieurs raisons. Premièrement, contrairement à la négligence, pour laquelle l'exigence d'une faute peut être justifiée vu que l'enchaînement délictuel peut être complexe, la notion d'atteinte à la personne se limite aux atteintes directes. Lorsque l'atteinte cause un préjudice réel au demandeur, il existe un lien direct entre l'acte du défendeur et le préjudice du demandeur. Comme le souligne Sullivan, à la p. 562:

[TRADUCTION] ... lorsque le préjudice allégué est une conséquence immédiate de l'acte du défendeur, il est intuitivement judicieux de chercher à obtenir une réparation de ce dernier, à moins qu'il ne présente un moyen de défense. Dans les cas d'atteinte directe, le lien entre la volonté du défendeur, sa décision d'agir et le préjudice que le demandeur a subi est à la fois simple et clair; aucun facteur de causalité concurrent ne cache le rôle du défendeur ni ne diminue sa responsabilité dans les faits. La question de sa responsabilité morale et juridique se pose donc avec une clarté inhabituelle: toutes choses étant égales par ailleurs, qui, du défendeur qui a causé le préjudice, ou du demandeur qui l'a subi, devra payer? [...] Une fois que le demandeur a établi que le défendeur a violé son droit à l'autonomie personnelle, ce dernier devrait, à première vue, être tenu de payer. [Je souligne.]

Un autre facteur qui étaye la décision de conserver la démarche traditionnelle en matière d'atteinte et de voies de fait est qu'elle est sensée sur le plan pratique. Dans la décision *Bell Canada c. COPE (Sarnia) Ltd.* (1980), 11 C.C.L.T. 170 (H.C. Ont.), *conf. par* (1980), 31 O.R. (2d) 571 (C.A.), après avoir mentionné les attaques contre le droit canadien en matière d'atteinte, le juge Linden écrit, à la p. 180:

[TRADUCTION] L'action pour atteinte remplit toujours plusieurs fonctions, dont l'une des plus importantes est de fournir un mécanisme permettant de déplacer le fardeau de la preuve vers le défendeur, pour ce qui est de

requiring the plaintiff to prove fault. The trespass action, though perhaps somewhat anomalous, may thus help to smoke out evidence possessed by defendants, who cause direct injuries to plaintiffs, which should assist Courts to obtain a fuller picture of the facts, a most worthwhile objective. [Emphasis added.]

In cases of direct interference, the defendant is likely to know how and why the interference occurred. I agree with Sullivan's suggestion, at p. 563, that "if the defendant is in a position to say what happened, it is both sensible and just to give him an incentive to do so by putting the burden of explanation on him".

Finally, I share Sullivan's concern with the fact that cases of direct interference with the person tend to produce high "demoralization costs" (p. 563). Victims and those who identify with them tend to feel resentment and insecurity if the wrong is not compensated. The close causal relationship between the defendant's conduct and the violation of the plaintiff's bodily integrity, the identification of the loss with the plaintiff's personality and freedom, the infliction of the loss in isolated (as opposed to systemic) circumstances, and the perception of the defendant's conduct as anti-social, all support the legal position that once the direct interference with the plaintiff's person is shown, the defendant may fairly be called upon to explain his behaviour if indeed it was innocent.

These arguments persuade me that we should not lightly set aside the traditional rights-based approach to the law of battery that is now the law of Canada. The tort of battery is aimed at protecting the personal autonomy of the individual. Its purpose is to recognize the right of each person to control his or her body and who touches it, and to permit damages where this right is violated. The compensation stems from violation of the right to autonomy, not fault. When a person interferes with

savoir si un acte fautif a été commis intentionnellement ou par négligence, au lieu d'exiger du demandeur qu'il prouve qu'une faute a été commise. L'action pour atteinte, bien que quelque peu inusitée, peut donc permettre de dénicher des éléments de preuve qu'ont en leur possession des défendeurs qui ont causé des préjudices directs à des demandeurs, éléments qui devraient aider les tribunaux à se faire une image plus claire des faits, un objectif des plus valables. [Je souligne.]

En cas d'atteinte directe, il est probable que le défendeur saura comment et pourquoi il y a eu atteinte. Je suis d'accord avec la proposition de Sullivan, à la p. 563, que [TRADUCTION] «si le défendeur est en mesure de dire ce qui s'est produit, il est raisonnable et juste de l'inciter à le faire en l'obligeant à fournir une explication».

Enfin, je partage la préoccupation de Sullivan relativement au fait que les cas d'atteinte directe à la personne tendent à entraîner d'importants [TRADUCTION] «coûts sur le plan du découragement» (p. 563). Les victimes et les personnes qui s'y identifient ont tendance à éprouver du ressentiment et de l'insécurité si le préjudice ne fait pas l'objet d'une réparation. Le lien de causalité étroit entre la conduite du défendeur et la violation de l'intégrité physique du demandeur, l'identification de la perte avec la personnalité et la liberté du demandeur, l'infliction de la perte dans une situation particulière (par opposition à systémique) et la perception que la conduite du défendeur est antisociale étayent tous le point de vue juridique qu'une fois que l'atteinte directe à la personne du demandeur a été établie, il est juste d'obliger le défendeur à expliquer son comportement si, de fait, il était innocent.

Ces arguments me convainquent que nous ne devons pas rejeter à la légère la démarche traditionnelle fondée sur les droits en ce qui concerne le droit en matière de voies de fait actuellement en vigueur au Canada. Le droit en matière de voies de fait vise à protéger l'autonomie personnelle de l'individu. Il a pour objectif de reconnaître le droit de chaque personne d'avoir le contrôle de son corps et de décider qui peut y toucher, et de permettre que des dommages-intérêts soient accordés

13

14

15

the body of another, a *prima facie* case of violation of the plaintiff's autonomy is made out. The law may then fairly call upon the person thus implicated to explain, if he can. If he can show that he acted with consent, the *prima facie* violation is negated and the plaintiff's claim will fail. But it is not up to the plaintiff to prove that, in addition to directly interfering with her body, the defendant was also at fault.

lorsque ce droit est violé. La réparation découle de la violation du droit à l'autonomie et non de la faute. Lorsqu'une personne porte atteinte au corps d'une autre personne, une preuve *prima facie* d'atteinte à l'autonomie du demandeur est établie. Il est alors possible en droit d'enjoindre, en toute équité, à la personne impliquée de s'expliquer, si elle est en mesure de le faire. Si elle peut établir qu'elle avait obtenu le consentement de l'autre personne, la preuve *prima facie* de l'atteinte est réfutée et le demandeur ne pourra avoir gain de cause. Toutefois, il n'incombe pas au demandeur de prouver que, en plus d'infliger une atteinte directe à son corps, le défendeur a également commis une faute.

16

Having stated that we should not set aside the traditional approach to battery, I do not wish to foreclose the possibility of future growth in this area of the law. References in definitions of the tort of battery to "injury", or to contact being "unlawful" or "harmful or offensive" are different ways of expressing the idea that not every physical contact constitutes a battery. In other words, the tort requires contact "plus" something else. One view, as I discuss in the next section, is that the "plus" refers merely to non-trivial contact. The caselaw to date tends to support this view, and generally does not require actual physical or psychological injury: *Cole v. Turner* (1704), 6 Mod. 149, 87 E.R. 907; *Stewart v. Stonehouse*, [1926] 2 D.L.R. 683 (Sask. C.A.), at p. 684; Fleming, *supra*, at p. 29; Fridman, *supra*, at p. 45. In a future case, it may be necessary to consider whether the "plus" required in addition to contact should be extended beyond the minimum of non-trivial acts. However, the issue does not arise in this case, since the plaintiff pleads physical and psychological damage. This is sufficient to bring the case within the traditional view of battery, however the "plus" is defined. Therefore, for the purposes of this case, I proceed upon the traditional view.

Ayant dit que nous ne devrions pas rejeter la démarche traditionnelle en matière de voies de fait, je ne voudrais pas exclure la possibilité de l'évolution du droit dans ce domaine. La mention, dans le délit de voies de fait, de «préjudice» ou de contact qui soit «illégal» ou bien «préjudiciable ou nocif» est une manière différente d'exprimer l'idée que ce ne sont pas tous les contacts physiques qui constituent des voies de fait. En d'autres termes, pour qu'il y ait délit, il doit y avoir un contact «plus» autre chose. Selon certains, point que j'analyse dans la section suivante, le «plus» ne fait référence qu'au contact non anodin. Jusqu'ici, la jurisprudence semble appuyer ce point de vue et, en règle générale, elle n'exige pas qu'il y ait un préjudice physique ou psychologique réel: *Cole c. Turner* (1704), 6 Mod. 149, 87 E.R. 907; *Stewart c. Stonehouse*, [1926] 2 D.L.R. 683 (C.A. Sask.), à la p. 684; Fleming, *op. cit.*, à la p. 29; Fridman, *op. cit.*, à la p. 45. Il pourrait s'avérer nécessaire, dans une affaire future, de déterminer si ce qui est exigé en «plus» du contact devrait s'étendre au-delà du minimum des actes non anodins. Toutefois, la question ne se pose pas en l'espèce, puisque la demanderesse allègue un préjudice physique et psychologique. Cela suffit pour que l'affaire soit considérée comme une affaire traditionnelle de voies de fait, de quelque façon que soit défini le «plus». Par conséquent, pour les fins de la présente affaire, je procède selon le point de vue traditionnel.

C. *The Argument that the Contact Must Be “Harmful or Offensive” Does Not Support Placing the Onus of Proving Non-Consent on the Plaintiff*

The proposition that the law should require a plaintiff in an action for sexual battery to prove that she did not consent, is supported, it is suggested, by a requirement that the contact involved in battery must be harmful or offensive. The argument may be summarized as follows. The plaintiff must prove all the essential elements of the tort of battery. One of these is that the contact complained of was inherently harmful or offensive on an objective standard. Consensual sexual contact is neither harmful nor offensive. Therefore the plaintiff, in order to make out her case, must prove that she did not consent or that a reasonable person in the defendant’s position would not have thought she consented.

I do not dispute that a plaintiff generally must prove all elements of the tort she alleges. Nor do I dispute that contact must be “harmful or offensive” to constitute battery. However, I am not persuaded that plaintiffs in cases of sexual battery must prove that contact was “non-consensual” in order to prove that it was “harmful or offensive”. If one accepts that the foundation of the tort of battery is a violation of personal autonomy, it follows that all contact outside the exceptional category of contact that is generally accepted or expected in the course of ordinary life, is *prima facie* offensive. Sexual contact does not fall into the category of contact generally accepted or expected in the course of ordinary activities. Hence the plaintiff may establish an action for sexual battery without negating actual or constructive consent.

The idea that battery is confined to conduct that is “harmful or offensive” finds root in the old

C. *L’argument que le contact doit être «préjudiciable ou nocif» n’étaye pas l’imposition au demandeur de l’obligation de prouver l’absence de consentement*

La proposition que le droit devrait enjoindre au demandeur, dans une action pour voies de fait de nature sexuelle, de prouver qu’il n’a pas donné son consentement, est étayée, soutient-on, par une exigence que le contact en cause dans une affaire de voies de fait doit être préjudiciable ou nocif. L’argument peut être résumé de la façon suivante. Le demandeur doit établir tous les éléments essentiels du délit de voies de fait, dont le fait que le contact en cause était, de façon objective, intrinsèquement préjudiciable ou nocif. Le contact sexuel consensuel n’est ni préjudiciable, ni nocif. Par conséquent, la demanderesse doit, pour établir le bien-fondé de sa demande, prouver qu’elle n’a pas donné son consentement ou qu’une personne raisonnable dans la situation du défendeur n’aurait pas cru qu’elle l’avait donné.

Je ne conteste pas qu’un demandeur doive, de façon générale, prouver tous les éléments du délit qu’il prétend avoir subi. Je ne conteste pas non plus que le contact doive être «préjudiciable ou nocif» pour constituer des voies de fait. Cependant, je ne suis pas convaincue que, dans les cas de voies de fait de nature sexuelle, les demandeurs doivent prouver que le contact était «non consensuel» pour démontrer qu’il était «préjudiciable ou nocif». Si l’on accepte que le fondement du délit de voies de fait est une violation de l’autonomie personnelle, il s’ensuit que tout contact qui n’est pas visé par la catégorie exceptionnelle des contacts généralement acceptés ou auxquels on peut s’attendre dans la vie quotidienne est nocif à première vue. Le contact sexuel n’est pas visé par la catégorie des contacts généralement acceptés ou auxquels on peut s’attendre dans le cours d’activités ordinaires. D’où la possibilité qui s’offre au demandeur d’établir le bien-fondé d’une action pour voies de fait de nature sexuelle sans devoir réfuter le consentement véritable ou le consentement présumé.

L’idée selon laquelle les voies de fait se limitent à la conduite «préjudiciable ou nocive» tire son

17

18

19

cases involving trivial contacts. While the law of battery traditionally has held that the defendant, not the plaintiff, bears the onus of proving consent, it has also held that not every trivial contact suffices to establish battery. The classic example is being jostled in a crowd. A person who enters a crowd cannot sue for being jostled; such contact is not “offensive”. Two theories have been put forward to explain this wrinkle on the general rule that all a plaintiff in a battery action must prove is direct contact. The first is implied consent: *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (21st ed. 1996), at p. 121. The second sees these cases as “a general exception embracing all physical contact which is generally acceptable in the ordinary conduct of everyday life”: *In re F.*, [1990] 2 A.C. 1 (H.L.), at p. 73, *per* Lord Goff.

origine d’anciens cas portant sur des contacts anodins. Bien qu’il ait traditionnellement prévu qu’il incombe au défendeur, et non au demandeur, de prouver qu’il y a eu consentement, le droit en matière de voies de fait prévoit également qu’un contact anodin peut ne pas être suffisant pour établir qu’il y a eu voies de fait. L’exemple classique est le fait d’être bousculé dans une foule. La personne qui se joint à une foule ne peut intenter une action pour avoir été bousculée; un tel contact n’est pas «nocif». Deux théories ont été élaborées pour expliquer cette entorse à la règle générale selon laquelle, dans une action pour voies de fait, le demandeur doit seulement prouver qu’il y a eu contact direct. La première est celle du consentement implicite: *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (21^e éd. 1996), à la p. 121. La seconde considère de tels cas comme [TRADUCTION] «une exception générale couvrant tous les contacts physiques généralement acceptables dans le cours de la vie quotidienne»: *In re F.*, [1990] 2 A.C. 1 (H.L.), à la p. 73, lord Goff.

20

Both these theories are consistent with the settled rule in Canadian law that a plaintiff in a battery action need not prove the absence of consent. On the implied consent theory, even if the plaintiff proves contact, the burden never shifts to the defendant to prove consent because consent is implied by law. On the “exception” theory, the plaintiff cannot succeed merely by proving contact if such contact falls within the exceptional category of conduct generally acceptable in ordinary life. It is not necessary in this appeal to choose between these approaches, but in my view both refer to the sort of everyday physical contact which one must be expected to tolerate, even if one does not actually consent to it.

Ces deux théories sont compatibles avec la règle bien établie en droit canadien que, dans une action pour voies de fait, un demandeur n’est pas tenu de prouver l’absence de consentement. En ce qui concerne la théorie du consentement implicite, même si le demandeur prouve qu’il y a eu contact, il n’incombe jamais au défendeur de prouver qu’il y a eu consentement, vu que ce dernier est implicite en droit. Pour ce qui est de la théorie de l’«exception», pour avoir gain de cause, le demandeur ne peut se contenter de prouver qu’il y a eu contact lorsque ce contact est visé par la catégorie exceptionnelle des comportements généralement acceptables dans la vie quotidienne. Il n’est pas nécessaire de choisir entre ces théories dans le présent pourvoi, mais j’estime qu’elles se réfèrent toutes deux au genre de contacts physiques quotidiens qu’une personne est censée tolérer, même si elle n’y consent pas.

21

The question then becomes whether sexual battery falls into the extraordinary category of cases where proving contact will not suffice to establish the plaintiff’s case. Is sexual activity the sort of activity where consent is implied? Clearly it is not.

La question revient donc à savoir si les voies de fait de nature sexuelle sont visés par la catégorie extraordinaire des cas pour lesquels la demanderesse ne peut se contenter de prouver qu’il ya eu contact pour avoir gain de cause. L’activité

Alternatively, is it the sort of activity, like being jostled in a crowd, that is generally accepted and expected as a normal part of life? Again, I think not. The sort of conduct the cases envision is the inevitable contact that goes with ordinary human activity, like brushing someone's hand in the course of exchanging a gift, a gratuitous handshake, or being jostled in a crowd. Sexual contact does not fall into this category. It is not the casual, accidental or inevitable consequence of general human activity and interaction. It involves singling out another person's body in a deliberate, targeted act.

The assertion in some of the authorities that the contact must be harmful or offensive to constitute battery (see, e.g., La Forest J. in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at p. 25), reflects the need to exclude from battery the casual contacts inevitable in ordinary life. It does not, however, require the conclusion that to make out a case of battery, a plaintiff must prove that the contact was physically or psychologically injurious or morally offensive. The law of battery protects the inviolability of the person. It starts from the presumption that apart from the usual and inevitable contacts of ordinary life, each person is entitled not to be touched, and not to have her person violated. The sexual touching itself, absent the defendant showing lawful excuse, constitutes the violation and is "offensive". Sex is not an ordinary casual contact which must be accepted in everyday life, nor is it the sort of contact to which consent can be implied. To require a plaintiff in an action for sexual battery to prove that she did not consent or that a reasonable person in the defendant's position would not have thought she consented, would be to deny the protection the law has traditionally afforded to the

sexuelle est-elle un type d'activité à l'égard duquel le consentement est implicite? Certainement pas. Ou bien s'agit-il d'une activité qui, comme le fait d'être bousculé dans une foule, est généralement acceptée et à laquelle on peut s'attendre dans la vie quotidienne? Encore une fois, j'estime que non. Le type de conduite que visent ces cas est le contact inévitable qui accompagne l'activité humaine courante, comme le fait d'effleurer la main de quelqu'un en offrant un cadeau, de se donner la main sans raison particulière, ou d'être bousculé dans une foule. Le contact sexuel n'est pas visé par cette catégorie. Il ne s'agit pas de la conséquence fortuite, accidentelle ou inévitable d'une activité ou d'une interaction humaine. Il suppose la décision de toucher au corps d'une autre personne par un geste intentionnel et ciblé.

L'affirmation, dans certains précédents, que le contact doit être préjudiciable ou nocif pour constituer des voies de fait (voir, par exemple, les motifs du juge La Forest dans *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, à la p. 25) reflète la nécessité d'exclure des voies de fait les contacts fortuits inévitables dans la vie quotidienne. Elle n'exige cependant pas la conclusion que, pour établir le bien-fondé d'une action pour voies de fait, le demandeur doit prouver que le contact était physiquement ou psychologiquement préjudiciable, ou nocif sur le plan moral. Le droit en matière de voies de fait protège l'inviolabilité de la personne. Il est fondé sur la présomption que, hormis les contacts habituels et inévitables de la vie quotidienne, chacun a le droit de ne pas être touché et de ne pas subir une violation de sa personne. L'attouchement sexuel en soi, à moins que le défendeur ne présente une excuse légitime, constitue la violation et est «nocif». Le sexe n'est pas un contact fortuit qui doit être accepté dans la vie quotidienne et il ne s'agit pas du genre de contact pour lequel le consentement peut être considéré comme étant implicite. Exiger d'un demandeur qu'il prouve, dans une action pour voies de fait de nature sexuelle, qu'il n'était pas consentant ou qu'une personne raisonnable dans la situation du défendeur n'aurait pas cru qu'il l'était, reviendrait à le priver de la protection que la loi a traditionnellement offerte en matière d'inviolabilité du corps dans la situation où cette protection

inviolability of the body in the situation where it is perhaps most needed and appropriate.

23

Only two cases, one in England concerning therapeutic administration of drugs and one in New Zealand concerning sexual assault, are cited in favour of the proposition that the plaintiff must show harm by proving a lack of consent as an element of the tort of battery: see *Freeman v. Home Office*, [1983] 3 All E.R. 589 (Q.B.), aff'd [1984] 1 All E.R. 1036 (C.A.), *H. v. R.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 299 (H.C.). The proposition that the plaintiff must prove a lack of consent, on the basis that she must prove that the impugned contact was harmful, is not supported by the law of battery, which has traditionally been confined to acts which are inherently harmful, like hitting, shooting or stabbing someone. Rather, its focus is on the protection of one's bodily integrity from any unwanted contact. Many of the older cases concern contacts devoid of any real harm apart from the violation of bodily integrity: *Pursell v. Horn* (1838), 8 AD. & E. 602, 112 E.R. 966 (pouring water on a person); *Green v. Goddard* (1704), 2 Salkeld 641, 91 E.R. 540 (forcibly taking an object held by another); *Humphries v. Connor* (1864), 17 Ir. Com. L. Rep. 1 (Q.B.) (taking flower worn by plaintiff), and *Forde v. Skinner* (1830), 4 Car. & P. 239, 172 E.R. 687 (cutting a person's hair). In more modern times, the same is true of medical battery cases. Like sexual acts, medical interventions may incidentally produce physical and psychological harm which may go to damages, but the basic "offence" or "harm" upon which the tort rests is the violation of the plaintiff's bodily integrity. As I discuss below, Canadian courts do not require plaintiffs alleging medical battery to prove that the defendant medical practitioner knew or ought to have known that the plaintiff did not consent to the medical contact.

est peut-être la plus nécessaire et la plus appropriée.

Deux cas seulement, l'un, en Angleterre, qui portait sur l'administration thérapeutique de médicaments, et l'autre, en Nouvelle-Zélande, qui portait sur une agression sexuelle, ont été cités pour étayer la proposition que le demandeur doit établir qu'il a subi un préjudice en prouvant l'absence de consentement, en tant qu'élément du délit de voies de fait: voir *Freeman c. Home Office*, [1983] 3 All E.R. 589 (Q.B.), conf. par [1984] 1 All E.R. 1036 (C.A.), et *H. c. R.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 299 (H.C.). La proposition voulant que la demanderesse doive prouver l'absence de consentement, fondée sur le fait qu'elle doit établir que le contact reproché était préjudiciable, n'est pas étayée par le droit en matière de voies de fait, lesquelles ont traditionnellement été limitées à des actes intrinsèquement nuisibles, comme le fait de frapper, d'abattre ou de poignarder quelqu'un. Le droit en cette matière vise plutôt à protéger l'intégrité physique de la personne contre tout contact non souhaité. Plusieurs des anciennes affaires portent sur des contacts n'entraînant pas de préjudice réel outre la violation de l'intégrité physique: *Pursell c. Horn* (1838), 8 AD. & E. 602, 112 E.R. 966 (verser de l'eau sur une personne); *Green c. Goddard* (1704), 2 Salkeld 641, 91 E.R. 540 (prendre de force un objet détenu par une autre personne); *Humphries c. Connor* (1864), 17 Ir. Com. L. Rep. 1 (Q.B.) (prendre une fleur que portait la demanderesse), et *Forde c. Skinner* (1830), 4 Car. & P. 239, 172 E.R. 687 (couper les cheveux d'une personne). Pour ce qui est de l'époque plus contemporaine, on peut en dire autant des cas de voies de fait de nature médicale. À l'instar des actes sexuels, les interventions médicales peuvent incidemment entraîner un préjudice physique et psychologique susceptible de donner lieu à des dommages-intérêts, mais l'«offense» ou le «préjudice» fondamental sur lequel le délit est fondé est la violation de l'intégrité physique du demandeur. Comme je le mentionne plus loin, les tribunaux canadiens n'exigent pas que le demandeur allègue l'existence de voies de fait de nature médicale pour prouver que le médecin défendeur savait ou aurait dû savoir qu'il n'avait pas consenti au contact médical.

The practical counterpart of the argument that battery must involve inherently harmful or offensive conduct in some larger sense is the suggestion that absent such a requirement, plaintiffs will be able to unfairly drag defendants into court as a result of consensual sex, putting them to the trouble and risk of proving that the plaintiff consented or that a reasonable person would have concluded she consented. This point was not strongly argued, and with reason. Few plaintiffs to consensual sex or in situations where consent is a reasonable inference from the circumstances, are likely to sue if they are virtually certain to lose when the facts come out. Moreover, the rules of court provide sanctions for vexatious litigants. There is no need to change the law of battery to avoid vexatious claims.

Moreover, the prospect of plaintiffs suing and saying nothing about consent is more theoretical than real. In fact, plaintiffs suing for sexual battery usually testify that they did not consent to the sexual contact. Failure to do so, absent an explanation, makes it more likely the defendant could win when he calls evidence of consent or reasonable appearance of consent. Even if a plaintiff were to bring an action in sexual battery against the estate of a deceased defendant, many provincial and territorial evidence acts would not allow the plaintiff to obtain a judgment against the estate unless her evidence were corroborated by other material evidence: see *Evidence Acts* of Alberta, R.S.A. 1980, c. A-21, s. 12; Newfoundland, R.S.N. 1990, c. E-16, s. 16; Northwest Territories, R.S.N.W.T. 1988, c. E-8, s. 17; Nova Scotia, R.S.N.S. 1989, c. 154, s. 45; Ontario, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 13; Prince Edward Island, R.S.P.E.I. 1988, c. E-11, s. 11; Yukon, R.S.Y. 1986, c. 57, s. 14. At the same time, as discussed more fully below, placing on the plaintiff the legal burden of always

La contrepartie, sur le plan pratique, de l'argument que les voies de fait supposent nécessairement une conduite préjudiciable ou nocive dans un sens plus large est l'idée qu'en l'absence d'une telle exigence, les demandeurs pourront injustement poursuivre les défendeurs après avoir eu des relations sexuelles consensuelles, les obligeant ainsi à prendre le risque d'avoir à prouver que le demandeur avait consenti aux relations sexuelles ou qu'une personne raisonnable aurait conclu qu'il y avait consenti. Ce point n'a pas été débattu énergiquement, et avec raison. Il est peu probable que le demandeur qui a eu des relations sexuelles consensuelles, ou qui se trouve dans une situation où il est raisonnable de déduire des circonstances qu'il avait consenti à ces relations, intente une action s'il est presque certain qu'il sera débouté après que les faits auront été établis. En outre, les règles de procédure prévoient l'infliction de sanctions aux parties qui intentent des actions vexatoires. Il n'est pas nécessaire de modifier le droit en matière de voies de fait pour éviter de telles actions.

De plus, la possibilité que des demandeurs intentent une action, mais restent muets sur la question du consentement, est plus théorique que réelle. En fait, les demandeurs qui intentent une action pour voies de fait de nature sexuelle témoignent habituellement qu'ils n'ont pas consenti au contact sexuel. Leur omission à cet égard, en l'absence d'explication, fait en sorte qu'il est plus probable que le défendeur ait gain de cause après avoir produit des éléments de preuve établissant le consentement ou l'apparence raisonnable de consentement. Même si un demandeur intentait une action pour voies de fait de nature sexuelle contre la succession d'un défendeur, plusieurs lois provinciales et territoriales sur la preuve ne lui permettraient pas d'obtenir un jugement contre la succession, à moins que son témoignage ne soit corroboré par d'autres éléments de preuve substantielle: voir les lois sur la preuve de l'Alberta, R.S.A. 1980, ch. A-21, art. 12; de Terre-Neuve, R.S.N. 1990, ch. E-16, art. 16; des Territoires du Nord-Ouest, L.R.T.N.-O. 1988, ch. E-8, art. 17; de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 154, art. 45; de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 13; de l'Île-du-Prince-Édouard, R.S.P.E.I.

negating actual and constructive consent on pain of non-suit, may lead to injustice.

26 I conclude that the fact that the law of battery excludes trivial contact and requires contact that is “harmful or offensive” does not require us to conclude that the plaintiff bears the burden of proving that the defendant actually or constructively knew she did not consent to sexual contact.

