

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

101-09-CA

SAR PETROLEUM INC., PAUL BLADES,
JOHN SALSURY and LISA LOWRY

APPELLANTS

- and -

PEACE HILLS TRUST COMPANY

RESPONDENT

SAR Petroleum et al. v. Peace Hills Trust
Company, 2010 NBCA 22

CORAM:

The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
July 13, 2009

History of Case:

Decision under appeal:
2009 NBQB 197

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
November 18, 2009

Judgment rendered:
April 8, 2010

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

Concurred in by:
The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Green

SAR PETROLEUM INC., PAUL BLADES,
JOHN SALSURY et LISA LOWRY

APPELANTS

- et -

SOCIÉTÉ DE FIDUCIE PEACE HILLS

INTIMÉE

SAR Petroleum et autres c. Société de fiducie
Peace Hills, 2010 NBCA 22

CORAM :

L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 13 juillet 2009

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2009 NBBR 197

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 18 novembre 2009

Jugement rendu :
Le 8 avril 2010

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Green

Counsel at hearing:

For the appellants:
Robert G. Vincent, Q.C.

For the respondent:
Steven R. Barnett

THE COURT

Subject to an amendment to the order below, the appeal is dismissed with costs of \$3,500.

Avocats à l'audience :

Pour les appellants :
Robert G. Vincent, c.r.

Pour l'intimée :
Steven R. Barnett

LA COUR

Sous réserve d'une modification à l'ordonnance rendue par le tribunal d'instance inférieure, l'appel est rejeté avec dépens de 3 500 \$.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

I. Introduction

[1] This appeal is from a decision granting summary judgment and dismissing the plaintiffs' action against one of two defendants. The Statement of Claim alleges pure economic loss through interference with contractual relations. Specifically, the plaintiffs invoke the intentional tort of inducing breach of contract. The easy cases are those where the defendant deliberately induces the third party to breach its contract with the plaintiff so that the defendant may gain the very benefit that would have accrued to the plaintiff but for the breach. Such were the facts of the cornerstone decision: *Lumley v. Gye* (1853), 2 E & B 216, 118 E.R. 749. Curiously, outside the field of labour relations, there is only one Supreme Court decision that touches on this tort and it was rendered over 35 years ago: *Jones v. Fabbi*, [1973] S.C.R. 42, [1973] S.C.J. No. 74 (QL). More recently, In *Walsh v. Nicholls*, (2004), 273 N.B.R. (2d) 203, [2004] N.B.J. No. 281 (QL), 2004 NBCA 59, this Court established that the tort of inducing breach of contract could be applied to adjusters acting on behalf of insurers in circumstances where the adjuster failed to act in good faith (with malice) when processing an insurance claim.

[2] There is also an English decision which has much to offer with respect to the genealogy and physiology of the intentional economic torts: *OBG Limited v. Allan*, [2007] U.K.H.L. 21. This case has been cited with approval in Canada. For purposes of deciding this appeal, the decision is significant because it offers an acute insight into the most problematic aspects of the tort of inducing breach of contract: a meaningful explanation of the pivotal requirement to establish an "intention" to induce the breach. As will be seen, the cornerstone of this appeal is cemented to this essential element.

[3] The genesis of the present lawsuit can be traced to a contract for the construction of a \$4.9 million gas bar and convenience store for which the owner

required \$3 million in financing. While the plaintiff contractor alleges breaches of the construction contract, it saw no practical benefit in suing the owner. Instead, the contractor sued the lender and the lender's lawyer, alleging their intentional failure to make timely progress payments and wrongful withholding of the final advance on the loan (\$250,000) induced the owner to breach the terms of the construction contract. Therefore, the contractor claims the two defendants should be held liable in tort for inducing breach of contract. The contractor also claims that the intentional acts caused the contractor to breach its contractual obligation to pay its subcontractors and suppliers (the "piggy-back claim"). In total, the contractor's claim for damages approaches \$1.9 million. Close to \$1.2 million is tied to contracts with the contractor's suppliers and subcontractors. This is true even though the lender has paid out all but \$250,000 of the \$3 million loan and despite the fact the contractor has pegged the accrued interest attributable to the delay in making timely progress payments at \$52,000.

[4] The plaintiffs, now appellants, allege the decision below is infused with 14 errors: nine errors of fact and four errors of law. Despite the wave of issues and a motion record of nearly 800 pages, this case is not unlike any other. Eventually, the true issues gravitate to the tip of the decision maker's pen once the case is stripped of its non-essentials. In my opinion, the motion judge committed no reversible error in granting the lender summary judgment and dismissing the contractor's lawsuit against that defendant. (The lender's lawyer and co-defendant was not a party to the motion.) The appellants are unable to sustain a triable issue when it comes to establishing an "intention" to induce a breach of contract. A finding of intention requires more than a finding that the defendant knew of the contract and acted with knowledge that its conduct would induce a breach. The following general propositions underscore the precedential significance of this case.

[5] One of the tort's purposes is to protect contractual rights by placing limits on the ability of persons to pursue their economic self-interests in a competitive marketplace without regard to the contractual rights of others. The tort was never intended to provide a convenient legal tool for circumventing the doctrine of "privity" in cases involving a web of interlocking commercial relationships. Hence, in cases where

both the plaintiff and the defendant are contractually tied to a third party, under distinct and separate contracts, and the defendant, acting in furtherance of its contractual rights, adopts a course of conduct which forces the third party to breach its contract with the plaintiff, the defendant is not liable simply because it knew a breach would follow. This remains true even if the defendant misconstrued its contractual rights. So long as the defendant acted in good faith, liability will not attach. Negligent conduct is not actionable in cases involving an intentional tort. Above all, mere knowledge that a breach would follow is insufficient to meet the threshold test of intention. In addition, the breach must have been a “desired end”. This means that the breach must be an end in itself or a means to an end. Malice or ill-will towards the plaintiff qualifies as an end in itself. The pursuit of a benefit or economic advantage over and above the preservation of existing contractual rights qualifies as a means to an end. Such a goal reeks of “opportunism” as was true in *Lumley v. Gye*. Otherwise, and as a general rule, the defendant cannot be accused of opportunistic behaviour if its actions were intended to protect its competing contractual or property rights.

[6] In brief, no one accuses the defendant lender of acting maliciously toward the plaintiff contractor with a view to causing it economic harm; nor did the lender pursue a course of action designed to secure a benefit or economic advantage that would have otherwise accrued to the contractor but for the breach; nor did the lender derive an additional benefit or economic advantage as a result of the owner’s breach of the construction contract. There are no indicia of opportunistic behaviour on the part of the defendant. Certainly, there are no indicia of the defendant acting for what might be labeled an “improper purpose”. On the other hand, there are indicia the defendant was acting for a proper one. As the motion judge so adroitly concluded, the lender was “merely protecting its interests”. Better still, the lender was acting on the advice and instructions of its lawyer.

II. General Background

[7] The “contractor” is SAR Petroleum Inc., a company incorporated in Nova Scotia and one of the plaintiffs in the underlying action. The other plaintiffs reside in Nova Scotia and are or were officers or employees of SAR Petroleum. The “owner” is Eel River Bar First Nation of New Brunswick. The defendant “lender” is Peace Hills Trust Company, a “First Nations Trust Company” federally incorporated under the *Trust and Loan Companies Act*, S.C. 1991, c. 45, with a branch office in Fredericton. The defendant “lawyer”, Mr. McBrearty, practices law in New Brunswick. He represented both Eel River and Peace Hills with respect to the financing component of the construction project. Mr. McBrearty is also a defendant by cross-claim filed by Peace Hills. Despite being named as a party in the style of cause, and as solicitor of record on the front page of the motion judge’s reasons for decision, we are told that Mr. McBrearty was not a party to the motion. With the concurrence of my colleagues, the style of cause has been amended to reflect this reality. Hence, Mr. McBrearty’s participation comes about as a result of two affidavits he provided in support of Peace Hills’ motion.

[8] Peace Hills brought a single motion for relief, invoking four of the *Rules of Court*. First, it sought summary judgment on the ground there is no merit to the action (Rule 22.01(3)). Second, it sought to strike the Statement of Claim for failing to disclose a reasonable cause of action (Rule 23.01(1)(b)). Third, Peace Hills asked for the striking of the plaintiffs’ Statement of Claim on the ground it is scandalous, frivolous, vexatious and abusive of the court’s process (Rule 27.09(b)). Finally, Peace Hills sought security for costs from the plaintiffs (Rule 58.01).

[9] The motion judge dismissed both the motion to strike the Statement of Claim for failing to disclose a reasonable cause of action and the motion to strike on the ground the action was scandalous. However, he granted the motion for summary judgment after concluding there was “no merit” to the action against Peace Hills. As well, the motion judge ordered the plaintiffs to pay security for costs, in the amount of \$37,000, for each defendant. As Mr. McBrearty was not a party to the motion and as the

motion sought only security for costs with respect to the defendant Peace Hills, and as this oversight is a ground of appeal, the order below must be amended to delete any reference to the defendant, Mr. McBrearty. As there is no cross-appeal, this appeal is from the decision granting summary judgment to Peace Hills under Rule 22.01(3).

[10] One of the more difficult tasks on motions for summary judgment is to separate those facts which represent common ground from those which qualify as allegations and represent triable issues of relevance to the ultimate disposition of the claims. With respect to affidavit evidence, the motion judge is entitled to ignore “any statements of fact that are inherently questionable, both in terms of their credibility or reliability.” *Caissie v. Sénéchal Estate* (2001), 237 N.B.R. (2d) 232, [2001] N.B.J. No. 120 (QL), 2001 NBCA 35, per Drapeau C.J., then J.A., at para. 24. As well, the motion judge has the benefit of documentary evidence which either corroborates or conflicts with allegations of fact found in both the pleadings and affidavits. Fortunately, this case whittles down to one of the eight essential elements of the tort of inducing breach of contract (“intention”) and to facts which are not in dispute. The facts which are in dispute and qualify as triable issues are relevant to issues that no longer come into play because of the failure to meet the pivotal element of “intention”. Regardless, it is still necessary to provide the facts underscoring the litigation in order to substantiate these conclusions.

III. Essential Facts

[11] On July 12, 2002, SAR Petroleum entered into a construction contract with Eel River to erect a gas-bar and convenience store on unsurrendered reserve lands (the Osprey Truck Stop). Work was to start on July 15, 2002. The completion date was set for November 4, 2002. The contract price was \$4.9 million (plus HST) with a 10% deposit to be paid immediately (invoice issued on June 30, 2002). The parties agreed that Eel River would reimburse SAR Petroleum for any reasonable expenses incurred as a result of delay in the payment of the contract price. Article 5.1 of the Contract specified that there would be no holdbacks with respect to payments made to SAR Petroleum. The construction contract went on to provide for the obligation to make progress payments

when so certified by the “Consultant”. Upon issuance of the final certificate, Eel River was obligated to pay SAR Petroleum the unpaid balance (Article 5.3). SAR Petroleum would submit monthly invoices to the consultant for approval or rejection within ten days of receipt of the invoice. Once approved, Eel River was required to effect payment within five days.

[12] While the contract says nothing about the financing of the project, it is common ground that Eel River needed partial financing and in fact obtained a \$3 million loan from Peace Hills. The record before us discloses that Eel River applied for financing on October 17, 2002. Peace Hills responded on November 15, 2002 and confirmed that the application had been approved and that Peace Hills was prepared to lend the money on the terms set out in the “Commitment Letter” of the same date. Under the terms of the loan agreement, Eel River was to provide Peace Hills with security for the loan covering both real and personal property. Article 10 of the commitment letter stipulates that all “loan advances” are to be controlled by Peace Hills and require approved invoices. With respect to “site construction invoices”, they were to be “signed off” by the project consultant. Article 11 states the undrawn balance of the loan could not exceed the “estimated hard costs, holdbacks and accounts payable necessary to complete the project”. The same Article goes on to provide that, in the event the projected costs to “complete” exceeds the amount of the undrawn balance of the loan, Eel River was to inject the difference before any further advances would be made by Peace Hills. Eel River accepted the terms of the loan by way of a “Band Council Resolution” dated December 18, 2002.

[13] Between June 30, 2002 and February 28, 2003, SAR Petroleum submitted nine invoices totaling \$4.9 million. The final invoice, dated March 25, 2003, was for \$680,000 which took the project cost to nearly \$5.6 million. Initially, Eel River used its own funds to pay SAR Petroleum. Eel River’s first payment was made on August 23, 2002. It appears the last of its funds were expended by November 26, 2002. However, all of the payments were late: anywhere from 9 to 72 days. The appeal record includes a memorandum, dated October 17, 2002, from Eel River to Peace Hills alerting the latter to

the fact Eel River was unable to pay SAR Petroleum and that SAR's subcontractors were not being paid. As of November 30, 2002, SAR Petroleum was owed \$1.4 million and Peace Hills had yet to advance any monies on the mortgage loan. By December, the invoices revealed nearly \$1.8 million owing to SAR Petroleum.

[14] On December 19, 2002, Peace Hills raised the matter of a holdback with Mr. McBrearty and on December 23, 2002, faxed Mr. McBrearty asking whether it should holdback 15% of the \$1.8 million advance, notwithstanding the "zero holdback" provision of the construction contract. In a letter dated December 23, 2002, Mr. McBrearty instructed Peace Hills to impose the 15% holdback on the ground the *Mechanics' Lien Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-6, applied. Peace Hills' first payment to SAR Petroleum was made on that date (\$1.8 million – 15% = net \$1.6 million.) SAR Petroleum contends that the payment was 67 days late. Peace Hills responds that this could not be so as all of the terms and conditions of the financing arrangement were not met until December 23, 2002; the date Mr. McBrearty requisitioned the initial mortgage advance. As noted above, the record discloses that the Eel River Bar Band Council did not pass a resolution authorizing the borrowing of \$3 million until December 18, 2002.

[15] Peace Hills made further payments to SAR Petroleum during the months of January and February, 2003. SAR Petroleum, Eel River and the project consultant executed a certificate of completion certifying February 1, 2003, as the actual date of completion. Each progress payment was subject to the 15% holdback. By February 12, 2003, the holdback had climbed to \$737,000. On February 14, Mr. McBrearty advised or instructed Peace Hills to advance all but \$250,000 of the \$3 million loan commitment (of which more will be said shortly). On March 25, 2003, SAR Petroleum submitted its last invoice claiming payment for the following items: \$250,000 owing with respect to previous unpaid invoices (the holdback); \$129,000 in delay expenses; \$52,000 in interest and \$274,000 in project extras. Once credits with respect to deficiencies (\$2,500) and work to follow (\$21,000) were made, the amount being claimed was reduced voluntarily to \$680,000. This final invoice took the cost of construction to \$5.5 million. Eventually, Mr. McBrearty instructed Peace Hills to withhold payment of \$250,000 until the matter

of “extras” was resolved. To date, Peace Hills has advanced all but \$250,000 of the \$3 million loan.

[16] On July 18, 2003, SAR Petroleum went into receivership. With the approval of its receiver, SAR Petroleum commenced its action against Peace Hills and Mr. McBrearty on December 19, 2008. Eel River is not a party to the lawsuit. Two of the individual plaintiffs are Directors of SAR Petroleum. The third is an employee. The thrust of the Statement of Claim is that the delays in payment of the progress payments and the imposition of holdbacks were in breach of the construction contract between Eel River and SAR Petroleum. As a result of those breaches, SAR Petroleum further alleges that it was unable to make “payments in full” to seven of its suppliers and subcontractors (now eight). In turn, those suppliers and subcontractors commenced legal proceedings against SAR Petroleum and the individual plaintiffs. The appeal record reveals that the eight obtained judgment against SAR Petroleum and other defendants. The claims total around \$1 million.

IV. The Pleadings

[17] The essence of the underlying action is found at paragraph 22(y) of the Statement of Claim. The plaintiffs allege that Peace Hills and Mr. McBrearty “knowingly and intentionally”: (1) induced Eel River’s breach of contract with SAR Petroleum and interfered with Eel River’s economic relations with SAR Petroleum; (2) induced or contributed to SAR Petroleum’s breach of contracts with its suppliers and subcontractors; and (3) interfered with SAR Petroleum’s economic relations with its suppliers and subcontractors. Based on these allegations, the plaintiffs further allege that the defendants knew or ought to have known that their actions “could” expose the plaintiffs to legal actions commenced by SAR Petroleum’s suppliers and subcontractors. In turn, the plaintiffs could be exposed to damages equal to the amounts found to be owing to the suppliers and subcontractors, together with the legal expenses incurred in defending that litigation.

[18] In brief, the Statement of Claim focuses on two alleged wrongs: delay in making progress payments and imposing holdbacks when the construction contract expressly negated this option. In turn, these two wrongs are said to have generated a third which is succinctly restated in the affidavit of Mr. Salisbury, the former president of SAR Petroleum. Mr. Salisbury states that from October 17, 2002, Peace Hills knew or ought to have known that SAR petroleum was under serious financial strain from ongoing cumulative cash flow deficiencies with respect to the construction because of Eel River's breaches of contract and consequently SAR Petroleum was unable to make full and timely payments to its suppliers and subcontractors.