D. There Is Nothing Particular About Sexual Assault that Makes it Necessary to Have a Special Rule of Battery for Sexual Assaults for What the Plaintiff Must Prove

27 If there were something special about sexual battery that justified requiring the plaintiff to prove that the defendant either knew she was not consenting or ought to have known that she was not consenting, a case might be made for so doing. The result would be a special rule for sexual battery inconsistent with the law of battery generally, and the creation of a new tort of sexual battery. Thus far the courts have declined to do this. As Professor Feldthusen notes, “[t]here has yet to be recognised a new nominate tort of *sexual* battery” (emphasis in original): “The Canadian Experiment with the Civil Action for Sexual Battery”, in N. J. Mullany, ed., *Torts in the Nineties* (1997), 274, at p. 281. The sexual aspects of the claim go only to damages. However, as I stated above, a new tort of sexual battery with different rules from ordinary battery could be recognized in an appropriate case.

28 Before examining whether sexual battery is so different that special rules are required as to what the plaintiff must show, it is important to take note of the danger of placing special, unjustified

1988, ch. E-11, art. 11, et du Yukon, L.R.Y. 1986, ch. 57, art. 14. Par ailleurs, j’en discuterai plus longuement ci-après, imposer au demandeur le fardeau ultime de toujours devoir réfuter le consentement véritable et le consentement présumé afin d’éviter le non-lieu peut mener à l’injustice.

À mon avis, le fait que le droit en matière de voies de fait exclut les contacts anodins et exige que le contact soit «préjudiciable ou nocif» ne nous oblige pas à conclure qu’il incombe à la demanderesse de prouver qu’en fait, le défendeur savait, ou était réputé savoir, qu’elle ne consentait pas au contact sexuel.

D. L’agression sexuelle n’a rien de particulier qui rende nécessaire une règle spéciale sur ce que la demanderesse doit prouver en matière de voies de fait de nature sexuelle

Si les voies de fait de nature sexuelle avaient des particularités justifiant que l’on exige de la demanderesse qu’elle prouve que le défendeur savait, ou aurait dû savoir, qu’elle ne donnait pas son consentement, on pourrait établir le bien-fondé d’une telle proposition. Il en résulterait une règle spéciale en matière de voies de fait de nature sexuelle qui serait incompatible avec le droit applicable aux voies de fait en général, de même que la création d’un nouveau délit de voies de fait de nature sexuelle. Jusqu’à maintenant, les tribunaux s’y sont refusé. Comme le fait remarquer le professeur Feldthusen, [TRADUCTION] «[u]n nouveau type de délit de voies de fait de nature *sexuelle* n’a toujours pas été reconnu» (en italique dans l’original): «The Canadian Experiment with the Civil Action for Sexual Battery», dans N. J. Mullany, dir., *Torts in the Nineties* (1997), 274, à la p. 281. Les aspects sexuels de l’action n’ont trait qu’aux dommages-intérêts. Cependant, comme je l’ai déjà mentionné, on pourrait, dans un cas approprié, reconnaître un nouveau délit de voies de fait de nature sexuelle doté de règles distinctes des règles applicables aux voies de fait ordinaires.

Avant d’examiner la question de savoir si les voies de fait de nature sexuelle sont tellement différentes que des règles particulières doivent prévoir ce que la demanderesse doit établir, il importe

burdens on victims of sexual encounters. At p. 282, Feldthusen notes that “in the criminal sphere, enquiries into alleged consent have allowed the focus of the criminal trial to shift from the actions of the defendant to the character of the complainant. The same potential exists in tort law” (emphasis added). As he points out, “[t]here exist in our law deeply imbedded tendencies towards victim blaming” (p. 283). This is not to say that alleged victims of sexual assault could never be singled out by placing special rules of proof on them that do not apply to other types of plaintiffs. It is rather to say that we must guard against placing such burdens upon alleged victims of sexual assault unless it can objectively be shown that it is necessary to do so in order to achieve justice.

To require plaintiffs in actions for sexual battery to prove that they did not consent and that a reasonable person in the circumstances of the defendant would not have believed they consented, is to place a burden on plaintiffs in actions for sexual battery that plaintiffs in other types of battery do not bear. It is to do so, moreover, in the absence of any compelling reason. Indeed, there are powerful reasons for applying the usual rules that require a plaintiff to prove only direct contact in cases of sexual battery.

The first concern is that by requiring the plaintiff to prove more than the traditional battery claim requires, we inappropriately shift the focus of the trial from the defendant’s behaviour to the plaintiff’s character. Requiring the plaintiff to prove that a reasonable person in the position of the defendant would have known that she was not consenting requires her to justify her actions. In practical terms, she must prove that she made it clear through her conduct and words that she did not consent to the sexual contact. Her conduct, not the

de tenir compte du danger d’imposer des fardeaux particuliers et injustifiés aux victimes de contacts sexuels. Feldthusen fait remarquer, à la p. 282, que [TRADUCTION] «dans le domaine criminel, les enquêtes sur le prétendu consentement ont déplacé l’objet principal du procès criminel, de sorte qu’il ne porte plus sur les actes du défendeur, mais plutôt sur la réputation du plaignant. La même chose pourrait arriver en droit de la responsabilité délictuelle» (je souligne). Comme il le signale, [TRADUCTION] «[i]l existe, dans notre droit, une tendance ancrée à blâmer la victime» (p. 283). Cela ne veut pas dire que la personne qui prétend avoir été victime d’agression sexuelle ne sera jamais tenue de s’expliquer en vertu de règles de preuve particulières qui ne s’appliquent pas à d’autres types de demandeurs. Cela signifie plutôt que nous devons nous garder d’imposer de tels fardeaux aux personnes qui prétendent avoir été victimes d’agression sexuelle, à moins que l’on puisse objectivement établir qu’une telle mesure est nécessaire pour rendre justice.

Exiger du demandeur qui intente une action pour voies de fait de nature sexuelle qu’il prouve qu’il n’avait pas donné son consentement ou qu’une personne raisonnable dans la situation du défendeur n’aurait pas cru qu’il donnait son consentement, lui impose un fardeau dont les demandeurs n’ont pas à s’acquitter à l’égard d’autres types de voies de fait. En outre, on le ferait sans raison impérieuse. En fait, il y a de fortes raisons d’appliquer, dans une action pour voies de fait de nature sexuelle, les règles habituelles selon lesquelles le demandeur doit seulement prouver qu’il y a eu contact direct.

Ma première réserve est qu’en imposant à la demanderesse un fardeau de la preuve plus lourd que celui que l’action pour voies de fait a traditionnellement exigé, nous déplaçons de façon inappropriée l’objet principal du procès, de sorte qu’il ne porte plus sur le comportement du défendeur, mais plutôt sur la réputation de la demanderesse. Exiger de la demanderesse qu’elle prouve qu’une personne raisonnable dans la situation du défendeur aurait su qu’elle ne donnait pas son consentement revient à exiger d’elle de justifier ses actes. Dans la

29

30

defendant's, becomes the primary focus from the outset. If she cannot prove these things, she will be non-suited and the defendant need never give his side of the story.

pratique, elle doit prouver qu'elle a clairement exprimé, par sa conduite et ses paroles, qu'elle ne consentait pas au contact sexuel. Sa conduite, plutôt que celle du défendeur, devient l'objet principal dès le départ. Si elle ne parvient pas à établir ces éléments, le non-lieu sera accordé et le défendeur ne sera pas tenu de donner sa version des faits.

31 The proposed shift to the plaintiff of the onus of disproving constructive consent runs the risk of victim blaming, against which Feldthusen and others properly warn. It also runs the risk of making it impossible for deserving victims of sexual battery to even get their foot in the litigation door. Consider the case of the victim of sexual assault who cannot testify to the events because of shock, loss of memory or inebriation. If she can prove that she was sexually assaulted and identify the perpetrator through third-person evidence, should she be non-suited at the outset because she cannot prove that her conduct in the circumstances would have led a reasonable person to conclude she was not consenting? Is it not better in such cases that the defendant be called upon to give evidence so the court can decide the case on a more complete picture of the facts? This is what the law of battery would traditionally require. Why should we exempt the defendant because the battery is a sexual battery?

Le déplacement proposé du fardeau de la preuve, de sorte qu'il incomberait à la demanderesse de réfuter le consentement présumé, pourrait faire en sorte que la victime soit blâmée, un développement contre lequel Feldthusen et d'autres auteurs nous mettent en garde à bon droit. Il pourrait également en découler que des victimes méritantes dans des affaires de voies de fait de nature sexuelle soient incapables de même intenter une action. Prenons le cas de la victime d'agression sexuelle qui ne peut témoigner sur les événements parce qu'elle est en état de choc, souffre de perte de mémoire, ou était en état d'ébriété quand les événements se sont produits. Dans le cas où elle est en mesure de prouver qu'elle a subi une agression sexuelle et d'identifier son agresseur au moyen du témoignage d'un tiers, le non-lieu doit-il être prononcé dès le début parce qu'elle ne peut prouver que sa conduite dans les circonstances aurait mené une personne raisonnable à conclure qu'elle n'était pas consentante? N'est-il pas mieux dans de tels cas que le défendeur soit invité à témoigner, de sorte que la cour puisse trancher l'affaire sur le fondement d'une meilleure connaissance des faits? C'est ce qu'exige traditionnellement le droit en matière de voies de fait. Pourquoi le défendeur serait-il dispensé de témoigner parce que les voies de fait en cause sont de nature sexuelle?

32 The proposed shift of onus runs counter to Parliament's expressed view in the criminal context. Although the aims of criminal law and the law of tort are not identical, it remains significant that Parliament in s. 273.2(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, stipulates that those accused of sexual assault who seek to invoke the defence of honest but mistaken belief in consent must have taken reasonable steps in the circumstances known to them at the time to ascertain the complainant's

Le déplacement proposé du fardeau de la preuve va à l'encontre du point de vue que le législateur a exprimé dans le contexte criminel. Bien que les objectifs du droit criminel et du droit de la responsabilité délictuelle ne soient pas identiques, il n'en demeure pas moins révélateur que le législateur a prévu, à l'al. 273.2b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, que la personne accusée d'agression sexuelle qui fait valoir comme moyen de défense qu'elle croyait sincèrement mais de façon

consent. Parliament has thus moved to counteract the historic tendency of criminal trials for sexual assault to focus unduly on the behaviour of the complainant, and to redirect some of the focus to the defendant. The traditional tort of battery already provides this focus in the civil domain. That focus should be retained in my view. To quote Sullivan, *supra*, at p. 563, “if the defendant is in a position to say what happened, it is both sensible and just to give him an incentive to do so by putting the burden of explanation on him”.

Requiring the plaintiff to disprove constructive consent seems all the more unfair because the relevant facts lie first and foremost within the defendant’s sphere of knowledge. He alone knows whether he actually believed the plaintiff was consenting, and if he believed she was consenting, he is in the best position to give evidence on the factors that led him to believe that. The plaintiff, by contrast, is not in a position to produce evidence of what was in the defendant’s mind nor in as good a position to say what factors led him to that state of mind and whether he acted reasonably. While the defendant’s particular knowledge about his state of mind regarding consent is not determinative of who bears the burden of proof regarding consent, it is one of the principles of fairness and policy that are said to influence the allocation of this burden: see J. Sopinka, S. N. Lederman, and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at § 3.70; *McCormick on Evidence* (5th ed. 1999), vol. 2, at § 337.

I conclude that there is nothing about sexual battery that requires that the traditional rules of onus governing battery actions be changed. On the contrary, placing the onus on the plaintiff of disproving consent and constructive consent seems

erronée qu’elle avait obtenu le consentement du plaignant doit avoir pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont elle avait alors connaissance, pour s’assurer du consentement de ce dernier. Pour contrebalancer la tendance qui a cours depuis toujours dans les procès criminels pour agression sexuelle à examiner excessivement le comportement du plaignant, le législateur s’est donc efforcé d’attirer davantage l’attention sur le défendeur, ce qui est déjà prévu en matière civile pour le délit de voies de fait traditionnel. À mon avis, cette démarche devrait être conservée. Comme le dit Sullivan, *loc. cit.*, à la p. 563, [TRADUCTION] «si le défendeur est en mesure de dire ce qui s’est produit, il est raisonnable et juste de l’inciter à le faire en l’obligeant à fournir une explication».

Exiger de la demanderesse qu’elle réfute le consentement présumé semble d’autant plus injuste que c’est le défendeur, qui, d’abord et avant tout, connaît les faits pertinents. Il est le seul à savoir s’il croyait vraiment que la demanderesse était consentante, et, s’il le croyait effectivement, il est le mieux placé pour témoigner sur les facteurs qui l’ont mené à le croire. La demanderesse, par contre, ne peut témoigner sur ce que le défendeur avait à l’esprit, et elle n’est pas bien placée pour dire quels facteurs ont suscité cet état d’esprit chez ce dernier ni pour déterminer s’il a agi de façon raisonnable. Bien que la connaissance particulière du défendeur sur son propre état d’esprit en ce qui concerne le consentement ne permette pas de déterminer à qui incombe le fardeau de la preuve relativement à cette question, il s’agit de l’un des principes d’équité et de l’une des considérations de principe qui, dit-on, ont une incidence sur la question de savoir à qui ce fardeau incombe: voir J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), au § 3.70; *McCormick on Evidence* (5^e éd. 1999), vol. 2, au § 337.

Je conclus que rien dans les voies de fait de nature sexuelle n’exige que l’on modifie les règles traditionnelles en matière de fardeau de la preuve applicables aux actions pour voies de fait. Au contraire, imposer à la demanderesse le fardeau de

33

34

unfairly to impose special obligations on plaintiffs who sue for sexual assault.

E. *To Require the Plaintiff to Prove that the Defendant Knew or Ought to Have Known She Was Not Consenting Presents the Dilemma of Either Changing the Law for Other Types of Battery or Introducing an Inconsistency in the Law of Battery*

35 To hold that battery must involve a contact that is inherently harmful or offensive has the potential to change the law relating to other types of battery, like medical battery. Alternatively, if it does not, it will introduce an inconsistency into the law of battery.

36 As discussed, Canadian courts have repeatedly held that for medical battery, the defendant bears the onus of proving consent as a defence: see, for example, *Reibl, supra*; *Schweizer v. Central Hospital* (1974), 53 D.L.R. (3d) 494 (Ont. H.C.); *Allan v. New Mount Sinai Hospital* (1980), 109 D.L.R. (3d) 634 (Ont. H.C.), rev'd on other grounds (1981), 33 O.R. (2d) 603 (C.A.); *Brushett v. Cowan* (1990), 3 C.C.L.T. (2d) 195 (Nfld. C.A.), at p. 199, and *O'Bonsawin v. Paradis* (1993), 15 C.C.L.T. (2d) 188 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). Like sexual contact, the act of medical intervention is not inherently harmful or offensive, beyond its potential to violate bodily integrity. If sexual battery requires the plaintiff to prove that the defendant knew or ought to have known that the plaintiff did not consent, it is difficult to see why the same would not hold for medical malpractice. Yet no one has suggested that the law of medical malpractice ought to be changed to place an additional burden on the plaintiff of proving a culpable state of mind in the defendant medical practitioner. The alternative, if the law of battery were changed in this regard for sexual battery, would be inconsistency in the law of battery. Neither alternative is attractive. This suggests a further reason for being wary of the proposition that battery requires proof

réfuter le consentement réel et le consentement présumé semble imposer injustement des obligations particulières à la personne qui intente une action pour agression sexuelle.

E. *Exiger de la demanderesse qu'elle prouve que le défendeur savait, ou aurait dû savoir, qu'elle ne donnait pas son consentement pose un dilemme: faut-il modifier le droit à l'égard d'autres types de voies de fait ou introduire une incohérence dans le droit en matière de voies de fait?*

Soutenir qu'il doit y avoir un contact fondamentalement préjudiciable ou nocif pour qu'il y ait voies de fait est susceptible de modifier le droit applicable à d'autres types de voies de faits, tels les voies de faits de nature médicale. Sinon, s'il n'en est rien, cela introduira une incohérence dans le droit en matière de voies de fait.

Comme je l'ai déjà mentionné, les tribunaux canadiens ont statué à maintes reprises que pour ce qui est des voies de fait de nature médicale, il incombe au défendeur de prouver qu'il y a eu consentement: voir, par exemple, *Reibl, précité*; *Schweizer c. Central Hospital* (1974), 53 D.L.R. (3d) 494 (H.C. Ont.); *Allan c. New Mount Sinai Hospital* (1980), 109 D.L.R. (3d) 634 (H.C. Ont.), inf. pour d'autres motifs par (1981), 33 O.R. (2d) 603 (C.A.); *Brushett c. Cowan* (1990), 3 C.C.L.T. (2d) 195 (C.A.T.-N.), à la p. 199, et *O'Bonsawin c. Paradis* (1993), 15 C.C.L.T. (2d) 188 (C. Ont. (Div. gén.)). À l'instar du contact sexuel, l'intervention médicale n'est pas intrinsèquement préjudiciable ou nocive, hormis le fait qu'elle est susceptible de violer l'intégrité physique. Si, en matière de voies de fait de nature sexuelle, le demandeur doit prouver que le défendeur savait, ou aurait dû savoir, qu'il n'était pas consentant, on peut difficilement voir pourquoi il n'en serait pas de même pour ce qui est de la faute professionnelle médicale. Pourtant, personne n'a suggéré de modifier le droit applicable en cette matière de sorte qu'incombe au demandeur le fardeau supplémentaire de prouver que le praticien défendeur avait une intention criminelle. Autrement, si le droit en matière de voies de fait était modifié à cet égard

by the plaintiff of an inherently harmful or offensive act.

F. Requiring the Plaintiff to Prove that the Defendant Knew or Ought to Have Known that She Did Not Consent is Neither Necessary nor Sufficient to Permit the Conclusion that the Insurers in this Case Are Not Obligated to Defend the Defendant

The question at issue on this appeal is whether the insurer may avoid the obligation to defend the defendant to the battery action under the policy exclusion for “any intentional . . . act”. I agree with Iacobucci J. that this clause must be interpreted as requiring an intent to injure. It follows that for the tort of sexual battery to be excluded from policy coverage, it must always involve intent to injure.

As I understand his reasons, Iacobucci J. finds this intent to injure is present on the basis of legal inference, not as a matter of fact. The law presumes that in actions of battery for sexual assault, the defendant intends to injure the plaintiff. Thus Iacobucci J. states “[g]iven . . . actual or constructive knowledge of non-consent, the law will not permit the appellant to claim that he did not intend any harm” (para. 94 (emphasis added)). This legal inference is necessary because in cases of constructive knowledge, the defendant may be held liable despite the fact that he had no actual knowledge of lack of consent and hence no actual intent to harm the plaintiff. Iacobucci J. elaborates at para. 121 in reviewing the American jurispru-

pour ce qui est des voies de fait de nature sexuelle, on introduirait une incohérence dans ce droit. Ni l’une ni l’autre solution n’est attrayante. Voilà une autre raison de se méfier de la proposition selon laquelle, en matière de voies de fait, le demandeur doit prouver qu’il a subi un acte fondamentalement préjudiciable ou nocif.

F. Exiger de la demanderesse qu’elle prouve que le défendeur savait, ou aurait dû savoir, qu’elle ne donnait pas son consentement n’est ni nécessaire ni suffisant pour conclure que les assureurs en l’espèce ne sont pas tenus de défendre le défendeur

La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si l’assureur peut éviter l’obligation de défendre le défendeur à l’égard du délit de voies de fait en vertu de l’exclusion prévue dans la police d’assurance à l’égard du préjudice infligé [TRADUCTION] «par l’action [. . .] intentionnelle». Tout comme le juge Iacobucci, j’estime qu’il faut considérer que cette clause exige l’intention d’infliger un préjudice. Il s’ensuit que pour que le délit de voies de fait de nature sexuelle soit exclu de la garantie de la police, il doit toujours supposer l’intention d’infliger un préjudice.

Si je comprends bien ses motifs, le juge Iacobucci estime, sur la base d’une conclusion fondée en droit et non d’une conclusion de fait, que cette intention d’infliger un préjudice existe en l’espèce. La loi présume, en ce qui concerne les actions pour voies de fait de nature sexuelle, que le défendeur avait l’intention d’infliger un préjudice au demandeur. Ainsi, le juge Iacobucci estime que «[c]omme il savait ou était réputé savoir qu’il n’y avait pas eu consentement, l’appelant ne pourra prétendre, suivant le droit applicable, qu’il n’avait pas l’intention d’infliger un préjudice» (par. 94 (je souligne)). Cette conclusion fondée en droit est nécessaire vu que, dans les cas de connaissance présumée, le défendeur peut être tenu responsable malgré le fait qu’il n’avait pas de connaissance réelle de l’absence de consentement et qu’il n’avait donc pas véritablement eu l’intention d’infliger un préjudice au demandeur. Le juge Iacobucci développe sa pensée, au par. 121, en examinant la

37

38

dence on this issue, in the context of sexual assaults on children:

Courts have had little difficulty in concluding that defendants in these cases are presumed to intend harm to their victims — notwithstanding the fact that “males who are involved in such activities do not expect or intend that the females will sustain any injury”. . . . [Emphasis added.]

In other words, where there is an allegation of sexual battery, courts will conclude as a matter of legal inference that the defendant intended harm for the purpose of construing exemptions of insurance coverage for intentional injury.

39 This presumption of intent to harm does not depend on requiring the plaintiff to prove that the defendant knew or ought to have known that the plaintiff was not consenting to the sexual contact. Rather, the presumption flows from the allegation in the pleadings of battery of a sexual nature. American cases, like *State Farm Fire and Casualty Co. v. Williams*, 355 N.W.2d 421 (Minn. 1984), do not turn on the plaintiff’s bearing the burden of showing the defendant either knew or ought to have known she did not consent. The logic is simply that either the act must have been consensual or not consensual. If it was not consensual, the policy does not apply because neither the insured nor the insurer contemplated coverage for non-consensual sexual activities. If it was consensual, then there is no battery and no claim for recovery. In either case, the policy does not apply. As stated in *Williams*, at p. 424:

Does the fact that Williams, the victim, was an adult distinguish this case? We think not. Neither the insured nor the insurer in entering into the insurance contract contemplated coverage against sexual claims arising out of non-consensual sexual assaults.

40 This reasoning applies equally to allegations of negligent sexual battery where the alleged negligence relates to the defendant’s belief in the plaintiff’s consent to sexual contact. For these reasons

jurisprudence américaine sur cette question, dans le contexte de l’agression sexuelle d’un enfant:

Les tribunaux n’ont pas hésité à dire que les défendeurs dans ce genre d’affaires sont présumés avoir voulu infliger un préjudice à leurs victimes — malgré le fait que [TRADUCTION] «les hommes qui se livrent à de tels actes ne s’attendent pas à ce que les femmes subissent un préjudice ni ne veulent leur en infliger un». . . [Je souligne.]

En d’autres termes, en cas d’allégation de voies de fait de nature sexuelle, les tribunaux concluront, en droit, que le défendeur a eu l’intention d’infliger un préjudice, dans le cadre de l’interprétation des clauses d’exclusion de la garantie de la police d’assurance visant l’infliction délibérée d’un préjudice.

Cette présomption de l’intention d’infliger un préjudice ne dépend pas d’une exigence, imposée au demandeur, de prouver que le défendeur savait, ou aurait dû savoir, qu’il ne consentait pas au contact sexuel. Elle découle plutôt de l’allégation, dans les actes de procédure, de voies de fait de nature sexuelle. Les affaires américaines, telles que *State Farm Fire and Casualty Co. c. Williams*, 355 N.W.2d 421 (Minn. 1984), ne portent pas sur la question de l’imposition au demandeur du fardeau de prouver que le défendeur savait, ou aurait dû savoir, qu’il n’était pas consentant. La logique de ces affaires est simple: l’acte était consensuel ou il ne l’était pas. Dans le cas où l’acte n’était pas consensuel, la police ne s’applique pas, car ni l’assuré, ni l’assureur n’envisageait une garantie à l’égard d’activités sexuelles non consensuelles. Dans le cas où l’acte était consensuel, on considère qu’il n’y a pas eu de voies de fait et, partant, qu’une action en dommages-intérêts ne peut être intentée. Dans l’un et l’autre cas, la police ne s’applique pas. Comme on le dit dans *Williams*, à la p. 424:

[TRADUCTION] Le fait que la victime, Williams, était un adulte établit-il une distinction en l’espèce? Nous ne le croyons pas. En concluant le contrat d’assurance, ni l’assuré ni l’assureur n’ont envisagé que la garantie s’applique à une poursuite pour agression sexuelle non consensuelle.

Ce raisonnement s’applique également aux allégations de voies de fait de nature sexuelle imputables à la négligence, dans les cas où la prétendue négligence est liée à la croyance du défendeur que

I conclude that it is not necessary to place on the plaintiff the burden of proving the defendant's knowledge or constructive knowledge of the plaintiff's non-consent.

If this reasoning is correct, then placing the non-traditional burden of disproving consent or constructive consent on the plaintiff is neither a necessary nor a sufficient condition of concluding that the policy does not apply in cases like this. Regardless of how one views the matter of onus, the result will be the same.

G. *Negligent Battery*

It is unnecessary on this appeal to comment on the relationship between battery (traditionally thought of mainly as an intentional tort) and negligence. In this case, insofar as one could speak of negligent battery, it would be to recognize the defence of reasonable belief in consent to a suit based on an intentional act. As discussed, the law in these circumstances presumes an intention to injure, taking it out of the realm of pure negligence and bringing it within the ambit of the exclusion clause.

II. Conclusion

I conclude that there is no justification in cases of battery of a sexual nature for departing from the traditional rule that the plaintiff in a battery action must prove direct contact, at which point the onus shifts to the defendant to prove consent. To do so would be to place a burden upon plaintiffs in battery actions of a sexual nature which plaintiffs in other battery actions do not bear. I see neither the need nor the justification for doing this on the material before us in this case.

le demandeur consentait au contact sexuel. Pour ces motifs, je conclus qu'il n'est pas nécessaire d'imposer au demandeur le fardeau de prouver que le défendeur savait ou était présumé savoir qu'il ne donnait pas son consentement.

Si ce raisonnement est exact, imposer au demandeur le fardeau non traditionnel de réfuter le consentement ou le consentement présumé n'est une condition ni nécessaire, ni suffisante pour conclure que la police ne s'applique pas dans des cas comme en l'espèce. Peu importe la façon dont on considère la question du fardeau de la preuve, le résultat sera le même.

G. *Voies de fait imputables à la négligence*

Il n'est pas nécessaire dans le présent pourvoi de faire des remarques sur le lien entre les voies de fait (traditionnellement considérées surtout comme un délit intentionnel) et la négligence. En l'espèce, dans la mesure où on peut parler de voies de fait imputables à la négligence, ces remarques reviendraient à reconnaître que le moyen de défense de la croyance raisonnable au consentement peut être présenté contre une poursuite fondée sur un acte intentionnel. Comme je l'ai mentionné, le droit dans ces circonstances présume une intention d'infliger un préjudice, de sorte que le principe de la stricte négligence ne s'applique plus et que l'affaire relève du champ d'application de la clause d'exclusion.

II. Conclusion

Je conclus qu'aucune justification ne permet, dans les cas de voies de fait de nature sexuelle, de s'écarter de la règle traditionnelle voulant que dans le cadre d'une action pour voies de fait le demandeur doive prouver qu'il y a eu contact direct, après quoi il incombe au défendeur de prouver qu'il y a eu consentement. S'écarter de cette règle imposerait aux personnes qui intentent une action pour voies de fait de nature sexuelle une obligation que les personnes qui intentent des actions pour d'autres types de voies de fait n'auraient pas à remplir. À mon avis, une telle démarche n'est ni nécessaire ni justifiée, compte tenu des documents dont nous disposons dans la présente affaire.

41

42

43

44 This said, I agree fully with Iacobucci J. that the law will not permit a defendant in an action for sexual battery to say that though he might be found to have committed the battery, he did not intend any harm. This leaves the defendant with two alternatives discussed in *Williams, supra*. Either the plaintiff consented, in which case no action lies, or she did not consent and the defendant is deemed to have intended to injure her. In neither case does the policy provide coverage.

45 Like Iacobucci J., I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Iacobucci, Major and Bastarache JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction and Overview

46 This appeal raises the novel question of whether an insurance company has a duty to defend the holder of a homeowner's insurance policy against a civil sexual assault suit. In answering this question, we must also address the role of consent in an action for sexual assault.

47 It should be noted that this appeal was heard along with the appeal in *Sansalone v. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [2000] 1 S.C.R. 627, 2000 SCC 25, reasons in which are being released concurrently.

48 This appeal concerns the insurance implications of a series of allegedly non-consensual sexual touchings. For ease of reference, I will use the term "sexual assault" to refer in general to any allegation of non-consensual sexual touching. My use of the term "sexual assault" should not be taken to imply any specific legal ramifications. But for "sexual battery", by contrast, I will give a more specific definition in the course of these reasons.

Cela dit, je souscris entièrement à l'opinion du juge Iacobucci que la loi ne permet pas à un défendeur dans une action pour voies de fait de nature sexuelle de dire que, même si l'on déterminait qu'il a commis les voies de fait, il n'avait pas l'intention de causer un préjudice. En définitive, les deux solutions de rechange analysées dans l'arrêt *Williams*, précité, s'offrent au défendeur. Soit la demanderesse a donné son consentement, auquel cas l'action sera rejetée, soit elle n'a pas donné son consentement, et le défendeur est réputé avoir eu l'intention de lui causer un préjudice. La garantie de la police ne s'appliquera dans ni l'un ni l'autre cas.

À l'instar du juge Iacobucci, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Major et Bastarache rendus par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction et aperçu

Le présent pourvoi soulève la question nouvelle de savoir si l'assureur a l'obligation de défendre le titulaire d'une police d'assurance propriétaires occupants qui fait l'objet d'une poursuite civile pour agression sexuelle. Pour trancher la question, notre Cour doit également examiner le rôle du consentement sur l'issue d'une telle poursuite.

Il convient de signaler que le présent pourvoi a été entendu de pair avec celui introduit dans l'affaire *Sansalone c. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [2000] 1 R.C.S. 627, 2000 CSC 25, dont les motifs sont déposés simultanément.

Le présent pourvoi porte sur les répercussions en matière d'assurance d'allégations de contacts sexuels non consensuels. Pour faciliter l'analyse, j'emploie le terme «agression sexuelle» pour désigner de façon générale toute allégation de contact sexuel non consensuel, et non pour suggérer quelque implication juridique possible. Par contre, en ce qui concerne les «voies de fait de nature sexuelle», je les définirai plus précisément dans les présents motifs.

An insurance company's duty to defend is related to its duty to indemnify. A homeowner's insurance policy entitles the holder to have the insurer indemnify any liability falling within the policy's terms. Since the insurance company will be paying these costs, it has also developed the right — now a duty — to conduct the defence of such claims. However, the duty to defend is not so great that it is presumed to be independent of the duty to indemnify. Absent express language to the contrary, the duty to defend extends only to claims that could potentially trigger indemnity under the policy. Therefore if an insurance policy, like the one in this case, excludes liability arising from intentionally caused injuries, there will be no duty to defend intentional torts.

Determining whether or not a given claim could trigger indemnity is a three-step process. First, a court should determine which of the plaintiff's legal allegations are properly pleaded. In doing so, courts are not bound by the legal labels chosen by the plaintiff. A plaintiff cannot change an intentional tort into a negligent one simply by choice of words, or vice versa. Therefore, when ascertaining the scope of the duty to defend, a court must look beyond the choice of labels, and examine the substance of the allegations contained in the pleadings. This does not involve deciding whether the claims have any merit; all a court must do is decide, based on the pleadings, the true nature of the claims.

At the second stage, having determined what claims are properly pleaded, the court should determine if any claims are entirely derivative in nature. The duty to defend will not be triggered simply because a claim can be cast in terms of both negligence and intentional tort. If the alleged negligence is based on the same harm as the inten-

L'obligation de l'assureur de défendre l'assuré est liée à son obligation de l'indemniser. Une police d'assurance propriétaires occupants donne à l'assuré le droit d'être indemnisé par l'assureur relativement à toute responsabilité visée par la garantie. Comme il sera appelé à payer ces frais, l'assureur a obtenu le droit — qui constitue désormais une obligation — d'opposer une défense dans de tels cas. Cependant, l'obligation de défendre n'a pas une portée à ce point étendue qu'il y ait lieu de présumer qu'elle est indépendante de l'obligation d'indemniser. À défaut d'une stipulation contraire expresse, l'obligation de défendre n'existe que dans les cas de poursuites susceptibles d'entraîner l'indemnisation en vertu du contrat d'assurance. Par conséquent, lorsque la police d'assurance exclut, comme c'est le cas en l'espèce, la responsabilité découlant d'un préjudice infligé intentionnellement, l'assureur n'a aucune obligation de défendre les délits civils intentionnels.

Trois étapes doivent être franchies pour déterminer si une demande en justice est susceptible d'entraîner l'indemnisation. Premièrement, le tribunal doit établir lesquelles des allégations juridiques de la partie demanderesse sont adéquatement formulées. Pour ce faire, il n'est pas lié par la terminologie juridique qu'emploie cette dernière. Un délit intentionnel ne peut devenir un délit de négligence, et vice versa, du seul fait des mots employés par la partie demanderesse. Pour confirmer l'étendue de l'obligation de défendre, le tribunal doit donc aller au-delà de la terminologie choisie et tenir compte de la substance des allégations contenues dans les actes de procédure. Il ne s'agit pas de se prononcer sur le bien-fondé des allégations, mais seulement d'en déterminer la nature véritable sur la base des actes de procédure.

Dans un deuxième temps, après avoir précisé quelles allégations sont adéquatement formulées, le tribunal doit vérifier si certaines d'entre elles sont entièrement de nature dérivée. Il ne saurait y avoir d'obligation de défendre simplement parce que l'allégation peut être formulée en fonction à la fois du délit de négligence et du délit intentionnel. Si la prétendue négligence découle des mêmes actes préjudiciables que le délit intentionnel, elle

49

50

51

tional tort, it will not allow the insured to avoid the exclusion clause for intentionally caused injuries.

52 Finally, at the third stage the court must decide whether any of the properly pleaded, non-derivative claims could potentially trigger the insurer's duty to defend. In this appeal, I conclude that the respondent has no duty to defend. The plaintiff has alleged three basic claims against the appellant: sexual battery, negligence, and breach of fiduciary duty.

53 To prove a claim for sexual battery, the plaintiff will have to establish that the defendant intentionally inflicted a harmful or offensive touching on her. In the context of sexual battery, "harmful or offensive" is equivalent to non-consensual. This test is objective: to establish sexual battery, the plaintiff must demonstrate that a reasonable person would have known that the plaintiff did not validly consent to sexual relations. To put it another way, the plaintiff will have to prove that the defendant should have known that she did not validly consent. It is important to note that, absent any evidence from the defendant, a simple allegation of non-consensual sex will suffice to meet this initial burden. If the plaintiff succeeds, then the defendant must also be presumed to have intended to injure the plaintiff, given the inherently harmful nature of non-consensual sexual activity. The same facts that prove the sexual battery also necessarily prove an intent to injure, and therefore the exclusion clause should apply. If, on the other hand, the plaintiff cannot establish non-consent, then the plaintiff's action would have no chance of success, there would be no possibility of a claim for indemnity, and the duty to defend would not arise.

54 The claims for negligence and breach of fiduciary duty fail to trigger the duty to defend not because they could not fall within coverage, but because they are either not properly pleaded, or derivative of the claim for sexual battery. As a

ne permettra pas à l'assuré d'éviter l'application de la clause d'exclusion du préjudice intentionnel.

Enfin, à la troisième étape, le tribunal doit déterminer si les allégations non dérivées qui sont adéquatement formulées sont susceptibles d'entraîner l'obligation de défendre de l'assureur. Aux fins du présent pourvoi, je conclus que l'intimé n'a aucune obligation de défendre l'assuré. Les trois principales allégations de la demanderesse contre l'appellant sont les voies de fait de nature sexuelle, la négligence et le manquement à l'obligation fiduciaire.

Pour prouver les voies de fait de nature sexuelle, la demanderesse devra établir que le défendeur lui a intentionnellement infligé des contacts sexuels préjudiciables ou nocifs. Dans le contexte des voies de fait de nature sexuelle, «préjudiciable ou nocif» s'entend de non consensuel. Le critère est objectif: pour prouver les voies de fait de nature sexuelle, la demanderesse doit démontrer qu'une personne raisonnable aurait su qu'elle n'a pas donné un consentement valable aux rapports sexuels. Autrement dit, elle doit prouver que le défendeur aurait dû savoir qu'elle ne donnait pas un consentement valable. Il est important de souligner que, en l'absence de preuve présentée par le défendeur, la simple allégation qu'il y a eu des rapports sexuels non consensuels suffira pour satisfaire à ce fardeau de preuve initial. Si la demanderesse réussit à faire cette preuve, le défendeur doit également être présumé avoir voulu lui infliger un préjudice étant donné le caractère intrinsèquement préjudiciable de l'activité sexuelle non consensuelle. Les faits qui fondent l'allégation de voies de fait de nature sexuelle prouvent nécessairement par ailleurs l'intention d'infliger un préjudice, de sorte que la clause d'exclusion s'applique. Si, par contre, la demanderesse ne peut établir l'absence de consentement, elle sera déboutée, aucune demande d'indemnisation ne pourra être présentée et il n'y aura pas d'obligation de défendre.

Les allégations de négligence et de manquement à l'obligation fiduciaire ne font pas naître l'obligation de défendre, non pas parce qu'elles ne sont pas visées par la garantie, mais bien parce qu'elles ne sont pas adéquatement formulées ou qu'elles

result, they are also covered by the exclusion for injuries intentionally caused.

As there are no properly pleaded claims that, even if successful, could potentially trigger indemnity, the respondent has no duty to defend, and I would therefore dismiss the appeal.

II. Facts

The underlying action in this appeal is based on a series of alleged sexual assaults committed against a young girl (“the plaintiff”), who was born in 1974 and was an adolescent at the time of the incidents in question. The plaintiff worked part-time at a grocery store owned and operated by her parents, located near the terminus of two B.C. Transit bus routes. In 1996, the plaintiff brought a civil action against five B.C. Transit bus drivers, including the appellant, alleging various sexual assaults between 1988 and 1992. The liability insurance policy owned by one of the bus drivers, Vincent Scalera, is at issue in this appeal.

The plaintiff’s statement of claim alleges that between 1986 and 1992, while on duty with B.C. Transit, the appellant regularly attended the store belonging to the plaintiff’s parents, and became acquainted with the plaintiff. She, in turn, regularly rode on buses driven by the appellant. The statement of claim further alleges as follows:

103. On one occasion between approximately January and June of 1991 Scalera committed various sexual acts upon [the plaintiff], including:

- (a) sexual kissing;
- (b) sexual touching of her neck, back, breasts, and genitals; and
- (c) fellatio

together (the “Scalera sexual acts”).

sont dérivées de l’allégation de voies de fait de nature sexuelle. Par conséquent, elles tombent également sous le coup de la clause d’exclusion du préjudice infligé intentionnellement.

Comme il n’existe pas d’allégations adéquatement formulées qui, même si elles étaient retenues, pourraient entraîner l’indemnisation de l’appelant, l’intimé n’est pas tenu de le défendre. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

La poursuite qui sous-tend le présent pourvoi s’appuie sur une série d’agressions sexuelles dont aurait été victime une jeune fille («la demanderesse»), née en 1974, qui était une adolescente au moment des incidents en question. La demanderesse travaillait à temps partiel à l’épicerie de ses parents située près d’un arrêt d’autobus de B.C. Transit desservant deux circuits. En 1996, elle a intenté une action au civil contre cinq conducteurs d’autobus de B.C. Transit, dont l’appelant, par suite de différentes agressions sexuelles qui auraient été perpétrées entre 1988 et 1992. La police d’assurance de la responsabilité civile détenue par l’un de ces conducteurs d’autobus, Vincent Scalera, est au cœur du présent pourvoi.

Dans sa déclaration, la demanderesse allègue que, entre 1986 et 1992, pendant l’exercice de ses fonctions à titre d’employé de B.C. Transit, l’appelant allait régulièrement au magasin de ses parents, où il a fait sa connaissance. Pour sa part, elle prenait régulièrement place à bord des autobus conduits par l’appelant. La déclaration renferme en outre les allégations suivantes:

[TRADUCTION]

103. Une fois, entre janvier et juin 1991 approximativement, Scalera s’est livré à divers actes sexuels avec [la demanderesse], dont les suivants:

- a) baiser à connotation sexuelle;
- b) contact à connotation sexuelle du cou, du dos, de la poitrine et des parties génitales;
- c) fellation

(collectivement, les «actes sexuels commis par Scalera»).

55

56

57

104. Scalera committed the Scalera sexual acts upon [the plaintiff] in various locations, including:

- (a) on buses owned by B.C. Transit; and
- (b) in his truck.

105. The Scalera sexual acts were committed upon [the plaintiff] by Scalera for a sexual purpose and/or without [the plaintiff]'s consent.

106. Scalera committed the Scalera sexual acts upon [the plaintiff] by coercion, manipulation, and abuse of power.

107. The Scalera sexual acts were sexual assaults and/or sexual exploitation and/or unlawful.

108. At all material times, Scalera was an adult and [the plaintiff] was an infant and/or a young person.

109. Scalera, by words or conduct, threatened that harm would come to [the plaintiff] if she disclosed the Scalera sexual acts to another person, intending to persuade [the plaintiff] to submit to the Scalera sexual acts.

110. Scalera, by words or conduct, knowingly, fraudulently, and deceitfully misrepresented the Scalera sexual acts committed by him upon [the plaintiff] as:

- (a) the prerogative of an adult;
- (b) consensual activity; and/or
- (c) a healthy, normal expression of his affection for her

together (the "Scalera Representations").

111. Scalera made the Scalera Representations intending to persuade [the plaintiff] to submit to the Scalera sexual acts.

112. The Scalera Representations were untrue.

113. [The plaintiff] relied on the Scalera Representations concerning the nature of the Scalera sexual acts and thereby submitted to the Scalera sexual acts.

114. [The plaintiff] relied on the Scalera Representations concerning the nature of the Scalera sexual acts and thereby failed to report Scalera's conduct to other adults.

115. Scalera knew or ought to have known that the Scalera sexual acts were unlawful and/or the Scalera Representations were untrue.

104. Les actes sexuels commis par Scalera ont eu lieu à divers endroits, notamment:

- a) à bord des autobus de B.C. Transit;
- b) dans son camion.

105. Scalera a commis les agressions sexuelles dans un but sexuel et sans le consentement de [la demanderesse].

106. Pour se livrer aux actes sexuels qu'il a commis, Scalera a eu recours à la contrainte, à la manipulation et à l'abus de pouvoir.

107. Les actes sexuels commis par Scalera équivalaient à des agressions sexuelles ou à de l'exploitation sexuelle, ou étaient par ailleurs illicites.

108. À tous les moments en cause, Scalera était un adulte et [la demanderesse] une mineure ou une jeune personne.

109. Par ses paroles ou par sa conduite, Scalera a menacé de faire du mal à [la demanderesse] si elle dénonçait à un tiers les actes sexuels qu'il a commis et ce, afin de l'amener s'y soumettre.

110. Par ses paroles ou par sa conduite, Scalera a sciemment, frauduleusement et trompeusement laissé entendre à [la demanderesse] que les actes sexuels qu'il a commis étaient:

- a) la prérogative d'un adulte,
- b) une activité consensuelle ou
- c) l'expression normale et saine de l'affection qu'il avait pour elle

(collectivement, les «affirmations faites par Scalera»).

111. Scalera a fait ses affirmations afin d'amener [la demanderesse] à se soumettre aux actes sexuels.

112. Les affirmations faites par Scalera étaient fausses.

113. [La demanderesse] s'est fiée aux affirmations faites par Scalera concernant la nature des actes sexuels et s'est donc soumise à sa volonté.

114. [La demanderesse] s'est fiée aux affirmations faites par Scalera concernant la nature des actes sexuels et a donc omis de dénoncer sa conduite à d'autres adultes.

115. Scalera savait ou aurait dû savoir que les actes sexuels qu'il a commis étaient illicites ou que ses affirmations étaient fausses.

116. Scalera knew or ought to have known that [the plaintiff] was an infant and/or a young person.

117. Scalera knew or ought to have known that [the plaintiff] did not consent to the Scalera sexual acts.

118. Scalera owed a duty of care to [the plaintiff], which duty of care arose from the relationship of authority and trust between himself as an adult and/or bus driver and [the plaintiff] as an infant and/or young person and/or bus passenger, and Scalera breached this duty of care.

119. Scalera owed a fiduciary duty to [the plaintiff], which fiduciary duty arose from the relationship of authority and trust between himself as an adult and/or bus driver and [the plaintiff] as an infant and/or young person and/or bus passenger, and Scalera breached this fiduciary duty.

120. Scalera committed the Scalera sexual acts willfully and without lawful justification.

121. The Scalera sexual acts were committed intentionally and/or with reckless disregard as to their effect on [the plaintiff].

122. By reason of Scalera's actions in committing the Scalera sexual acts [the plaintiff] has suffered nervous shock and sustained severe personal injuries, particulars of which are set out in paragraph 127 below.

. . .

128. As a result of the aforesaid sexual assaults, sexual exploitation, intentional infliction of nervous shock, misrepresentations, negligence, breaches of duty, and breaches of fiduciary duty committed by . . . Scalera, and/or B.C. Transit [the plaintiff] has suffered a loss of income and a loss of ability to earn income in the future.

129. As a result of the aforesaid sexual assaults, sexual exploitation, intentional infliction of nervous shock, misrepresentations, negligence, breaches of duty, and breaches of fiduciary duty committed by . . . Scalera, and/or B.C. Transit [the plaintiff] has and/or will continue to incur expenses, including obtaining proper psychiatric and psychological counselling and treatment which will be required on both an ongoing and crisis basis.

116. Scalera savait ou aurait dû savoir que [la demanderesse] était une mineure ou une jeune personne.

117. Scalera savait ou aurait dû savoir que [la demanderesse] ne consentait pas aux actes sexuels.

118. Scalera avait envers [la demanderesse] une obligation de diligence qui découlait du rapport d'autorité et de confiance existant entre lui, en tant qu'adulte ou conducteur d'autobus et [la demanderesse], en tant que mineure ou jeune personne, ou encore, à titre de passagère, et Scalera a manqué à cette obligation de diligence.

119. Scalera avait envers [la demanderesse] une obligation fiduciaire qui découlait du rapport d'autorité et de confiance existant entre lui, en tant qu'adulte ou conducteur d'autobus et [la demanderesse], en tant que mineure ou jeune personne, ou encore, à titre de passagère, et Scalera a manqué à cette obligation fiduciaire.

120. Scalera s'est livré délibérément et sans justification légitime aux actes sexuels qu'il a commis.

121. Scalera s'est livré de manière intentionnelle aux actes sexuels qu'il a commis ou avec insouciance quant à leurs effets sur [la demanderesse].

122. À cause de la conduite de Scalera pendant les actes sexuels qu'il a commis, [la demanderesse] a subi un choc nerveux et un grave préjudice personnel, dont le détail figure au paragraphe 127 ci-après.

. . .

128. En raison des agressions sexuelles, de l'exploitation sexuelle, de l'infliction délibérée d'un choc nerveux, des déclarations inexactes, de la négligence, des manquements aux obligations et des manquements à l'obligation fiduciaire, qui sont susmentionnés et imputables [. . .] à Scalera, ou à B.C. Transit, ou aux deux, [la demanderesse] a subi un manque à gagner et une perte de la capacité de toucher ultérieurement un revenu.

129. En raison des agressions sexuelles, de l'exploitation sexuelle, de l'infliction délibérée d'un choc nerveux, des déclarations inexactes, de la négligence, des manquements aux obligations et des manquements à l'obligation fiduciaire, qui sont susmentionnés et imputables à [. . .] Scalera, ou à B.C. Transit, ou aux deux, [la demanderesse] a engagé ou continuera d'engager des dépenses, notamment pour l'obtention des soins psychiatriques et psychologiques appropriés qui s'avèreront nécessaires de façon tant ponctuelle que permanente.

58

In response to a demand for particulars, counsel for the plaintiff stated that the coercion, manipulation, and abuse of power alleged in para. 106 of the statement of claim consisted of:

- (a) pressure to engage in the sexual acts as a result of Scalera's position as an adult and [the plaintiff]'s position as an infant and/or young person;
- (b) pressure to engage in the sexual acts in order to demonstrate affection to Scalera;
- (c) pressure to engage in the sexual acts in order to secure and/or maintain Scalera's alleged affection and/or friendship;
- (d) pressure to engage in the sexual acts in order to overcome personal loneliness and/or insecurity;
- (e) pressure to engage in the sexual acts in order to demonstrate maturity.

En réponse à une demande de précisions, l'avocat de la demanderesse a indiqué que la contrainte, la manipulation et l'abus de pouvoir allégués au para. 106 de la déclaration consistaient en ce qui suit:

[TRADUCTION]

- a) l'exercice de pressions pour que [la demanderesse] se soumette aux actes sexuels du fait que Scalera était un adulte et [la demanderesse] une mineure ou une jeune personne;
- b) l'exercice de pressions pour que [la demanderesse] se soumette aux actes sexuels et témoigne ainsi son affection à Scalera;
- c) l'exercice de pressions pour que [la demanderesse] se soumette aux actes sexuels et obtienne ou conserve ainsi la prétendue affection ou amitié de Scalera;
- d) l'exercice de pressions pour que [la demanderesse] se soumette aux actes sexuels et surmonte ainsi sa solitude ou son insécurité personnelles;
- e) l'exercice de pressions pour que [la demanderesse] se soumette aux actes sexuels et fasse ainsi la preuve de sa maturité.

59

The appellant owned a homeowner's insurance policy issued by the respondent. The relevant provisions of that policy are as follows:

SECTION TWO — PERSONAL LIABILITY INSURANCE

. . . .

This insurance applies only to accidents or occurrences which take place during the period of insurance indicated on the Declarations.

. . . .

We will pay all sums which you become legally liable to pay as compensatory damage because of bodily injury or property damage.

. . . .

You are insured for claims made against you arising from:

L'appelant était titulaire d'une police d'assurance propriétaires occupants établie par l'intimé, dont voici les clauses pertinentes:

[TRADUCTION]

ARTICLE DEUX — ASSURANCE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES PARTICULIERS

. . . .

La présente police d'assurance ne s'applique qu'aux accidents et aux sinistres qui surviennent pendant la période de validité indiquée dans les Conditions particulières.

. . . .

L'assureur versera toute somme que l'assuré est légalement tenu de payer à titre de dommages-intérêts compensatoires par suite de l'infliction d'un préjudice corporel ou matériel.

. . . .

L'assurance s'applique à toute demande visant l'assuré et portant sur ce qui suit:

1. Personal Liability — legal liability arising out of your personal actions anywhere in the world.

. . . .

We will defend, by counsel of our choice, any suit against you alleging bodily injury or property damage and seeking compensatory damages, even if it is groundless, false or fraudulent. We reserve the right to investigate, negotiate and settle any claim or suit if we decide this is appropriate.

. . . .

GENERAL EXCLUSIONS APPLICABLE TO THIS SECTION TWO

You are not insured for claims arising from:

. . . .

- (5) bodily injury or property damage caused by any intentional or criminal act or failure to act by:
 - (a) any person insured by this document . . .

The respondent sought a declaration that it not be required to defend the appellant against the plaintiff’s claims. Humphries J. dismissed the respondent’s petition, but the Court of Appeal allowed the appeal.

III. Judicial Decisions

A. *British Columbia Supreme Court* (1997), 47 B.C.L.R. (3d) 187

Humphries J. interpreted the insurance policy’s exclusion such that only intentional acts, but not intentional injuries, trigger exclusion. However, she believed that the relevant act underlying the plaintiff’s claim must be sexual assault, not merely sexual contact, for it to fall within the exclusion. Relying on *Co-operative Fire & Casualty Co. v. Saindon*, [1976] 1 S.C.R. 735, she found at para. 23 that “[i]f the allegations in the Statement of Claim include a possible claim in negligence against [the appellant], and if such a plea is a legitimate one made in good faith, [the respondent]

1. Responsabilité civile des particuliers — La responsabilité légale découlant des actes de l’assuré n’importe où dans le monde.

. . . .

Par l’entremise de l’avocat de son choix, l’assureur présentera une défense dans le cadre de toute poursuite intentée contre l’assuré pour la réparation d’un préjudice corporel ou matériel et l’obtention de dommages-intérêts compensatoires, même si elle est sans fondement, fallacieuse ou frauduleuse. L’assureur se réserve le droit de faire enquête, de négocier et de convenir d’un règlement s’il le juge opportun.

. . . .

EXCLUSIONS GÉNÉRALES APPLICABLES AU PRÉSENT ARTICLE DEUX

L’assurance ne s’applique pas aux demandes découlant de ce qui suit:

. . . .

- (5) le préjudice corporel ou matériel infligé par l’action ou l’omission intentionnelles ou criminelles:
 - a) d’une personne assurée suivant le présent document . . .

L’intimé a demandé un jugement déclaratoire selon lequel il n’est pas tenu de défendre l’appelant contre les allégations formulées par la demanderesse. Le juge Humphries a rejeté la requête mais l’intimé a eu gain de cause devant la Cour d’appel.

III. Les décisions judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1997), 47 B.C.L.R. (3d) 187

Le juge Humphries a conclu que seul l’accomplissement d’un acte intentionnel, et non l’infliction délibérée d’un préjudice, entraînait l’application de la clause d’exclusion prévue dans la police d’assurance. Elle a cependant exprimé l’avis que, pour que l’exclusion s’applique, l’acte sous-tendant la poursuite de la demanderesse devait être l’agression sexuelle, et non simplement un contact sexuel. Se fondant sur l’arrêt *Co-operative Fire & Casualty Co. c. Saindon*, [1976] 1 R.C.S. 735, elle a affirmé, au par. 23, que [TRADUCTION] «[s]i la déclaration renferme une allégation éventuelle de

60

61

cannot rely on the exclusion clause because injury or damage caused by a negligent act falls outside it". Since it was possible that the appellant had intended only sexual contact, but was simply negligent regarding sexual assault, there was a duty to defend.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1998), 48 B.C.L.R. (3d) 143

(i) Hollinrake J.A., Proudfoot J.A. concurring

62

The appeals of the respondent and Wawanesa Mutual Insurance Co., respondent in the companion appeal, *Sansalone*, were consolidated at the Court of Appeal. Having accepted *Saindon* as the leading case on point, Hollinrake J.A. turned to the specific issues raised by the *Scalera* appeal. He concluded that the exclusion clause in question barred claims based on intentional acts. Since most tort claims allege negligence and not intent to injure, excluding intentional acts from coverage was "in keeping with coverage historically provided by policies insuring against liability imposed by law caused by accident" (para. 91). It was also consistent with the reasonable expectations of the parties.

63

Hollinrake J.A. found that the claim advanced sounded in intentional tort, and saw no reason to require the respondent to prove the intent to injure. The appellant's act was clearly intentional and was within the exclusion clause, so there was no possibility of coverage. Any claims based on the power-dependency relationship between the plaintiff and the appellant also fell within the exclusion, as it had in *Sansalone*. Finally, Hollinrake J.A. disagreed with Finch J.A. as to the meaning of the duty to defend clause. He concluded that, in order for there to be a duty to defend, there had to be at least a possibility of coverage. Since he had

négligence contre [l'appelant] et qu'il s'agit d'une allégation légitime et formulée de bonne foi, [l'intimé] ne peut invoquer la clause d'exclusion parce qu'elle ne s'applique pas au préjudice ou aux dommages causés par négligence». Étant donné qu'il était possible que l'appelant ait eu l'intention de n'avoir que des contacts sexuels, mais qu'il ait simplement fait preuve de négligence en ce qui concerne l'agression sexuelle, l'assureur avait l'obligation de défendre.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1998), 48 B.C.L.R. (3d) 143

(i) Le juge Hollinrake (avec l'appui du juge Proudfoot)

Les appels interjetés par l'intimé et par Wawanesa Mutual Insurance Co., intimée dans le pourvoi connexe *Sansalone*, ont été réunis à la Cour d'appel. Ayant accepté l'arrêt *Saindon* comme l'arrêt de principe dans cette affaire, le juge Hollinrake a analysé les principales questions en litige en l'espèce. Il a affirmé que la clause d'exclusion en question rendait irrecevables les allégations fondées sur des actes intentionnels. Comme la plupart des poursuites en responsabilité civile délictuelle allèguent la négligence et non l'intention d'infliger un préjudice, l'exclusion des actes intentionnels de la garantie était [TRADUCTION] «conforme à la garantie fournie de tout temps par les polices d'assurance visant la responsabilité imposée par la loi à la suite d'un accident» (par. 91). Elle était également conforme aux attentes raisonnables des parties.