[19] As for the relief being sought, paragraph 23 of the Statement of Claim asks for: (1) contribution/indemnification or, alternatively, damages equal to the damages, interest and costs which the plaintiffs may be found liable to pay SAR Petroleum's suppliers and subcontractors; (2) damages equal to the full amount of all expenses, legal or otherwise, incurred by the plaintiffs in defending the litigation with the suppliers and subcontractors; and (3) costs and interest and; such further relief as the court deems just. Curiously, the Statement of Claim makes no reference to any damages flowing directly from Eel River's breach of the construction contract with SAR Petroleum (see Rule 27.06(10) of the *Rules of Court*). For example, there is no claim for the \$250,000 holdback, interest to cover the delay in making the progress payments or for the extras for which SAR Petroleum had submitted an invoice. However, there is a letter from the plaintiffs' lawyer to the defendants' lawyers discussing the "amount in issue" for purposes of assessing security for costs, relief which was also sought on the motion now under appeal. In that letter, the plaintiffs acknowledge that the litigation with SAR Petroleum's suppliers and subcontractors involves a minimum of \$938,000 but that the plaintiffs are also claiming the legal fees paid to defend that litigation, viz. \$326,648, plus disbursements. The letter also includes reference to a claim for the \$250,000 being wrongfully withheld and \$421,000 for expenses incurred and paid directly by SAR Petroleum during the construction project. In any event, the plaintiffs are claiming \$1.2 million in regard to SAR Petroleum's breach of its contracts with suppliers and

subcontractors and \$660,000 with respect to breaches of the construction contract with Eel River. The total claim approaches \$1.9 million.

[20] In its Statement of Defence, Peace Hills maintains it acted in accordance with its contractual rights under the loan agreement and, in particular, Articles 10 and 11. Peace Hills also insists it was instructed by its counsel to withhold payment of the \$250,000 and not to advance the sum unless directed to do so. The pleading goes on to state Mr. McBrearty has yet to give instructions to advance the amount being withheld.

[21] In his Statement of Defence, Mr. McBrearty denies inducing Eel River to breach any contract with SAR Petroleum and denies inducing any breaches of contracts between SAR Petroleum and its suppliers and contractors. He concedes that, under the construction contract, interest would be payable for late payments (the \$23,400 claimed in the February 17, 2003 invoice), but that the withholding of \$250,000 was justified. That amount would be “sufficient security” with respect to any outstanding work or project defects. Specifically, Mr. McBrearty denies that the “occasional late payment” of progress claims caused SAR Petroleum to default on its duty to pay its subcontractors and suppliers.

V. The Affidavit Evidence

[22] In support of its motion, Peace Hills filed two affidavits of Todd Ebbett. He is the Senior Account Manager of the Fredericton branch of Peace Hills. One affidavit was in support of the motion for summary judgment, the other in support of the motion for security for costs. Essentially, his affidavit evidence discloses the involvement of Peace Hills in the lending component of the construction project. His critical allegations of fact are supported by documentary evidence and can be reduced to the following propositions: progress payments were processed from the branch office to the corporate head office and subject to instructions received from Mr. McBrearty. Mr. Ebbett denies any personal knowledge of the underlying construction contract and of any dealings between the plaintiffs and its subcontractors and suppliers.

[23] The parties perceived the reasons for the holdbacks under the *Mechanics' Lien Act*, to be of central significance. Mr. McBrearty filed two affidavits in support of Peace Hills' motions. Only one of the affidavits is directly relevant to this appeal. Mr. McBrearty's "first" affidavit states his involvement with the matters in issue commenced with his retainer on November 15, 2002, to process a mortgage loan on behalf of Peace Hills and Eel River. He asserts that, despite his due diligence, it was not possible to finalize all necessary documentation required by Peace Hills until December 23, 2002. (The uncontradicted documentary evidence confirms this allegation.) Mr. McBrearty goes on to state that on that date he requisitioned the initial mortgage advance and instructed Peace Hills and Eel River to hold back 15% of the advance on the basis of a "bona fide belief" that the provisions of the *Act* applied. Mr. McBrearty states the advice with respect to the holdback was given to protect the legitimate legal and business interests of his clients. Mr. McBrearty did not deviate from his legal understanding with respect to the applicability of the *Act*, notwithstanding the fact that Peace Hills advised him by fax, dated December 19, 2002, that the construction contract expressly negated the right to make holdbacks. Mr. McBrearty also admits he received a legal opinion from SAR Petroleum, on January 30, 2003, prepared by a Nova Scotia law firm. The opinion letter advised that as the lands in question were unsurrendered reserve lands, the *Act* did not apply to the construction project. In response, Mr. McBrearty sought a second opinion.

[24] The second opinion letter received by Mr. McBrearty is dated February 11, 2003. It is a two-liner: "Attached is a case on point which holds that a Mechanics' Lien can be properly filed against a leasehold interest in first nation's lands. I trust this assists you." On February 12, 2003, and being aware that Peace Hills was prepared to make a final advance on the mortgage loan, Mr. McBrearty states that he instructed Peace Hills and Eel River to holdback 15% of the contract price (15% of \$4.9 million = \$737,000) from the final advance. Again, Mr. McBrearty persisted with the belief that the holdback provisions of the *Mechanics' Lien Act* were applicable. Mr. McBrearty goes on to acknowledge that he subsequently received a phone call from the President of SAR Petroleum in which he objected to the view that the *Act* applied. In response to this call,

Mr. McBrearty states he conferred again with New Brunswick counsel and as a result of that conversation, Mr. McBrearty was satisfied that the *Act* did not apply. However, following the conversation with New Brunswick counsel, he states he met with representatives of Eel River to discuss the advisability of retaining the \$250,000 holdback until satisfied that SAR Petroleum had complied with all construction requirements. Mr. McBrearty goes on to state that on February 14, 2003, he instructed Peace Hills that the balance of the Eel River mortgage loan proceeds should be advanced with the exception of a \$250,000 holdback. Once again, Mr. McBrearty affirms that the advice with respect to the holdback was given for the purpose of protecting his clients' legitimate legal and business interests and that he did not receive or intend to receive any personal financial advantage or gain for so doing, outside of earning his professional fees of course.

[25] The affidavit of John Salisbury, the President of SAR Petroleum, is significant in this respect. Mr. Salisbury states that, at all material times, Mr. McBrearty provided legal and business advice to Eel River and that on or after November 15, 2002, Mr. McBrearty provided legal and business advice to both Eel River and Peace Hills. Throughout his affidavit, Mr. Salisbury, states that it was Mr. McBrearty who advised and instructed Peace Hills to retain a 15% holdback with respect to all payments to SAR Petroleum made from December 23, 2002, onwards. Mr. Salisbury also acknowledges that it was Mr. McBrearty who advised and instructed Peace Hills and Eel River not to pay over to SAR Petroleum the remaining \$250,000.

VI. Motion Decision

[26] The motion decision is cited as [2009] N.B.J. No. 219 (QL), 2009 NBQB 197. Following the hearing, the motion judge entertained a further argument for why summary judgment ought not to be granted. SAR Petroleum argued the motion was premature, as all of the parties had yet to provide their respective client's affidavit of documents. Relying on this Court's decision in *Whelton v. Mercier* (2004), 277 N.B.R. (2d) 251, [2004] N.B.J. No. 411 (QL), 2004 NBQA 83, SAR Petroleum maintained that summary judgment cannot be granted when there has been no exchange of affidavits.

Peace Hills countered by insisting that no exchange is required in cases where the facts are not in dispute and the present case falls within this exception. The motion judge ruled: “[...] the basic facts are not disputed”. In so ruling the motion judge held: “A holdback was made contrary to the [construction contract] but in compliance with the financing agreement.” The motion judge went on to rule any documents to be supplied in Peace Hill’s affidavit of documents had already been supplied and that there were no answers to controversial questions within documents held exclusively by one party. SAR Petroleum disputes these conclusions and, in particular, that the holdback is authorized under the loan agreement. I will deal with this issue separately.

[27] The motion judge reviewed the leading jurisprudence of this Court dealing with summary judgment under Rules 22.01(3) and 22.02: *Canon v. Lange* and *Walsh v. Nicholls*. The law is clear. The test for summary judgment is stringent and only met if the moving party establishes, by way of admissible evidence, the dismissal of the action at trial is a foregone conclusion. Once the relevant principles are established, the court is in a position to determine “whether there is a genuine issue of material fact requiring trial”: *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423, [1999] S.C.J. No. 60 (QL), at para. 27).

[28] The motion judge held the action against Peace Hills could not be dismissed unless it was established there was “no merit” to any of SAR Petroleum’s claims with respect to the tort of inducing breach of contract. The motion judge then set out five essential elements of the intentional tort of inducing breach of contract: (1) an intention to cause harm; (2) knowledge of the contract; (3) conduct resulting in a breach of that contract; (4) damage; and (5) lack of justification. Those elements were taken from *Pavecare (1989) Industries Inc. v. Blue Chip Investments Inc.* (2001), 237 N.B.R. (2d) 12 (Q.B.), [2001] N.B.J. No. 76 (QL), which in turn relied on two sources: *Beaver Brokerage Inc. v. Williams et al.* (1989), 103 N.B.R. (2d) 314 (Q.B.), [1989] N.B.J. No. 47 (QL) and Peter Burns, *Tort Injury to Economic Interests* (1980), 58 Can. Bar Rev. 103. In the analysis that follows, I have identified eight elements and placed them in a different order. Finally, with respect to the element of “justification”, the motion judge

referred to and cited Klar, Linden, Cherniak, Kryworuk and Randali, *Remedies in Tort* (looseleaf) (Toronto: Carswell, 2009). This is the appropriate place to reproduce the essential paragraphs of the motion judge's decision:

Applying the law to the facts of this matter, I have no doubt as to the result of this matter should it proceed to trial. The Defendant Peace Hills' defence is unanswerable and Peace Hills will be successful in its defence of the Plaintiffs' action. [para. 44]

The evidence before the Court is that Peace Hills held back a portion of the financing advances, firstly under the mistaken belief that the *Mechanics' Lien Act* applied and then secondly, under the terms and conditions contained in the financing agreement between Peace Hills and Eel River. As previously noted, clause 10 and 11 of the Schedule of Terms and Conditions permit Peace Hills to hold back. These provisions are at least equal, if not superior, to the contractual rights in the SAR and Eel River contract. Also, the Affidavit evidence establishes that when the \$250,000.00 was held back, Peace Hills was aware that suppliers and subcontractors were not paid. Any money paid may have been subject to the section 3 trust provisions of the *Mechanics' Lien Act*, all of which in my view establishes justification. There are, also, issues as to whether the stipulated sum contract had been totally completed. Finally, I do not believe intention to cause harm is established. Peace Hills was merely protecting its interests which it was contractually permitted to do. [para. 45]

There is no evidence that the holdback of the \$250,000 caused Eel River to breach its contract with SAR. Eel River contracted to pay SAR substantially more than the mortgage financing of \$3,050,000.00 provided by Peace Hills. [para. 46]

In my opinion, the pleadings and affidavit evidence satisfy me that Peace Hills was merely doing what financial agencies do to protect their interests. They did nothing, in my view, out of the ordinary course of business or not contractually permitted to do. For these reasons, in my opinion, Summary Judgment should be granted to Peace Hills as their case is unanswerable. [para. 48]

[29] The thrust of the judge's decision to grant summary judgment can be expressed in five propositions: (1) the financing agreement between Peace Hills and Eel River established a legal right to impose the holdbacks; (2) the holdbacks may have been justified under s. 3 of the *Mechanics' Lien Act*; (3) Peace Hills never intended to cause anyone harm; (4) there is no evidence the \$250,000 holdback caused a breach of the construction contract; and (5) Peace Hills was justified in doing what it did because it was merely protecting its interests, which it was contractually permitted to do.

VII. The Issues

[30] It is simply unproductive to delve into the 14 allegations of error raised in the Notice of Appeal without knowing whether they are of relevance to the ultimate disposition of the motion for summary judgment and this appeal. I accept that certain findings or statements of the motion judge are in error, but I am also of the view that any such errors are not overriding because they are irrelevant to the dispositive issue: whether there was a triable issue with respect to the essential requirement of an intention to induce a breach of contract. Eventually, the analysis will focus on whether Peace Hills had the requisite intention of inducing Eel River to breach its contract with SAR Petroleum. I accept that Peace Hills' delay in making progress payments and in insisting on holdbacks caused Eel River to breach its contract with SAR Petroleum. But as noted at the outset, it is wrong to proceed on the assumption that the test for intention is satisfied simply because a breach of the plaintiff's contract with the third party was a natural and foreseeable consequence of the defendant's acts and, therefore, the defendant knew or ought to have known that a breach would follow. This is why it is necessary to revisit the salient jurisprudence with a view to isolating the essential elements of the tort.

VIII. The Intentional Economic Torts & *Lumley v. Gye*

[31] This is not the first time this Court has been required to review the development of the common law principles applicable to the intentional economic torts. In *Walsh v. Nicholls*, Drapeau C.J. addressed the origin of the tort of inducing breach of

contract. Hence, my comments are both repetitive and synoptic. The tort has its origins in Roman law and then the common law in which it became actionable for a master to sue for loss of a servant's services because of violence inflicted upon the latter. In 1349, an additional remedy was created by statute. After the Black Death had lifted from England there was a shortage of labour and, to meet the resulting agricultural crisis, a system of compulsory labour was introduced and a remedy provided to keep labourers from running away. The employer was also given a remedy against anyone who received or retained the servant (Ordinance of Labourers administered under the Statute of Labourers, 1350, 25 Edw. III). In turn, the statutory action for enticing or harbouring a servant of another developed. In the following centuries, a broader principle would be recognized and would finally materialize in 1853 in the seminal English decision of *Lumley v. Gye*.

[32] The facts of *Lumley v. Gye* are straightforward. The plaintiff Lumley had engaged Johanna Wagner, the niece of the composer, to sing exclusively in his opera house for a fixed period. The defendant Gye, who owned a competing theatre, was able to persuade Ms. Wagner to breach her contract with Mr. Lumley. Apparently, however, an injunction issued preventing her from singing in Mr. Gye's theatre and Ms. Wagner persisted with her refusal to sing in Mr. Lumley's theatre. Lumley sued Gye and recovered damages. The reason why *Lumley v. Gye* was regarded as a leading decision was because the tort had been restricted to cases of master and servant relationships and not independent contractors such as Ms. Wagner. For years, the decision stood for the proposition that an action lies for "maliciously procuring a breach of contract" as this was how the majority of justices framed the ratio of the case. Over time, however, the requirement of "malice" would be augmented by a broader test, namely, "intention". The jurisprudence of today affirms that "malice" in the sense of spite, ill-will or revenge, is a sufficient but not a necessary requirement.

[33] It is worth identifying the policy reason underscoring the right of a party to a contract, which has been breached, to sue a non-party for inducing the breach. In contract law, the general right or ability of one party to refuse to perform is accepted subject, of course, to the obligation to compensate the innocent party (e.g. anticipatory

breach). Hence, Ms. Wagner had the option of breaching her performance contract whether or not she was induced to do so by a third party. Why should it make any difference whether the decision to breach the contract was encouraged or informed by the views of others? *Lumley v. Gye* provides a ready answer. The remedy on the contract may be inadequate as where the person breaching the contract (Ms. Wagner) might be unable to pay the damages actually suffered by the plaintiff. While “primary” liability rested with Ms. Wagner, Mr. Gye assumed “secondary” liability for the loss suffered as a consequence of his acts of inducing breach of contract. Not only may the remedy on the contract be inadequate, but also the damages available in tort may be broader than those available in contract (see reasons of Erle J.). Curiously, the law of inducing breach of contract has never focused on this point. Instead, the law simply holds that for the defendant to be liable to the plaintiff, so too must the third party be liable to the plaintiff. Hence, the distinction between primary and secondary liability. In the present case, the inadequacy of the contractual remedy against Eel River might explain why SAR Petroleum did not make Eel River a party to the underlying action. Even if judgment were obtained against this First Nation, it is generally perceived that enforcement of any judgment would be rendered impracticable by virtue s. 89 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5.

[34] It is true that well-known writers, such as the late Professor Fleming, have encapsulated the English common law in terms of the tort of intentional interference with contractual performance which is, admittedly, broader than the tort of inducing a breach of contract: John G. Fleming, *The Law of Torts*, 9th ed. (Sydney: LBC Information Services, 1998). This expansive view of the tort was justified as a result of the extension of the principles originally crafted with respect to liability for inducing breach of contract. Professor Fleming summarizes the English position, as it stood prior to the House of Lords decision in *OBG Limited v. Allan*, in this way: liability is established if the defendant, with knowledge of the contract and intent to prevent or hinder its performance, either: (i) persuades, induces or procures one of the contracting parties not to perform his or her obligations; or (ii) the defendant commits some act, wrongful in itself, to prevent such performance (p. 758). Professor Fleming goes on to explain that the

first category is usually described as direct interference; the second as indirect interference. Direct interference involved immediate pressure on one of the contracting parties to breach the contract. Indirect interference occurred when the defendant was one step removed from inducing the breach. A classic illustration is “secondary boycotting” where the unionized employees of “A” are called out on strike to stop “A” from supplying goods to “B” who is the true target of the union (Fleming, p. 760). At the same time, the hallmark of indirect interference was that the means employed must have been independently unlawful (e.g. calling for an unlawful strike). Unfortunately, the question of what conduct qualifies as “unlawful conduct” outside the field of labour relations has always been problematic and this remains true even after the decision of the House of Lords in *OBG Limited v. Allan*. Another development in English law was recognition of a tort for wrongful interference with economic relations that was applicable to situations in which a defendant prevented a third party from fully carrying out its contractual obligations with the plaintiff, even though no actual breach of contract occurred and the impugned conduct was not independently unlawful.