Selon le juge Hollinrake, la poursuite intentée participait du délit intentionnel et il ne voyait aucune raison d'exiger de l'intimé qu'il prouve l'intention d'infliger un préjudice. L'appelant a manifestement accompli un acte intentionnel, qui relevait de l'application de la clause d'exclusion, de sorte qu'il n'y avait aucune possibilité que la garantie s'applique. La clause d'exclusion s'appliquait également à toute demande fondée sur le rapport de force et de dépendance qui existait entre la demanderesse et l'appelant, tout comme dans l'affaire *Sansalone*. Enfin, le juge Hollinrake n'était pas d'accord avec le juge Finch quant à la signifi-

already determined that there was no possibility of coverage, he allowed the appeal.

(ii) Finch J.A., dissenting

Finch J.A. concluded that in spite of the exclusion clause's language referring only to intentional acts, it must be read to exclude liability only for injury or damage caused intentionally. To do otherwise would exclude the vast majority of all claims, since most accidents or occurrences can be traced back to an intentional act. Finch J.A. did not read the pleadings as alleging an intention on the part of the appellant to cause the plaintiff injury. He therefore concluded that the duty to defend should apply.

Moreover, Finch J.A. held that under the wording of the appellant's policy, the duty to defend was not linked to the duty to indemnify. As a result, the respondent was obliged to defend any claim for bodily injury causing compensable damages, regardless of whether that claim could also trigger indemnity.

IV. Issues

This appeal raises four issues.

1. Is the duty to defend in the appellant's insurance policy linked to the duty to indemnify?
2. Do the intentional act exclusion clauses in the appellant's insurance policy operate to relieve the respondent's duty in this case?
3. Was there an "accident" or "occurrence" that is sufficient to trigger coverage?
4. Does s. 28 of the British Columbia *Insurance Act*, R.S.B.C. 1996, c. 226, absolve the respondent of any duty to defend the appellant?

cation de la clause relative à l'obligation de défendre. À son avis, pour qu'il y ait obligation de défendre, il devait y avoir à tout le moins une possibilité d'application de la garantie. Comme il avait déterminé que cette possibilité n'existait pas, il a accueilli l'appel.

(ii) Le juge Finch, dissident

Le juge Finch a d'abord dit que, malgré son libellé qui ne fait mention que d'actes intentionnels, la clause d'exclusion devait être interprétée comme n'excluant que la responsabilité pour l'infliction délibérée d'un préjudice ou de dommages. Sinon, la très grande majorité des demandes d'indemnisation serait écartée puisque la plupart des accidents ou des sinistres découlent d'un acte intentionnel. Selon l'interprétation qu'en a faite le juge Finch, les actes de procédures n'alléguaient pas que l'appelant avait eu l'intention de d'infliger un préjudice à la demanderesse. Il a donc conclu que l'obligation de défendre s'appliquait.

Par ailleurs, le juge Finch a affirmé que, suivant le libellé de la police d'assurance de l'appelant, l'obligation de défendre n'était pas liée à l'obligation d'indemniser. Par conséquent, l'intimé devait assurer une défense relativement à toute allégation de préjudice corporel causant un préjudice compensable, indépendamment du fait que l'allégation puisse ou non entraîner également l'indemnisation.

IV. Questions en litige

Le présent pourvoi soulève quatre questions.

1. Suivant la police d'assurance détenue par l'appelant, l'obligation de défendre est-elle liée à l'obligation d'indemniser?
2. Les clauses d'exclusion stipulées dans la police d'assurance relativement à l'acte intentionnel s'appliquent-elles de façon à soustraire l'intimé à son obligation?
3. Y a-t-il eu «accident» ou «sinistre» de nature à déclencher l'application de la garantie?
4. L'article 28 de l'*Insurance Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C., ch. 226, décharge-t-il l'intimé de son obligation d'assurer la défense de l'appelant?

64

65

66

Because of my disposition of the first two issues, I find it unnecessary to address the latter two in this appeal.

V. Analysis

A. *General Principles of Insurance Contract Interpretation*

67 To begin with, I should like to discuss briefly several principles that are relevant to the interpretation of the insurance policy in question. While these principles are merely interpretive aids that cannot decide any issues by themselves, they are nonetheless helpful when interpreting provisions of an insurance contract.

(i) The General Purpose of Insurance

68 It is important to keep in mind the underlying economic rationale for insurance. C. Brown and J. Menezes, *Insurance Law in Canada* (2nd ed. 1991), state this point well at pp. 125-26:

Insurance is a mechanism for transferring fortuitous contingent risks. Losses that are neither fortuitous nor contingent cannot economically be transferred because the premium would have to be greater than the value of the subject matter in order to provide for marketing and adjusting costs and a profit for the insurer. It follows, therefore, that even where the literal working of a policy might appear to cover certain losses, it does not, in fact, do so if (1) the loss is from the inherent nature of the subject matter being insured, or (2) it results from the intentional actions of the insured.

69 In other words, insurance usually makes economic sense only where the losses covered are unforeseen or accidental: “The assumptions on which insurance is based are undermined if successful claims arise out of loss which is not fortuitous” (C. Brown, *Insurance Law in Canada* (3rd ed. 1997), at p. 4). This economic rationale takes on a public policy flavour where, as here, the acts for which the insured is seeking coverage are socially harmful. It may be undesirable to encourage people to injure others intentionally by indemnifying them from the civil consequences. On the other hand, denying coverage has the unde-

Vu ma décision concernant les deux premières questions en litige, j’estime qu’il n’est pas nécessaire d’examiner les deux autres dans le cadre du présent pourvoi.

V. Analyse

A. *Principes généraux d’interprétation des contrats d’assurance*

Tout d’abord, j’aimerais examiner brièvement certains principes applicables à l’interprétation de la police d’assurance en cause. Même si ces principes ne constituent que des outils d’interprétation et ne peuvent en soi trancher les questions en litige, ils sont néanmoins utiles pour interpréter les clauses d’un contrat d’assurance.

(i) L’objet général de l’assurance

Il importe de rappeler la raison d’être de l’assurance sur le plan financier. C. Brown et J. Menezes, dans *Insurance Law in Canada* (2^e éd. 1991), le précisent bien aux pp. 125 et 126:

[TRADUCTION] L’assurance est un mécanisme de transfert du risque fortuit éventuel. Les sinistres qui ne sont ni fortuits ni éventuels ne peuvent être financièrement transférés parce qu’il faudrait que la prime soit supérieure à la valeur de l’objet pour couvrir les frais de marketing et de règlement et permettre à l’assureur de réaliser un profit. Par conséquent, même lorsque, suivant le libellé de la police, la garantie semble s’appliquer à certains sinistres, ce n’est pas le cas dans les faits (1) si le sinistre est inhérent à la nature de l’objet de l’assurance ou (2) s’il résulte d’actes délibérés de l’assuré.

En d’autres termes, l’assurance n’est généralement justifiée sur le plan financier que lorsque les sinistres garantis sont imprévus ou fortuits: [TRADUCTION] «La raison d’être du contrat d’assurance est sapée s’il est fait droit à une demande d’indemnisation relativement à un sinistre qui n’est pas fortuit» (C. Brown, *Insurance Law in Canada* (3^e éd. 1997), à la p. 4). À la raison d’être financière s’ajoute l’intérêt de la collectivité lorsque, comme en l’espèce, les actes pour lesquels l’assuré demande une indemnité sont préjudiciables à la société. Il n’est pas souhaitable d’encourager les gens à infliger intentionnellement un préjudice à

sirable effect of precluding recovery against a judgment-proof defendant, thus perhaps discouraging sexual assault victims from bringing claims. See B. Feldthusen, “The Civil Action for Sexual Battery: Therapeutic Jurisprudence?” (1993), 25 *Ottawa L. Rev.* 203, at p. 233.

(ii) Contra Proferentem

Since insurance contracts are essentially adhesive, the standard practice is to construe ambiguities against the insurer: *Brisette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87, at p. 92; *Wigle v. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101 (C.A.), per Cory J.A. A corollary of this principle is that “coverage provisions should be construed broadly and exclusion clauses narrowly”: *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252, at p. 269; *Indemnity Insurance Co. of North America v. Excel Cleaning Service*, [1954] S.C.R. 169, at pp. 179-80, per Estey J. Therefore one must always be alert to the unequal bargaining power at work in insurance contracts, and interpret such policies accordingly.

(iii) Reasonable Expectations

Where a contract is unambiguous, a court should give effect to the clear language, reading the contract as a whole: *Brisette Estate*, *supra*, at p. 92; *Parsons v. Standard Fire Insurance Co.* (1880), 5 S.C.R. 233. Where there is ambiguity, this Court has noted “the desirability . . . of giving effect to the reasonable expectations of the parties”: *Reid Crowther*, *supra*, at p. 269 (citing Brown and Menezes, *supra*, at pp. 123-31, and *Brisette Estate*, *supra*). See also *Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 S.C.R. 1445, at p. 1467; *Wigle*, *supra*. Estey J. stated the point succinctly in *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual*

autrui en les indemnisant des conséquences civiles de leurs actes. Par contre, le refus de garantie a la conséquence non souhaitable d’empêcher l’obtention de dommages-intérêts d’un défendeur dès lors insolvable, ce qui pourrait dissuader les victimes d’agressions sexuelles d’intenter des poursuites. Voir B. Feldthusen, «The Civil Action for Sexual Battery: Therapeutic Jurisprudence?» (1993), 25 *R.D. Ottawa* 203, à la p. 233.

(ii) Contra Proferentem

Comme le contrat d’assurance est essentiellement un contrat d’adhésion, il est courant d’interpréter les ambiguïtés contre l’assureur: *Brisette, Succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87, à la p. 92; *Wigle c. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101 (C.A.), le juge Cory. Le corollaire de ce principe est que «les dispositions concernant la garantie doivent recevoir une interprétation large, et les clauses d’exclusion une interprétation restrictive»: *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252, à la p. 269; *Indemnity Insurance Co. of North America c. Excel Cleaning Service*, [1954] R.C.S. 169, aux pp. 179 et 180, le juge Estey. Il faut donc toujours être vigilant face au déséquilibre du rapport de force entre les parties à un contrat d’assurance et en interpréter les clauses en conséquence.

(iii) Attentes raisonnables

Quand un contrat n’est pas ambigu, le tribunal doit l’interpréter en le considérant dans son ensemble et en donnant effet au libellé non équivoque: *Brisette, Succession*, précité, à la p. 92; *Parsons c. Standard Fire Insurance Co.* (1880), 5 R.C.S. 233. En cas d’ambiguïté, notre Cour a signalé «qu’il est souhaitable [. . .] de donner effet aux attentes raisonnables des parties»: *Reid Crowther*, précité, à la p. 269 (citant Brown et Menezes, *op. cit.*, aux pp. 123 à 131, et *Brisette, Succession*, précité). Voir également *Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445, à la p. 1467, et *Wigle*, précité. Le juge Estey a énoncé le principe succinctement dans l’arrêt *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and*

70

71

Boiler and Machinery Insurance Co., [1980] 1 S.C.R. 888, at pp. 901-2:

[L]iteral meaning should not be applied where to do so would bring about an unrealistic result or a result which would not be contemplated in the commercial atmosphere in which the insurance was contracted. Where words may bear two constructions, the more reasonable one, that which produces a fair result, must certainly be taken as the interpretation which would promote the intention of the parties. Similarly, an interpretation which defeats the intentions of the parties and their objective in entering into the commercial transaction in the first place should be discarded in favour of an interpretation of the policy which promotes a sensible commercial result. . . . Said another way, the courts should be loath to support a construction which would either enable the insurer to pocket the premium without risk or the insured to achieve a recovery which could neither be sensibly sought nor anticipated at the time of the contract.

This court recently re-stated the importance of commercial reality, in another context, in *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423, at para. 62.

72 With these principles in mind, I now wish to discuss the principal issues in this appeal.

B. *The Scope of the Insurer's Duty to Defend*

(i) The Linkage Between the Duties to Indemnify and to Defend

73 The appellant's first argument is that the duty to defend is independent of the duty to indemnify. The relevant clause in the appellant's policy states: "We will defend, by counsel of our choice, any suit against you alleging bodily injury or property damage and seeking compensatory damages, even if it is groundless, false or fraudulent." The appellant argues, and Finch J.A. agreed in dissent at the Court of Appeal, that this requires not a potentially

Machinery Insurance Co., [1980] 1 R.C.S. 888, aux pp. 901 et 902:

. . . on ne doit pas utiliser le sens littéral lorsque cela entraînerait un résultat irréaliste ou qui ne serait pas envisagé dans le climat commercial dans lequel l'assurance a été contractée. Lorsque des mots sont susceptibles de deux interprétations, la plus raisonnable, celle qui assure un résultat équitable, doit certainement être choisie comme l'interprétation qui traduit l'intention des parties. De même, une interprétation qui va à l'encontre des intentions des parties et du but pour lequel elles ont à l'origine conclu une opération commerciale doit être écartée en faveur d'une interprétation de la police qui favorise un résultat commercial raisonnable. [. . .] En d'autres mots, les cours devraient être réticentes à appuyer une interprétation qui permettrait soit à l'assureur de toucher une prime sans risque soit à l'assuré d'obtenir une indemnité que l'on n'a pas pu raisonnablement rechercher ni escompter au moment du contrat.

Notre Cour a récemment confirmé l'importance de la réalité commerciale, dans un autre contexte, dans l'arrêt *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, au par. 62.

Compte tenu de ces principes, j'analyse maintenant les principales questions en litige dans le présent pourvoi.

B. *L'étendue de l'obligation de défendre de l'assureur*

(i) Le lien entre l'obligation d'indemniser et l'obligation de défendre

Le premier argument invoqué par l'appellant est que l'obligation de défendre est indépendante de l'obligation d'indemniser. La clause pertinente de la police d'assurance dit ce qui suit: «Par l'entremise de l'avocat de son choix, l'assureur présentera une défense dans le cadre de toute poursuite intentée contre l'assuré pour la réparation d'un préjudice corporel ou matériel et l'obtention de dommages-intérêts compensatoires, même si elle est sans fondement, fallacieuse ou frauduleuse.» L'appellant fait valoir, à l'instar du juge Finch, dissident en Cour d'appel, que l'application de cette clause n'exige pas l'existence d'une allégation susceptible d'entraîner l'indemnisation de l'assuré,

indemnifiable claim, but only a claim alleging bodily injury and seeking compensatory damages.

With respect, I cannot agree. McLachlin J. addressed this question in *Nichols v. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 S.C.R. 801. The policy in that appeal specifically limited the duty to defend to suits “seeking damages which are or may be payable under the terms of this Policy” (p. 805), and so there was obviously no independent duty to defend under that particular policy. However, McLachlin J. went on, at pp. 810-11, to set out general principles governing the duty to defend, regardless of whether there is express language or not:

Thus far, I have proceeded only by reference to the actual wording of the policy. However, general principles relating to the construction of insurance contracts support the conclusion that the duty to defend arises only where the pleadings raise claims which would be payable under the agreement to indemnify in the insurance contract. Courts have frequently stated that “[t]he pleadings govern the duty to defend”: *Bacon v. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96 (B.C.S.C.), at p. 99. Where it is clear from the pleadings that the suit falls outside of the coverage of the policy by reason of an exclusion clause, the duty to defend has been held not to arise: *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 168 (N.B.C.A.), leave to appeal refused by this Court, [1987] 1 S.C.R. xi.

At the same time, it is not necessary to prove that the obligation to indemnify will in fact arise in order to trigger the duty to defend. The mere possibility that a claim within the policy may succeed suffices. In this sense, as noted earlier, the duty to defend is broader than the duty to indemnify.

Other Canadian authority overwhelmingly supports the view that normally the duty to defend arises only with respect to claims which, if proven, would fall

mais seulement celle d’une allégation de préjudice corporel doublée d’une demande de dommages-intérêts compensatoires.

En toute déférence, je ne puis être d’accord. Le juge McLachlin a abordé la question dans l’arrêt *Nichols c. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 801. Dans cette affaire, la police d’assurance prévoyait expressément que l’obligation de défendre ne s’appliquait qu’aux poursuites où le demandeur «réclame des dommages-intérêts qui sont ou peuvent être payables en vertu des conditions de la présente police» (p. 805), de sorte qu’il n’existait manifestement pas d’obligation indépendante de défendre l’assuré suivant ce contrat en particulier. Cependant, le juge McLachlin a énoncé, aux pp. 810 et 811, les principes généraux régissant l’obligation de défendre, indépendamment de l’existence ou de l’inexistence d’un libellé exprès:

Jusqu’ici, je m’en suis tenue à la formulation même de la police. Cependant, les principes généraux applicables à l’interprétation des contrats d’assurance étayaient la conclusion que l’obligation de défendre n’existe que lorsque les actes de procédure portent sur des réclamations qui seraient payables en vertu de la clause d’indemnisation du contrat d’assurance. Les tribunaux ont souvent affirmé que [TRADUCTION] «[l]es actes de procédure régissent l’obligation de défendre»: *Bacon v. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96 (C.S.C.-B.), à la p. 99. On a conclu que l’obligation de défendre n’existe pas lorsqu’il ressort clairement des actes de procédure que la poursuite ne relève pas de la portée de la police en raison d’une clause d’exclusion: *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 168 (C.A.N.-B.), autorisation de pourvoi refusée par notre Cour, [1987] 1 R.C.S. xi.

En même temps, il n’est pas nécessaire d’établir qu’il y aura effectivement obligation d’indemniser pour déclencher l’obligation de défendre. La seule possibilité qu’une réclamation relevant de la police puisse être accueillie suffit. En ce sens, comme je l’ai déjà souligné, l’obligation de défendre a une portée plus large que l’obligation d’indemniser.

La très grande majorité des arrêts canadiens confirment l’opinion qu’en temps normal l’obligation de défendre n’intervient qu’à l’égard des réclamations qui,

within the scope of coverage provided by the policy. . . .

The same view generally prevails in the United States. . . .

75

McLachlin J. also provided two policy reasons in support of this conclusion, and in so doing refuted the contrary arguments made in the American case *Conner v. Transamerica Insurance Co.*, 496 P.2d 770 (Okla. 1972). First, the insurer would have to pay defence costs for claims outside the policy's scope. This raised "policy questions of whether others in the insurance pool should be taxed with providing defences for matters outside the purview of the policy": *Nichols, supra*, at pp. 811-12. Second, an independent duty to defend raises conflict of interest problems. If the insurer is defending claims for which it owes no duty to indemnify, there is a strong incentive simply to settle the claim as quickly as possible. At the very least, the insurer has an incentive to try to prove only that the insured is liable for claims falling outside coverage. There would be little incentive to establish that the insured was entirely without blame. McLachlin J. therefore concluded, at p. 812, that

considerations relat[ing] to insurance law and practice, as well as the authorities, overwhelmingly support the view that the duty to defend should, unless the contract of insurance indicates otherwise, be confined to the defence of claims which may be argued to fall under the policy. That said, the widest latitude should be given to the allegations in the pleadings in determining whether they raise a claim within the policy.

76

While this is *obiter dictum*, I find McLachlin J.'s arguments compelling. Absent specific language to the contrary, the duty to defend is broader than the duty to indemnify only in so far as it extends to groundless, false, or fraudulent claims. Given the historical evolution of the duty

si elles sont prouvées, relèveraient de la couverture de la police . . .

Le même point de vue l'emporte généralement aux États-Unis . . .

Le juge McLachlin a également invoqué deux considérations de principe à l'appui de sa conclusion et, ce faisant, elle a réfuté les arguments contraires avancés dans la décision américaine *Conner c. Transamerica Insurance Co.*, 496 P.2d 770 (Okla. 1972). Premièrement, l'assureur serait tenu d'assumer les frais judiciaires du défendeur relativement à une demande d'indemnisation qui échappe à l'application de la police. Cela soulevait «des questions de principe quant à savoir si d'autres assurés devraient se voir assujettis à défrayer des défenses contre des réclamations qui ne relèvent pas de la police»: *Nichols*, précité, à la p. 812. Deuxièmement, l'existence d'une obligation de défendre indépendante soulève l'éventualité de conflits d'intérêts. S'il devait défendre l'assuré relativement à une poursuite pour laquelle il n'a aucune obligation de l'indemniser, l'assureur serait très enclin à régler tout simplement l'affaire le plus rapidement possible. À tout le moins, l'assureur aurait intérêt à tenter de prouver seulement que l'assuré est responsable d'un préjudice qui échappe à l'application de la garantie. L'assureur n'aurait pas vraiment intérêt à prouver l'absence de toute responsabilité de l'assuré. Le juge McLachlin a donc conclu à la p. 812:

. . . que les considérations relatives au droit et à la pratique en matière d'assurance, ainsi que la doctrine et la jurisprudence, appuient en très grande majorité l'opinion que l'obligation de défendre ne devrait s'appliquer que lorsque l'on peut prétendre que les réclamations relèvent de la police, sous réserve de stipulations contraires dans le contrat d'assurance. Cela étant dit, il faut accorder la portée la plus large possible aux allégations contenues dans les actes de procédure pour déterminer si elles constituent une réclamation qui relève de la police.

Bien qu'il s'agisse d'une opinion incidente, je trouve les arguments du juge McLachlin convaincants. Sauf s'il existe une clause contraire expresse, l'obligation de défendre a une portée plus étendue que l'obligation d'indemniser dans la seule mesure où elle s'applique aux demandes sans

to defend as a way for insurers to protect their interests when they will be forced to pay any resulting judgment (see J. M. Fischer, "Broadening the Insurer's Duty to Defend: How *Gray v. Zurich Insurance Co.* Transformed Liability Insurance Into Litigation Insurance" (1991), 25 *U.C. Davis L. Rev.* 141, at pp. 146-57; E. S. Pryor, "The Tort Liability Regime and the Duty to Defend" (1999), 58 *Md. L. Rev.* 1), it makes little sense to presume an independent duty to defend absent express language: see B. Vail, "My Mistake, Your Problem': The Duty to Defend Liability Claims in Canada" (1996), 6 *C.I.L.R.* 201, at p. 207, and Fischer, *supra*. To hold otherwise would convert indemnity insurance into litigation insurance. In my opinion, such an interpretation would violate the reasonable expectations of the parties absent express language to that effect.

Although prior to *Nichols*, Canadian courts were split on the issue, since *Nichols* courts have followed the dictum from that case. See *Modern Livestock Ltd. v. Kansa General Insurance Co.* (1993), 11 *Alta. L.R.* (3d) 355 (Q.B.); *B.P. Canada Inc. v. Comco Service Station Construction & Maintenance Ltd.* (1990), 73 *O.R.* (2d) 317 (H.C.), and *Kates v. Hall*, [1990] 5 *W.W.R.* 569 (B.C.S.C.).

This conclusion is consistent with the majority of American courts, which have concluded that the "duty to defend arises when the underlying complaint alleges any facts that might fall within the coverage of the policy": *Colorado Farm Bureau Mutual Insurance Co. v. Snowbarger*, 934 P.2d 909 (Colo. Ct. App. 1997), at p. 912. See also, e.g., *Aerojet-General Corp. v. Transport Indemnity Co.*, 948 P.2d 909 (Cal. 1997), at p. 921; *Lawyers Title Insurance Corp. v. Knopf*, 674 A.2d 65 (Md. Ct. Spec. App. 1996), at p. 70; *Allstate Insurance Co. v. Patterson*, 904 F. Supp. 1270 (D. Utah 1995); *Allstate Insurance Co. v. Brown*, 834 F. Supp. 854

fondement, fallacieuses ou frauduleuses. Étant donné que, avec le temps, l'obligation de défendre est devenue pour les assureurs une façon de protéger leurs intérêts dans l'éventualité où ils seraient contraints de payer toute somme accordée par jugement (voir J. M. Fischer, «Broadening the Insurer's Duty to Defend: How *Gray v. Zurich Insurance Co.* Transformed Liability Insurance Into Litigation Insurance» (1991), 25 *U.C. Davis L. Rev.* 141, aux pp. 146 à 157; E. S. Pryor, «The Tort Liability Regime and the Duty to Defend» (1999), 58 *Md. L. Rev.* 1), on ne saurait présumer, en l'absence d'une clause expresse, qu'une obligation de défendre indépendante existe: voir B. Vail, «'My Mistake, Your Problem': The Duty to Defend Liability Claims in Canada» (1996), 6 *C.I.L.R.* 201, à la p. 207, et Fischer, *loc. cit.* Conclure en sens contraire équivaudrait à faire d'une assurance à caractère indemnitaire une assurance de frais juridiques. À mon avis, pareille interprétation irait à l'encontre des attentes raisonnables des parties en l'absence d'une clause expresse en ce sens.

Même si, avant l'arrêt *Nichols*, les tribunaux canadiens étaient divisés à ce sujet, ils se sont depuis ralliés à l'opinion incidente de notre Cour dans cette affaire. Voir *Modern Livestock Ltd. c. Kansa General Insurance Co.* (1993), 11 *Alta. L.R.* (3d) 355 (B.R.); *B.P. Canada Inc. c. Comco Service Station Construction & Maintenance Ltd.* (1990), 73 *O.R.* (2d) 317 (H.C.), et *Kates c. Hall*, [1990] 5 *W.W.R.* 569 (C.S.C.-B.).

Cette conclusion est compatible avec l'avis majoritaire des tribunaux américains, savoir que [TRADUCTION] «l'obligation de défendre naît lorsque la plainte s'appuie sur des faits susceptibles d'emporter l'application de la garantie»: *Colorado Farm Bureau Mutual Insurance Co. c. Snowbarger*, 934 P.2d 909 (Colo. Ct. App. 1997), à la p. 912. Voir également, par exemple, *Aerojet-General Corp. c. Transport Indemnity Co.*, 948 P.2d 909 (Cal. 1997), à la p. 921; *Lawyers Title Insurance Corp. c. Knopf*, 674 A.2d 65 (Md. Ct. Spec. App. 1996), à la p. 70; *Allstate Insurance Co. c. Patterson*, 904 F. Supp. 1270 (D. Utah

77

78

(E.D. Pa. 1993). To the contrary, see *Gray v. Zurich Insurance Co.*, 419 P.2d 168 (Cal. 1966).

(ii) The Relevance of the Pleadings

79

The appellant notes that the plaintiff's statement of claim alleged the non-intentional torts of negligence and breach of fiduciary duty. He therefore argues that the respondent has a duty to defend because the exclusion clause does not apply to these claims. However, these bare assertions alone cannot be determinative. Otherwise, the parties to an insurance contract would always be at the mercy of the third-party pleader. What really matters is not the labels used by the plaintiff, but the true nature of the claim.

80

The general rule regarding the role of the pleadings is well stated by Wallace J. in *Bacon v. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96 (B.C.S.C.), at p. 99:

The pleadings govern the duty to defend — not the insurer's view of the validity or nature of the claim or by the possible outcome of the litigation. If the claim alleges a state of facts which, if proven, would fall within the coverage of the policy the insurer is obliged to defend the suit regardless of the truth or falsity of such allegations.

This principle was expanded upon by McLachlin J., for the Court in *Nichols*, *supra*, at pp. 810-11, in the following words cited in part above:

Where it is clear from the pleadings that the suit falls outside of the coverage of the policy by reason of an exclusion clause, the duty to defend has been held not to arise: *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 168 (N.B.C.A.), leave to appeal refused by this Court, [1987] 1 S.C.R. xi.

At the same time, it is not necessary to prove that the obligation to indemnify will in fact arise in order to trigger the duty to defend. The mere possibility that a claim within the policy may succeed suffices. In this sense, as noted earlier, the duty to defend is broader than the duty

1995), et *Allstate Insurance Co. c. Brown*, 834 F. Supp. 854 (E.D. Pa. 1993). Pour un avis contraire, voir *Gray c. Zurich Insurance Co.*, 419 P.2d 168 (Cal. 1966).

(ii) La pertinence des actes de procédure

L'appelant fait remarquer que, dans sa déclaration, la demanderesse allègue les délits non intentionnels de négligence et de manquement à l'obligation fiduciaire. Il fait donc valoir que l'intimé a l'obligation de le défendre, car la clause d'exclusion ne s'applique pas à ces allégations. Cependant, ces simples assertions ne sauraient être déterminantes. Sinon, l'application du contrat d'assurance dépendrait toujours des allégations d'un tiers. Ce qui compte vraiment, ce n'est pas la terminologie employée par le demandeur, mais la nature véritable de la demande.

Dans *Bacon c. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96 (C.S.C.-B.), le juge Wallace énonce bien, à la p. 99, la règle générale concernant le rôle des actes de procédure:

[TRADUCTION] L'obligation de défendre dépend des actes de procédure, et non du point de vue de l'assureur quant à la validité ou à la nature de la demande ni de l'issue possible de l'instance. Lorsque la demande énonce des faits qui, s'ils étaient prouvés, seraient visés par la garantie prévue dans la police, l'assureur est tenu d'opposer une défense à la poursuite, que ces allégations soient véridiques ou non.

Dans l'extrait suivant de l'arrêt *Nichols*, précité, dont une partie est citée précédemment, le juge McLachlin développe ce principe au nom de notre Cour (aux pp. 810 et 811):

On a conclu que l'obligation de défendre n'existe pas lorsqu'il ressort clairement des actes de procédure que la poursuite ne relève pas de la portée de la police en raison d'une clause d'exclusion: *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 168 (C.A.N.-B.), autorisation de pourvoi refusée par notre Cour, [1987] 1 R.C.S. xi.

En même temps, il n'est pas nécessaire d'établir qu'il y aura effectivement obligation d'indemniser pour déclencher l'obligation de défendre. La seule possibilité qu'une réclamation relevant de la police puisse être accueillie suffit. En ce sens, comme je l'ai déjà souligné,

to indemnify. O'Sullivan J.A. wrote in *Prudential Life Insurance Co. v. Manitoba Public Insurance Corp.* (1976), 67 D.L.R. (3d) 521 (Man. C.A.), at p. 524:

Furthermore, the duty to indemnify against the costs of an action and to defend does not depend on the judgment obtained in the action. The existence of the duty to defend depends on the nature of the claim made, not on the judgment that results from the claim. The duty to defend is normally much broader than the duty to indemnify against a judgment. (Emphasis added.)

In that case it was unclear whether the insurer might be liable to indemnify under the policy, so the duty to defend was held to apply. In the court's view it would have been unjust for the insurers to be able to assert that "the claim is probably groundless, or will probably end up falling outside of the indemnity coverage. Since we have no proof that we owe an indemnity in this case, we take the position that we owe no duty to defend".

This does not, however, mean that the parties to an insurance contract are to be bound by the plaintiff's choice of labels, and thus defenceless against inaccurate or manipulative pleadings. *Nichols* only held that, having determined the nature of the claim, an insured need not further prove that the claim would succeed. This is just common sense, since otherwise an insured would have to prove he is actually liable in order to get an insurer to defend a liability claim.

In my view, the correct approach in the circumstances of this case is to ask if the allegations, properly construed, sound in intentional tort. If they do, the plaintiff's use of the word "negligence" will not be controlling. The Rhode Island Supreme Court, in *Peerless Insurance Co. v. Viegas*, 667 A.2d 785 (1995), cleverly expressed the point as follows at p. 789:

l'obligation de défendre a une portée plus large que l'obligation d'indemniser. Le juge O'Sullivan de la Cour d'appel a écrit dans l'arrêt *Prudential Life Insurance Co. v. Manitoba Public Insurance Corp.* (1976), 67 D.L.R. (3d) 521 (C.A. Man.), à la p. 524:

[TRADUCTION] En outre, l'obligation d'indemniser à l'égard des frais d'une action et de défendre ne dépend pas du jugement rendu dans l'action. L'existence de l'obligation de défendre dépend de la nature de la réclamation, non du jugement qui en résulte. L'obligation de défendre a normalement une portée beaucoup plus large que l'obligation d'indemniser à l'égard d'un jugement. (Je souligne.)

Dans cette affaire, on ne savait pas si l'assureur pourrait être tenu d'indemniser en vertu de la police, alors le tribunal a conclu que l'obligation de défendre s'appliquait. De l'avis du tribunal, il aurait été injuste que les assureurs puissent affirmer que [TRADUCTION] «la réclamation est probablement non fondée, ou ne relèvera probablement pas de la portée de la police en fin de compte. Puisque nous n'avons aucune preuve que nous sommes tenus de verser une indemnité dans cette affaire, nous prétendons que nous ne sommes tenus à aucune obligation de défendre».

Cela ne veut toutefois pas dire que la terminologie choisie par la partie demanderesse lie les parties à un contrat d'assurance et rend ces dernières impuissantes face à des allégations inexactes ou manipulatoires. Dans l'arrêt *Nichols*, notre Cour a seulement statué que, après avoir déterminé la nature de la demande, l'assuré n'a pas à établir en outre que le demandeur aurait gain de cause. Il s'agit du simple bon sens car, autrement, l'assuré devrait prouver qu'il est de fait responsable pour obtenir de l'assureur qu'il oppose une défense à une action en responsabilité.

Vu les circonstances de l'espèce, je suis d'avis que la démarche appropriée consiste à se demander si les allégations, correctement interprétées, renvoient à un délit intentionnel. Si tel est le cas, la mention de la «négligence» par la demanderesse n'est pas déterminante. Dans l'affaire *Peerless Insurance Co. c. Viegas*, 667 A.2d 785 (1995), la Cour suprême du Rhode Island a habilement exposé le principe de la manière suivante, à la p. 789:

81

82

In civil actions for damages that result from an act of child sexual molestation, an insurer will be relieved from its duty to defend and to indemnify its insured if the perpetrator is insured under a policy in which there is contained an intentional act exclusion provision. . . . The fact that the allegations in that complaint are described in terms of “negligence” is of no consequence. A plaintiff, by describing his or her cat to be a dog, cannot simply by that descriptive designation cause the cat to bark.

83 To be somewhat more prosaic, when determining the scope of the duty to defend, courts must take the factual allegations as pleaded, but then ask which of the plaintiff’s legal claims could potentially be supported by those factual allegations. This is clear from *Bacon*, *supra*, at p. 99, where the court limited the duty to defend to cases where the “claim alleges a state of facts which, if proven, would fall within . . . coverage” (emphasis added). Similarly, in *Nichols*, *supra*, at p. 810, McLachlin J. cited with approval O’Sullivan J.A.’s direction to look at “the nature of the claim made”.

84 I would note that this approach can assist the insured, and not just the insurer. For example, as the California Supreme Court noted in *Gray*, *supra*, at p. 176,

the complainant in the third party action drafts his complaint in the broadest terms; he may very well stretch the action which lies in only nonintentional conduct to the dramatic complaint that alleges intentional misconduct. In light of the likely overstatement of the complaint and of the plasticity of modern pleading, we should hardly designate the third party as the arbiter of the policy’s coverage.

Conversely, a plaintiff may draft a statement of claim in a way that seeks to turn intention into negligence in order to gain access to an insurer’s deep pockets. See E. S. Pryor, “The Stories We Tell: Intentional Harm and the Quest for Insurance Funding” (1997), 75 *Tex. L. Rev.* 1721, at p. 1735. A court must therefore look beyond the labels used by the plaintiff, and determine the true nature of

[TRADUCTION] Dans le cadre de poursuites civiles en dommages-intérêts faisant suite à une atteinte à la pudeur contre un enfant, l’assureur n’est pas tenu de défendre et d’indemniser l’assuré lorsque l’auteur de l’infraction est titulaire d’une police d’assurance renfermant une clause d’exclusion de l’acte intentionnel. [. . .] Que les actes reprochés dans la plainte soient imputés à la «négligence» n’a pas d’importance. En appelant son chat un chien, le demandeur ne peut, simplement par cette désignation, faire aboyer le chat.

De manière en quelque sorte plus prosaïque, les tribunaux appelés à déterminer l’étendue de l’obligation de défendre doivent tenir compte des allégations factuelles telles qu’elles sont formulées, puis se demander lesquelles des prétentions juridiques de la partie demanderesse ces allégations factuelles pourraient étayer. C’est ce qui ressort de *Bacon*, précité, à la p. 99, où le tribunal a statué que l’obligation de défendre ne s’appliquait que lorsque [TRADUCTION] «la demande énonce des faits qui, s’ils étaient prouvés, seraient visés par la garantie» (je souligne). De même, dans *Nichols*, précité, à la p. 810, le juge McLachlin cite, en l’approuvant, la directive du juge O’Sullivan de tenir compte de «la nature de la réclamation».

Je fais remarquer que cette démarche peut également être favorable à l’assuré, et non seulement à l’assureur. Par exemple, comme la Cour suprême de la Californie l’a indiqué dans *Gray*, précité, à la p. 176,

[TRADUCTION] le plaignant aux fins de l’action intentée par un tiers rédige sa plainte de la manière la plus générale qui soit; il peut fort bien transformer une action fondée uniquement sur des actes non intentionnels en une plainte radicale alléguant l’action fautive intentionnelle. Vu le risque d’exagération et la malléabilité des actes de procédure de nos jours, nous pourrions difficilement désigner le tiers comme arbitre de la garantie prévue dans le contrat d’assurance.

À l’inverse, un demandeur peut rédiger sa déclaration de manière à tenter de transformer l’intention en négligence afin de bénéficier d’une indemnisation plus substantielle de la part de l’assureur. Voir E. S. Pryor, «The Stories We Tell: Intentional Harm and the Quest for Insurance Funding» (1997), 75 *Tex. L. Rev.* 1721, à la p. 1735. Le tribunal doit donc aller au-delà de la terminologie

the claim pleaded. It is important to emphasize that at this stage a court must not attempt to determine the merit of any of the plaintiff's claims. Instead, it should simply determine whether, assuming the verity of all of the plaintiff's factual allegations, the pleadings could possibly support the plaintiff's legal allegations.

Having construed the pleadings, there may be properly pleaded allegations of both intentional and non-intentional tort. When faced with this situation, a court construing an insurer's duty to defend must decide whether the harm allegedly inflicted by the negligent conduct is derivative of that caused by the intentional conduct. In this context, a claim for negligence will not be derivative if the underlying elements of the negligence and of the intentional tort are sufficiently disparate to render the two claims unrelated. If both the negligence and intentional tort claims arise from the same actions and cause the same harm, the negligence claim is derivative, and it will be subsumed into the intentional tort for the purposes of the exclusion clause analysis. If, on the other hand, neither claim is derivative, the claim of negligence will survive and the duty to defend will apply. Parenthetically, I note that the foregoing should not preclude a duty to defend simply because the plaintiff has pleaded in the alternative. As Pryor, "The Stories We Tell: Intentional Harm and the Quest for Insurance Funding", *supra*, points out at p. 1752, "[p]laintiffs must have the freedom to plead in the alternative, to develop alternative theories, and even to submit alternative theories to the jury". A claim should only be treated as "derivative", for the purposes of this analysis, if it is an ostensibly separate claim which nonetheless is clearly inseparable from a claim of intentional tort.

The reasons for this conclusion are twofold. First, as discussed above, one must always remember that insurance is presumed to cover only negligence, not intentional injuries. Second, this

employée par le demandeur et déterminer la nature véritable des allégations. Il importe de souligner que, à cette étape, le tribunal ne doit pas tenter d'établir le bien-fondé des allégations du demandeur. Il doit plutôt simplement décider, en tenant pour acquis que toutes les allégations factuelles du demandeur sont véridiques, si les actes de procédures sont susceptibles d'étayer ses allégations.

L'interprétation des actes de procédure peut faire ressortir des allégations adéquatement formulées de délit intentionnel et de délit non intentionnel. En pareille situation, le tribunal appelé à interpréter l'obligation de défendre de l'assureur doit décider si le préjudice qui aurait été infligé par le comportement négligent est dérivé de celui causé par le comportement intentionnel. Dans ce contexte, une allégation de négligence n'est pas tenue pour dérivée si les éléments sous-jacents de la négligence et du délit intentionnel sont suffisamment distincts pour en faire deux allégations n'ayant aucun point en commun. Si les deux allégations découlent des mêmes actes et causent le même préjudice, la négligence est tenue pour dérivée et elle est subsumée sous le délit intentionnel aux fins de l'application de la clause d'exclusion. Si, par contre, aucun des délits allégués n'est dérivé, l'allégation de négligence subsiste et l'obligation de défendre s'applique. Incidemment, ce n'est pas parce que l'allégation est formulée à titre subsidiaire que l'obligation de défendre disparaît. Comme le dit Pryor, «The Stories We Tell: Intentional Harm and the Quest for Insurance Funding», *loc. cit.*, à la p. 1752, [TRADUCTION] «[l]es demandeurs doivent être libres de formuler des allégations subsidiaires, d'élaborer des thèses subsidiaires et même de présenter des thèses subsidiaires au jury». Une allégation ne devrait être considérée comme «dérivée», aux fins de la présente analyse, que s'il s'agit manifestement d'une allégation distincte, mais qui est néanmoins nettement inséparable d'une allégation de délit intentionnel.

Deux raisons justifient cette conclusion. Premièrement, comme je l'indique précédemment, il faut toujours se rappeler que l'assurance est présumée ne garantir que le préjudice résultant de la négli-

85

86

approach will discourage manipulative pleadings by making it fruitless for plaintiffs to try to convert intentional torts into negligence, or vice versa. While courts should not concern themselves with whether or not pleadings are designed to generate insurance coverage, following the guidelines set out above will provide insurers with sufficient protections against manipulative pleadings.

87 These concepts may seem rather complicated in the abstract, but they are more straightforward to apply in practice. While this issue is relatively new to Canadian law, it has been extensively canvassed in the United States, where courts have denied insurance coverage for claims of negligent battery, negligent misrepresentation, negligent infliction of emotional distress, negligent interference with familial relations, and any other claim of “negligence” where it is derivative of an intentional sexual assault. For example, in *Houg v. State Farm Fire and Casualty Co.*, 481 N.W.2d 393 (Minn. Ct. App. 1992), a parishioner sued a priest who had been counselling her for sexual assault. In addition to intentional sexual battery, the plaintiff alleged negligent counselling by the defendant.

88 The court had little difficulty in finding that this allegation of negligence did not raise the duty to defend, because “[a]ny negligent counseling is so intertwined with [the insured]’s sexual exploitation of a psychologically dependent person as to be inseparable” (*Houg, supra*, at p. 397). To use the approach I have set out above, the negligent counselling claim was merely derivative of the sexual assault. The fact that there may have been negligent aspects of the priest’s conduct will not change the essentially intentional nature of his conduct, for the purpose of the exclusion clause. To similar effect are: *Linebaugh v. Berdish*, 376 N.W.2d 400 (Mich. Ct. App. 1985) (denying a claim for “negligent” child molestation, which was “a transparent

gence, et non celui qui est infligé intentionnellement. Deuxièmement, cette démarche fera obstacle aux actes de procédures manipulateurs en rendant vaine la tentative du demandeur de transformer un délit intentionnel en délit de négligence, ou vice-versa. Même si les tribunaux ne devraient pas se préoccuper de savoir si les actes de procédure visent à entraîner l’application de la garantie d’une police d’assurance, en suivant les lignes directrices énoncées ci-dessus, ils fourniront aux assureurs une protection suffisante contre les actes de procédure manipulateurs.

Ces notions peuvent paraître compliquées dans l’abstrait, mais elles sont plus simples à appliquer en pratique. Bien qu’il s’agisse d’une question relativement nouvelle en droit canadien, elle a fait l’objet d’un examen approfondi aux États-Unis, où les tribunaux ont exclu l’application de la garantie d’assurance à l’égard des poursuites pour voies de fait, déclarations inexactes, trouble émotionnel, atteinte aux relations familiales et toute autre allégation de «négligence» lorsqu’elles étaient dérivées d’une agression sexuelle intentionnelle. Par exemple, dans *Houg c. State Farm Fire and Casualty Co.*, 481 N.W.2d 393 (Minn. Ct. App. 1992), une paroissienne avait poursuivi pour agression sexuelle un prêtre auprès de qui elle suivait des séances de counseling. Outre les voies de fait de nature sexuelle intentionnelles, la demanderesse avait allégué la négligence du défendeur en tant que conseiller.

Le tribunal a eu peu de mal à conclure que cette allégation de négligence ne faisait pas naître l’obligation de défendre, car [TRADUCTION] «[l]a négligence dans la prestation du counseling est si imbriquée dans l’exploitation sexuelle par [l’assuré] d’une personne psychologiquement dépendante qu’elle en est inséparable» (*Houg, précité*, à p. 397). Pour reprendre l’analyse exposée précédemment, l’allégation de négligence relative au counseling était simplement dérivée de l’agression sexuelle. Que certains aspects de la conduite du prêtre puissent être qualifiés de négligence ne modifie pas la nature essentiellement intentionnelle de ses actes aux fins de l’application de la clause d’exclusion. Dans le même ordre d’idée,

attempt to trigger insurance coverage by characterizing allegations of tortious conduct under the guise of ‘negligent’ activity” (p. 406)); *Horace Mann Insurance Co. v. Leeber*, 376 S.E.2d 581 (W. Va. 1988) (alleged negligent seduction of a child by a teacher (p. 587)); *Allstate Insurance Co. v. Troelstrup*, 789 P.2d 415 (Colo. 1990) (same (p. 418, n. 7)); *Nationwide Mutual Fire Insurance Co. v. Lajoie*, 661 A.2d 85 (Vt. 1995) (agreeing with the trial judge that “labeling [the insured]’s conduct as negligent ‘is simply a disingenuous attempt to create a factual dispute’” (p. 86)); *Colorado Farm Bureau Mutual Insurance Co. v. Snowbarger*, *supra* (“[T]he only facts recited in the complaint concern the repeated acts of sexual assault. There are no factual allegations provided in the complaint to substantiate a negligence theory” (p. 912)).

I wish to make it clear that I am not denying that a given state of facts may give rise to several different tort claims. For example, in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, the Court noted at p. 59 that “[i]ncest is a breach of both common law and equitable duties”. The Court therefore held that limitation periods applying to intentional or negligent actions did not apply to claims for breach of fiduciary duty. While I fully agree with this proposition, I would note that the present appeal presents a distinct question. In the context of an insurance contract’s intentional injury exclusion clause, the goal is to determine the gravamen of the complaint, and whether one can infer an intent to injure from that complaint. Limitations issues, as shown by *M. (K.)*, are different, and not applicable in the present appeal. Indeed, this appeal’s holding with respect to the proper characterization of a plaintiff’s tort allegations should not be taken

voir *Linebaugh c. Berdish*, 376 N.W.2d 400 (Mich. Ct. App. 1985) (rejet d’une poursuite pour atteinte à la pudeur commise contre un enfant par «négligence» parce qu’il s’agissait [TRADUCTION] «d’une tentative manifeste d’obtenir l’application de la garantie d’assurance en imputant à la “négligence” un comportement délictueux» (p. 406)); *Horace Mann Insurance Co. c. Leeber*, 376 S.E.2d 581 (W. Va. 1988) (allégation de séduction d’un enfant par un enseignant ayant fait preuve de négligence (p. 587)); *Allstate Insurance Co. c. Troelstrup*, 789 P.2d 415 (Colo. 1990) (*idem* (p. 418, n. 7)); *Nationwide Mutual Fire Insurance Co. c. Lajoie*, 661 A.2d 85 (Vt. 1995) (le tribunal convient avec le juge de première instance que [TRADUCTION] «l’imputation des actes de [l’assuré] à la négligence “vise simplement à susciter un désaccord d’ordre factuel”» (p. 86)); *Colorado Farm Bureau Mutual Insurance Co. c. Snowbarger*, précité, ([TRADUCTION] («[L]es seuls faits énoncés dans la plainte touchent les actes répétés d’agression sexuelle. Aucune allégation factuelle dans la plainte n’étaye la thèse de la négligence» (p. 912)).

Je tiens à préciser qu’un même ensemble de faits peut néanmoins donner lieu à plusieurs allégations de délit. Par exemple, dans *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, notre Cour a indiqué à la p. 59 que «[l]’inceste est un manquement à des obligations de common law et d’*equity*». Notre Cour a donc décidé que la prescription applicable aux actions fondées sur un délit intentionnel ou sur la négligence ne s’appliquait pas aux actions fondées sur le manquement à l’obligation fiduciaire. Bien que je partage tout à fait ce point de vue, je signale que le présent pourvoi porte sur une question différente. Dans le contexte d’un contrat d’assurance qui renferme une clause d’exclusion du préjudice infligé intentionnellement, l’objectif est de déterminer quel est l’élément primordial de la plainte et si on peut déduire de celle-ci l’intention d’infliger un préjudice. Comme il ressort de l’arrêt *M. (K.)*, les questions liées à la prescription sont différentes et ne sont pas pertinentes dans le cadre du présent pourvoi. En fait, la décision de notre Cour en l’espèce concernant la qualification appropriée des allégations d’une poursuite pour délit civil ne devrait pas s’appliquer à d’autres domaines du

to affect any areas of law outside the insurance context presented by this appeal.

(iii) Conclusion on the Scope of the Insurer's Duty to Defend

90 I therefore conclude that the respondent will only have to defend the appellant if the plaintiff's statement of claim alleges a state of facts that, properly construed, would support an action that could potentially fall within coverage.

C. *Is There a Claim that Could Fall Within Coverage?*

91 There is no dispute in this case that the plaintiff's allegations fall within the general coverage provisions of the policy. All that is at stake is whether the exclusion clause applies. That clause states that the appellant is "not insured for claims arising from: . . . bodily injury or property damage caused by any intentional or criminal act or failure to act" by the insured.

92 At the outset, the wording of this clause presents a threshold issue. The respondent argues that the clause requires only an intentional act, not an intent to injure. The majority below agreed with this interpretation. However, I agree with Finch J.A.'s dissent on this point. If the respondent were correct, almost any act of negligence could be excluded under this clause. After all, most every act of negligence can be traced back to an "intentional . . . act or failure to act". As this Court made clear in *Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 309, "negligence is by far the most frequent source of exceptional liability which [an insured] has to contend with. Therefore, a policy which would not cover liability due to negligence could not properly be called 'comprehensive'" (pp. 316-17). Consistent with this decision, the purpose of insurance, and the doctrines of reasonable expectations and *contra proferentem* referred to above, I believe the exclusion clause must be read to require that the injuries be intentionally caused, in that they are the

droit que celui de l'assurance présenté dans le contexte de la présente affaire.

(iii) Conclusion concernant l'étendue de l'obligation de défendre de l'assureur

J'arrive donc à la conclusion que l'intimé ne sera tenu de défendre l'appelant que si, dans sa déclaration, la demanderesse énonce des faits qui, s'ils sont interprétés correctement, appuient une action susceptible d'entraîner l'application de la garantie.

C. *Existe-t-il une allégation susceptible d'entraîner l'application de la garantie?*

Il ne fait aucun doute en l'espèce que les allégations de la demanderesse ressortissent à la garantie générale de la police d'assurance. La seule question à trancher est de savoir si la clause d'exclusion s'applique. Cette clause prévoit que «[l']assurance ne s'applique pas aux demandes découlant de ce qui suit: [. . .] le préjudice corporel ou matériel infligé par l'action ou l'omission intentionnelles ou criminelles» de l'assuré.

D'emblée, le libellé de cette clause soulève une question préliminaire. L'intimé fait valoir que l'application de la clause exige uniquement un acte intentionnel, et non l'intention d'infliger un préjudice. La juridiction inférieure à la majorité a abondé en ce sens. Cependant, je partage l'avis du juge Finch, dissident sur ce point. Si on donnait raison à l'intimé, presque tout acte de négligence pourrait être exclu par l'application de cette clause. Après tout, un acte de négligence découle presque toujours d'une «action ou [d'une] omission intentionnelles». Comme notre Cour l'a dit clairement dans *Canadian Indemnity Co. c. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 309, «la négligence est de loin la source la plus fréquente de responsabilité exceptionnelle à laquelle [un assuré] doit faire face. Par conséquent, une police qui ne couvrirait pas la responsabilité résultant de la négligence ne pourrait pas à juste titre s'appeler "générale"» (pp. 316 et 317). Conformément à cette décision, à l'objet de l'assurance, ainsi qu'au principe des attentes raison-

product of an intentional tort and not of negligence.

Our task, therefore, is to decide which of the plaintiff's legal allegations are properly pleaded, whether any of them are derivative, and whether any of the surviving claims evince an intention to injure, thus triggering the exclusion clause. To do this, it is necessary to understand precisely what the elements of the various torts alleged against the appellant are. If the elements of a tort claim require proof of conduct that also proves an intent to injure, there will be no duty to defend because any potentially successful claim would fall under the exclusion clause.

As will be seen from the following discussion, I conclude that each of the plaintiff's properly pleaded claims necessarily involves an intent to injure, because each requires proof that the appellant either knew, or should have known, that the plaintiff did not validly consent to sexual activity. Given this actual or constructive knowledge of non-consent, the law will not permit the appellant to claim that he did not intend any harm. The exclusion therefore applies because there is no claim against the appellant that, if successful, could potentially fall within coverage. There being no potentially indemnifiable claim, the respondent has no duty to defend.

(i) Sexual Battery

(a) *Elements of the Tort of Sexual Battery*

The tort of sexual battery is a relatively new one. As Professor Feldthusen points out in "The Canadian Experiment with the Civil Action for

nables et à la règle *contra proferentem* susmentionnés, j'estime que la clause d'exclusion doit être interprétée de façon que son application exige que le préjudice ait été infligé intentionnellement, c'est-à-dire qu'il ait été le fruit d'un délit intentionnel, et non d'une négligence.

Notre Cour est donc appelée à déterminer lesquelles des prétentions juridiques de la demanderesse sont adéquatement formulées, si l'une ou l'autre d'entre elles est dérivée et si celles qui subsistent font ressortir l'intention d'infliger un préjudice déclenchant ainsi l'application de la clause d'exclusion. Pour ce faire, il lui est nécessaire de comprendre exactement quels sont les éléments constitutifs des divers délits reprochés à l'appellant. Lorsque les éléments constitutifs du délit allégué exigent la preuve d'un comportement qui établit également l'intention d'infliger un préjudice, l'assureur n'a aucune obligation de défendre l'assuré car, si l'auteur de la poursuite avait gain de cause, la clause d'exclusion s'appliquerait.

Comme le fait ressortir l'analyse qui suit, je suis d'avis que chacune des allégations adéquatement formulées par la demanderesse suppose nécessairement l'intention d'infliger un préjudice, parce qu'elle exige la preuve que l'appellant savait, ou aurait dû savoir, que la demanderesse n'a pas consenti à l'activité sexuelle de façon valable. Comme il savait ou était réputé savoir qu'il n'y avait pas eu consentement, l'appellant ne pourra prétendre, suivant le droit applicable, qu'il n'avait pas l'intention d'infliger un préjudice. La clause d'exclusion s'applique donc, car la demande contre l'appellant ne renferme aucune allégation qui, si elle était retenue, serait susceptible d'entraîner l'application de la garantie. En l'absence de toute allégation susceptible d'entraîner l'indemnisation de l'assuré, l'intimé n'a aucune obligation de le défendre.