[35] Professor Fleming’s analysis of English law accurately reflected what had been labeled the “unified theory” of the doctrine of intentional interference with economic or contractual relations. This unified theory treated the act of inducing a breach of contract as part of the same tort as causing loss by unlawful means. Regrettably, the elements of the torts became confusing. In 2007, the House of Lords decided to intervene and handed down its seminal decision in *OBG Limited v. Allan*. Most would agree, it is not easy to navigate one’s way through the four sets of concurring/dissenting opinions embracing three separate appeals and five different torts, all of which is canvassed in a 330 paragraph decision. (A helpful summary is found in Gregory Mitchell, Q.C., “Economic tort (1)” *New Law Journal* 157:7279 (29 June 2007) 919.) Fortunately, when it comes to articulating the two distinct torts of inducing breach of contract and causing loss by unlawful means, there is a general consensus. The disagreement arises with respect to the scope of the term “unlawful means”. It is accepted that the lead opinion on the economic torts was authored by Lord Hoffman. As a whole, however, the decision is significant for several reasons and has been cited with approval in Canada (see *Correia v.*

Canac Kitchens (2008), 91 O.R. (3d) 353, [2008] O.J. No. 2497 (QL), 2008 ONCA 506 and compare with *Drouillard v. Cogeco Cable Inc.* (2007), 86 O.R. (3d) 431, [2007] O.J. No. 1664 (QL), 2007 ONCA 322; and see also *Tireco Inc. v. YHI (Canada) Inc.*, 2009 Carswell Ont 6404 (Sup. Ct. Jus.), leave to appeal refused [2009] O.J. No. 4245 (Div. Ct.) (QL) and *Brae Centre Ltd. v. 1044807 Alberta Ltd.* (2008), 446 A.R. 10, [2008] A.J. No. 1297 (QL), 2008 ABCA 397).

[36] In *OBG Limited v. Allan*, the House of Lords unanimously rejected the expansion of economic torts into a more general form of liability for interfering with contractual relations. As Baroness Hale observed, the distinction between the two economic torts (inducing a breach of contract and causing loss by unlawful means) is consistent with the legal policy to limit rather than encourage the expansion of liability in this area of the law (para. 306). Intentional interference must lead to a breach of contract. If there has been no breach, the tort of inducing breach of contract has not been established. In so holding, the House of Lords did away with the distinction between “direct” and “indirect” interference with contractual relations. Whether or not the facts of a particular case support the tort of causing loss by unlawful means is a separate and distinct question. The latter tort is exemplified by the old cases in which the defendant intimidates potential customers from doing business with the plaintiff thereby causing the plaintiff loss. The difference between the two economic torts is important for those cases where the defendant’s intentional acts do not bring about a breach to a valid and subsisting contract. So long as the intentional acts fall within the category of “unlawful conduct” and result in economic harm the plaintiff is entitled to recover from the defendant. Acts against a third party are unlawful only if they are actionable by that third party. Succinctly stated, the analytical framework governing the two torts differs. Finally, *OBG Limited v. Allan* is significant because it establishes the following principle: A defendant is not liable for the tort of inducing breach of contract with respect to a breach which was neither a desired end nor a means to an end, but merely a foreseeable consequence of the defendant’s acts. I deal with this point more fully below.

IX. Which Intentional Tort? Back to the Statement of Claim

[37] The above analysis leads me back to the appellants' Statement of Claim. This pleading leaves the impression we are dealing with two distinct intentional torts. Paragraph 22 alleges the defendants "knowingly and intentionally": (1) induced or contributed to Eel River's breach of the construction contract with SAR Petroleum; (2) interfered with Eel River's economic relations with SAR Petroleum; (3) induced or contributed to SAR's breach of its contracts with its suppliers and subcontractors; and (4) interfered with SAR's economic relations with its suppliers and subcontractors. In short, this paragraph suggests that interference with contractual relations is a distinct intentional tort. Correlatively, the paragraph infers that interference with contractual relations is actionable even though it does not lead to a breach of contract. Yet all of the jurisprudence cited to this Court involves the tort of inducing breach of contract. Moreover, all of the arguments focused on the essential elements of this tort. No attempt was made to advance the argument that we are also dealing with the intentional tort of interfering with contractual relations (causing loss by unlawful means). Had the argument been raised, SAR Petroleum would have had to address the decision of the House of Lords in *OBG Limited v. Allan*, a case dealt with in post-hearing submissions.

[38] Not only does the Statement of Claim raise the spectre of two distinct intentional torts, this pleading also suggests the acts of intentional inducement pertain to two contractual scenarios. The first is the construction contract between Eel River and SAR Petroleum. The second is comprised of those contracts which SAR Petroleum entered into with its suppliers and subcontractors. While Peace Hills is alleged to have intentionally interfered with both, there is not a scintilla of evidence that supports a distinct cause of action based on SAR's contracts with these third parties. If one ignores the pleadings and turns to the written submissions of the appellants, the essence of their argument is that Peace Hills is guilty of intentionally inducing a breach of Eel River's construction contract with SAR Petroleum and, as a result of that breach, SAR Petroleum was forced to breach its contract with suppliers and subcontractors. The failure of Eel River (Peace Hills) to make timely progress payments and its insistence on holding back

funds, including the final advance of \$250,000, forced SAR Petroleum to breach its contracts with the suppliers and subcontractors (the “domino effect”). This argument brings into question the issue of damages and the related issues of impecuniosity, causation and foreseeability. Obviously, I am going to approach this case in the manner in which it was argued: whether Peace Hills is guilty of the intentional tort of inducing breach of contract.

X. The Essential Elements of the Tort

[39] My first task is to identify the essential elements of the tort of inducing breach of contract. Regrettably, the precise number varies from case to case and from commentator to commentator. In part, the lack of specificity can be explained by the fact some elements are easily satisfied and, therefore, properly ignored. Nonetheless, case law leads one to believe there are anywhere from three to seven essential elements (see respectively: *OBG Limited v. Allan*; *Correia v. Canac*; *Pavecare Industries (1989)Ltd*; *Brae Centre Ltd. v. 1044807 Alberta Ltd.* and *Gainers Inc. v. Pocklington Holdings Inc.* (2000), 271 A.R. 280, [2000] A.J. No. 1350 (QL), 2000 ABCA 307).

[40] On reflection and out of an abundance of caution, I have settled on eight elements: (1) there must have been a valid and subsisting contract between the plaintiff and a third party; (2) the third party must have breached its contract with the plaintiff; (3) the defendant’s acts must have caused that breach; (4) the defendant must have been aware of the contract; (5) the defendant must have known it was inducing a breach of contract; (6) the defendant must have intended to procure a breach of contract in the sense that the breach was a desired end in itself or a means to an end; (7) the plaintiff must establish it suffered damage as a result of the breach; and (8) if these elements are satisfied, the defendant is entitled to raise the defence of “justification”.

[41] The above framework is extracted from the cases cited to this Court, including this Court’s decision in *Walsh v. Nicholls*. In *OBG Limited v. Allan*, their Lordships dealt only with elements (2), (5) and (6). I also confess that the jurisprudence

reveals differences in wording when it comes to expressing a particular element. As well, it is easy to conflate some of the elements. For example, in *OBG Limited v. Allan*, Lord Hoffman appears to have analyzed element (5) as a component of element (6). In other words, to establish an intention to induce a breach of contract it is necessary to establish: (1) that the defendant knew its acts would induce a breach of contract; and (2) the defendant's acts were an end itself or a means to an end. What is important is that both points be addressed.

[42] The appellants object to the above framework in one respect. They insist that the requisite intention is established once the plaintiff shows that the defendant knew that it was inducing a breach of contract (element 5) and, therefore, the defendant cannot escape liability unless it establishes the defence of justification (element 8). I agree that prior to *OBG Limited v. Allan* some courts adopted that position. On the other hand, the validity of the objection may be more illusory than real for this reason. In cases where the plaintiff established that the defendant knew that its actions would result in the third party breaching the contract with the plaintiff, invariably the defendant would seek to justify its actions by showing it acted for a proper purpose: to protect its legitimate and existing contractual or proprietary rights. However, if the defendant has already established that it did not act for an improper purpose, that is to say did act out of malice or opportunistically, then it should follow that it must have acted for a proper purpose (to protect its existing contractual rights). In short, there is an apparent overlap when it comes to the defence of justification and the test of intention. The matter is discussed below.

A. *Elements (1) to (4)*

[43] There can be no breach of the plaintiff's contract unless it was a valid and subsisting contract. No one doubts a valid and subsisting contract existed between Eel River and SAR Petroleum for the construction of the Osprey Truck Stop. No one questions that the construction contract was breached in at least two respects. First, Eel River failed to make timely payments to SAR Petroleum with respect to invoices

approved by the construction consultant, an independent third party. Second, Eel River (Peace Hills) persisted with making holdbacks even though the construction contract dictated otherwise. This disposes of the first two elements of the tort.

[44] The next question, and the third essential element, is whether the acts of the defendant brought about the third party's breach of the plaintiff's contract. There is no doubt that Peace Hills, acting through its lawyer, caused Eel River to breach the terms of the construction contract with SAR Petroleum (e.g. insisting on holdbacks). Breach of the construction contract was a natural and foreseeable consequence of the failure of Peace Hills to make timely progress payments that did not provide for percentage holdbacks. At this point, I say nothing about the fact that Peace Hills' obligation to pay monies to Eel River through to SAR Petroleum is governed by another contract.

[45] The fourth essential element asks whether the defendant was aware of the plaintiff's contract with the third party. Intentional interference presupposes knowledge of the plaintiff's contract. Without knowledge there can be no intent and no liability. This leads one to ask whether mere knowledge of the contract is sufficient for purposes of establishing liability. The answer is a qualified "no". The defendant must also know of the contract's essential terms. However, the law assists the plaintiff by holding that a defendant who has the means of acquiring knowledge of the contract's terms and deliberately fails to do so will be deemed to have acquired the requisite knowledge. This understanding of the law accords with the general principle that a conscious decision not to inquire into the existence of a fact may be treated as the equivalent to knowledge of the fact (*OBG Limited v. Allan*, at para. 41).

[46] Returning to the facts of our case, the question to be asked is rather silly. Did Peace Hills know of the construction contract? There can be no doubt that the defendant Peace Hills and its lawyer knew of the underlying contract. They were provided with a copy. Certainly, Mr. McBrearty was provided with a copy and Peace Hills was well aware of the holdback provisions having raised the issue with its lawyer in December of 2002. In short, our defendants knew that the construction contract provided

for no holdbacks and, therefore, any delay in making payments would also be in breach of that contract. If in fact Peace Hills or Mr. McBrearty chose not to bother to read the terms of the contract, the law would normally deem them to have the requisite knowledge for purposes of establishing the third essential element of the tort (wilful blindness). This takes care of the fourth essential element.

B. *Element (5) – Defendant Knew Actions Would Cause Breach*

[47] The fifth essential element requires the plaintiff to establish that the defendant knew it was inducing the third party to breach its contract with the plaintiff. As Lord Hoffman pointed out in *OBG v. Allan*: “To be liable for inducing breach of contract, you must know that you are inducing a breach of contract.” On the other hand, if the defendant honestly believes that he or she is not acting in manner that causes a breach of the plaintiff’s contract with the third party, liability is avoided. One of the three appeals under consideration in *OBG Limited v. Allan* illustrates the application of these principles.

[48] In *Mainstream Properties Ltd. v. Young*, [2007] U.K.H.L. 21, [2008] A.C. 1, two employees of the plaintiff property company diverted a land development opportunity to a joint venture established by the two employees and the defendant who also provided financing for the project. Without that financing, the joint venture could not have acquired the property. Once the plaintiff learned of the wrongful diversion, it sued the employees and the defendant, alleging that the defendant was liable in tort for inducing breach of contract. The action failed at trial, on appeal, and in the House of Lords. Lord Hoffman referred to the trial judge’s finding that the defendant financier honestly believed that the two employees were not in breach of their employment contracts with the plaintiff. The defendant had raised, with the two co-defendants, the issue of a possible conflict of interest, but they assured him there was no conflict because the plaintiff had been offered the property but had declined the opportunity to purchase it. This assurance was not true. Lord Hoffman observed that the defendant was neither indifferent to the possible conflict of interest, nor could it be said that he made a

conscious decision not to inquire lest he discover a disagreeable truth. In these circumstances, the requisite intention to induce a breach of the employment contract was said to be missing. The defendant knew of the employment contract and of the employees contractual obligations. What he did not know was that his conduct would bring about a breach of the employment contract.

[49] In his reasons, Lord Hoffman cites *British Industrial Plastics Ltd. v. Ferguson* [1940] 1 All E.R. 479 (H.L.), as a case in which knowledge of the breach could not be established. In that case, the plaintiff's former employee offered the defendant information concerning a trade secret arising from an invention of the employee. The defendant knew the employee had a contractual obligation not to divulge trade secrets but held the eccentric opinion that if the process was patentable it would be the exclusive property of the employee. In short, the defendant took the information in the honest belief that the employee would not be in breach of his employment contract. The House of Lords agreed with the Court of Appeal that the defendant could not be held liable for inducing breach of contract. The trial judge had vindicated the defendant's "honesty" at the expense of his "intelligence" (see [1938] 4 All E.R. 504 at 513).

[50] Returning to the case under appeal, Peace Hills insists it had no knowledge that its actions would result in a breach of the construction contract between Eel River and SAR Petroleum. The essence of the argument is that the defendants had no knowledge that the holdbacks would result in a breach of the construction contract as not all of the financing was to come from Peace Hills; Eel River had to come up with another \$2 million. Therefore, the holdbacks would not necessarily result in SAR Petroleum going unpaid so long as Eel River dipped into its money source. With respect, I cannot accept this argument. By December of 2002, Peace Hills knew that Eel River needed money to honour its contractual obligations to SAR Petroleum (see paragraphs 13 and 14 of these reasons). Peace Hills also knew that the making of holdbacks was in breach of the underlying construction contract. Thus, the fifth essential element has been satisfied.

C. *Element (6) - Intention to Induce a Breach of Contract*

[51] The sixth essential element is generally regarded as the most problematic aspect of the tort of inducing breach of contract. At this juncture, the law holds that liability for inducing breach is dependent on establishing an intention to induce a breach. As such, negligent conduct is not actionable. The problem, of course, is anchored to the test to be applied for deciding whether the plaintiff has established the requisite intention. From the outset, the tort required the breach to be a result of wilful, deliberate and direct conduct which the defendant knew or hoped would result in a breach of the plaintiff's contractual rights. But once the law turns from the issue of whether the defendant intended to cause the plaintiff financial injury to the question of whether the defendant intended to induce or procure a breach of the plaintiff's contract with the third party, the search begins for a practical test for deciding what is meant by intention. This takes me to two paragraphs in Lord Hoffman's reasons in *OBG Limited v. Allan*:

The next question is what counts as an intention to procure a breach of contract. It is necessary for this purpose to distinguish between ends, means and consequences. If someone knowingly causes a breach of contract, it does not normally matter that it is the means by which he intends to achieve some further end or even that he would rather have been able to achieve that end without causing a breach. Mr. Gye would very likely have preferred to be able to obtain Miss Wagner's services without her having to break her contract. But that did not matter. Again, people seldom knowingly cause loss by unlawful means out of simple disinterested malice. It is usually to achieve the further end of securing an economic advantage to themselves. As I said earlier, the Dunlop employees who took off the tyres in *GWK Ltd. v. Dunlop Rubber Co Ltd.* (1926) 42 TLR 376 intended to advance the interests of the Dunlop company.

On the other hand, if the breach of contract is neither an end in itself nor a means to an end, but merely a foreseeable consequence, then in my opinion it cannot for this purpose be said to have been intended. That, I think, is what judges and writers mean when they say that the claimant must have been "targeted" or "aimed at". In my opinion the majority of the Court of Appeal was wrong to

have allowed the action in *Millar v Bassey* [1994] EMLR 44 to proceed. Miss Bassey had broken her contract to perform for the recording company and it was a foreseeable consequence that the recording company would have to break its contract with the accompanying musicians, but those breaches of contract were neither an end desired by Miss Bassey nor a means of achieving that end. [paras. 42-43]

[52] I draw from the above passages the test for establishing an intention to induce a breach of contract: the plaintiff must show the breach was an end in itself or a means to an end. With respect to the breach being an end in itself, there are few reported cases in which a defendant has targeted the plaintiff out of a sense of malice. However, in *Walsh v. Nicholls*, this Court established that the tort of inducing breach of contract could be applied to adjusters acting on behalf of insurers in circumstances where the adjuster failed to act in good faith (with malice) when processing an insurance claim. See also *Drouillard v. Cogeco Cable Inc.*, released one day before *OBG Limited v. Allan*, where the defendant convinced the third party to terminate the plaintiff's employment for no commercial advantage other than to punish the plaintiff who was a former employee of the defendant. By contrast, most cases involve defendants who are accused of "deliberate commercial wrongdoing": *Correia v. Canac, supra*.