(i) Voies de fait de nature sexuelle

a) *Éléments constitutifs du délit de voies de fait de nature sexuelle*

Le délit de voies de fait de nature sexuelle est relativement récent. Comme le professeur Feldthusen le signale dans «The Canadian Experi-

93

94

95

Sexual Battery”, in N. J. Mullany, ed., *Torts in the Nineties* (1997), 274, at p. 274, this action is one that has appeared more frequently in the last 15 years. The sexual battery action signals the possibility of “dramatic changes to the law of consent, to the action for breach of fiduciary duty, to the rules governing punitive damages, to the rules of discovery and to the law of evidence” (p. 275). However, this appeal requires no such changes. Contrary to McLachlin J.’s assertions, my approach entails nothing more than understanding how traditional tort law applies in the context of sexual battery.

ment with the Civil Action for Sexual Battery», dans N. J. Mullany, dir., *Torts in the Nineties* (1997), 274, à la p. 274, ce genre d’action est plus fréquent depuis les 15 dernières années. L’existence de ce nouveau délit pourrait occasionner [TRADUCTION] «la modification radicale du droit en matière de consentement ainsi que des actions pour manquement à l’obligation fiduciaire, des règles régissant les dommages-intérêts punitifs et la communication préalable, de même que du droit de la preuve» (p. 275). Toutefois, le présent pourvoi n’exige pas une telle modification. Contrairement à ce qu’affirme le juge McLachlin, ma méthode ne comporte rien de plus qu’une analyse de la manière dont le droit de la responsabilité civile délictuelle traditionnel s’applique dans le contexte des voies de fait de nature sexuelle.

96 Sexual battery is a form of battery, the traditional test for which is relatively straightforward. In *M. (K.)*, *supra*, at p. 25, La Forest J. defined assault and battery as “causing another person to apprehend the infliction of immediate harmful or offensive force on her person coupled with the actual infliction of that harmful or offensive force”. What is notably absent from this definition is any intent to injure. Professor Klar, in his second edition of *Tort Law* (1996), makes this point at p. 42:

Les voies de fait de nature sexuelle constituent une forme de voies de fait, et le critère traditionnellement applicable est relativement simple. Dans *M. (K.)*, précité, à la p. 25, le juge La Forest définit les voies de fait comme étant «le fait d’amener une autre personne à craindre l’emploi direct d’une force préjudiciable ou nocive contre sa personne, conjugué à l’emploi réel de cette force préjudiciable ou nocive». Manifestement, l’intention d’infliger un préjudice ne fait pas partie de cette définition. Dans la deuxième édition de son ouvrage intitulé *Tort Law* (1996), le professeur Klar précise, à la p. 42:

For the tort of intentional battery, the defendant must have intended an offensive, physical contact with the plaintiff. The defendant need not have intended to harm or injure the plaintiff, although in most battery cases there is an intention to injure.

[TRADUCTION] En ce qui concerne le délit de voies de fait intentionnelles, il faut que le défendeur ait voulu avoir un contact physique nocif avec le demandeur. Il n’est pas nécessaire qu’il ait voulu infliger un préjudice au demandeur, bien que dans la plupart des cas concernant des voies de fait, il y ait une telle intention.

97 A. M. Linden, in *Canadian Tort Law* (6th ed. 1997), emphasizes this point at p. 43: “A battery can be committed even though no harm or insult is intended by the contact. If the contact is offensive to the recipient, even if a compliment was intended, it is tortious.” See also *Wilson v. Pringle*, [1986] 2 All E.R. 440 (C.A.), at p. 445; *Spivey v. Battaglia*, 258 So.2d 815 (Fla. 1972); O. M. Reynolds, “Tortious Battery: Is ‘I Didn’t

A. M. Linden insiste sur ce point dans son ouvrage intitulé *Canadian Tort Law* (6^e éd. 1997), à la p. 43: [TRADUCTION] «Il peut y avoir acte de violence même si son auteur ne voulait aucunement blesser ou insulter quelqu’un. Si le contact est perçu comme offensant par celui qui en est l’objet, même s’il s’agissait d’un compliment dans l’esprit de l’auteur, il s’agit d’un délit.» Voir également *Wilson c. Pringle*, [1986] 2 All E.R. 440

Mean Any Harm' Relevant?' (1984), 37 *Okla. L. Rev.* 717.

Intentional battery generally requires only the intent to cause the physical consequences, namely, an offensive touching. Klar, *supra*, makes this point at p. 30:

Technically, however, the concept of "intention" in the intentional torts does not require defendants to know that their acts will result in harm to the plaintiffs. Defendants must know only that their acts will result in certain consequences. It is not necessary for defendants to realize that these intended consequences are in fact an infringement of the legal rights of others. Intention, in other words, focusses on physical consequences.

To similar effect is Linden, *supra*, at p. 33: "Conduct is intentional if the actor desires to produce the consequences that follow from an act."

Moreover, if a tort is intended, it will not matter that the result was more harmful than the actor should, or even could have foreseen. Linden, *supra*, at p. 45, quotes Borins Co. Ct. J. (as he then was) in *Bettel v. Yim* (1978), 20 O.R. (2d) 617, at p. 628:

If physical contact was intended, the fact that its magnitude exceeded all reasonable or intended expectations should make no difference. To hold otherwise . . . would unduly narrow recovery where one deliberately invades the bodily interests of another with the result that the totally innocent plaintiff would be deprived of full recovery for the totality of the injuries suffered as a result of the deliberate invasion of his bodily interests. [Emphasis added.]

The appellant's argument, in light of the foregoing, is quite simple. Battery requires only intentional contact, not an intent to harm. Therefore, he could have had non-consensual sex with the plaintiff, thus committing battery, while thinking consent was present and thus not intending any harm. Any injuries could therefore have been uninten-

(C.A.), à la p. 445; *Spivey c. Battaglia*, 258 So.2d 815 (Fla. 1972), et O. M. Reynolds, «Tortious Battery: Is "I Didn't Mean Any Harm" Relevant?» (1984), 37 *Okla. L. Rev.* 717.

Les voies de fait intentionnelles n'exigent généralement que l'intention de causer les conséquences physiques, savoir un contact nocif. Le professeur Klar, *op. cit.*, dit ce qui suit à la p. 30:

[TRADUCTION] Cependant, en théorie, la notion d'«intention» en matière de délits intentionnels n'exige pas du défendeur qu'il soit conscient que ses actes infligeront un préjudice à la victime. Il doit seulement savoir que ses actes auront certaines conséquences. Il n'est pas nécessaire que le défendeur se rende compte que les conséquences voulues constituent en fait une violation des droits de l'autre. En d'autres termes, l'intention est axée sur les conséquences d'ordre physique.

Dans le même ordre d'idée, Linden, *op. cit.*, ajoute à la p. 33: [TRADUCTION] «Un acte est intentionnel si son auteur désire produire les conséquences qui en découlent.»

De plus, si le délit est intentionnel, il importe peu que les conséquences soient plus préjudiciables que celles que l'auteur du délit aurait dû ou même aurait pu prévoir. Linden, *op. cit.*, à la p. 45, cite le juge Borins, de la Cour de comté (maintenant juge de la Cour d'appel), dans *Bettel c. Yim* (1978), 20 O.R. (2d) 617, à la p. 628:

[TRADUCTION] Si le contact physique était intentionnel, le fait que son importance ait dépassé les attentes raisonnables ou intentionnelles ne devrait pas faire de différence. Toute autre décision (. . .) limiterait sans raison l'indemnité à laquelle pourrait avoir droit une personne lorsque quelqu'un viole intentionnellement son intégrité physique; le résultat serait qu'un demandeur complètement innocent serait privé de recevoir tous les dommages-intérêts auxquels il pourrait avoir droit pour l'ensemble des préjudices subis à la suite de l'atteinte intentionnelle à son intégrité physique. [Je souligne.]

Vu ce qui précède, l'argumentation de l'appellant est fort simple. La preuve des voies de fait exige uniquement le contact intentionnel, et non l'intention d'infliger un préjudice. Il aurait donc pu avoir des rapports sexuels non consentuels avec la demanderesse et se livrer ainsi à des voies de fait, tout en croyant qu'il y avait consentement et en ne

98

99

100

tional, and the exclusion clause should not apply because a claim within coverage could succeed.

voulant pas, par conséquent, infliger un préjudice. Tout préjudice infligé pouvait donc être involontaire, de sorte que la clause d'exclusion ne devrait pas s'appliquer, car une demande susceptible d'entraîner l'application de la garantie pourrait être accueillie.

101 The problem with the appellant's argument is that it fails to recognize the subtleties of intentional tort, particularly as they apply to sexual battery. The law of intentional tort has traditionally focussed on a different set of problems from those presented in cases of sexual battery. In traditional battery, which is what the above-cited authorities were considering, what is usually at stake is whether the defendant can be liable for unintended physical consequences of his or her intentional actions, as in *Bettel*, *supra*. In these cases, the plaintiff's consent is not in question because of the nature of the conduct. Punching, shooting, stabbing, or otherwise attempting to injure another person is clearly offensive, and we would not expect someone to consent to it. See, e.g., *Long v. Gardner* (1983), 144 D.L.R. (3d) 73 (Ont. H.C.); *Veinot v. Veinot* (1977), 81 D.L.R. (3d) 549 (N.S.C.A.); *Rumsey v. The Queen* (1984), 12 D.L.R. (4th) 44 (F.C.T.D.); *Holt v. Verbruggen* (1981), 20 C.C.L.T. 29 (B.C.S.C.). As Borins Co. Ct. J. said in *Bettel*, *supra*, at p. 627, defendants in these cases have acted "with intent to violate the interests of others" (quoting J. J. Atrens, "International Interference with the Person", in *Studies in Canadian Tort Law* (1968), 378). Consent simply is not an issue, and intent to injure is obvious.

L'argumentation de l'appelant comporte une faille en ce qu'elle ne tient pas compte des subtilités du délit intentionnel, en particulier en ce qui concerne les voies de fait de nature sexuelle. En droit, le délit intentionnel met traditionnellement l'accent sur des éléments différents de ceux qui touchent les voies de fait de nature sexuelle. La question qui se pose habituellement dans les affaires de voies de fait générales (ce sur quoi portaient les décisions susmentionnées) est de savoir, comme dans *Bettel*, précité, si le défendeur peut être tenu responsable des conséquences physiques involontaires de ses actes intentionnels. Le consentement du demandeur n'est alors pas en cause en raison de la nature du comportement. Les coups de poing, de feu et de couteau, et les autres tentatives de blesser autrui sont clairement nocifs et on ne saurait s'attendre à ce qu'une personne y consente. Voir, par exemple, *Long c. Gardner* (1983), 144 D.L.R. (3d) 73 (H.C. Ont.); *Veinot c. Veinot* (1977), 81 D.L.R. (3d) 549 (C.A.N.-É.); *Rumsey c. The Queen* (1984), 12 D.L.R. (4th) 44 (C.F. 1^{re} inst.), et *Holt c. Verbruggen* (1981), 20 C.C.L.T. 29 (C.S.C.-B.). Comme l'a dit le juge Borins, dans *Bettel*, précité, à la p. 627, dans ces affaires, le défendeur a agi [TRADUCTION] «avec l'intention de porter atteinte aux droits d'autrui» (citant J. J. Atrens, «International Interference with the Person», dans *Studies in Canadian Tort Law* (1968), 378). La question du consentement ne se pose tout simplement pas, et l'intention d'infliger un préjudice est manifeste.

102 Moreover, even in those cases where intent to harm is less obvious, lack of consent usually is obvious. For example, Reynolds, *supra*, discusses various instances where courts have debated the need to show intent to harm. These cases typically involve childish pranks, see *Garratt v. Dailey*, 279 P.2d 1091 (Wash. 1955), *Vosburg v. Putney*, 50 N.W. 403 (Wis. 1891); unconsented medical treat-

En outre, même dans les cas où l'intention d'infliger un préjudice est moins manifeste, l'absence de consentement l'est habituellement. Par exemple, Reynolds, *loc. cit.*, analyse les différentes affaires où les tribunaux se sont penchés sur la nécessité de démontrer l'intention d'infliger un préjudice. Ces affaires portaient sur des frasques d'enfants, voir *Garratt c. Dailey*, 279 P.2d 1091

ment, see *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Clayton v. New Dreamland Roller Skating Rink, Inc.*, 82 A.2d 458 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1951); or unintended consequences, see *Bettel, supra*, *Kirkpatrick v. Crutchfield*, 100 S.E. 602 (N.C. 1919). In all of these situations, there is never any suggestion that the plaintiff consented to the battery; the focus instead is on whether the appellant intended any harm, and these cases have generally decided that no such intent is needed.

What is necessary, therefore, is to decide what role consent plays in an action for sexual battery. It is clear that for traditional batteries, consent is conceived of as an affirmative defence that must be raised by the defendant. As Cartwright J. said in *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830, at p. 839, “where a plaintiff is injured by force applied directly to him by the defendant his case is made by proving this fact and the onus falls upon the defendant to prove ‘that such trespass was utterly without his fault’”. Obviously, one way to make this showing, is by establishing that the plaintiff consented to the touching. Therefore in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, La Forest J. stated in *obiter dictum* that “[c]onsent, express or implied, is a defence to battery” (p. 246). See also *Reibl, supra*, at p. 890 (battery “casts upon the defendant the burden of proving consent to what was done”); *Hambley v. Shepley* (1967), 63 D.L.R. (2d) 94 (Ont. C.A.), at p. 95; *Linden, supra*, at p. 67; G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1989), vol. 1, at p. 63. If consent is merely a defence to battery, then presumably the plaintiff could establish battery without showing lack of consent. To paraphrase Cartwright J. in *Cook*, the plaintiff’s case would be made by showing the mere application of force by the defendant. As I understand it, this is the position taken by McLachlin J. However, I have trouble concluding on these terms that the appellant necessarily intended injury. Without a fault requirement of any kind, I cannot agree that the exclusion clause

(Wash. 1955), et *Vosburg c. Putney*, 50 N.W. 403 (Wis. 1891); sur l’absence de consentement au traitement médical, voir *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, et *Clayton c. New Dreamland Roller Skating Rink, Inc.*, 82 A.2d 458 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1951), ou sur les conséquences non voulues, voir *Bettel*, précité, et *Kirkpatrick c. Crutchfield*, 100 S.E. 602 (N.C. 1919). Dans aucune de ces affaires il n’a été avancé que le demandeur avait consenti aux voies de fait, l’accusé ayant plutôt été mis sur la question de savoir si l’appelant avait voulu infliger un préjudice, et les tribunaux ont généralement statué qu’une telle intention n’était pas nécessaire.

Ce qu’il faut déterminer, c’est donc le rôle que joue le consentement dans le cadre d’une poursuite pour voies de fait de nature sexuelle. Dans les affaires de voies de fait traditionnelles, le consentement est clairement considéré comme une défense affirmative, que doit invoquer le défendeur. Comme le juge Cartwright l’a dit dans *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830, à la p. 839, [TRADUCTION] «lorsque le demandeur a subi un préjudice du fait que le défendeur a directement eu recours à la force contre lui, il établit le bien-fondé de sa demande en prouvant ce fait, et c’est au défendeur qu’il incombe de prouver “que l’atteinte n’est absolument pas de sa faute”». De toute évidence, cette preuve peut notamment être faite en démontrant que le demandeur a consenti aux contacts. Ainsi, dans l’arrêt *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, le juge La Forest a dit, dans une opinion incidente, que le «consentement, exprès ou implicite, est opposable comme moyen de défense aux voies de fait» (p. 246). Voir également *Reibl*, précité, à la p. 890 (les voies de fait «impose[nt] au défendeur l’obligation de prouver qu’il y a eu consentement à ce qui a suivi»); *Hambley c. Shepley* (1967), 63 D.L.R. (2d) 94 (C.A. Ont.), à la p. 95; *Linden, op. cit.*, à la p. 67; G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1989), vol. 1, à la p. 63. Si le consentement constitue simplement un moyen de défense à une accusation de voies de fait, on peut présumer que la demanderesse pourrait prouver celles-ci sans établir l’absence de consentement. Pour reprendre les propos du juge

would necessarily apply, and the respondent would therefore have a duty to defend.

Cartwright dans *Cook*, précité, le bien-fondé de la demande serait établi en prouvant le simple recours à la force par le défendeur. Si je comprends bien, c'est la position adoptée par le juge McLachlin. J'ai toutefois de la difficulté à dire dans ce contexte que l'appelant a nécessairement voulu infliger un préjudice. En l'absence d'exigence de faute de quelque nature que ce soit, je ne peux pas convenir que la clause d'exclusion s'appliquerait nécessairement, et l'intimé aurait donc l'obligation de défendre.

104 This doctrine is of course consistent with our basic notions of intentional tort. A person's body is inviolable, and those who interfere with one's "intangible right to autonomy over one's own body" will be held liable: Klar, *supra*, at p. 41. However, not all intentional touchings are presumptively instances of battery. There are any number of contacts that are usually consensual. For example, in *Mandel v. The Permanent* (1985), 7 O.A.C. 365 (Div. Ct.), at p. 370, Henry J. noted that a man's placing his hand on the plaintiff's arm to guide her to the door was "merely a polite gesture and an accepted usage in daily life in a civilized society, whether or not she was in fact consenting to it". A more obvious example is certain sports, where physical contact is expected and even encouraged. What these examples show is that, in all cases, one must look to the context to understand the role of consent.

Il va sans dire que ce principe est compatible avec nos notions fondamentales de délit intentionnel. La personne est inviolable, et celui qui porte atteinte à son intégrité physique, c'est-à-dire à son [TRADUCTION] «droit intangible à l'autonomie physique de sa personne», engage sa responsabilité: Klar, *op. cit.*, à la p. 41. Cependant, tous les contacts intentionnels ne sont pas présumés constituer des voies de fait. Il existe de nombreux contacts qui sont habituellement consensuels. Par exemple, dans l'affaire *Mandel c. The Permanent* (1985), 7 O.A.C. 365 (C. div.), à la p. 370, le juge Henry a signalé que l'homme qui met sa main sur le bras d'une femme pour la diriger vers la sortie [TRADUCTION] «accomplit simplement un acte de politesse qui est généralement accepté et courant dans une société civilisée, qu'elle y ait en fait consenti ou non». Un exemple encore plus patent est celui de certains sports où le contact physique est prévu, voire encouragé. Ces exemples montrent que, dans tous les cas, il faut se pencher sur le contexte pour comprendre le rôle du consentement.

105 While, for reasons already given, consent is not a well-developed concept in battery cases, it is closely related to the more familiar requirement in tort law that a given contact be "harmful or offensive" if it is to generate liability: see *M. (K.)*, *supra*, at p. 25. Unlike more traditional batteries, sexual activity by itself is not inherently harmful. Without denying the seriousness and frequency of sexual assault, the simple fact is that sexual activity — unlike being punched, stabbed, or shot — is usually consensual. It generally becomes harmful only if it is non-consensual, in the wider meaning of that word. Without trying to catalogue the vari-

Bien que, pour les motifs déjà donnés, la notion de consentement ne soit pas très développée en matière de voies de fait, elle est étroitement liée à l'exigence, mieux connue en droit de la responsabilité délictuelle, que le contact soit «préjudiciable ou noci[f]» pour qu'il y ait responsabilité: voir *M. (K.)*, précité, à la p. 25. Contrairement aux voies de fait plus traditionnelles, l'activité sexuelle n'est pas en soi préjudiciable. Sans nier la gravité et la fréquence des agressions sexuelles, il n'en demeure pas moins que l'activité sexuelle est — contrairement aux coups de poings, de couteau ou de feu — habituellement consensuelle. Elle

ous ways that consent may be vitiated, I note that *Norberg, supra*, established that simply because someone ostensibly consents to sexual activity does not mean that their consent is valid. See, generally, Feldthusen, “The Canadian Experiment with the Civil Action for Sexual Battery”, *supra*, at pp. 282-86.

That the “harmful or offensive” standard is a familiar one in tort law is shown by *Wiffin v. Kincard* (1807), 2 Bos. & Pul. (N.R.) 471, 127 E.R. 713 (C.P.), and *Coward v. Baddeley* (1859), 4 H. & N. 478, 157 E.R. 927 (Ex.). In those cases, the courts determined that touching someone on the shoulder to get their attention is not a battery, even if the recipient objected to the contact. As Linden, *supra*, at p. 44, points out:

A line must be drawn between those contacts which are regarded as normal everyday events, which people must put up with in a crowded world, and those which are considered to be offensive and, therefore, unacceptable.

Klar, *supra*, at pp. 43-44, elaborates on this point:

The distinction between “hostile” and “friendly” contact seems to depend upon the standard of generally acceptable conduct in society. The test is objective: what would the reasonable person consider to be acceptable? Two recent English cases demonstrate this proposition. In the first, *Collins v. Wilcock*, [1984] 1 W.L.R. 1172 (Q.B.), the act of a police officer in taking hold of someone’s arm to restrain her from walking off was deemed to constitute a battery. The test suggested by Goff L.J. was this: “whether the physical conduct so persisted in has in the circumstances gone beyond generally acceptable standards of conduct.” *Ibid.*, at 1178. . . . In the second case, *Wilson v. Pringle*, [1986] 2 All E.R. 440 (C.A.), a schoolboy playfully pulled the schoolbag off the plaintiff’s shoulder, causing him injury. In deciding whether this was a hostile touching and consequently a battery, Croom-Johnson L.J. . . . agreed that certain conduct must be judged as

devient généralement préjudiciable dans le seul cas où elle est non consensuelle, au sens le plus étendu de ce terme. Sans tenter de classer par catégorie les différentes manières dont le consentement peut être vicié, je remarque que, dans *Norberg, précité*, notre Cour a statué que le consentement ostensible à l’activité sexuelle n’est pas nécessairement valable. Voir, de façon générale, Feldthusen, «The Canadian Experiment with the Civil Action for Sexual Battery», *loc. cit.*, aux pp. 282 à 286.

Il ressort des décisions *Wiffin c. Kincard* (1807), 2 Bos. & Pul. (N.R.) 471, 127 E.R. 713 (C.P.), et *Coward c. Baddeley* (1859), 4 H. & N. 478, 157 E.R. 927 (Ex.), que la norme du caractère «préjudiciable ou nocif» est bien connue en droit de la responsabilité délictuelle. Dans ces affaires, les tribunaux ont statué que toucher une personne à l’épaule pour attirer son attention ne constituait pas des voies de fait, même lorsque la personne touchée s’était opposée au contact. Comme le juge Linden, *op. cit.*, le signale à la p. 44:

[TRADUCTION] Il faut faire une distinction entre les contacts qui sont considérés comme des actes de la vie quotidienne et que les gens doivent tolérer dans nos villes encombrées, et les contacts qui sont considérés comme offensants et qui sont donc inacceptables.

Klar, *op. cit.*, développe ce point aux pp. 43 et 44:

[TRADUCTION] La distinction entre le contact «malveillant» et le contact «amical» semble se fonder sur la norme du comportement généralement acceptable dans la société. Le critère est objectif: qu’est-ce qu’une personne raisonnable jugerait acceptable? Deux arrêts britanniques récents appuient ce point de vue. Dans le premier, *Collins c. Wilcock*, [1984] 1 W.L.R. 1172 (B.R.), le fait pour un policier de retenir une personne par le bras pour l’empêcher de quitter les lieux a été assimilé à des voies de fait. Le critère proposé par le lord juge Goff était le suivant: «il s’agit de savoir si le comportement physique a persisté de telle manière que, dans les circonstances, la norme du comportement généralement acceptable n’a pas été respectée.» *Ibid.*, à la p. 1178 [. . .] Dans le second, *Wilson c. Pringle*, [1986] 2 All E.R. 440 (C.A.), un écolier avait tiré en jouant le cartable que le demandeur portait à l’épaule et, ce faisant, l’avait blessé. Pour déterminer s’il s’agissait d’un contact malveillant et, par conséquent, de voies de fait, le lord juge Croom-Johnson [. . .] a convenu que cer-

“acceptable in the ordinary conduct of everyday life.”
[Emphasis added.]

107

In England, courts have concluded that “[t]he absence of consent is so inherent in the notion of a tortious invasion of interests in the person that the absence of consent must be established by the plaintiff”: *Street on Torts* (10th ed. 1999), at p. 32. This issue was decided by *Freeman v. Home Office*, [1983] 3 All E.R. 589 (Q.B.), aff’d [1984] 1 All E.R. 1036 (C.A.), where the court held that a prisoner suing for battery because of therapeutic drug injections had the burden of proving non-consent. While it is not necessary in this appeal to decide whether the burden of proving non-consent will always rest on the plaintiff, I believe that it should for sexual battery. To repeat, sexual contact is only “harmful or offensive” when it is non-consensual. To succeed in an action for intentional battery, one must prove both that (a) the defendant intended to do the action; and (b) the reasonable person would have perceived that action as being harmful or offensive. For sexual activity, an action is harmful or offensive if it is non-consensual. Therefore in sexual battery, the trier of fact must be satisfied that the defendant intended to engage in sexual activity which a reasonable person would have perceived to be non-consensual.

108

The New Zealand High Court came to the same conclusion in *H. v. R.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 299, at p. 305:

In sexual abuse cases, a conceptual difficulty with the tort has been as to whether an absence of consent is an element of the tort, or a defence. It seems to me that to the extent that it has always been necessary for the plaintiff to prove a hostile intent to ground this tort, the burden of demonstrating a lack of consent must be surmounted by the plaintiff, of course on the civil standard. If that is so, lack of consent has always been, stricto sensu, an element of the offence.

tains comportements devaient être jugés «acceptables dans la vie ordinaire de tous les jours». [Je souligne.]

En Angleterre, les tribunaux ont conclu que [TRADUCTION] «[l]’absence de consentement est si inhérente à la notion d’atteinte délictuelle aux droits de la personne qu’elle doit être établie par le demandeur»: *Street on Torts* (10^e éd. 1999), à la p. 32. Cette question a été tranchée dans *Freeman c. Home Office*, [1983] 3 All E.R. 589 (Q.B.), conf. par [1984] 1 All E.R. 1036 (C.A.), où le tribunal a jugé qu’il incombait au détenu intentant une poursuite pour voies de fait par suite de l’injection d’un médicament à des fins thérapeutiques de prouver l’absence de consentement. Même s’il n’est pas nécessaire, dans le cadre du présent pourvoi, de décider s’il incombe toujours au demandeur d’établir l’absence de consentement, je crois qu’il devrait avoir cette obligation dans le cas de voies de fait de nature sexuelle. Encore une fois, c’est l’absence de consentement qui rend le contact sexuel «préjudiciable ou nocif». Pour avoir gain de cause dans une poursuite pour voies de fait intentionnelles, il faut prouver à la fois a) que le défendeur avait l’intention de faire ce qu’il a fait et b) qu’une personne raisonnable aurait jugé l’action préjudiciable et nocive. Dans le cas d’une activité sexuelle, l’absence de consentement rend l’action préjudiciable et nocive. Par conséquent, en cas de voies de fait de nature sexuelle, le juge des faits doit être convaincu que le défendeur a eu l’intention de se livrer à des activités sexuelles qu’une personne raisonnable aurait jugées non consentuelles.

La Haute Cour de la Nouvelle-Zélande est arrivée à la même conclusion dans *H. c. R.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 299, à la p. 305:

[TRADUCTION] Dans le cas d’abus sexuels, une difficulté d’ordre conceptuel a été soulevée quant à savoir si l’absence de consentement était un élément constitutif du délit ou si le consentement était un moyen de défense. À mon avis, dans la mesure où on a toujours exigé du demandeur qu’il prouve l’intention malveillante pour étayer le délit allégué, il doit incomber au demandeur d’établir l’absence de consentement, selon la norme applicable au civil, bien entendu. Ainsi, l’absence de consentement a toujours été considérée, au sens strict, comme un élément constitutif de l’infraction.

In short, the appellant's attempt to convert an intentional tort into negligence because of the possibility that he lacked a subjective intent to injure must fail. Consent, in so far as it is concerned with whether something is harmful or offensive, is an objective standard. If the plaintiff can prove that the appellant failed to meet this standard, the latter is liable for intentional sexual battery, not negligence.

In summary, I would advance the following basic propositions. For there to be a duty to defend, there must be the possibility of a duty to indemnify. In the context of the pleadings in this case raising in substance a sexual assault through a sexual battery, the issue of consent produces two possible results for the purposes of the duty to defend, both of which are unfavourable to the appellant. If the consent of the plaintiff was present, then no claim of sexual battery is made out since the conduct of the appellant would not be regarded objectively as being harmful or offensive, and therefore the duty to indemnify would not arise because the plaintiff's claim has no possibility of success. See *State Farm Fire and Casualty Co. v. Williams*, 355 N.W.2d 421 (Minn. 1984), at p. 424. On the other hand, if consent of the plaintiff is absent, the conduct of the appellant would be actionable as an intentional tort of sexual battery. As I will discuss, *infra*, in such a case an intent to harm is inferred, the exclusion clause would apply, and there would be no duty to indemnify. There being no state of affairs in which there could be a duty to indemnify, the duty to defend does not apply.

I wish to emphasize that the foregoing should not be taken to endorse in any way the inappropriate stereotype that women are to be presumed willing partners to sexual activity. See *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 90; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 670; *R. v. Seaboyer*,

En somme, il y a lieu de rejeter la tentative de l'appelant de transformer un délit intentionnel en délit de négligence en raison de la possibilité qu'il n'ait pas eu d'intention subjective de causer un préjudice. Lorsqu'il s'agit de déterminer si un acte est préjudiciable ou nocif, le consentement constitue une norme objective. Si la demanderesse peut prouver que l'appelant a omis de satisfaire à cette norme, ce dernier est responsable de voies de fait de nature sexuelle intentionnelles, et non de négligence.

En résumé, je formulerais les propositions fondamentales suivantes. L'obligation de défendre dépend de l'obligation éventuelle d'indemniser. Vu le contexte de la présente espèce où la demanderesse allègue, en fait, une agression sexuelle qualifiée de voies de fait de nature sexuelle, la question du consentement débouche sur deux résultats possibles quant à l'obligation de défendre, et les deux sont défavorables à l'appelant. S'il y a eu consentement de la part de la demanderesse, les voies de fait de nature sexuelle ne peuvent être établies, car le comportement de l'appelant ne peut objectivement être considéré comme préjudiciable ou nocif, et il ne peut donc y avoir d'obligation d'indemniser, l'allégation de la demanderesse n'ayant aucune chance d'être retenue. Voir *State Farm Fire and Casualty Co. c. Williams*, 355 N.W.2d 421 (Minn. 1984), à la p. 424. Par contre, si la demanderesse n'a pas donné son consentement, le comportement de l'appelant fait naître une cause d'action pour le délit intentionnel de voies de fait de nature sexuelle. Comme je l'indique ci-après, dans un tel cas, l'intention d'infliger un préjudice est inférée, la clause d'exclusion s'applique et il n'y a aucune obligation d'indemniser l'assuré. Comme il n'existe aucun angle sous lequel les faits sont susceptibles de faire naître l'obligation d'indemniser l'assuré, il n'existe aucune obligation de le défendre.

J'insiste sur le fait que les propos qui précèdent n'appuient en rien le stéréotype non fondé selon lequel une femme est présumée consentir à l'activité sexuelle. Voir *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, au par. 90; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, à la p. 670; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la

109

110

[1991] 2 S.C.R. 577, at p. 604; Federal/Provincial/Territorial Working Group of Attorneys General Officials on Gender Equality in the Canadian Justice System, *Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action* (1992). Nothing in these reasons should be read to the contrary. Putting the onus of proving lack of consent on the plaintiff simply recognizes that in the sexual assault context, “non-consensual” is equivalent to “harmful or offensive”; and the latter has always been an element of the plaintiff’s case.

p. 604; Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur l’égalité des sexes dans le système de justice au Canada, *L’égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre* (1992). Les présents motifs ne doivent pas être interprétés en sens contraire. Exiger du demandeur qu’il prouve l’absence de consentement, c’est simplement reconnaître que, en matière d’agression sexuelle, «non consensuel» équivaut à «préjudiciable ou nocif», et cette dernière caractéristique a toujours été considérée comme un élément dont la preuve incombe au demandeur.

111 I would also emphasize that the plaintiff’s burden in a civil action to prove non-consent is much less onerous than the one faced by the prosecution in a criminal case. As Major J. noted in *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 42, the *mens rea* of criminal sexual assault requires the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the accused was “knowing of, or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent on the part of the person touched”. To prove the civil tort of sexual battery, by contrast, one need only prove by a balance of probabilities that the defendant knew or ought to have known that the plaintiff did not consent.

J’insiste par ailleurs sur le fait que, dans le cadre d’une action civile, l’obligation du demandeur de prouver l’absence de consentement est beaucoup moins contraignante que celle du poursuivant en matière pénale. Comme l’a signalé le juge Major dans *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, au par. 42, la *mens rea* de l’agression sexuelle exige du ministère public qu’il prouve hors de tout doute raisonnable «la connaissance de [l’]absence de consentement [de la personne visée] ou l’insouciance ou l’aveuglement volontaire à cet égard». À l’opposé, pour prouver le délit civil de voies de fait de nature sexuelle, il faut seulement établir, suivant la prépondérance des probabilités, que le défendeur savait ou aurait dû savoir qu’il n’y avait pas de consentement de la part du demandeur.

112 The onus of proving consent will be largely of theoretical importance. To meet her initial burden, the plaintiff need simply allege that the sexual activity was non-consensual. The issue will then be the same regardless of where the onus lies: on the balance of probabilities, should the defendant have known that the plaintiff did not validly consent? The only time the plaintiff’s burden of pleading non-consent would be relevant is in those rare cases where, for whatever reason, the defence chooses to present no evidence. In such a case, having the onus on the plaintiff ensures that the defendant will only be liable if the plaintiff alleges, at a minimum, that the sexual activity was non-consensual. While the practical difference is thus minimal, I believe the theoretical one is important. Placing the onus of proving lack of consent on the

La charge de prouver le consentement revêt une importance hautement théorique. Pour s’acquitter de son fardeau de preuve initial, le demandeur n’a qu’à alléguer que l’activité sexuelle était non consensuelle. La question qui se pose alors est la même, que l’une ou l’autre des parties ait le fardeau de la preuve: suivant la prépondérance des probabilités, le défendeur aurait-il dû savoir que le consentement du demandeur n’était pas valable? Le seul cas où l’obligation du demandeur d’alléguer l’absence de consentement serait pertinente est celui où, chose rare, pour une raison ou une autre, la défense décide de ne présenter aucune preuve. Dans un tel cas, faire reposer le fardeau de la preuve sur le demandeur fait en sorte que le défendeur ne sera responsable que si le demandeur allègue, au moins, que l’activité sexuelle était non

plaintiff better reflects our traditional notions of tort law, as adapted to the relatively new tort of sexual battery.

Having concluded that in the context of sexual battery the “harmful or offensive” element is satisfied by showing lack of consent, I will now discuss whether the elements of a sexual battery claim necessarily prove an intent to injure on the part of the defendant. If a sexual battery claim requires proof of elements that also establish an intent to injure, then any successful claim would necessarily be excluded under the policy and there can be no duty to defend such a claim.

(b) *Are There Properly Pleaded Allegations of Sexual Battery that Could Trigger the Duty to Indemnify?*

As set out above, the first step is to determine whether there are properly pleaded allegations of sexual battery. In my opinion, this requirement is clearly satisfied. The plaintiff has alleged intentional sexual activity by the appellant, to which the plaintiff did not consent. Moreover, para. 117 of the statement of claim specifically alleges that “Scalera knew or ought to have known that [the plaintiff] did not consent to the Scalera sexual acts”. The next question is whether sexual battery necessarily implies an intent to injure sufficient to trigger the exclusion clause.

This Court was presented with this issue, in a different context, in *Norberg, supra*. In that case the Court split three ways on the appropriate characterization of the actions of a doctor who convinced a drug-addicted patient to engage in sexual acts with him in return for pills to which she was addicted. This issue is not before the Court in this

consensuelle. Bien que, en pratique, la différence soit minime, j’estime que la distinction théorique est importante. Exiger du demandeur qu’il prouve l’absence de consentement reflète mieux les notions traditionnelles de droit de la responsabilité délictuelle adaptées au délit relativement récent des voies de fait de nature sexuelle.

Après avoir conclu que, dans le contexte des voies de fait de nature sexuelle, le caractère «préjudiciable ou nocif» des actes est établi par la preuve de l’absence de consentement, j’analyserai maintenant la question de savoir si les éléments constitutifs de ce délit prouvent nécessairement l’intention du défendeur d’infliger un préjudice. Si la preuve d’éléments qui établissent par ailleurs l’intention d’infliger un préjudice est exigée, toute demande à laquelle il est fait droit serait nécessairement exclue suivant le libellé de la police, et l’assureur n’aurait aucune obligation d’y opposer une défense.

(b) *Existe-t-il des allégations adéquatement formulées de voies de fait de nature sexuelle susceptibles de faire naître l’obligation d’indemniser?*

Comme je l’indique précédemment, la première étape consiste à déterminer s’il existe des allégations adéquatement formulées de voies de fait de nature sexuelle. À mon avis, tel est manifestement le cas. La demanderesse a allégué l’activité sexuelle intentionnelle de l’appelant, à laquelle elle n’a pas consenti. De plus, au par. 117 de sa déclaration, elle affirme précisément que [TRADUCTION] «Scalera savait ou aurait dû savoir que [la demanderesse] ne consentait pas aux actes sexuels». La question qui se pose dès lors est de savoir si les voies de fait de nature sexuelle supposent nécessairement une intention d’infliger un préjudice suffisante pour que la clause d’exclusion s’applique.

Notre Cour a été appelée à trancher cette question, dans un contexte différent, dans l’arrêt *Norberg*, précité. Dans cette affaire, l’opinion des juges était partagée sur la façon de qualifier les actes d’un médecin qui avait convaincu une patiente pharmacodépendante d’avoir des rapports sexuels avec lui en échange du médicament faisant

113

114

115

appeal. However, I will assume all three approaches set out in that case — sexual battery, breach of duty, and breach of fiduciary duty — are possible.

l'objet de la dépendance. Notre Cour n'est pas appelée à trancher cette question en l'espèce. Cependant, je tiens pour acquis que les trois angles d'analyse adoptés dans cette affaire, savoir les voies de fait de nature sexuelle, le manquement à une obligation et le manquement à l'obligation fiduciaire, sont possibles.

116 Writing for himself, Gonthier and Cory JJ., La Forest J. concluded that Wynrib's conduct amounted to sexual assault. Drawing an analogy to contract law, La Forest J. concluded that consent may be vitiated where "there is an overwhelming imbalance in the power relationship between the parties" (p. 248). If there was no valid consent, Wynrib was liable for battery.

S'exprimant également au nom des juges Gonthier et Cory, le juge La Forest s'est dit d'avis que les actes de Wynrib équivalaient à une agression sexuelle. Par analogie avec le droit des contrats, il a affirmé que le consentement pouvait être vicié «lorsqu'il y a inégalité écrasante du rapport de force entre les parties» (p. 248). En l'absence d'un consentement valable, Wynrib pouvait être tenu responsable de voies de fait.

117 What La Forest J.'s reasons left undecided is whether or not Wynrib had any intent to harm, or indeed whether such intent is necessary for sexual battery. La Forest J. did not inquire into subjective intent to harm, but instead focused on the presence or absence of valid consent. This approach is consistent with the few reported lower court decisions addressing sexual assault. For example, in *M. (M.) v. K. (K.)* (1989), 61 D.L.R. (4th) 392 (B.C.C.A.), the court concluded that notwithstanding the fact that the victim initiated the sexual contact, there could be no valid consent between a 41-year-old man and his 15-year-old foster daughter. *Harder v. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85 (B.C.S.C.), and *Lyth v. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25 (B.C.S.C.), similarly declined to consider intention to harm, instead finding that consent was vitiated by the extreme power imbalances in the relationships.

La question que les motifs du juge La Forest n'ont pas réglée est celle de savoir si Wynrib avait eu quelque intention d'infliger un préjudice ou, en fait, si cette intention était nécessaire pour qu'il y ait voies de fait de nature sexuelle. Le juge La Forest n'a pas examiné la question de l'intention subjective d'infliger un préjudice, mais a plutôt mis l'accent sur la présence ou l'absence d'un consentement valable. Cette démarche est compatible avec les quelques décisions publiées par les juridictions inférieures relativement à des affaires d'agression sexuelle. Par exemple, dans *M. (M.) c. K. (K.)* (1989), 61 D.L.R. (4th) 392 (C.A.C.-B.), la cour a décidé que, même si la victime avait été l'instigatrice des contacts sexuels, il ne pouvait y avoir de consentement valable entre un homme de 41 ans et sa fille nourricière de 15 ans. Dans *Harder c. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85 (C.S.C.-B.), et *Lyth c. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25 (C.S.C.-B.), le tribunal a également refusé de prendre en considération l'intention d'infliger un préjudice, et a plutôt statué que le consentement n'était pas valable en raison du déséquilibre marqué du rapport de force entre les intéressés.

118 One conclusion that could be drawn from these cases is that sexual battery requires no intent to harm, only the absence of consent. If this is correct, the exclusion clause would not necessarily apply to a sexual battery claim, and the respondent would have a duty to defend. However, in my view

On peut tirer de ces décisions la conclusion que les voies de fait de nature sexuelle n'exigent pas que soit prouvée l'intention d'infliger un préjudice, mais seulement l'absence de consentement. Si cette conclusion est juste, la clause d'exclusion ne s'appliquerait pas nécessairement à la poursuite

this interpretation is not correct. Consent, linked as it is to the “harmful or offensive” standard, as already discussed, is an objective standard. Sexual battery requires an objective set of circumstances such that the defendant either knew or should have known that there was no valid consent.

Leaving aside the physical injuries that can be inflicted by sexual assault, there can be no question that it occasions untold injury to the victim’s dignity, physical integrity, and psychological well-being. The same facts that prove lack of consent will prove intent to injure; this follows because if a reasonable person should have known there was no consent, the law will not excuse that person’s failure to perceive the lack of consent. On the other hand, a defendant will not be liable for sexual assault if there was no way for him or her to know that the victim did not, or could not, consent to sexual activity.

This Court has recognized the grave harm occasioned by sexual assault. For example, in *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, the Court held that threats of rape amounted to threats of serious bodily harm, within the meaning of s. 264.1(1)(a) of the *Criminal Code*. Cory J. aptly summarized the harm inherent in non-consensual sexual activity, at pp. 83-84:

It seems to me that to argue that a woman who has been forced to have sexual intercourse has not necessarily suffered grave and serious violence is to ignore the perspective of women. For women rape under any circumstance must constitute a profound interference with their physical integrity. As well, by force or threat of force, it denies women the right to exercise freedom of choice as to their partner for sexual relations and the timing of those relations. These are choices of great importance that may have a substantial effect upon the life and health of every woman. Parliament’s intention in replacing the rape laws with the sexual assault offences was to convey the message that rape is not just a sexual act but is basically an act of violence. See K.

relative à un tel délit, et l’intimé aurait l’obligation de défendre l’assuré. Cependant, cette interprétation n’est pas juste selon moi. Comme je l’indique précédemment, le consentement est lié au caractère «préjudiciable ou nocif» et il constitue donc une norme objective. Les voies de fait de nature sexuelle exigent un ensemble objectif de circonstances selon lesquelles le défendeur savait ou aurait dû savoir que le consentement n’était pas valable.

Mis à part le préjudice corporel qui peut être infligé à la victime d’une agression sexuelle, il ne fait aucun doute que l’infraction porte un préjudice indescriptible à la dignité, à l’intégrité physique et au bien-être psychologique de la victime. Les faits qui établissent l’absence de consentement prouvent également l’intention d’infliger un préjudice. Il en est ainsi parce que, si une personne raisonnable aurait dû conclure à l’absence de consentement, la loi n’excusera pas l’omission de cette personne de percevoir l’absence de consentement. Par contre, le défendeur ne sera pas tenu responsable d’une agression sexuelle s’il ne disposait d’aucun moyen de savoir que la victime ne consentait pas à l’activité sexuelle ou ne pouvait y consentir.

Notre Cour a reconnu le grave préjudice découlant d’une agression sexuelle. Par exemple, dans *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, elle a jugé qu’une menace de viol équivalait à une menace de lésions corporelles graves au sens de l’al. 264.1(1)(a) du *Code criminel*. Le juge Cory a fort bien résumé le préjudice inhérent à l’activité sexuelle non consensuelle, aux pp. 83 et 84:

Il me semble que le fait de soutenir qu’une femme qui a été obligée d’avoir des rapports sexuels n’a pas nécessairement subi une violence grave ne tient pas compte du point de vue des femmes. Pour les femmes, le viol dans toutes les circonstances doit constituer une grave atteinte à leur intégrité physique. De même, par le recours à la force ou la menace de recours à la force, le viol enlève aux femmes le droit d’exercer la liberté de choisir leur partenaire sexuel et le moment de ces rapports. Il s’agit de choix d’une grande importance qui peuvent avoir un effet considérable sur la vie et la santé de chaque femme. L’intention du législateur lorsqu’il a remplacé les dispositions concernant le viol par les infractions en matière d’agression sexuelle était de

119

120

Mahoney, “*R. v. McCraw: Rape Fantasies v. Fear of Sexual Assault*” (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 207, at pp. 215-16.

See also *Osolin, supra*, at p. 669; *Ewanchuk, supra*, at para. 69 (per L’Heureux-Dubé J.). While *McCraw* was concerned with forcible rape, I do not think the harm is any less real just because the victim has been coerced into sex by mental as opposed to physical means. It can hardly be disputed, I think, that any type of non-consensual sex clearly evinces an intent to harm the victim thereof.

121 In the considerable jurisprudence on the point, most U.S. courts have reached the same conclusion. The majority of these cases have involved sexual assaults of children. Courts have had little difficulty in concluding that defendants in these cases are presumed to intend harm to their victims — notwithstanding the fact that “males who are involved in such activities do not expect or intend that the females will sustain any injury”: *CNA Insurance Co. v. McGinnis*, 666 S.W.2d 689 (Ark. 1984), at p. 690. See also *B.B. v. Continental Insurance Co.*, 8 F.3d 1288 (8th Cir. 1993); *J.C. Penney Casualty Insurance Co. v. M.K.*, 804 P.2d 689 (Cal. 1991); *Horace Mann Insurance Co. v. Leeber, supra*; *State Farm Fire & Casualty Co. v. D.T.S.*, 867 S.W.2d 642 (Mo. Ct. App. 1993); *American States Insurance Co. v. Borbor*, 826 F.2d 888 (9th Cir. 1987); *Troelstrup v. District Court*, 712 P.2d 1010 (Colo. 1986) (*en banc*); *Rodriguez v. Williams*, 729 P.2d 627 (Wash. 1986) (*en banc*); *Linebaugh v. Berdish, supra*; *Horace Mann Insurance Co. v. Independent School District No. 656*, 355 N.W.2d 413 (Minn. 1984). These cases are obviously much easier than the present appeal. It is difficult to imagine someone successfully arguing that they intended no harm from sex with someone too young to consent to sexual activity.

transmettre le message que le viol n’est pas simplement un acte sexuel mais est fondamentalement un acte de violence. Voir K. Mahoney, «*R. v. McCraw: Rape Fantasies v. Fear of Sexual Assault*» (1989), 21 *R. de D. d’Ottawa* 207, aux pp. 215 et 216.

Voir également *Osolin*, précité, à la p. 669, et *Ewanchuk*, précité, au par. 69 (le juge L’Heureux-Dubé). Bien que l’arrêt *McCraw* portait sur le viol avec usage de la force, je ne crois pas que le préjudice soit moins réel uniquement parce que la victime a été contrainte psychologiquement, et non physiquement, à des rapports sexuels. Je crois qu’on peut difficilement nier que l’intention d’infliger un préjudice sous-tend clairement tout genre d’activité sexuelle non consensuelle.

Il ressort de la jurisprudence abondante sur la question que la plupart des tribunaux américains sont arrivés à la même conclusion. La majorité de ces affaires traitaient d’agression sexuelle contre un enfant. Les tribunaux n’ont pas hésité à dire que les défendeurs dans ce genre d’affaires sont présumés avoir voulu infliger un préjudice à leurs victimes — malgré le fait que [TRADUCTION] «les hommes qui se livrent à de tels actes ne s’attendent pas à ce que les femmes subissent un préjudice ni ne veulent leur en infliger un»: *CNA Insurance Co. v. McGinnis*, 666 S.W.2d 689 (Ark. 1984), à la p. 690. Voir également *B.B. v. Continental Insurance Co.*, 8 F.3d 1288 (8th Cir. 1993); *J.C. Penney Casualty Insurance Co. v. M.K.*, 804 P.2d 689 (Cal. 1991); *Horace Mann Insurance Co. v. Leeber*, précité; *State Farm Fire & Casualty Co. v. D.T.S.*, 867 S.W.2d 642 (Mo. Ct. App. 1993); *American States Insurance Co. v. Borbor*, 826 F.2d 888 (9th Cir. 1987); *Troelstrup v. District Court*, 712 P.2d 1010 (Colo. 1986) (*en formation plénière*); *Rodriguez v. Williams*, 729 P.2d 627 (Wash. 1986) (*en formation plénière*); *Linebaugh v. Berdish*, précité; *Horace Mann Insurance Co. v. Independent School District No. 656*, 355 N.W.2d 413 (Minn. 1984). Il était manifestement plus facile de trancher dans ces affaires qu’en l’espèce. Il est difficile d’imaginer qu’on puisse faire droit à l’argument voulant qu’une personne n’ait pas voulu infliger un préjudice en ayant des rapports sexuels avec une personne trop jeune pour y consentir.

While there is more of a divergence of opinion when it comes to assaults on adults, some U.S. courts have also inferred an intent to harm in these cases. For example, in *State Farm Fire and Casualty Co. v. Williams, supra*, the court denied insurance coverage to someone who had sexually assaulted a man with cerebral palsy who was confined to a wheelchair. The court first examined cases involving assaults on minors, and concluded as follows, at p. 424:

Does the fact that Williams, the victim, was an adult distinguish this case? We think not. Neither the insured nor the insurer in entering into the insurance contract contemplated coverage against claims arising out of non-consensual sexual assaults. On the other hand, if the sexual contacts were consensual, as asserted by respondent Keller, there would be no assault and hence no claim for recovery.

See also *Houg, supra*; *Altena v. United Fire and Casualty Co.*, 422 N.W.2d 485 (Iowa 1988); and D. S. Florig, "Insurance Coverage for Sexual Abuse or Molestation" (1995), 30 *Tort & Ins. L.J.* 699.

Finally, I would note that the Canadian case most directly on point has reached a similar conclusion. *Wilkieson-Valiente v. Wilkieson*, [1996] I.L.R. ¶1-3351 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), involved an action by a young girl against her stepfather. The court disagreed with the defendant's assertion that "it is possible to commit a sexual assault without necessarily 'intending' injury" (p. 4132). Instead, the court concluded as follows at p. 4133:

It may be conceivable, in rare circumstances, to commit a sexual assault without an intent to cause any psychological harm, (such as in the case of a transitory touching of a sleeping or unconscious victim). However, bearing in mind that "intentionally" does not refer to "desired result" but "awareness of possible result" such cases will be rare indeed. Particularly, as here, where the pleadings claim repeated sexual assaults over a period of many years on a victim who is a child, it is inconceivable that any right-thinking person would not be fully

Bien qu'ils soient moins unanimes en ce qui concerne l'agression d'un adulte, certains tribunaux américains y voient également l'intention d'infliger un préjudice. Par exemple, dans *State Farm Fire and Casualty Co. c. Williams*, précité, le tribunal a statué qu'une personne ayant agressé sexuellement un homme atteint d'infirmité motrice cérébrale et confiné à un fauteuil roulant ne pouvait bénéficier de la garantie de l'assurance. Il a tout d'abord examiné des décisions relatives à l'agression de mineurs et a conclu, à la p. 424:

[TRADUCTION] Le fait que la victime, Williams, était un adulte établit-il une distinction en l'espèce? Nous ne le croyons pas. En passant le contrat d'assurance, ni l'assuré ni l'assureur n'ont envisagé que la garantie s'applique à une poursuite pour agression sexuelle non consensuelle. Par contre, si les contacts sexuels ont été consensuels comme le prétend l'intimé Keller, il n'y aurait pas eu d'agression et, partant, aucune demande d'indemnisation n'aurait été présentée.

Voir également *Houg*, précité; *Altena c. United Fire and Casualty Co.*, 422 N.W.2d 485 (Iowa 1988), et D. S. Florig, «Insurance Coverage for Sexual Abuse or Molestation» (1995), 30 *Tort & Ins. L.J.* 699.

Enfin, je signale que la décision canadienne portant le plus directement sur la question comporte une conclusion semblable. Dans l'affaire *Wilkieson-Valiente c. Wilkieson*, [1996] I.L.R. ¶1-3351 (C. Ont. (Div. gén.)), une action avait été intentée par une fillette contre son beau-père. Le tribunal s'est dit en désaccord avec la prétention du défendeur selon laquelle [TRADUCTION] «il est possible de commettre une agression sexuelle sans avoir nécessairement l'"intention" d'infliger un préjudice» (p. 4132). Le tribunal a plutôt conclu, à la p. 4133:

[TRADUCTION] On peut concevoir que, dans des circonstances très particulières, une agression sexuelle puisse être perpétrée sans que l'agresseur n'ait l'intention de causer un préjudice psychologique (comme dans le cas d'attouchements furtifs pendant que la victime dort ou est sans connaissance). Cependant, si on garde présent à l'esprit que l'«intention» ne renvoie pas au «résultat souhaité», mais à la «conscience d'un résultat possible», de telles circonstances sont effectivement très rares. En l'espèce tout particulièrement, où un enfant aurait été

aware of the possible, indeed probable consequences of such conduct; that is, psychological harm to the victim.

victime d'agressions sexuelles répétées pendant plusieurs années, il est inconcevable qu'une personne douée de raison puisse ne pas être pleinement consciente des conséquences possibles, voire probables, d'un tel comportement, c'est-à-dire le préjudice psychologique infligé à la victime.

124 Unlike the Court in *Wilkieon-Valiente*, *supra*, I cannot accept that one can commit sexual assault without an intent to harm: see Linden, *supra*, at p. 45; *Restatement (Second) of Torts*, § 18 cmt. d (1965). Even if the victim is unconscious, the perpetrator has still violated another person's physical integrity. However, I agree that to prove sexual assault, a plaintiff must prove sufficient culpability on the part of the defendant that an intent to harm follows. Accordingly, the exclusion clause must apply, and the respondent has no duty to defend the plaintiff's claim of sexual battery.

Contrairement au tribunal saisi de cette affaire, je ne puis admettre qu'une personne puisse se livrer à une agression sexuelle sans avoir l'intention d'infliger un préjudice: voir Linden, *op. cit.*, à la p. 45; *Restatement (Second) of Torts*, § 18 cmt. d. (1965). L'agression porte atteinte à l'intégrité physique de la victime même lorsque cette dernière est sans connaissance. Cependant, je concède que, pour prouver l'agression sexuelle, la demanderesse doit établir que le défendeur avait une intention coupable suffisante pour qu'on puisse en inférer l'intention d'infliger un préjudice. Par conséquent, la clause d'exclusion doit s'appliquer et l'intimé n'a aucune obligation d'opposer une défense à la poursuite pour voies de fait de nature sexuelle intentée par la demanderesse.

(ii) Negligent Battery

(ii) Voies de fait imputables à la négligence

(a) *Elements of Negligent Battery*

a) *Éléments constitutifs des voies de fait imputables à la négligence*

125 Klar, *supra*, defines negligent battery at p. 47:

Klar, *op. cit.*, définit ainsi les voies de fait imputables à la négligence, à la p. 47:

A negligent battery exists when the defendant causes a direct, offensive, physical contact with the plaintiff as a result of negligent conduct. The defendant's negligence consists of unreasonably disregarding a foreseeable risk of contact, even though the contact was neither desired nor substantially certain to occur.