[53] Lord Hoffman's formulation of the intention test makes eminent good sense. It accords with what I regard to be one of the tort's primary objectives: to protect contractual rights by placing limits on the ability of persons to pursue their economic self-interests, in a competitive marketplace, without due regard for the contractual rights of others. *Lumley v Gye* is the classic example. The law seeks to discourage those who deliberately embark on a course of action with the object of obtaining a contractual benefit promised to another. Similarly, those who pursue a course of action designed to bring about a breach of contract with a view to realizing an economic benefit or advantage for themselves or their principals at the expense of others should not be able to escape the grasp of this intentional tort. Such conduct qualifies as unacceptable commercial behaviour, best summed-up in the word "opportunism". On the other hand,

defendants who in good faith are pursuing their economic interests in accordance with existing contractual rights will fall outside the intended scope of the tort. Certainly they cannot be accused of acting for an improper purpose.

[54] The Supreme Court of Canada's decision in *Jones v. Fabbi* is also illustrative of the principle that liability for inducing breach of contract may result if the breach is classified as a means to an end. While the legal analysis offered was not as exhaustive as the one provided in *OBG Limited v. Allan*, the message is the same. In *Jones v. Fabbi*, the plaintiff signed a contract with milk producers to transport milk by bulk milk tankers to the defendant dairy operators. Subsequently, the dairy operators advised the milk producers they would be taking over the transport of the milk and in response, the milk producers effectively repudiated their contract with the plaintiff. The plaintiff's action for inducing breach of contract was successful in the British Columbia Court of Appeal and in the Supreme Court. The latter Court held:

In my opinion, the conduct of the defendants in the first action went beyond merely incidental interference with [the plaintiff's] contracts with the producers in pursuit of the defendants' own interests. This is not a case where the defendants merely caused a breach of contract, although knowing of its existence, in pursuit of a different object of their own, but one where there was an intentional and knowing procurement of the breach through pressure on the contracting producers in pursuance of the same object as that realized by [the plaintiff] in consummating his contracts with the producers: [case omitted]. [p. 52]

[55] In brief, if the breach of contract were neither an end in itself nor a means to an end, one must conclude that it was unintended. Hence, if the defendant did not act out of malice or obtain an economic advantage as a result of the breach, it should follow that the requisite intention is absent and the tort action must fail. Lord Hoffman cites one case which illustrates clearly the proper application of the test for intention. The case is *Millar v. Bassey*, [1993] E.W.J. No. 5409 (QL), [1994] E.M.L.R. 44 (C.A.). No doubt Shirley Bassey's breach of her contract with the recording company had the foreseeable

consequence that the recording company would breach its contracts with the accompanying musicians. In short, she knew or was deemed to have known of the contracts with the accompanying musicians. But as Lord Hoffman observed, breaches of those contracts was neither an end desired by Ms. Bassey nor a means of achieving that end. More pointedly, Ms. Bassey did not seek to achieve a benefit or advantage that would have otherwise accrued to the musicians but for her breach. She simply decided to withdraw from her contract and suffer the legal fate of any contract breaker: to pay damages.

[56] Applying the above framework to the undisputed facts of the present case, there can be no doubt that Peace Hills lacked the requisite intention to induce a breach of the construction contract. First, SAR Petroleum properly concedes that Peace Hills did not act out of malice. In other words, breach of the construction contract was not an end in itself. This leads us to ask whether the breach was a means to an end. But it is equally clear: no distinct economic benefit or advantage accrued to Peace Hills because of the breach of the construction contract between Eel River and SAR Petroleum. In other words, Peace Hills did not gain an advantage over and above that to which it was entitled under its loan agreement with Eel River. Most certainly, Peace Hills did not profit from the breach in the way that Mr. Gye would have profited from Ms. Wagner's breach of contract with Mr. Lumley, but for the court injunction. Nothing that Peace Hills did qualifies as improper or opportunistic conduct. Thus, the element of intention has not been satisfied and the tort action must fail.

[57] It has not escaped my attention that Lord Hoffman's formulation of the intention test may be recast as a test to determine whether the defendant acted for an improper purpose (maliciously or opportunistically). The flip side of the coin is to ask whether the defendant acted for a proper purpose. As stated earlier, it should follow that if the defendant did not act for improper purpose it must have acted for a proper one. If we take the test of intention to be whether the desired breach was a means to an end or an end in itself, and we leave aside cases of malice, we are left with deciding whether the defendant sought a commercial or economic advantage that crossed the Rubicon from

acceptable commercial behaviour to unacceptable or opportunistic behaviour. If the defendant did not cross the Rubicon, it is because he or she acted for what the law considers a proper purpose. Of course, the more difficult task is to reach an accord with respect to what qualifies as a proper, as opposed to an improper, purpose. Fortunately, for purposes of deciding this appeal, it can be safely assumed that it is proper for a defendant to pursue a course of action consonant with protecting its legitimate and existing contractual or proprietary rights with the third party. In short, once the intention test is framed in terms of the defendant not acting for an improper purpose (means to an end), it is only logical that the defendant would want to show that it acted for a proper purpose: the pursuit and preservation of existing contractual rights with the third party.

[58] Legal curiosity would lead any jurist to ask: Why did Peace Hills fail to make timely and full progress payments, on behalf of Eel River, to SAR Petroleum? To me, there are two obvious responses. First, Peace Hills was acting in its best interests having regard to its perceived legal rights under the loan agreement. Second, all of the decisions taken by Peace Hill were based on the advice provided by its legal counsel, Mr. McBrearty. The motion record is replete with documents that corroborate the contention that Peace Hills was acting in accordance with the directions received from its lawyer. The affidavit of John Salisbury referred to earlier in these reasons acknowledges that it was Mr. McBrearty who advised and instructed Peace Hills when to make the advances and how much to advance. It was Mr. McBrearty who advised and instructed Peace Hills and Eel River with respect to the final payment of \$250,000. Peace Hills continues to hold back \$250,000 acting on Mr. McBrearty's advice and instructions. In my view, these two reasons confirm that Peace Hills lacked the requisite intention to induce breaches of the construction contract.

[59] Needless to say, the above analysis does not accord with the appellants' argument. They rightly point out there is no need for the plaintiff to prove malice or ill-will on the part of the defendant. The appellants, however, go on to insist that: "If the act which induced the breach was intended, the motives of the defendant are immaterial." In short, the appellants argue that if Peace Hills intended to make the holdbacks knowing

that this would lead to a breach of the construction contract, the requisite intention has been established. In my respectful view, the argument is flawed in the following respect. The question is not whether the acts leading to or causing the breach were intended (of course they were), but rather whether there was an intention to bring about a breach of the contract in the sense that the breach was an end in itself or a means to an end.

[60] The appellants' collateral argument is that, according to the Canadian jurisprudence, the test of intention is met once the plaintiff establishes that the defendant knew its actions would induce a breach of contract. Once established, the defendant is left with the defence of justification. As stated earlier, there is jurisprudence pre-dating *OBG Limited v. Allan* to support the appellants' contention. However, the subsequent decision of the Ontario Court of Appeal in *Correia v. Canac Kitchens* expressly adopts Lord Hoffman's approach. The appellants argued otherwise on the basis of these comments from that decision:

The Lords defined the elements of the tort of inducing breach of contract as follows: (1) the defendant had knowledge of the contract between the plaintiff and the third party; (2) the defendant's conduct was intended to cause the third party to breach the contract; (3) the defendant's conduct caused the third party to breach the contract; (4) the plaintiff suffered damage as a result of the breach (see *OBG* at paras. 39-44 (Hoffman L.)). The Lords confined the tort to cases where the defendant actually knew that its conduct would cause the third party to breach (it is not enough that the defendant ought reasonably to have known that its conduct would cause the third party to breach); the defendant must have intended the breach (it is not enough that a breach was merely a foreseeable consequence of the defendant's conduct); and there must be an actual breach (it is not enough for the conduct to merely hinder full performance of the contract). [para. 99]

[Underlining added by Robertson J.A.]

[61] The appellants placed great reliance on *369413 Alberta Ltd. v. Pocklington*. In my view, the case is compatible with the framework outlined in these reasons. The case involves the liability of a corporate director for the tort of inducing the

corporation to breach its contract with the plaintiff, a secured creditor of the corporation. Parenthetically, this category of case is truly problematic. Too frequently, plaintiffs invoke the tort with a view to piercing the corporate veil knowing full well that all corporations must act through their alter ego. In law, the directors' acts are those of the corporation and a corporation cannot induce a breach of its own contract. Nonetheless, there are cases whether the tort is validly invoked and *369413 Alberta Ltd. v. Pocklington* is one of them. The defendant, the well-known Mr. Pocklington, was the sole director and beneficial shareholder of "Gainers", which was deeply indebted to the Province of Alberta. The day before the Province called in its loan, Mr. Pocklington directed Gainers to transfer a valuable asset to his own corporation in breach of the loan agreement. As it should happen, the transfer was beyond the Province's reach. The Province sued Mr. Pocklington for inducing Gainers' breach of contract and lost at trial. The appeal was allowed. In comprehensive reasons, the Alberta Court of Appeal found that Mr. Pocklington did not act under the *bona fide* belief that the transfer would not be in breach of Gainers' contract with the Province. Had he so acted, no liability would have attached, even though the belief turned out to be mistaken. On the facts, the court found that Mr. Pocklington's wilful blindness and clear indifference satisfied the intent component of the tort (see also *Imperial Oil Ltd. v. C & G Holdings Ltd.* (1989), 78 Nfld. & P.E.I.R. 1 (NLCA), [1989] N.J. No. 228 (QL); *McFadden v. 481782 Ontario Ltd.* (1984), 47 O.R. (2d) 134 (H.C.J.), [1984] O.J. No. 3268 (QL), and W.A. Richardson, *Making an End Run Around the Corporate Veil: The Tort of Inducing Breach of Contract*, (1984) 5 Advocates' Q. 103.)

[62] In certain respects, the reasoning of the court in *369413 Alberta Ltd. v. Pocklington* has been eclipsed by the House of Lords decision in *OBG Limited v. Allan*, but the result in the Alberta case is unassailable. In his capacity as the sole director of Gainers, Mr. Pocklington induced that corporation to breach its contract with the Province with the object of benefiting himself at the expense of the Province and in circumstances where the Province had no adequate remedy against the corporation. It was a classic case of "opportunism", in my view, and on all fours with the decision in *Lumley v. Gye*.

[63] The appellants also drew our attention to two other cases. The first is *Brae Centre Ltd. v. 1044807 Alberta Ltd.* The defendant in that case was a director of a corporate tenant which had abandoned leased premises and was being sued by the landlord for inducing breach of the leasing contract. In this decision, the Alberta Court of Appeal quite properly points out the evils of using the tort of inducing breach of contract as a convenient way to pierce the corporate veil. The Court of Appeal went on to speak of the mental element of the tort (intention) and, relying on earlier jurisprudence and Lewis N. Klar, *Tort Law*, 3d ed. (Toronto: Thomson Carswell, 2003), acknowledged that: “intention is proven by showing that the defendant acted with the desire to cause a breach of contract” (para. 27). The Court also acknowledged that a defendant who acts under the *bona fide* belief that contractual rights will not be infringed is immune from liability. However, the defendant cannot act recklessly or with wilful blindness. The Court of Appeal allowed the appeal and sent the case back to the trial judge to decide whether the defendant’s conduct met the test of *bona fides*. As best I can determine, the decision does not undermine anything said in these reasons.

[64] Finally, the appellants cite *Tierco Inc. v. YHI (Canada) Inc.* in support of their position. This is a case in which the court refused to grant summary judgment. The plaintiff Tireco was the exclusive North American distributor of tires manufactured by “NanKang”. The exclusive distributorship agreement prohibited Nankang from selling its tires, directly or indirectly, to anyone other than Tireco. In late 2006, Tireco learned that “YHI” was selling tires in the Toronto area and in January of 2007, Tireco wrote to YHI advising them of the exclusive distributorship agreement. YHI kept on selling Nankang tires. Tireco sued YHI for inducing breach of contract and causing loss by unlawful means. The motion judge properly noted that the tort of inducing breach of contract did not require an unlawful act and that the essence of the tort is intending to and bringing about the breach of another party’s contract with the plaintiff. Admittedly, the motion judge held: “If a defendant engages in contractual relations with a third party that, to its knowledge, are incompatible with the third party’s obligations to the plaintiff, the elements of the intent and inducement are established” (para. 20). The motion judge cites *OBG limited v. Allan* in support of that proposition. With great respect, that decision does

not support such a proposition. I say no more of this case other than to note I agree in the result. The facts of the case fall squarely on all fours with *Lumley v Gye*.

[65] In summary, the test of intention has not been satisfied. The appellants are unable to establish that breach of the construction contract between Eel River and SAR Petroleum was a desired end in the sense the breach was an end in itself or a means to an end. In short, Peace Hills did not act for an improper purpose but only a proper one. It sought to protect its legitimate commercial interests by acting on the instruction and advice of its solicitor. Moreover, as there is no triable issue of fact surrounding this essential element, I am driven to conclude that the motion judge did not err in dismissing the appellants' action against Peace Hills.

D. *Element (7) - Damages*

[66] In light of the above findings, it is simply unnecessary to deal with the question of damages. I do so for a limited purpose. This is a convenient place to deal with the appellants' argument that the motion judge erred in holding that the failure of Peace Hills to provide an Affidavit of Documents, in response to the appellants' request, was not fatal to the motion for summary judgment. It is my view there are a number of triable issues surrounding the issues of damages and an exchange of affidavits would have been required had it been necessary to address the issue of damages.

[67] The appellants claim the motion judge erred in holding that the failure of Peace Hills to provide an Affidavit of Documents, in response to the appellants' request, was not fatal to the motion for summary judgment. The motion judge concluded that "[t]here are no answers to controversial questions within documents held exclusively by one party. Everything is known and undisputed." The motion judge reached his conclusion after examining this Court's decision in *Whelton v. Mercier* and acknowledging that an affidavit is "generally indispensable in uncovering the truth". As Drapeau C.J. stated: "This is particularly so in cases such as the present, where the

answer to controversial questions lie deep within the documents held exclusively by one party” (para. 26).

[68] The appellants list nine controversial questions or issues which are disputed. For example, the question of whether Peace Hills had knowledge of the fact that SAR Petroleum’s suppliers and subcontractors were not being paid has yet to be decided. I agree the question is relevant to the issue of damages, but it has no bearing on whether the essential element of intention is present. The same reasoning applies to other questions. I examine two for purposes of illustration: Pursuant to what right does Peace Hills continue to withhold payment of \$250,000 to SAR Petroleum, and is there collusion between Eel River and Peace Hills to withhold payment of this sum so as to unjustly enrich Eel River? The short response is that those questions do not touch upon the tort of inducing breach of contract, and no claim for unjust enrichment is set out in the Statement of Claim. In effect, the appellants are claiming that Peace Hills is under a legal obligation to make the final advance because work on the construction project was completed. The reality is that the obligation to advance the final payment is owed to Eel River and not SAR Petroleum. However, I want to make clear this is not a case where a borrower and lender entice a contractor into doing work only to have the lender refusing to advance any funds. If those were the facts, the plea of causing loss by unlawful means might arguably come into play, as might other legal doctrines. But those are not the facts of our case.

[69] In conclusion, the motion judge was correct in holding that the failure to exchange Affidavits of Documents was not fatal to the motion for summary judgment. Any documents that do exist and have not been disclosed would not and could not reasonably impact on the pivotal issue of whether there was an intention on the part of Peace Hills to induce a breach of contract.

E. *Element (8) – The Defence of Justification*

[70] It should follow that, once the essential element of intention is found lacking, there is no need to move to the defence of justification. I do so for two reasons. First, as noted earlier, there is an apparent overlap of the test of intention with the defence of justification. Second, much of the argument before the motion judge and this Court focused on whether the actions of Peace Hills were justified under the terms of the loan agreement between Peace Hills and Eel River. Recall, the motion judge held that the terms of that agreement permitted Peace Hills to do what it did.

[71] There is only one passing reference in *OBG Limited v. Allan* to the defence of justification and it does not come from Lord Hoffman's reasons. It is Lord Nicholls who acknowledges the defence and the decision in *Edwin Hill v. First National Finance Corp.* (1988), [1989] 1 W.L.R. 225 (C.A.). Professor Osborne refers to this case as one of the few useful modern authorities on the subject of justification: P.H. Osborne, *The Law of Torts*, 2d ed. (Toronto: Irwin Law, 2003) at p. 300.

[72] In *Edwin Hill*, the defendant bankers held a first legal charge on freehold property as security for the indebtedness of a developer who was unable to repay the loan or finance the development of the land for which the plaintiffs had been appointed as architects. The defendant agreed to provide the necessary financing on the condition the architects be replaced by other architects. The developer therefore dismissed the architects who claimed damages against the defendants for procuring a breach of their contract with the developer. It was held that although the defendants intentionally interfered with the plaintiffs' contract, the interference was justified as being in defence and protection of an equal or superior right of the defendants under the legal charge to be paid and, therefore, the interference was not actionable (see also *Bank of Nova Scotia v. Gaudreau* (1984), 48 O.R. (2d) 478 (H.C.J.) [1984] O.J. No. 3385 (QL)).

[73] It seems to me that the defence of justification, as applied in *Edwin Hill*, has been incorporated into the test of intention as articulated in *OBG Limited v. Allan*. As

stated earlier, if we take the test of intention to be whether the desired breach was a means to an end or an end in itself, and we leave aside cases of malice, we are left with deciding whether the defendant sought a commercial or economic advantage that crossed the Rubicon from acceptable commercial behaviour to unacceptable or opportunistic behaviour. If the defendant did not cross the Rubicon, it is because he or she acted for what the law considers a proper purpose. The most persuasive way of demonstrating a proper purpose is for the defendant to show that its actions were carried out with a view to protecting its legitimate and existing contractual or proprietary rights with the third party. In short, once the intention test is framed in terms of the defendant not acting for an improper purpose (means to an end), it is only logical that the defendant would want to show that it acted for a proper purpose: the pursuit and preservation of existing contractual rights with the third party. This is why the test of intention overlaps with the defence of justification as it was applied pre *OBG Limited v. Allan*. I must confess, however, that I have not been able to isolate a case in which the defendant was held to have acted for an improper purpose (maliciously or opportunistically) and yet was able to avoid liability by invoking the justification defence. Perhaps this explains why Lord Hoffman made no mention of the defence in his reasons for judgment.

[74] This leads me to the appellants' argument that Peace Hills could not shelter itself from liability because the motion judge erred in concluding that Peace Hills had a contractual right to do what it did under the terms of the loan agreement. The appellants insist that the motion judge and Peace Hills have misinterpreted Articles 10 and 11 of that agreement. This argument forces us to address another legal question. If the defendant is pursuing its legitimate interests under its contract with the third party, but misinterprets that contract, does this omission impact on the defendant's liability? Surely, the answer has to be "no". How can the defendant's negligent misinterpretation of its contractual rights with a third party be converted into the intentional tort of inducing breach of the plaintiff's contract with the same third party? It cannot, in the same way the defendant's misguided belief that his or her actions will not result in a breach of the plaintiff's contract with the third party is not a sufficient basis for holding the defendant liable. Provided the defendant acted in good faith (without malice) liability in tort is

avoided. This is why it makes no difference whether the motion judge erred with respect to his interpretation of the contractual provisions cited above. No one argues that Peace Hills' conduct breached the good faith standard. However, I caution, if the defendant is wilfully blind or indifferent to what his or her contractual rights or restrictions may be, the result may well be different (*Walsh v. Nicholls, OBG Limited v. Allan and 369413 Alberta Ltd. v. Pocklington*).

[75] The appellants cite one decision in support of the proposition that the defence of justification fails if the defendant's reliance on a perceived contractual right is shown to be in error (based on an innocent misinterpretation of the law). In other words, the appellants insist that the defendant remains liable even if he or she acted in good faith with respect to interpreting their legal rights under his or her contract with the third party. The case cited is *Thermo King Corp v. Provincial Bank of Canada* (1981), 34 O.R. (2d) 369 (C.A.), [1981] O.J. No. 3136 (QL), leave to appeal refused [1982] S.C.C.A. No. 251 (QL). The essential facts are as follows. The defendant Bank had extended a line of credit to Hamilton Transport which was deeply indebted to the Bank. Hamilton Transport was a franchised dealer of the plaintiff, Thermo King. Typically, Hamilton Transport would obtain an order from its customers and then buy the goods from Thermo King by delivering a cheque to the Bank and in return receive a bank draft payable to Thermo King. On June 25, 1976, the principal of Hamilton Transport attended at the Bank to deposit cheques totaling over \$100,000, including cheques from three of Hamilton Transport's customers. The principal then asked for a bank draft payable to Thermo King. The Bank imposed a condition precedent (certification of the cheques) to the issuance of the draft and the principal complied with the condition, only to subsequently learn that the Bank had applied the \$100,000 against the debt owing by Hamilton Transport.

[76] Thermo King sued the Bank for inducing a breach of contract. As a matter of law, it was found that the Bank did not have the legal right to do what it did. The trial judge would have held the Bank liable but for his finding of "reasonable justification". The trial judge held the Bank had not acted with the intention of inflicting harm on the

plaintiff but rather to protect the Bank's legitimate interests and, therefore, the Bank did not commit a "wrongful act". The Ontario Court of Appeal viewed the matter differently. The Court of Appeal held the Bank had no authority to refuse to follow its customer's instructions once the condition precedent was met. Rather, the \$100,000 deposit "presented too good an opportunity to be missed" and that is why the Bank "lowered the boom" on Hamilton Transport. But for the fact that the Bank misled its customer, the defence of justification might have succeeded. In my respectful view, the case is an exception to the general rule that a banker is entitled to put his or her own interests ahead of the conflicting interests of the banker's customer or those dealing with the banker's customer. There are limits to the defence that the defendant acted in furtherance of his or her contractual or proprietary rights. The decision in *Thermo King* illustrates this point. Others may read the decision differently. I decline from commenting further as it is for the Ontario Court of Appeal to confirm the precedential significance of that case having regard to its subsequent jurisprudence in *Correia v. Canac Kitchens* and *Drouillard v. Cogeco Cable Inc.*

[77] It is important to recognize that even if Peace Hills had decided to breach its contract with Eel River, by not advancing the last \$250,000 of the loan, this breach does not translate into an actionable wrong by Peace Hills. Recall that in *Millar v. Bassey*, Ms. Bassey deliberately breached her contract with the recording company which resulted in the recording company breaching its contract with the accompanying musicians. Yet, according to the House of Lords, Ms. Bassey would not have been liable to the musicians and, therefore, the Court of Appeal should have granted summary judgment dismissing the action against Ms. Bassey rather than letting the action proceed to trial. Her liability was to the recording company and her obligation to pay damages based on the principles of *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Exch. 341, 156 E.R. 145 might even extend to the recording company's liability to the musicians for breaches of their contract. Similarly, even if it could be said that Peace Hills deliberately breached its loan agreement with Eel River and as a consequence Eel River breached its contract with SAR Petroleum, Peace Hills would not be liable to SAR Petroleum for intentionally inducing a breach of contract for this reason. The breach of the construction contract was a natural

and foreseeable consequence of the breach of the loan agreement, but the breach was neither an end in itself (malice) nor the means to an end (a distinct economic advantage accruing to Peace Hills other than protecting its pre-existing rights under the loan agreement).

[78] In summary, I am of the view that Peace Hills was justified in doing what it did (acted for a proper purpose). Above all else, liability does not attach simply because Peace Hills or its lawyer may have misinterpreted the former's legal rights under its loan agreement with Eel River. Negligent interpretation of a contractual right does not lead to liability for the tort of inducing breach of contract.

XI. Disposition

[79] Subject to the order below being amended to delete the obligation of the appellants to provide Mr. McBrearty with security for costs, I would dismiss the appeal with costs of \$3,500.

LE JUGE ROBERTSON

I. Introduction

[1] Il s'agit d'un appel d'une décision dans laquelle un jugement sommaire a été accordé et l'action des demandeurs rejetée en ce qui concerne un des deux défendeurs en cause. Dans l'exposé de la demande, les demandeurs prétendent avoir subi une perte purement financière imputable à une atteinte aux rapports contractuels. Plus précisément, les demandeurs invoquent le délit civil intentionnel d'incitation à rupture de contrat. Les cas faciles sont ceux où le défendeur incite délibérément le tiers à rompre son contrat avec le demandeur afin que le défendeur puisse obtenir l'avantage qui serait accru au demandeur n'eût été la rupture du contrat. C'étaient là les faits dans l'arrêt de principe *Lumley c. Gye* (1853), 2 E & B 216, 118 E.R. 749. Chose curieuse, en dehors du domaine des relations de travail il n'existe qu'une seule décision de la Cour suprême où il est question de ce délit et elle a été rendue il y a plus de trente-cinq ans : *Fabbi et al. c. Jones*, [1973] R.C.S. 42, [1973] A.C.S. n° 74 (QL). Plus récemment, dans l'arrêt *Walsh c. Nicholls*, (2004), 273 R.N.-B. (2^e) 203, [2004] A.N.-B. n° 281 (QL), 2004 NBCA 59, notre Cour a établi que le délit civil d'incitation à rupture de contrat pouvait s'appliquer aux experts en sinistres qui agissent pour le compte d'assureurs dans une situation où l'expert en sinistre n'a pas agi de bonne foi (dans l'intention de nuire ou par malveillance) en traitant une demande de règlement.

[2] Il existe également une décision anglaise qui est d'une grande utilité en ce qui concerne la généalogie et la physiologie des délits économiques intentionnels : *OBG Limited c. Allan*, [2007] U.K.H.L. 21. Cette décision a été citée et approuvée au Canada. Pour les fins du règlement du présent appel, cette décision est importante parce qu'elle nous éclaire sur les aspects les plus épineux du délit d'incitation à rupture de contrat : elle fournit une explication utile de la condition fondamentale qui veut que l'on établisse l'existence d'une « intention » d'inciter quelqu'un à rompre son contrat. Comme nous le

verrons, cette condition fondamentale est la pierre angulaire sur laquelle doit s'appuyer le présent appel.

[3] La genèse de la présente poursuite réside dans un contrat en vue de la construction d'un poste d'essence et d'un dépanneur d'une valeur de 4,9 millions de dollars au titre duquel la propriétaire avait besoin d'un financement de 3 millions de dollars. Bien que l'entrepreneure demanderesse invoque la rupture du contrat de construction, elle a estimé qu'elle n'avait rien à gagner, sur le plan pratique, à poursuivre la propriétaire. L'entrepreneure a plutôt poursuivi la prêteuse et l'avocat de la prêteuse pour le motif qu'en omettant intentionnellement de faire les paiements proportionnels en temps voulu et en retenant illégitimement la dernière avance sur le prêt (250 000 \$), ils avaient incité la propriétaire à violer les clauses du contrat de construction. L'entrepreneure prétend donc que les deux défendeurs doivent être tenus délictuellement responsables d'incitation à rupture de contrat. L'entrepreneure prétend également que ces actes intentionnels l'ont amenée à manquer à l'obligation contractuelle qu'elle avait de payer ses sous-traitants et ses fournisseurs (la prétention qui « se greffe » à la première). Au total, la demande en dommages-intérêts de l'entrepreneure s'établit à près de 1,9 million de dollars. Près de 1,2 million de dollars est lié à des contrats passés avec ses fournisseurs et sous-traitants. Cela est vrai même si la prêteuse a intégralement avancé le prêt de 3 millions de dollars, moins la somme de 250 000 \$, et malgré le fait que l'entrepreneure a fixé à 52 000 \$ les intérêts courus attribuables au retard à faire les paiements proportionnels.

[4] Les demandeurs, qui sont maintenant appelants, prétendent que la décision rendue par le tribunal d'instance inférieure comporte quatorze erreurs : neuf erreurs de fait et quatre erreurs de droit. Malgré l'abondance des questions à trancher et un dossier afférent à la motion qui compte près de huit cents pages, la présente instance n'est pas sans en rappeler d'autres. Au bout du compte, les véritables questions en litige se frayent un chemin jusqu'au stylo du décideur une fois que l'affaire est dépouillée de ses éléments non essentiels. J'estime que le juge saisi de la motion n'a pas commis d'erreur justifiant l'infirmité de sa décision en rendant un jugement sommaire en faveur de la prêteuse et

en rejetant l'action que l'entrepreneure avait engagée contre cette défenderesse. (L'avocat de la prêteuse, qui était aussi co-défendeur, n'était pas partie à la motion). Les appelants sont incapables d'étayer l'existence d'une question justiciable lorsqu'il s'agit d'établir l'« intention » d'inciter quelqu'un à rompre son contrat. Une conclusion d'intention exige davantage qu'une conclusion selon laquelle le défendeur était au courant de l'existence du contrat et a agi en sachant que sa conduite inciterait quelqu'un à le rompre. Les propositions générales suivantes soulignent la valeur de précédent de la présente instance.

[5] Le délit civil en question a notamment pour objet de protéger les droits contractuels en imposant des limites à la capacité des personnes de servir leurs propres intérêts financiers, dans un marché compétitif, sans tenir compte des droits contractuels d'autrui. Ce délit n'a jamais été destiné à constituer un mécanisme juridique commode permettant de contourner la doctrine de la « connexité contractuelle » dans les instances comportant un lacs de relations commerciales interreliées. Ainsi, dans le cas où le demandeur et le défendeur ont tous deux des liens contractuels avec un tiers, en vertu de contrats distincts et séparés, et où le défendeur, agissant dans l'exercice de ses droits contractuels, adopte une ligne de conduite qui force le tiers à rompre son contrat avec le demandeur, la responsabilité du défendeur n'est pas engagée du simple fait qu'il savait que la rupture s'ensuivrait. Cela reste vrai même si le défendeur a mal interprété ses droits contractuels. Si le défendeur a agi de bonne foi, sa responsabilité n'est pas engagée. La conduite négligente n'est pas susceptible d'action dans les instances se rapportant à un délit intentionnel. Par-dessus tout, le simple fait d'avoir su qu'une rupture s'ensuivrait est insuffisant pour satisfaire au critère préliminaire qu'est l'intention. De plus, il faut que la rupture ait été un [TRADUCTION] « objectif souhaité ». Cela veut dire que la rupture du contrat doit être une fin en soi ou un moyen de parvenir à une fin. La malveillance envers le demandeur ou l'intention de lui nuire sont considérées comme une fin en soi. La recherche d'un profit ou d'un avantage financier au détriment de la préservation des droits contractuels existants est considérée comme un moyen de parvenir à une fin. Ce genre d'objectif empêche [TRADUCTION] l'« opportunisme » comme cela était le cas dans l'affaire *Lumley c. Gye*. Par ailleurs, et en règle générale, le défendeur ne

peut être accusé d'avoir eu un comportement opportuniste si ses actes visaient à protéger ses propres droits contractuels ou de propriété.

[6] En somme, personne n'accuse la prêteuse défenderesse d'avoir agi par malveillance envers l'entrepreneure demanderesse dans le but de lui causer un préjudice financier; la prêteuse n'a pas non plus adopté une ligne de conduite visant à obtenir un profit ou un avantage financier qui serait accru à l'entrepreneure n'eût été la rupture du contrat; et la prêteuse n'a pas non plus obtenu un profit ou avantage financier additionnel par suite de la rupture, par la propriétaire, du contrat de construction. Rien n'indique qu'il y aurait eu un comportement opportuniste de la part de la défenderesse. Il est certain que rien n'indique que la défenderesse aurait agi pour une fin que l'on pourrait qualifier de « répréhensible » ou d'« illégitime ». Par ailleurs, certains éléments donnent à penser que la défenderesse a agi dans un but légitime. Comme le juge saisi de la motion l'a si justement conclu, la prêteuse [TRADUCTION] « ne faisait que protéger ses intérêts ». Mieux encore, la prêteuse agissait sur les conseils et suivant les instructions de son avocat.

II. Le contexte

[7] L'« entrepreneure » est SAR Petroleum Inc., compagnie personnalisée en Nouvelle-Écosse et une des parties demanderesse dans l'action sous-jacente. Les autres parties demanderesse résident en Nouvelle-Écosse et sont ou étaient des dirigeants ou employés de SAR Petroleum. La « propriétaire » est la Première nation d'Eel River Bar du Nouveau-Brunswick. La « prêteuse » défenderesse est la Société de fiducie Peace Hills, une [TRADUCTION] « société de fiducie des Premières nations » constituée en vertu d'une loi fédérale, la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, L.C. 1991, ch. 45, ayant une succursale à Fredericton. L'« avocat » défendeur, M^c McBrearty, exerce le droit au Nouveau-Brunswick. Il a représenté à la fois la Première nation d'Eel River et la société Peace Hills pour ce qui concerne l'aspect financement du projet de construction. M^c McBrearty est également défendeur dans une demande entre défendeurs déposée par Peace Hills. Bien qu'il ait été désigné comme partie dans l'intitulé de l'instance, et

comme avocat commis au dossier sur la page titre des motifs de décision du juge saisi de la motion, on nous dit que M^e McBrearty n'était pas partie à la motion. Avec l'accord de mes collègues, l'intitulé de l'instance a été modifié pour refléter cette réalité. Ainsi, la participation de M^e McBrearty découle de deux affidavits qu'il a faits à l'appui de la motion de Peace Hills.

[8] Peace Hills a déposé une seule motion en vue d'obtenir des mesures réparatoires, motion dans laquelle elle a invoqué quatre dispositions des *Règles de procédure*. Premièrement, elle a demandé un jugement sommaire pour le motif que l'action est sans fondement (règle 22.01(3)). Deuxièmement, elle a demandé la radiation de l'exposé de la demande pour le motif qu'il ne révèle aucune cause d'action raisonnable (règle 23.01(1b)). Troisièmement, Peace Hills a demandé la radiation de l'exposé de la demande des demandeurs pour le motif qu'il est scandaleux, frivole ou vexatoire et constitue un usage abusif de la procédure judiciaire (règle 27.09b)). Finalement, Peace Hills a sollicité des demandeurs une sûreté en garantie des dépens (règle 58.01).

[9] Le juge saisi de la motion a rejeté la motion en radiation de l'exposé de la demande pour défaut de révéler une cause d'action raisonnable et la motion en radiation pour le motif que l'action était scandaleuse. Toutefois, il a accueilli la motion en vue d'obtenir un jugement sommaire après avoir conclu que l'action engagée contre Peace Hills était [TRADUCTION] « sans fondement ». De plus, le juge saisi de la motion a ordonné aux demandeurs de verser une sûreté en garantie des dépens, dont le montant s'établissait à 37 000 \$, pour chacun des défendeurs. Puisque M^e McBrearty n'était pas partie à la motion et puisque la motion ne visait à obtenir une sûreté en garantie des dépens qu'en ce qui concernait la défenderesse Peace Hills, et étant donné que cette méprise est un des moyens d'appel, l'ordonnance rendue en première instance doit être modifiée afin d'en supprimer toute mention du défendeur, M^e McBrearty. Puisqu'il n'y a pas d'appel reconventionnel, il s'agit en l'espèce d'un appel de la décision qui a accordé un jugement sommaire à Peace Hills en vertu de la règle 22.01(3).