[TRADUCTION] Il y a voies de fait imputables à la négligence lorsque, par son comportement négligent, le défendeur est à l'origine d'un contact physique direct et nocif avec le demandeur. La négligence du défendeur consiste à faire fi déraisonnablement d'un risque prévisible de contact, même si le contact n'était pas souhaité ou qu'il n'y avait pas de quasi-certitude qu'il se produise.

The plaintiff has also alleged breach of duty, which is essentially negligence. In *Norberg*, *supra*, Sopinka J. relied on this theory to find Dr. Wynrib liable to Ms. Norberg. However, his reasoning was based on the professional duty owed by a physician to a patient. No such duty was alleged in the present appeal. Instead, and absent any particularized pleading by the plaintiff, I must presume that

La demanderesse a également allégué un manquement à une obligation qui équivaut essentiellement à la négligence. Dans *Norberg*, précité, le juge Sopinka s'est fondé sur cette théorie pour conclure à la responsabilité du Dr Wynrib envers M^{me} Norberg. Cependant, son raisonnement s'appuyait sur l'obligation professionnelle du médecin vis-à-vis d'un patient. Aucune des parties n'allègue l'existence d'une telle obligation en l'espèce. Vu que la demanderesse n'a pas formulé d'allégation précise

she is relying on a traditional negligent battery theory.

As Klar's definition makes clear, the "negligence" in negligent battery refers only to the "risk of contact". One might commit negligent battery by carelessly stretching one's arms, thereby striking someone. More commonly, negligent battery cases have involved projectiles. See *Cook, supra*; *Ellison v. Rogers* (1967), 67 D.L.R. (2d) 21 (Ont. H.C.); *Hatton v. Webb* (1977), 81 D.L.R. (3d) 377 (Alta. Dist. Ct.). The important point is that negligent battery is concerned with the physical consequences of one's actions. However, the appellant has not disputed the physical consequence of his actions for the purposes of this appeal. He has, appropriately, assumed the truth of the allegations contained in the plaintiff's Statement of Claim, which asserts that he intended to have sexual relations with the plaintiff. The only question is whether it was consensual, which is determined on an objective standard, as I have explained above.

I therefore do not find *Co-operative Fire & Casualty Co. v. Saindon, supra*; *Newcastle (Town) v. Mattatall* (1988), 52 D.L.R. (4th) 356 (N.B.C.A.); *Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan Board of Education v. Schatz* (1986), 18 C.C.L.I. 232 (Sask. C.A.), and *Devlin v. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1978), 90 D.L.R. (3d) 444 (Alta. C.A.), to be relevant. These cases are not helpful in the present appeal, as they all involved unforeseen physical consequences of the actions of the insured, and asked whether the result was "substantially certain" given the defendant's actions. The "substantial certainty" test, focusing as it does on physical consequences, has no bearing on the issue of consent. The case at bar involves deciding solely whether the plaintiff validly consented to the appellant's actions. A negligent battery is properly pleaded only if the plaintiff alleges that the appellant was negligent as to the physical consequences of his actions; in other words, that he did not intend for sexual contact to

en ce sens, je dois plutôt présumer qu'elle invoque la théorie traditionnelle des voies de fait imputables à la négligence.

Comme la définition proposée par Klar le précise, la «négligence» renvoie uniquement en ce cas au «risque [...] de contact». Une personne pourrait se livrer à des voies de fait imputables à la négligence lorsqu'en étirant négligemment les bras elle frappe quelqu'un. Plus couramment, ce type de voies de fait a comporté l'utilisation de projectiles. Voir *Cook*, précité; *Ellison c. Rogers* (1967), 67 D.L.R. (2d) 21 (H.C. Ont.); *Hatton c. Webb* (1977), 81 D.L.R. (3d) 377 (C. dist. Alb.). Il importe de retenir que les conséquences physiques des actes d'une personne sont l'élément déterminant pour ce type de voies de fait. Toutefois, l'appelant n'a pas contesté les conséquences physiques de ses actes aux fins du présent pourvoi. Il a, à juste titre, tenu pour avérées les allégations contenues dans la déclaration de la demanderesse, selon lesquelles il voulait avoir des rapports sexuels avec celle-ci. La seule question qui se pose est celle du consentement, question qui, comme je l'ai expliqué plus haut, est tranchée selon une norme objective.

Par conséquent, j'estime que les arrêts *Co-operative Fire & Casualty Co. c. Saindon*, précité; *Newcastle (Town) c. Mattatall* (1988), 52 D.L.R. (4th) 356 (C.A.N.-B.); *Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan Board of Education c. Schatz* (1986), 18 C.C.L.I. 232 (C.A. Sask.), et *Devlin c. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1978), 90 D.L.R. (3d) 444 (C.A. Alb.), ne sont pas pertinents. Ils ne sont pas utiles aux fins du présent pourvoi puisqu'ils portent tous sur les conséquences physiques imprévues des actes de l'assuré et que la question était de savoir si le résultat découlant de ces actes était «quasiment certain». Le critère de la «quasi-certitude», qui met l'accent sur les conséquences physiques, ne s'applique pas au consentement. La présente affaire exige uniquement que l'on détermine si la demanderesse a donné un consentement valable aux actes de l'appelant. L'allégation de voies de fait imputables à la négligence n'est adéquatement formulée que si la demanderesse soutient que l'appelant a fait preuve

126

127

occur. As explained above, lack of intention to have non-consensual sex is more properly construed as going to the “harmful or offensive” element of intentional battery, and will not found a claim for negligent battery. Therefore negligent battery will only be relevant if the pleadings allege that the appellant negligently harmed the plaintiff by disregarding a foreseeable risk of physical contact. No such allegation has been made. As the court said in *Pistolesi v. Nationwide Mutual Fire Insurance Co.*, 644 N.Y.S.2d 819 (App. Div. 1996), at p. 820:

... the mere allegation that the injuries were the unintended result of an intentional act does not convert the cause of action from one sounding in intentional tort to one sounding in negligence. . . .

(b) *Are There Properly Pleaded Allegations of Negligent Battery That Could Trigger the Duty to Indemnify?*

128

Once again, the first step is to determine whether negligent battery was properly pleaded. I have concluded that it was not. As discussed above, negligent battery occurs when the defendant causes harm by negligently disregarding a foreseeable risk of physical contact. The plaintiff has not alleged such conduct; both parties have assumed, for the purposes of this appeal, that the appellant intended to have sexual contact with the plaintiff. Since there is no properly pleaded allegation of negligent battery, it is unnecessary to determine whether the exclusion clause would apply to such a claim.

(iii) Negligent Misrepresentations

129

Aside from the vague assertions of “breach of duty”, the appellant notes that the plaintiff has

de négligence à l’égard des conséquences physiques de ses actes, c’est-à-dire qu’il n’avait pas l’intention que les contacts sexuels aient lieu. Comme je l’explique précédemment, l’absence d’intention d’avoir des rapports sexuels non consensuels relève davantage du caractère «préjudiciable ou nocif» des actes, lequel est un élément constitutif des voies de faits intentionnelles, et elle ne saurait étayer une allégation de négligence à cet égard. Par conséquent, la négligence ne serait pertinente que si la demanderesse prétendait que l’appelant, en raison de sa négligence, lui a infligé un préjudice en faisant fi du risque prévisible de contact physique. Aucune allégation n’a été faite en ce sens. Comme le tribunal l’a dit dans *Pistolesi c. Nationwide Mutual Fire Insurance Co.*, 644 N.Y.S.2d 819 (App. Div. 1996), à la p. 820:

[TRADUCTION] . . . la simple allégation voulant que le préjudice soit le résultat imprévu d’un acte intentionnel ne transforme pas la cause d’action fondée sur le délit intentionnel en une cause d’action fondée sur la négligence. . . .

b) *Existe-t-il des allégations adéquatement formulées de voies de fait imputables à la négligence susceptibles de faire naître l’obligation d’indemniser?*

À nouveau, la première étape consiste à déterminer si l’allégation de voies de fait imputables à la négligence est adéquatement formulée. Ce n’est pas le cas selon moi. Je le répète, il n’y a de voies de fait imputables à la négligence que lorsque le défendeur inflige un préjudice en faisant fi, par négligence, du risque prévisible qu’un contact physique ait lieu. La demanderesse n’a pas allégué un tel comportement; les deux parties ont tenu pour acquis, aux fins du présent pourvoi, que l’appelant voulait avoir des contacts sexuels avec la demanderesse. Étant donné l’absence d’allégation adéquatement formulée de voies de fait imputables à la négligence, il n’est pas nécessaire de déterminer si la clause d’exclusion s’appliquerait à une telle allégation.

(iii) Déclarations inexactes faites par négligence

L’appelant signale que non seulement la demanderesse a fait de vagues assertions concernant le

alleged negligent acts independent of the sexual assault. For example, the statement of claim alleges negligent misrepresentations. It is unnecessary to spend much time on this issue. It is well established that one can be liable for damages to personal security caused by negligent statements, as well as acts:

A statement of fact, on which the plaintiff relied, would give rise to liability if (i) it were inaccurate as a result of negligence (and *a fortiori* deceit); and (ii) it caused physical injury to the plaintiff or damage to his property.

(Fridman, *supra*, at p. 263.)

See also Klar, *supra*, at p. 177; *M'Alister v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), at pp. 580-81 (*per* Atkin L.J.).

Assuming without deciding that negligent misrepresentation has been properly pleaded here, I find that these claims are entirely derivative of the intentional sexual battery, and are thus subsumed into the latter for the purposes of the exclusion clause. The statement of claim alleges that the misrepresentations were designed to seduce the plaintiff, and convince her to engage in sexual activity with the appellant. As such, they were entirely subservient to the sexual battery. They arise from the same actions and cause the same harm. Indeed, para. 111 of the plaintiff's statement of claim alleges that the appellant "made the Scalera Representations intending to persuade [the plaintiff] to submit to the Scalera sexual acts". The West Virginia Supreme Court of Appeals reached the same conclusion in *Horace Mann Insurance Co. v. Leeber*, *supra*, at p. 587, where an exclusion clause applied in spite of allegations of negligent seduction of a student by a teacher. The court concluded that the allegations of "negligence" in the complaint were

a transparent attempt to trigger insurance coverage by characterizing allegations of [intentional] tortious con-

«manquement à une obligation», mais qu'elle a également invoqué des actes de négligence indépendants de l'agression sexuelle. Par exemple, la déclaration renferme une allégation de déclarations inexactes faites par négligence. Il n'est pas nécessaire de s'attarder longuement à cette question. Il est bien établi qu'une personne peut être tenue responsable du préjudice infligé à la sécurité personnelle par suite de déclarations négligentes ou d'actes empreints de négligence:

[TRADUCTION] Un énoncé de faits sur lequel le demandeur se serait fondé engagerait la responsabilité (i) s'il était inexact en raison d'une négligence (et, a fortiori, s'il était trompeur) et (ii) s'il avait causé un préjudice corporel au demandeur ou endommagé ses biens.

(Fridman, *op. cit.*, à la p. 263.)

Voir également Klar, *op. cit.*, à la p. 177; *M'Alister c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), aux pp. 580 et 581 (le lord juge Atkin).

À supposer, sans en décider, qu'une allégation de déclaration inexacte faite par négligence ait été adéquatement formulée en l'espèce, je suis d'avis qu'une telle allégation est entièrement dérivée de celle de voies de fait de nature sexuelle intentionnelles et est donc subsumée sous cette dernière aux fins de l'application de la clause d'exclusion. Dans sa déclaration, la demanderesse allègue que les déclarations inexactes visaient à la séduire et à la convaincre d'avoir des rapports sexuels avec l'appelant. Elles étaient donc totalement subordonnées aux voies de fait de nature sexuelle. Les allégations s'y rapportant découlent des mêmes faits et elles ont causé le même préjudice. En fait, au par. 111 de sa déclaration, la demanderesse allègue que l'appelant [TRADUCTION] «a fait ses affirmations afin d'amener [la demanderesse] à se soumettre aux actes sexuels». La Supreme Court of Appeals de la Virginie-Occidentale est arrivée à la même conclusion dans *Horace Mann Insurance Co. c. Leeber*, précité, à la p. 587, où la clause d'exclusion s'appliquait malgré les allégations de séduction, par négligence, d'une élève par un enseignant. La cour a dit que les allégations de «négligence» contenues dans la plainte constituent

[TRADUCTION] une tentative manifeste d'obtenir l'application de la garantie d'assurance en imputant à la

duct under the guise of ‘negligent’ activity. [Insertion in *Leeber*; quoting *Linebaugh, supra*, at p. 406.]

I reach the same conclusion in this appeal. While courts must be careful not to restrict pleading in the alternative unduly and should only subsume allegations of negligence that are clearly derivative of the intentional tort, I conclude that this is one of those cases. The plaintiff has clearly alleged intentional conduct by the appellant. Without ruling out the possibility that the plaintiff’s pleadings could support claims of both intention and negligence as a matter of tort law, I conclude as a matter of insurance law that the negligent claims are subsumed for the purposes of the exclusion clause. The allegations of negligent misrepresentation are derivative of the intentional sexual assault claims, and cannot trigger the duty to defend.

(iv) Breach of Fiduciary Duty

131 The final approach to allegations of sexual misconduct in *Norberg, supra*, was the fiduciary duty route taken by McLachlin J., L’Heureux-Dubé J. concurring. They concluded that the duty owed from a doctor to the patient met the test for fiduciary relationships set out by Wilson J. in *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at p. 136. No doubt relying on these reasons, the plaintiff has also alleged breach of fiduciary duties against the appellant.

132 Without commenting on whether the relationship between the appellant and the plaintiff could potentially be characterized as a fiduciary one, the plaintiff’s claims for breach of fiduciary duty are excluded much for the same reasons as the negligence claims. Looking beyond the label to what is actually alleged in the pleadings, and without expressing any opinion on the validity of a fiduciary duty claim on the facts of this appeal, there are no facts pleaded to suggest that the breach of fidu-

«négligence» un comportement délictueux [intentionnel]. [Ajout dans *Leeber*; citant *Linebaugh*, précité, à la p. 406.]

J’arrive à la même conclusion en l’espèce. Bien que les tribunaux doivent s’efforcer de ne pas restreindre indûment les arguments subsidiaires et qu’ils doivent subsumer seulement les allégations de négligence qui sont manifestement dérivées du délit intentionnel, je suis d’avis qu’il s’agit d’un tel cas en l’espèce. La demanderesse a expressément allégué que l’appelant avait agi intentionnellement. Sans rejeter la possibilité que les actes de procédure de la demanderesse puissent étayer à la fois l’intention et la négligence en droit de la responsabilité délictuelle, j’estime que, en matière de droit des assurances, les allégations de négligence sont subsumées aux fins de l’application de la clause d’exclusion. Les allégations de déclarations inexactes faites par négligence sont dérivées des allégations de voies de fait de nature sexuelle intentionnelles et ne peuvent faire naître l’obligation de défendre.

(iv) Manquement à l’obligation fiduciaire

Le dernier angle sous lequel ont été analysées les allégations d’inconduite sexuelle formulées dans *Norberg*, précité, était celui de l’obligation fiduciaire utilisé par le juge McLachlin, avec l’appui du juge L’Heureux-Dubé. Elles ont affirmé que l’obligation d’un médecin envers son patient pouvait être qualifiée de fiduciaire selon les critères énoncés par le juge Wilson dans *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, à la p. 136. S’appuyant sans aucun doute sur ces motifs, la demanderesse a allégué entre autres le manquement de l’appelant à son obligation fiduciaire.

Sans me prononcer quant à savoir si le lien entre l’appelant et la demanderesse pourrait être qualifié de fiduciaire, j’estime que les allégations de manquement à l’obligation fiduciaire sont exclues essentiellement pour les mêmes motifs que les allégations de négligence. Si l’on va au-delà de la terminologie pour n’examiner que ce que renferment vraiment les actes de procédure et sans exprimer un quelconque avis concernant le bien-fondé de l’allégation d’obligation fiduciaire compte tenu

ciary duty was anything but intentional in nature. The appellant was alleged to have intentionally seduced the plaintiff, and whether or not this can be characterized as a fiduciary duty claim, any injuries resulting therefrom were caused intentionally. The harm caused by any breach of fiduciary duty is identical to that caused by the sexual battery, and the claim is therefore subsumed, for the purpose of the exclusion clause, into the intentional battery.

(v) Conclusion

In summary, all of the plaintiff's claims against the appellant are covered by the exclusion clause for injuries caused intentionally. To prove her case, the plaintiff will have to establish that the appellant knew or should have known that the plaintiff did not validly consent to sexual relations with him. In such a situation, the appellant will not be heard to complain that he did not intend any harm. One who engages in objectively non-consensual sexual activity will be presumed to have intended harm; whether or not he subjectively intended harm will not change the injurious nature of his actions, and will not deny an insurer its bargained-for exclusion of intentionally injurious activities. This conclusion is consistent with the basic principles of insurance law discussed above.

In particular, it is consistent with the reasonable expectations of the parties. In this respect, I agree with the Iowa Supreme Court in *Altena, supra*, at p. 490, where the court quoted the following passage from *Rodriguez by Brennan v. Williams*, 713 P.2d 135 (Wash. Ct. App. 1986), at pp. 137-38:

... [t]he average person purchasing homeowner's insurance would cringe at the very suggestion that [the person] was paying for such coverage. And certainly [the person] would not want to share that type of risk with

des faits de la présente espèce, aucun fait allégué ne permet de conclure au caractère non intentionnel du manquement à l'obligation fiduciaire. Il a été allégué que c'est à dessein que l'appelant a séduit la demanderesse et, que l'on puisse ou non qualifier sa conduite de manquement à l'obligation fiduciaire, le préjudice en résultant a été infligé intentionnellement. Le préjudice découlant de tout manquement à l'obligation fiduciaire est identique à celui causé par les voies de fait de nature sexuelle, de sorte que, aux fins de l'application de la clause d'exclusion, l'allégation est subsumée sous celle de voies de fait intentionnelles.

(v) Conclusion

En résumé, toutes les allégations formulées par la demanderesse contre l'appelant emportent l'application de la clause d'exclusion du fait que le préjudice a été infligé intentionnellement. Pour avoir gain de cause, la demanderesse devra établir que l'appelant savait ou aurait dû savoir que son consentement aux rapports sexuels n'était pas valable. Dans un tel contexte, l'appelant ne pourra invoquer en défense qu'il n'avait pas l'intention d'infliger un préjudice. La personne qui se livre à une activité sexuelle objectivement non consensuelle est présumée avoir voulu infliger un préjudice; qu'elle ait ou non subjectivement eu l'intention d'infliger un préjudice ne modifie en rien le caractère préjudiciable de ses actes et ne saurait priver l'assureur de l'application de la clause d'exclusion négociée à l'égard des actes délibérément préjudiciables. Cette conclusion est compatible avec les principes fondamentaux du droit des assurances examinés précédemment.

Tout particulièrement, elle est compatible avec les attentes raisonnables des parties. À cet égard, je suis d'accord avec la Cour suprême de l'Iowa qui, dans *Altena*, précité, à la p. 490, a cité l'extrait suivant de la décision *Rodriguez by Brennan c. Williams*, 713 P.2d 135 (Wash. Ct. App. 1986), aux pp. 137 et 138:

[TRADUCTION] ... []]a personne ordinaire contractant une assurance propriétaires occupants se rebifferait à la seule idée de payer pour une telle garantie. [La personne] ne voudrait certainement pas partager ce genre

133

134

other homeowner's policy holders. [Insertions added in *Altena*.]

Similarly, in *Horace Mann Insurance Co. v. Leeber*, *supra*, at pp. 586-87, the court said the following:

The majority rule rejecting an alleged duty to defend or to pay in sexual misconduct liability insurance cases is consistent with the "doctrine of reasonable expectations." . . . [W]e simply believe that the insured under a homeowner's insurance policy does not reasonably expect the insurer to defend an action against the insured for, and to pay for, damages alleged to have been caused by the sexual misconduct of the insured.

See also R. Bell, "Sexual Abuse and Institutions: Insurance Issues" (1996), 6 *C.I.L.R.* 53, at pp. 54-55.

135

This conclusion is also consistent with basic insurance theory. Insurance is meant to cover risk of loss. See C. Brown, *Insurance Law in Canada* (loose-leaf), vol. 1, at p. 1-1. Where the loss is caused intentionally, it is hardly the result of a risk. Regardless of whether an insurance company could find a way profitably to insure someone against intentionally caused injuries, the respondent clearly did not believe it was doing so when it wrote the policy at issue in this appeal. Sexually assaulting someone is not like getting in a car accident, or having someone injure themselves by slipping on an unshovelled sidewalk. If the plaintiff is to succeed, she must prove that the appellant's conduct went beyond mere negligence, and rose to the level of sexual assault. Absent express language to the contrary, I am unable to conclude that the parties to this insurance contract agreed to cover such a claim.

136

Nor do I believe that *contra proferentem*, or any other insurance principle, is sufficient to overcome these conclusions. While ambiguous language will often be construed against the insurer, this consideration alone cannot be determinative. Moreover, I find that the most accurate reading of the lan-

de risque avec les autres titulaires d'une police d'assurance propriétaires occupants. [Ajout dans *Altena*.]

De même, dans *Horace Mann Insurance Co. c. Leeber*, précité, aux pp. 586 et 587, le tribunal a dit:

[TRADUCTION] La décision de la majorité d'écartier, en matière d'assurance de la responsabilité civile, l'obligation alléguée de défendre l'assuré ou de l'indemniser par suite d'une inconduite sexuelle est compatible avec le «principe des attentes raisonnables» . . . [N]ous estimons simplement que le titulaire d'une police d'assurance propriétaires occupants ne peut raisonnablement s'attendre à ce que l'assureur le défende dans le cadre d'une poursuite pour inconduite sexuelle et répare le préjudice qui en aurait découlé.

Voir également R. Bell, «Sexual Abuse and Institutions: Insurance Issues» (1996), 6 *C.I.L.R.* 53, aux pp. 54 et 55.

Cette conclusion est par ailleurs compatible avec la théorie fondamentale de l'assurance. L'assurance vise à garantir le risque de sinistre. Voir C. Brown, *Insurance Law in Canada* (feuilles mobiles), vol. 1, à la p. 1-1. Lorsque le sinistre est causé intentionnellement, on peut difficilement l'imputer à la réalisation d'un risque. Même si un assureur pouvait trouver une façon profitable d'assurer une personne contre le préjudice infligé intentionnellement, ce n'est clairement pas ce que l'intimé croyait faire lorsqu'il a rédigé la police faisant l'objet du présent pourvoi. Agresser sexuellement une personne ne saurait se comparer à être impliqué dans un accident de la route ou à causer la chute d'une personne en omettant de débayer un trottoir. Pour avoir gain de cause, la demanderesse doit prouver que la conduite de l'appelant n'était pas imputable à la seule négligence et équivalait à une agression sexuelle. En l'absence d'un libellé exprès en sens contraire, je ne puis dire que les parties au contrat d'assurance ont convenu que la garantie s'appliquerait en pareil cas.

Je ne crois pas non plus que la règle *contra proferentem* ou quelque autre principe d'assurance suffise à contrer ces conclusions. Même si une clause ambiguë est souvent interprétée contre l'assureur, cette seule pratique ne peut être déterminante. De plus, j'estime que l'interprétation la plus

guage and intentions of the contract is that the exclusion clause applies to the allegations of sexual misconduct made by the plaintiff.

D. *Other Arguments Raised by the Respondent*

The respondent has also argued that the actions alleged by the plaintiff are not “accidents” or “occurrences”, as required by the policy, and that s. 28 of the British Columbia *Insurance Act*, excludes the claim because it alleges a criminal act. Given my interpretation of the exclusion clause, I find it unnecessary to consider these other questions and therefore express no opinion on them.

VI. Summary and Disposition

I believe my conclusions in this appeal can be summarized fairly briefly:

1. An insurance company only has a duty to defend when a lawsuit against the insured raises a claim that could potentially fall within coverage.
2. In determining if a claim falls within coverage, courts are not bound by the labels chosen by the plaintiff, but must determine the true nature of the claim stated in the pleadings.
3. In this appeal, the plaintiff has stated three possible claims arising out of an alleged sexual assault: sexual battery, negligent battery, and breach of fiduciary duty. None of these claims could potentially fall within coverage because, even if ultimately successful, the respondent will have no duty to indemnify owing to the insurance policy’s exclusion for injuries caused intentionally by the insured.
 - a. Sexual battery requires proof that a reasonable person should have known that the plaintiff did not validly consent to the sexual activity in question. Since non-consensual

fidèle du libellé du contrat et de l’intention des parties est que la clause d’exclusion s’applique aux allégations d’inconduite sexuelle formulées par la demanderesse.

D. *Autres arguments soulevés par l’intimé*

L’intimé a également fait valoir que les actes allégués par la demanderesse ne constituent ni des «accidents» ni des «sinistres», comme l’exige la police, et que l’art. 28 de l’*Insurance Act* de la Colombie-Britannique frappe d’exclusion l’allégation puisqu’elle a pour objet un acte criminel. Vu l’interprétation que je fais de la clause d’exclusion, j’estime qu’il n’est pas nécessaire que j’examine ces autres questions, et je n’exprime donc aucun avis à leur sujet.

VI. Résumé et dispositif

Les conclusions que je tire dans le cadre du présent pourvoi peuvent être résumées comme suit:

1. L’assureur n’est tenu de défendre l’assuré que lorsque la poursuite en justice se fonde sur une allégation susceptible d’entraîner l’application de la garantie.
2. Pour déterminer si une allégation entraîne l’application de la garantie, le tribunal n’est pas lié par la terminologie choisie par le demandeur, mais doit plutôt déterminer quelle est la nature véritable des allégations faites dans les actes de procédure.
3. Aux fins du présent pourvoi, trois allégations découlent de la prétendue agression sexuelle: les voies de fait de nature sexuelle, les voies de fait imputables à la négligence et le manquement à l’obligation fiduciaire. Aucune de ces allégations n’est susceptible d’emporter l’application de la garantie, car, même si la demanderesse avait gain de cause, l’intimé ne serait pas tenu d’indemniser l’assuré étant donné l’exclusion dans la police d’assurance du préjudice infligé intentionnellement.
 - a. Pour prouver les voies de fait de nature sexuelle, il faut établir qu’une personne raisonnable aurait dû savoir que le consentement de la demanderesse à l’activité sexuelle

137

138

sexual activity is inherently harmful, any injuries resulting therefrom are intentionally caused, and the exclusion clause would apply. If, to the contrary, a reasonable person would not have known that the plaintiff did not validly consent, the plaintiff's claim will fail, there will be no duty to indemnify, and therefore equally no duty to defend.

- b. Claims of negligence and breach of fiduciary duty are either not properly pleaded, or are subsumed into the sexual battery in this case because these claims are based on the same facts and resulted in the same harm. Therefore the exclusion clause applies equally to them.
4. Since there is no possible set of circumstances in which one of the plaintiff's claims could trigger indemnity, there is no duty to defend.

en cause n'était pas valable. Comme les rapports sexuels non consensuels sont en soi préjudiciables, tout préjudice en résultant est intentionnel, et la clause d'exclusion s'applique. Si, au contraire, une personne raisonnable n'aurait pu savoir que le consentement de la demanderesse n'était pas valable, la demande sera rejetée, de sorte que l'assureur n'aura aucune obligation d'indemniser l'assuré non plus que de le défendre.

- b. Les allégations de négligence et de manquement à l'obligation fiduciaire ne sont pas adéquatement formulées ou sont subsumées sous l'allégation de voies de fait de nature sexuelle, car elles se fondent sur les mêmes faits, et les actes reprochés ont donné lieu au même préjudice. Par conséquent, la clause d'exclusion s'applique également à leur égard.
4. Étant donné qu'aucune des allégations de la demanderesse n'est susceptible de faire naître l'obligation d'indemniser l'assuré, dans quelque combinaison possible de circonstances que ce soit, l'assureur n'a aucune obligation de le défendre.

139 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Cran Law Offices, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Dolden Walker Folick, Vancouver.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Cran Law Offices, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Dolden Walker Folick, Vancouver.