[10] Une des tâches plus difficiles, dans le cadre d'une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire, consiste à séparer les faits sur lesquels les parties s'entendent de ceux qui sont considérés comme des allégations et qui constituent des questions justiciables pertinentes pour les fins du règlement définitif de la demande. En ce qui concerne la preuve par affidavit, le juge saisi de la motion a le droit de ne tenir aucun compte d'une « déclaration des faits dont la crédibilité et la fiabilité sont douteuses en soi » : *Caissie c. Sénéchal Estate et al.* (2001), 237 R.N.-B. (2^e) 232, [2001] A.N.-B. n^o 120 (QL), 2001 NBCA 35, au par. 24, motifs du juge d'appel Drapeau, par la suite devenu juge en chef. En outre, le juge saisi de la motion a l'avantage de disposer d'une preuve documentaire qui soit corrobore soit contredit les allégations de faits énoncées dans les plaidoiries et dans les affidavits. Heureusement, la présente instance se résume à un seul des huit éléments essentiels du délit d'incitation à rupture de contrat (« l'intention ») et se rapporte à des faits qui ne sont pas en litige. Les faits qui sont en litige et qui constituent des questions justiciables sont pertinents en ce qui concerne des questions qui ne sont plus en jeu en raison de l'incapacité à établir l'élément fondamental qu'est l'« intention ». Néanmoins, il demeure nécessaire d'exposer les faits qui sont à l'origine du litige afin d'étayer ces conclusions.

III. Les faits essentiels

[11] Le 12 juillet 2002, SAR Petroleum a passé avec Eel River un contrat en vue de la construction d'un poste d'essence et d'un dépanneur sur des terrains non concédés faisant partie d'une réserve (l'Osprey Truck Stop). Les travaux devaient commencer le 15 juillet 2002. La date d'achèvement était fixée au 4 novembre 2002. Le prix contractuel était de 4,9 millions de dollars (plus la TVH), un acompte de 10 % devant être versé immédiatement (facture établie le 30 juin 2002). Les parties étaient convenues qu'Eel River rembourserait à SAR Petroleum tous les frais raisonnables engagés par suite d'un retard dans le paiement du prix contractuel. Il était précisé à l'article 5.1 du contrat qu'il n'y aurait pas de retenues de garantie en ce qui concernait les paiements faits à SAR Petroleum. Le contrat de construction énonçait ensuite l'obligation de faire des paiements proportionnels lorsque ceux-ci étaient approuvés par

[TRADUCTION] l'« expert-conseil ». Une fois le certificat final délivré, Eel River avait l'obligation de verser à SAR Petroleum le solde impayé (article 5.3). SAR Petroleum devait présenter des factures mensuelles à l'expert-conseil, lequel devait les approuver ou les rejeter dans un délai de dix jours suivant leur réception. Une fois la facture approuvée, Eel River devait l'acquitter dans un délai de cinq jours.

[12] Bien que le contrat soit muet en ce qui concerne le financement du projet, on s'entend pour reconnaître qu'Eel River avait besoin d'un financement partiel et a en fait obtenu un prêt de 3 millions de dollars de Peace Hills. Le dossier déposé devant nous révèle qu'Eel River a présenté une demande de financement le 17 octobre 2002. Peace Hills a répondu le 15 novembre 2002 et a confirmé que la demande avait été approuvée et qu'elle était disposée à prêter de l'argent aux conditions énoncées dans la [TRADUCTION] « lettre d'engagement » datée du même jour. Aux termes de la convention de prêt, Eel River devait fournir à Peace Hills une sûreté en garantie de l'emprunt applicable à la fois aux biens réels et aux biens personnels. L'article 10 de la lettre d'engagement stipule que toutes [TRADUCTION] « les avances sur le prêt » sont contrôlées par Peace Hills et nécessitent des factures approuvées. En ce qui concerne les [TRADUCTION] « factures relatives au chantier de construction », elles devaient être [TRADUCTION] « approuvées et signées » par l'expert-conseil du projet. L'article 11 précise que le solde non utilisé du prêt ne pouvait dépasser les [TRADUCTION] « coûts essentiels estimatifs, retenues de garantie et comptes fournisseurs nécessaires pour achever le projet ». Le même article dispose ensuite que pour le cas où les coûts prévus qui devraient être engagés pour [TRADUCTION] « achever » le projet dépasseraient le montant du solde non utilisé du prêt, Eel River devait combler la différence avant que Peace Hills ne consente d'autres avances. Eel River a accepté cette condition du prêt par la voie d'une [TRADUCTION] « résolution du conseil de bande » datée du 18 décembre 2002.

[13] Entre le 30 juin 2002 et le 28 février 2003, SAR Petroleum a présenté neuf factures totalisant 4,9 millions de dollars. La dernière facture, datée du 25 mars 2003, s'établissait à 680 000 \$, ce qui a porté le coût du projet à presque 5,6 millions de dollars.

Au début, Eel River s'est servi de ses propres fonds pour payer SAR Petroleum. Le premier paiement fait par Eel River a été fait le 23 août 2002. Il semble que ses derniers fonds ont été épuisés le 26 novembre 2002. Toutefois, les paiements ont tous été faits en retard, les retards allant de neuf à soixante-douze jours. Le dossier d'appel comprend une note de service, datée du 17 octobre 2002, qu'Eel River a fait parvenir à Peace Hills et dans laquelle elle éveillait l'attention de cette dernière sur le fait qu'Eel River était dans l'incapacité de payer SAR Petroleum et que les sous-traitants de SAR n'étaient pas payés. Au 30 novembre 2002, la créance de SAR Petroleum s'établissait à 1,4 million de dollars et Peace Hills n'avait encore avancé aucune somme au titre du prêt hypothécaire. En décembre, les factures montraient qu'une somme de presque 1,8 million de dollars était due à SAR Petroleum.

[14] Le 19 décembre 2002, Peace Hills a évoqué la question d'une retenue de garantie avec M^e McBrearty et le 23 décembre de la même année, elle a fait parvenir une lettre par télécopieur à M^e McBrearty dans laquelle elle demandait si elle devrait retenir 15 % de l'avance de 1,8 million de dollars, malgré la disposition du contrat de construction [TRADUCTION] « interdisant toute retenue de garantie ». Dans une lettre datée du 23 décembre 2002, M^e McBrearty a donné comme instructions à Peace Hills d'imposer la retenue de 15 % pour le motif que la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-6, s'appliquait. Le premier versement que Peace Hills a fait à SAR Petroleum a été fait ce jour-là (1,8 million de dollars – 15% = 1,6 million de dollars net). SAR Petroleum prétend que ce versement était en retard de soixante-sept jours. Peace Hills répond que cela ne se peut pas parce que l'ensemble des modalités et conditions de l'entente de financement n'a été rempli que le 23 décembre 2002, date à laquelle M^e McBrearty a recommandé le versement de l'avance initiale sur le prêt hypothécaire. Comme nous l'avons vu, le dossier révèle que ce n'est que le 18 décembre 2002 que le conseil de bande d'Eel River Bar a adopté une résolution autorisant l'emprunt de 3 millions de dollars.

[15] Peace Hills a fait d'autres versements à SAR Petroleum pendant les mois de janvier et février 2003. SAR Petroleum, Eel River et l'expert-conseil du projet ont

signé un certificat d'achèvement des travaux attestant que le 1^{er} février 2003 était la date réelle de l'achèvement des travaux. Chaque paiement proportionnel a fait l'objet de la retenue de garantie de 15 %. Le 12 février 2003, la retenue de garantie avait grimpé à 737 000 \$. Le 14 février, M^e McBrearty a conseillé ou a donné comme instructions à Peace Hills d'avancer la totalité du montant de l'engagement de prêt, qui était de 3 millions de dollars, sauf 250 000 \$ (ce sur quoi nous reviendrons sous peu). Le 25 mars 2003, SAR Petroleum a présenté sa dernière facture dans laquelle elle demandait le paiement des éléments suivants : 250 000 \$ au titre de factures antérieures impayées (la retenue de garantie); 129 000 \$ pour des frais de retard; 52 000 \$ d'intérêts et 274 000 \$ pour des frais supplémentaires engagés au titre du projet. Une fois crédités les travaux à compléter (2 500 \$) et les travaux inachevés (21 000 \$), le montant réclamé a été volontairement ramené à 680 000 \$. Cette facture finale a porté le coût de la construction à 5,5 millions de dollars. Finalement, M^e McBrearty a enjoint à Peace Hills de retenir le paiement des 250 000 \$ jusqu'à ce que la question des [TRADUCTION] « frais supplémentaires » ait été réglée. À ce jour, Peace Hills a avancé la totalité du prêt de 3 millions de dollars, sauf 250 000 \$.

[16] Le 18 juillet 2003, SAR Petroleum a été mise sous séquestre. Avec l'approbation de son séquestre, SAR Petroleum a engagé son action contre Peace Hills et M^e McBrearty le 19 décembre 2008. Eel River n'est pas partie à la poursuite. Deux des personnes physiques demanderesses sont des administrateurs de SAR Petroleum. La troisième est une employée. Dans l'exposé de la demande, on prétend essentiellement que les retards à verser les paiements proportionnels et l'imposition d'une retenue de garantie ont violé le contrat de construction intervenu entre Eel River et SAR Petroleum. SAR Petroleum prétend en outre que par suite de ces violations, elle a été incapable de [TRADUCTION] « payer intégralement » sept de ses fournisseurs et sous-traitants (maintenant au nombre de huit). Ces fournisseurs et sous-traitants ont eux-mêmes engagé une poursuite judiciaire contre SAR Petroleum et les personnes physiques demanderesses. Le dossier d'appel révèle que les huit ont obtenu un jugement contre SAR Petroleum et d'autres défendeurs. Les créances s'établissent au total à environ 1 million de dollars.

IV. Les plaidoiries

[17] Les éléments fondamentaux de l'action sous-jacente se trouvent à l'al. 22(y) de l'exposé de la demande. Les demandeurs prétendent que Peace Hills et M^e McBrearty ont [TRADUCTION] « sciemment et intentionnellement » : (1) incité Eel River à rompre son contrat avec SAR Petroleum et porté atteinte aux rapports économiques entre Eel River et SAR Petroleum; (2) incité SAR Petroleum à rompre ses contrats avec ses fournisseurs et sous-traitants ou contribué à cette rupture; et (3) commis une atteinte aux rapports économiques entre SAR Petroleum et ses fournisseurs et sous-traitants. S'appuyant sur ces allégations, les demandeurs prétendent en outre que les défendeurs savaient ou auraient dû savoir que leurs actes [TRADUCTION] « pourraient » exposer les demandeurs à des poursuites judiciaires de la part des fournisseurs et sous-traitants de SAR Petroleum. Les demandeurs pouvaient, de ce fait, être exposés à des dommages-intérêts dont le montant serait égal aux sommes jugées payables aux fournisseurs et sous-traitants, ainsi qu'aux frais juridiques engagés pour présenter une défense dans ce litige.

[18] En résumé, l'exposé de la demande est centré sur deux torts prétendus : le retard à verser les paiements proportionnels et le prélèvement des retenues de garantie alors que le contrat de construction interdisait expressément cette possibilité. On prétend ensuite que ces deux torts ont eux-mêmes donné lieu à un troisième tort qui est reformulé de façon succincte dans l'affidavit de M. Salisbury, l'ancien président de SAR Petroleum. M. Salisbury affirme qu'à compter du 17 octobre 2002, Peace Hills savait, ou aurait dû savoir, que SAR Petroleum subissait de lourdes contraintes financières en raison des déficits de trésorerie récurrents et cumulatifs au titre de la construction auxquels donnaient lieu les violations de contrat commises par Eel River et en conséquence desquels SAR Petroleum était incapable de payer, intégralement et en temps voulu, ses fournisseurs et sous-traitants.

[19] En ce qui concerne la réparation demandée, voici les demandes formulées au paragraphe 23 de l'exposé de la demande : (1) une contribution et une indemnisation

ou, subsidiairement, des dommages-intérêts d'un montant égal à celui des dommages-intérêts, intérêts et dépens que les demandeurs peuvent être condamnés à payer aux fournisseurs et sous-traitants de SAR Petroleum; (2) des dommages-intérêts d'un montant égal à la totalité des frais, juridiques ou autres, engagés par les demandeurs pour présenter une défense dans le litige l'opposant aux fournisseurs et sous-traitants; et (3) les dépens et intérêts ainsi que toute autre mesure réparatoire que la Cour estimera juste. Chose étonnante, l'exposé de la demande ne mentionne pas les dommages découlant directement de la rupture par Eel River du contrat de construction passé avec SAR Petroleum (voir la règle 27.06(10) des *Règles de procédure*). Par exemple, il n'y a aucune demande au titre des retenues de garantie de 250 000\$, des intérêts payés en raison du retard à faire les paiements proportionnels ou des frais supplémentaires pour lesquels SAR Petroleum avait présenté une facture. Toutefois, il existe une lettre que l'avocat des demandeurs a fait parvenir à l'avocat des défendeurs et dans laquelle il traite du [TRADUCTION] « montant en litige » aux fins de l'évaluation de la sûreté en garantie des dépens, mesure réparatoire qui a également été sollicitée dans le cadre de la motion qui fait l'objet de l'appel. Dans cette lettre, les demandeurs reconnaissent que le litige les opposant aux fournisseurs et sous-traitants de SAR Petroleum concerne un montant minimum de 938 000 \$ mais précisent qu'ils réclament également les honoraires d'avocat engagés pour présenter une défense dans cette action, savoir 326 648 \$, plus les débours. Cette lettre fait également état d'une demande en vue d'obtenir les 250 000 \$ indûment retenus et 421 000 \$ au titre des frais que SAR Petroleum a engagés et directement payés dans le cadre du projet de construction. Quoi qu'il en soit, les demandeurs sollicitent 1,2 million de dollars au titre de la violation par SAR Petroleum des contrats passés avec ses fournisseurs et sous-traitants et 660 000 \$ au titre des violations du contrat de construction passé avec Eel River. Le montant total de la demande s'établit à près de 1,9 million de dollars.

[20] Dans l'exposé de sa défense, Peace Hills maintient qu'elle a agi conformément aux droits contractuels que lui conférait la convention de prêt et plus précisément les articles 10 et 11 de cette convention. Peace Hills insiste aussi sur le fait que son avocat lui avait donné comme directive de retenir le versement des 250 000 \$ et

de ne pas avancer cette somme à moins qu'il ne lui enjoigne de le faire. La plaidoirie précise ensuite que M^e McBrearty n'a pas encore donné les instructions d'avancer le montant retenu.

[21] Dans l'exposé de sa défense, M^e McBrearty nie avoir incité Eel River à rompre un quelconque contrat passé avec SAR Petroleum et nie avoir incité qui que ce soit à rompre des contrats passés entre SAR Petroleum et ses fournisseurs et sous-traitants. Il reconnaît qu'aux termes du contrat de construction, des intérêts seraient exigibles pour des paiements en retard (les 23 400 \$ réclamés dans la facture du 17 février 2003), mais ajoute que la retenue des 250 000 \$ en question était justifiée. Ce montant devait constituer une [TRADUCTION] « garantie suffisante » en ce qui concernait d'éventuels travaux inachevés ou vices de construction. Plus précisément, M^e McBrearty nie que le [TRADUCTION] « versement tardif occasionnel » des paiements proportionnels ait contraint SAR Petroleum à manquer à son obligation de payer ses sous-traitants et fournisseurs.

V. La preuve par affidavit

[22] À l'appui de sa motion, Peace Hills a déposé deux affidavits faits par Todd Ebbett. Il est le directeur principal des comptes à la succursale de Peace Hills à Fredericton. Un de ces affidavits a été fait à l'appui de la motion en jugement sommaire, l'autre à l'appui de la motion en vue d'obtenir une sûreté en garantie des dépens. Essentiellement, son témoignage par affidavit expose la participation de Peace Hills à l'aspect financement du projet construction. Ses allégations de fait fondamentales trouvent appui dans la preuve documentaire et elles se résument essentiellement aux propositions suivantes : les paiements proportionnels étaient acheminés de la succursale au siège de la société et assujettis aux instructions reçues de M^e McBrearty. M. Ebbett nie avoir eu une connaissance personnelle du projet de construction sous-jacent et des transactions intervenues entre les demandeurs et leurs sous-traitants et fournisseurs.

[23] Les parties estimaient que les raisons pour lesquelles les retenues de garantie ont été effectuées en vertu de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux* avaient une importance primordiale. M^e McBrearty a déposé deux affidavits à l'appui des motions de Peace Hills. Seul un de ces affidavits est directement pertinent pour ce qui concerne le présent appel. Le « premier » affidavit de M^e McBrearty nous apprend que sa participation aux questions soulevées en l'espèce a commencé lorsque ses services ont été retenus, le 15 novembre 2002, afin qu'il s'occupe d'un prêt hypothécaire pour le compte de Peace Hills et d'Eel River. Il fait valoir que bien qu'il ait fait preuve de la diligence requise, il n'a pas été possible de mettre la dernière main à tous les documents nécessaires exigés par Peace Hills avant le 23 décembre 2002. (La preuve documentaire non contredite confirme cette allégation.) M^e McBrearty déclare ensuite que ce jour-là, il a demandé que la première avance sur le prêt hypothécaire soit versée et a donné comme instructions à Peace Hills et à Eel River de retenir 15 % du montant de l'avance parce qu'il [TRADUCTION] « croyait de bonne foi » que les dispositions de la *Loi* s'appliquaient. M^e McBrearty déclare que le conseil relatif à la retenue de garantie a été donné afin de protéger les intérêts juridiques et commerciaux légitimes de ses clientes. M^e McBrearty n'a pas renoncé à son interprétation de l'applicabilité de la *Loi*, malgré le fait que Peace Hills l'avait avisé par télécopieur, le 19 décembre 2002, que le contrat de construction niait expressément le droit de faire des retenues de garantie. M^e McBrearty reconnaît également avoir reçu de SAR Petroleum, le 30 janvier 2003, un avis juridique préparé par un cabinet d'avocats de la Nouvelle-Écosse. Selon cet avis, puisque les biens-fonds en question étaient des terrains non concédés faisant partie d'une réserve, la *Loi* ne s'appliquait pas au projet de construction. Pour toute réponse, M^e McBrearty a demandé un deuxième avis.

[24] Le deuxième avis que M^e McBrearty a reçu est daté du 11 février 2003. Il tient en deux lignes : [TRADUCTION] « Veuillez trouver, ci-joint, une décision sur ce sujet dans laquelle il a été statué qu'un privilège de construction peut être déposé, à bon droit, à l'encontre d'un intérêt à bail sur des terres appartenant aux premières nations. J'espère que cela vous sera utile ». M^e McBrearty dit que le 12 février 2003, sachant que Peace Hills était disposée à verser une avance finale sur le prêt hypothécaire, il a donné

comme instructions à Peace Hills et à Eel River de retenir, à titre de garantie, 15 % du prix du contrat (15 % de 4,9 millions de dollars = 737 000 \$) sur l'avance finale. Là encore, M^e McBrearty s'est obstiné à croire que les dispositions de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux* relatives à la retenue de garantie s'appliquaient. M^e McBrearty reconnaît ensuite avoir subséquemment reçu un appel téléphonique du président de SAR Petroleum lors duquel celui-ci a contesté l'opinion voulant que la *Loi* s'appliquât. M^e McBrearty déclare qu'en réponse à cet appel, il s'est de nouveau entretenu avec un avocat du Nouveau-Brunswick et que par suite de cette conversation, il a été convaincu que la *Loi* ne s'appliquait pas. Toutefois, il dit qu'à la suite de la conversation avec l'avocat du Nouveau-Brunswick, il s'est réuni avec des représentants d'Eel River pour discuter de l'opportunité de conserver la retenue de garantie de 250 000 \$ jusqu'à ce que l'on soit convaincu que SAR Petroleum s'était conformée à toutes les exigences du devis de construction. M^e McBrearty dit ensuite que le 14 février 2003, il a donné comme instructions à Peace Hills d'avancer le solde du produit du prêt hypothécaire consenti à Eel River à l'exception de la retenue de garantie de 250 000 \$. Là encore, M^e McBrearty affirme que s'il a donné ce conseil concernant la retenue de garantie, c'était dans le but de protéger les intérêts juridiques et commerciaux légitimes de ses clientes et qu'il n'en a tiré ni ne voulait en tirer aucun avantage ou gain financier personnel, si ce n'est, bien entendu, gagner ses honoraires.

[25] L'affidavit de John Salisbury, le président de SAR Petroleum, est important à cet égard. M. Salisbury déclare que pendant toute l'époque pertinente, M^e McBrearty a donné des conseils d'ordre juridique et commercial à Eel River et que le 15 novembre 2002 ou passé cette date, M^e McBrearty a donné des conseils d'ordre juridique et commercial à la fois à Eel River et à Peace Hills. Dans tout son affidavit, M. Salisbury affirme que c'est M^e McBrearty qui a conseillé et donné comme instructions à Peace Hills de prélever une retenue de garantie de 15% sur tous les paiements destinés à SAR Petroleum à partir du 23 décembre 2002. M. Salisbury reconnaît également que c'est M^e McBrearty qui a conseillé et donné comme instructions à Peace Hills et Eel River de ne pas verser à SAR Petroleum les 250 000 \$ restants.

VI. La décision sur la motion

[26] La décision sur la motion est publiée à [2009] A.N.-B. n° 219 (QL), 2009 NBBR 197. À la suite de l'audience, le juge saisi de la motion a entendu une argumentation supplémentaire concernant la raison pour laquelle il n'y avait pas lieu d'accorder un jugement sommaire. SAR Petroleum a prétendu que la motion était prématurée, puisque les parties n'avaient pas encore toutes fourni l'affidavit des documents de leurs clientes respectives. S'appuyant sur la décision de notre Cour dans l'affaire *Whelton c. Mercier et al.* (2004), 277 R.N.-B. (2^e) 251, [2004] A.N.-B. n° 411 (QL), 2004 NBCA 83, SAR Petroleum a fait valoir qu'un jugement sommaire ne peut être rendu lorsqu'il n'y a pas eu échange d'affidavits. En réponse à cet argument, Peace Hills a soutenu qu'un échange n'est pas nécessaire lorsque les faits ne sont pas contestés, et que la présente instance relève de cette exception. Le juge saisi de la motion a statué que [TRADUCTION] « [...] les faits essentiels ne sont pas contestés ». Lorsqu'il en est arrivé à cette conclusion, le juge saisi de la motion a dit ceci : [TRADUCTION] « Une retenue de garantie a été effectuée en violation du [contrat de construction] mais en conformité avec la convention de financement ». Le juge saisi de la motion a ensuite statué que tous les documents qui devaient être fournis selon l'affidavit des documents de Peace Hills l'avaient déjà été et qu'il n'y avait aucune réponse à des questions controversées dans des documents se trouvant en la possession exclusive d'une des parties. SAR Petroleum conteste ces conclusions, et plus précisément celle voulant que la retenue de garantie soit autorisée en vertu de la convention de prêt. J'examinerai cette question séparément.

[27] Le juge saisi de la motion a examiné les arrêts de principe de notre Cour en ce qui concerne les jugements sommaires rendus en vertu des règles 22.01(3) et 22.02 : *Cannon c. Lange et al.* et *Walsh c. Nicholls et al.* Les règles de droit sont claires. Le critère régissant le prononcé d'un jugement sommaire est rigoureux et il n'est satisfait que si l'auteur de la motion établit, au moyen de preuves admissibles, que le rejet de l'action au procès est inéluctable. Une fois les principes pertinents établis, la Cour est en mesure de déterminer s'il « y a [une] véritable question de fait importante qui requiert la

tenue d'un procès » : *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, [1999] A.C.S. n° 60 (QL), au par. 27).

[28] Le juge saisi de la motion a statué que l'action contre Peace Hills ne pouvait être rejetée à moins que l'on établisse que les demandes de SAR Petroleum relativement au délit civil d'incitation à rupture de contrat n'étaient « pas fondées ». Il a ensuite exposé les cinq éléments essentiels du délit intentionnel d'incitation à rupture de contrat : (1) une intention de causer un préjudice; (2) une connaissance du contrat; (3) une conduite entraînant la rupture de ce contrat; (4) un dommage; et (5) une absence de justification. Ces éléments proviennent de la décision *Pavecare (1989) Industries Ltd. et al. c. Blue Chip Investments Inc. et al.* (2001), 237 R.N.-B. (2^e) 12 (C.B.R.), [2001] A.N.-B. n° 76 (QL), laquelle s'appuyait elle-même sur deux sources : la décision *Beaver Brokerage Inc. c. Williams et al.* (1989), 103 R.N.-B. (2^e) 314 (C.B.R.), [1989] A.N.-B. n° 47 (QL) et l'article de Peter Burns, intitulé *Tort Injury to Economic Interests : Some Facets of Legal Response* (1980), 58 R. du B. can. 103. Dans l'analyse qui suit, j'ai retenu huit éléments et je les ai placés dans un ordre différent. Finalement, en ce qui concerne l'élément qu'est la « justification », le juge saisi de la motion s'est reporté à l'ouvrage de Klar, Linden, Cherniak, Kryworuk et Randali, intitulé *Remedies in Tort* (feuillets mobiles) (Toronto : Carswell, 2009) qu'il a cité. Il y a maintenant lieu de reproduire les paragraphes essentiels de la décision du juge saisi de la motion :

[TRADUCTION]

Si j'applique les règles de droit pertinentes aux faits de la présente affaire, je n'entretiens aucun doute quant à ce que serait l'issue de la présente instance si elle devait être instruite. La défense présentée par Peace Hills est irréfutable et Peace Hills aura gain de cause en ce qui concerne la défense qu'elle a présentée dans l'action engagée par les demandeurs [par. 44].

La preuve produite devant la Cour établit que si Peace Hills a retenu une partie des avances sur le prêt, c'est en premier lieu parce qu'elle croyait à tort que la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux* s'appliquait et en second lieu, en vertu des conditions énoncées dans la convention de financement intervenue

entre Peace Hills et Eel River. Comme nous l'avons vu, les clauses 10 et 11 énoncées dans la liste des conditions autorisent Peace Hills à effectuer des retenues de garantie. Ces dispositions sont à tout le moins égales, sinon supérieures, aux droits contractuels énoncés dans le contrat intervenu entre SAR et Eel River. De plus, la preuve par affidavit établit que lorsque les 250 000 \$ ont été retenus, Peace Hills savait que les fournisseurs et sous-traitants n'étaient pas payés. Toute somme versée aurait pu être assujettie aux dispositions relatives aux fiducies énoncées à l'art. 3 de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, ce qui, à mon avis, établit l'existence d'une justification. Il y a également des questions à trancher relativement à la question de savoir si le contrat à prix forfaitaire avait été entièrement exécuté. Finalement, je ne crois pas que l'on a établi l'intention de causer un préjudice. Peace Hills ne faisait que protéger ses intérêts, ce que le contrat l'autorisait à faire [par. 45].

Il n'existe aucun élément de preuve établissant que la retenue des 250 000 \$ a amené Eel River à rompre son contrat avec SAR. Eel River avait convenu par contrat de verser à SAR une somme substantiellement supérieure aux crédits hypothécaires de 3 050 000 \$ fournis par Peace Hills [par. 46].

Les plaidoiries et la preuve par affidavit me convainquent que Peace Hills faisait simplement ce que font les organismes financiers pour protéger leurs intérêts. Elle n'a rien fait, à mon sens, qui fût en dehors du cadre normal des affaires ou qu'elle n'était pas contractuellement autorisée à faire. Pour ces motifs, j'estime qu'il y a lieu de rendre un jugement sommaire en faveur de Peace Hills puisque sa preuve est irréfutable [par. 48].

[29] L'essentiel de la décision du juge d'accorder le jugement sommaire peut se résumer en cinq propositions : (1) la convention de financement intervenue entre Peace Hills et Eel River habilitait la première, sur le plan juridique, à imposer les retenues de garantie; (2) les retenues de garantie étaient peut-être justifiées en vertu de l'art. 3 de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*; (3) Peace Hills n'a jamais eu l'intention de causer un préjudice à qui que ce soit; (4) aucun élément de preuve n'établit que la retenue de garantie de 250 000 \$ est à l'origine d'une rupture du

contrat de construction; et (5) Peace Hills était fondée à faire ce qu'elle a fait parce qu'elle ne faisait que protéger ses intérêts, ce qu'elle était contractuellement autorisée à faire.

VII. Les questions à trancher

[30] Il serait tout simplement improductif d'approfondir les quatorze allégations d'erreur formulées dans l'avis d'appel sans savoir si elles sont pertinentes pour les fins du règlement définitif de la motion en jugement sommaire et du présent appel. Je reconnais que certaines conclusions ou affirmations du juge saisi de la motion sont erronées, mais je suis également d'avis que ces erreurs ne sont pas dominantes parce qu'elles ne sont pas pertinentes pour les fins de la question décisive : celle de savoir s'il existait une question justiciable en ce qui concerne la condition essentielle voulant qu'il y ait eu une intention d'inciter quelqu'un à rompre son contrat. Finalement, l'analyse s'attachera à déterminer si Peace Hills avait l'intention requise, celle d'inciter Eel River à rompre le contrat qu'elle avait passé avec SAR Petroleum. Je reconnais que le retard de Peace Hills à verser des paiements proportionnels et son insistance à effectuer des retenues de garantie a amené Eel River à rompre son contrat avec SAR Petroleum. Comme je l'ai souligné au début, toutefois, on a tort de tenir pour acquis que le critère ressortissant à l'intention est rempli du simple fait que la rupture du contrat qu'avait passé le demandeur avec le tiers était une conséquence naturelle et prévisible des actes du défendeur et que le défendeur savait donc ou aurait dû savoir que la rupture s'ensuivrait. C'est pourquoi il est nécessaire de revenir sur la jurisprudence importante afin d'en dégager les éléments essentiels du délit civil en question.

VIII. Les délits économiques intentionnels et l'arrêt *Lumley c. Gye*

[31] Ce n'est pas la première fois que notre Cour est appelée à examiner l'évolution des principes de common law applicables aux délits économiques intentionnels. Dans l'arrêt *Walsh c. Nicholls*, le juge en chef Drapeau a fait état des origines du délit d'incitation à rupture de contrat. Par conséquent mes commentaires sont

à la fois répétitifs et synoptiques. Le délit en question trouve ses origines dans le droit romain, puis dans la common law où il est devenu susceptible d'action, le maître pouvant engager une poursuite pour la perte des services d'un serviteur en raison des violences infligées à ce dernier. En 1349, un recours additionnel a été créé par la loi. Après que l'épidémie de peste noire eut pris fin en Angleterre, il y a eu une pénurie de main-d'œuvre et pour résorber la crise agricole qui en a résulté, un régime de travail obligatoire a été mis sur pied et un recours créé pour empêcher les journaliers ou serviteurs de s'enfuir. On a également donné à l'employeur un recours contre quiconque acceptait le serviteur ou le gardait à son service (*Ordinance of Labourers* administrée en vertu du *Statute of Labourers*, 1350, 25 Edw. III). Dans la foulée, l'action fondée sur la loi, qui sanctionnait le fait d'avoir incité le serviteur d'une autre personne à quitter son service ou de l'avoir hébergé, a vu le jour. Au cours des siècles suivants, un principe plus large a été reconnu et a finalement pris forme, en 1853, dans l'arrêt de principe rendu en Angleterre, l'arrêt *Lumley c. Gye*.

[32] Les faits de l'affaire *Lumley c. Gye* sont assez simples. Le demandeur Lumley avait retenu les services de Johanna Wagner, la nièce du compositeur, afin qu'elle chante exclusivement à son opéra pendant une période déterminée. Le défendeur Gye, qui était propriétaire d'un théâtre concurrent, avait réussi à convaincre M^{me} Wagner de rompre le contrat qu'elle avait passé avec M. Lumley. Il semble toutefois qu'une injonction ait été rendue aux fins de l'empêcher de chanter dans le théâtre de M. Gye et que M^{me} Wagner ait persisté dans son refus de chanter au théâtre de M. Lumley. M. Lumley a poursuivi M. Gye et a obtenu des dommages-intérêts. La raison pour laquelle *Lumley c. Gye* a été considérée comme un arrêt-clé était que le délit en question avait jusqu'alors été limité aux rapports entre maîtres et serviteurs, aujourd'hui appelés liens de préposition, à l'exclusion des entrepreneurs indépendants comme M^{me} Wagner. Pendant des années, cette décision a appuyé la proposition voulant qu'une action puisse être engagée pour [TRADUCTION] « incitation malveillante à rupture de contrat » puisque c'est ainsi que les juges majoritaires avaient formulé le motif décisif dans cette affaire. Avec le temps, toutefois, un critère plus large, savoir l'« intention », est venu se greffer à la condition voulant qu'il y ait eu « malveillance ». De nos jours, la

jurisprudence pose en principe que la « malveillance » au sens de dépit, de rancune ou de vengeance, est une condition suffisante mais pas nécessaire.

[33] Il vaut la peine de mentionner la raison de principe qui sous-tend le droit d'une partie à un contrat qui a été rompu de poursuivre un tiers pour incitation à la rupture de ce contrat. En droit contractuel, le droit général ou la capacité générale d'une partie de refuser d'exécuter est reconnu sous réserve, bien entendu, de l'obligation d'indemniser la partie non défaillante (en cas, par exemple, de violation anticipative). Ainsi, M^{me} Wagner avait la possibilité de rompre son contrat de représentation qu'elle y ait ou non été incitée par un tiers. En quoi cela importe-t-il que la décision de rompre le contrat ait ou non été encouragée ou influencée par l'opinion d'autres personnes? L'arrêt *Lumley c. Gye* nous apporte une réponse toute faite. Le recours fondé sur le contrat pourrait ne pas suffire lorsque la personne qui a rompu le contrat (M^{me} Wagner) pourrait être incapable de payer les dommages que le demandeur a réellement subis. Bien que la responsabilité « principale » incombât à M^{me} Wagner, la responsabilité « subsidiaire » de M. Gye était engagée pour la perte subie par suite des actes qu'il avait commis en l'incitant à rompre le contrat. Non seulement il se peut que le recours fondé sur le contrat ne suffise pas mais en outre, il se pourrait que les dommages-intérêts délictuels soient plus importants que les dommages-intérêts contractuels (voir les motifs du juge Erle). Chose curieuse, les règles de droit relatives à l'incitation à rupture de contrat n'ont jamais été axées sur ce point. Au lieu de cela, le droit établit simplement que pour que le défendeur soit tenu responsable envers le demandeur, le tiers doit également être responsable envers le demandeur. D'où la distinction entre la responsabilité principale et la responsabilité subsidiaire. En l'espèce, l'insuffisance du recours fondé sur le contrat susceptible d'être engagé contre Eel River pourrait expliquer pourquoi SAR Petroleum n'a pas constitué Eel River partie à l'action sous-jacente. Même si un jugement était obtenu contre cette Première nation, on estime généralement que l'exécution du jugement serait pratiquement impossible étant donné l'art. 89 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5.

[34] Il est vrai que des auteurs bien connus, dont le défunt professeur Fleming, ont résumé la common law anglaise en faisant état du délit d'atteinte intentionnelle à l'exécution du contrat lequel, il faut le reconnaître, a une portée plus large que le délit d'incitation à rupture de contrat : John G. Fleming, *The Law of Torts*, 9^e éd. (Sydney : LBC Information Services, 1998). Cette conception plus vaste du délit civil était justifiée par suite de l'élargissement des principes adoptés à l'origine relativement à la responsabilité pour incitation à rupture de contrat. Le professeur Fleming a ainsi résumé la position anglaise, telle qu'elle existait avant la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *OBG Limited c. Allan* : la responsabilité est établie si le défendeur, connaissant la teneur du contrat et dans l'intention d'empêcher ou d'entraver son exécution, soit : (i) convainc une des parties contractantes de ne pas exécuter ses obligations ou l'y incite; soit (ii) commet un acte, transgressif en soi, afin d'en empêcher l'exécution (p. 758). Le professeur Fleming a ensuite expliqué que la première catégorie est habituellement désignée sous le nom d'atteinte directe et la deuxième sous celui d'atteinte indirecte. L'atteinte directe suppose une pression immédiate exercée sur une des parties au contrat afin qu'elle rompe ce contrat. Il y avait atteinte indirecte lorsque le défendeur était à un pas d'inciter quelqu'un à rompre le contrat. On en trouve un exemple classique dans le « boycottage secondaire », dans le cadre duquel les employés syndiqués de « A » sont appelés à faire la grève afin d'empêcher « A » de fournir des biens ou des marchandises à « B » qui est la véritable cible du syndicat (Fleming, à la p. 760). En même temps, la caractéristique principale de l'atteinte indirecte était qu'il fallait que les moyens employés aient été illégaux en soi (le fait, par exemple, d'avoir déclenché une grève illégale). Malheureusement, la question de savoir quelle conduite est assimilable à une « conduite illicite » en dehors du domaine des relations de travail a toujours été une question épineuse et cela reste vrai même après la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *OBG Limited c. Allan*. Un autre des changements apportés au droit anglais a consisté à reconnaître un délit d'atteinte injustifiée aux rapports économiques, qui s'appliquait aux situations dans lesquelles le défendeur avait empêché un tiers de s'acquitter pleinement de ses obligations contractuelles envers le demandeur, malgré l'absence d'une réelle rupture du contrat et malgré le fait que la conduite reprochée n'ait pas été illicite en soi.

[35] L'analyse qu'a faite le professeur Fleming du droit anglais reflétait avec exactitude ce que l'on avait appelé la [TRADUCTION] « théorie unifiée » de la doctrine de l'atteinte intentionnelle aux rapports économiques ou contractuels. Suivant cette théorie unifiée, l'acte consistant à inciter quelqu'un à rompre un contrat était considéré faire partie du même délit civil que le fait de causer des dommages par un moyen illicite. Malheureusement, les éléments de ces délits civils ont fini par porter à confusion. En 2007, la Chambre des lords a décidé d'intervenir et a déposé l'arrêt de principe *OBG Limited c. Allan*. La plupart des gens s'entendraient pour dire qu'il n'est pas facile de se retrouver dans les quatre séries de motifs concordants et dissidents qui s'appliquent à trois appels distincts et cinq délits civils différents, le tout regroupé dans une décision qui compte trois cent trente paragraphes. (On en trouve un résumé utile dans l'article de Gregory Mitchell, c.r., intitulé « Economic tort (1) », *New Law Journal* 157:7279 (29 juin 2007) 919.) Heureusement, lorsqu'il s'agit de définir les deux délits distincts que sont l'incitation à rupture de contrat et le fait de causer des dommages par un moyen illicite, le consensus est général. C'est en ce qui concerne la portée de l'expression « moyen illicite » que surgit le désaccord. On reconnaît que l'opinion qui fait autorité en matière de délits économiques a été rédigée par lord Hoffman. Dans son ensemble, toutefois, cette décision est importante pour plusieurs raisons et elle a été citée et approuvée au Canada (voir *Correia c. Canac Kitchens* (2008), 91 O.R. (3d) 353, [2008] O.J. No. 2497 (QL), 2008 ONCA 506 et comparer cet arrêt avec *Drouillard c. Cogeco Cable Inc.* (2007), 86 O.R. (3d) 431, [2007] O.J. No. 1664 (QL), 2007 ONCA 322; et voir aussi *Tireco Inc. c. YHI (Canada) Inc.*, 2009 CarswellOnt 6404 (C. sup. Ont.), autorisation d'appel refusée à [2009] O.J. No. 4245 (C. div.) (QL) et *Brae Centre Ltd. c. 1044807 Alberta Ltd. et al.* (2008), 446 A.R. 10, [2008] A.J. No. 1297 (QL), 2008 ABCA 397).

[36] Dans l'arrêt *OBG Limited c. Allan*, la Chambre des lords a unanimement rejeté l'élargissement des délits économiques visant à les assimiler à une forme plus générale de responsabilité pour atteinte à des rapports contractuels. Comme l'a fait observer la baronne Hale, la distinction entre les deux délits économiques (l'incitation à rupture de contrat et le fait de causer des dommages par un moyen illicite) est conforme à la politique juridique qui veut que l'on limite et non que l'on encourage l'élargissement

de la responsabilité dans ce domaine du droit (par. 306). L'atteinte intentionnelle doit donner lieu à la rupture d'un contrat. S'il n'y a pas eu rupture, le délit d'incitation à rupture de contrat n'a pas été établi. En tirant cette conclusion, la Chambre des lords a supprimé la distinction entre l'atteinte « directe » et l'atteinte « indirecte » à des rapports contractuels. La question de savoir si les faits d'une instance précise étayent la perpétration du délit consistant à causer des dommages par un moyen illicite est une question distincte. On trouve une illustration de ce délit dans les affaires plus anciennes où le défendeur intimide des clients potentiels afin qu'ils ne fassent pas affaire avec le demandeur et causent ainsi des dommages au demandeur. La différence entre ces deux délits économiques est importante dans les cas où les actes intentionnels du défendeur n'entraînent pas la rupture ou la violation d'un contrat valide et exécutoire. Pourvu que les actes intentionnels relèvent de la catégorie de la « conduite illicite » et causent un préjudice économique, le demandeur est en droit d'être indemnisé par le défendeur. Les actes commis contre un tiers ne sont illicites que s'ils sont susceptibles d'action de la part de ce tiers. Pour dire les choses succinctement, les cadres analytiques régissant les deux délits sont différents. Finalement, l'arrêt *OBG Limited c. Allan* est important parce qu'il établit le principe suivant : le défendeur n'est pas responsable du délit d'incitation à rupture de contrat lorsqu'il s'agit d'une rupture qui n'était ni une fin voulue ni un moyen de parvenir à une fin, mais simplement une conséquence prévisible des actes du défendeur. J'examinerai ce point plus en détail ci-dessous.

IX. Quel délit intentionnel? Retour sur l'exposé de la demande

[37] L'analyse qui précède me ramène à l'exposé de la demande des appelants. Cette plaidoirie donne l'impression qu'il s'agit en l'espèce de deux délits intentionnels distincts. Au paragraphe 22, on prétend que les défendeurs ont [TRADUCTION] « sciemment et intentionnellement » : (1) incité Eel River à rompre son contrat avec SAR Petroleum ou ont contribué à cette rupture; (2) porté atteinte aux rapports économiques qu'entretenait Eel River avec SAR Petroleum; (3) incité SAR à rompre ses contrats avec ses fournisseurs et sous-traitants ou contribué à cette rupture; et (4) porté atteinte aux rapports économiques entre SAR et ses fournisseurs et sous-traitants. En somme, ce

paragraphe laisse entendre que l'atteinte aux rapports contractuels est un délit intentionnel distinct. Corrélativement, ce paragraphe donne à entendre que l'atteinte aux rapports contractuels est susceptible d'action même s'il n'entraîne pas une rupture de contrat. Pourtant, toute la jurisprudence invoquée devant notre Cour concerne le délit d'incitation à rupture de contrat. Qui plus est, toute l'argumentation a porté sur les éléments essentiels de ce délit. On n'a nullement tenté de faire valoir qu'il s'agit également, en l'espèce, du délit intentionnel d'atteinte aux rapports contractuels (le fait de causer des dommages par un moyen illicite). Si cet argument avait été soulevé, SAR Petroleum aurait dû faire état de la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *OBG Limited c. Allan*, affaire qui a été examinée dans les mémoires postérieurs à l'audience.

[38] Non seulement l'exposé de la demande évoque le spectre de deux délits intentionnels distincts, mais cette plaidoirie donne aussi à entendre que les actes consistant dans l'incitation intentionnelle participent de deux événements contractuels. Le premier est le contrat de construction intervenu entre Eel River et SAR Petroleum. Le second est composé des contrats que SAR Petroleum a passés avec ses fournisseurs et sous-traitants. Bien que l'on prétende que Peace Hills a intentionnellement porté atteinte aux deux, il n'y a pas l'ombre d'une preuve qui appuie l'existence d'une cause d'action distincte fondée sur les contrats que SAR a passés avec ces tiers. Si l'on passe outre aux plaidoiries pour se pencher sur le mémoire des appelants, ceux-ci prétendent essentiellement que Peace Hills est coupable d'avoir intentionnellement incité Eel River à rompre le contrat de construction passé avec SAR Petroleum et que par suite de cette rupture, SAR Petroleum a été obligée de rompre son contrat avec ses fournisseurs et sous-traitants. L'omission d'Eel River (Peace Hills) de faire des paiements proportionnels au moment opportun et son insistance sur le besoin de retenir certaines sommes à des fins de garantie, y compris l'avance finale de 250 000 \$, ont forcé SAR Petroleum à rompre les contrats qu'elle avait passés avec les fournisseurs et sous-traitants ([TRANSCRIPTION] la « réaction en chaîne »). Cet argument soulève la question des dommages-intérêts et les questions connexes que sont l'indigence, la causalité et la prévisibilité. Je vais, de toute évidence, aborder la présente instance de la manière dont elle a été débattue : Peace Hills est-elle coupable du délit intentionnel d'incitation à rupture de contrat?

X. Les éléments essentiels du délit en question

[39] Ma première tâche consiste à définir les éléments essentiels du délit d'incitation à rupture de contrat. Malheureusement, leur nombre précis varie d'une instance à l'autre et d'un commentateur à l'autre. Le manque de spécificité peut en partie s'expliquer par le fait qu'il est facile de satisfaire à certains des éléments en question, de sorte que ceux-ci sont carrément passés sous silence. Néanmoins, la jurisprudence nous amène à croire que le nombre des éléments essentiels se situe quelque part entre trois et sept (voir respectivement : *OBG Limited c. Allan*; *Correia c. Canac Kitchens*; *Pavecare Industries (1989) Ltd. et al.*; *Brae Centre Ltd. c. 1044807 Alberta Ltd. et al.* et *Gainers Inc. c. Pocklington Holdings Inc.* (2000), 271 A.R. 280, [2000] A.J. No. 1350 (QL), 2000 ABCA 307).

[40] Après mûre réflexion et par excès de prudence, j'ai retenu huit éléments : (1) il doit y avoir eu un contrat valide et exécutoire entre le demandeur et un tiers; (2) il faut que le tiers ait rompu le contrat qu'il avait passé avec le demandeur; (3) les actes du défendeur doivent avoir causé cette rupture; (4) le défendeur doit avoir été au courant de l'existence du contrat; (5) le défendeur doit avoir su qu'il incitait quelqu'un à rompre son contrat; (6) il faut que le défendeur ait eu l'intention de provoquer la rupture du contrat en ce sens que la rupture était une fin voulue en soi ou un moyen de parvenir à une fin; (7) le demandeur doit établir qu'il a subi des dommages par suite de la rupture; et (8) si l'on satisfait à ces éléments, le défendeur a le droit d'invoquer la défense de « justification ».

[41] Le cadre analytique susmentionné est tiré des instances auxquelles on nous renvoie, y compris la décision de notre Cour dans l'affaire *Walsh c. Nicholls*. Dans l'arrêt *OBG Limited c. Allan*, leurs Seigneuries n'ont examiné que les éléments (2), (5) et (6). J'avoue également que la jurisprudence révèle certaines différences sur le plan du libellé lorsqu'il s'agit d'exprimer un élément en particulier. De plus, il est facile de réunir certains de ces éléments en un seul. Ainsi, dans l'arrêt *OBG Limited c. Allan*, lord Hoffman semble, dans son analyse, avoir considéré l'élément (5) comme une composante de l'élément (6). Autrement dit, pour établir l'intention d'inciter quelqu'un à rompre un

contrat, il faut établir : (1) que le défendeur savait que ses actes inciteraient quelqu'un à rompre son contrat; et (2) que les actes du défendeur étaient en eux-mêmes une fin ou un moyen de parvenir à une fin. Ce qui importe, c'est que ces deux points soient examinés.

[42] Les appelants soulèvent une objection par rapport à ce cadre analytique. Ils insistent pour soutenir que l'intention requise est établie dès lors que le demandeur démontre que le défendeur savait qu'il incitait quelqu'un à rompre son contrat (l'élément 5) et, par conséquent, le défendeur ne peut éviter de voir sa responsabilité engagée à moins qu'il n'établisse la défense de justification (l'élément 8). Je reconnais qu'avant l'arrêt *OBG Limited c. Allan* certains tribunaux ont adopté cette position. D'un autre côté, la validité de cette objection est sans doute plus illusoire que réelle et ce, pour la raison suivante. Dans les cas où le demandeur établit que le défendeur savait que ses actes amèneraient le tiers à rompre le contrat passé avec le demandeur, le défendeur cherche inmanquablement à justifier ses actes en démontrant qu'il a agi dans un but valable : protéger ses droits contractuels ou propriétaires légitimes et existants. Toutefois, si le défendeur a déjà établi qu'il n'a pas agi dans un but illégitime, c'est-à-dire agi par malveillance ou par opportunisme, il devrait s'ensuivre qu'il a forcément agi dans un but légitime (protéger ses droits contractuels existants). En somme, il y a un chevauchement apparent lorsqu'il s'agit de la défense de justification et du critère qu'est l'intention. Cette question est examinée plus loin.

A. *Les éléments (1) à (4)*

[43] Il ne peut y avoir rupture du contrat du demandeur que si ce contrat était valide et exécutoire. Nul ne met en doute le fait qu'un contrat valide et exécutoire existait entre Eel River et SAR Petroleum en vue de la construction du Osprey Truck Stop. Nul ne met en doute le fait que le contrat de construction a été rompu à au moins deux égards. En premier lieu, Eel River a omis de verser des paiements proportionnels à SAR Petroleum en temps utile au titre des factures approuvées par l'expert-conseil du projet, lequel était un tiers indépendant. En deuxième lieu, Eel River (Peace Hills) a persisté à

faire des retenues de garantie malgré le fait que le contrat de construction stipulait le contraire. Cela satisfait aux deux premiers éléments du délit.

[44] La question suivante, qui est aussi le troisième élément, est celle de savoir si les actes du défendeur ont amené le tiers à rompre le contrat passé avec le demandeur. Il ne fait aucun doute que Peace Hills, agissant par l'intermédiaire de son avocat, a amené Eel River à violer les clauses du contrat de construction passé avec SAR Petroleum (en insistant, par exemple, pour faire des retenues de garantie). La rupture du contrat de construction était une conséquence naturelle et prévisible du défaut de Peace Hills de faire, en temps voulu, des paiements proportionnels non accompagnés de retenues de garantie fondées sur un pourcentage. À cette étape-ci, je ne dis rien à propos du fait que l'obligation de Peace Hills de verser des sommes à Eel River afin qu'elle les verse à SAR Petroleum est régie par un autre contrat.

[45] Le quatrième élément essentiel pose la question de savoir si le défendeur était au courant de l'existence du contrat que le demandeur avait passé avec le tiers. L'atteinte intentionnelle présuppose la connaissance de l'existence du contrat du demandeur. Sans cette connaissance, il ne peut y avoir d'intention ni de responsabilité. Cela nous amène à nous demander si la simple connaissance de l'existence du contrat est suffisante aux fins d'établir la responsabilité. La réponse est « non », sous certaines réserves. Il faut également que le défendeur ait été au courant des clauses essentielles du contrat. Toutefois, le droit vient en aide au demandeur en posant en principe qu'un défendeur qui a les moyens de prendre connaissance des clauses du contrat et omet délibérément de le faire sera réputé avoir acquis la connaissance requise. Cette interprétation du droit est conforme au principe général qui veut que la décision consciente de ne pas se renseigner sur l'existence d'un fait peut être considérée comme assimilable à la connaissance du fait en question (*OBG Limited c. Allan*, par. 41).

[46] Pour en revenir aux faits qui nous occupent en l'espèce, la question qu'il faut se poser est plutôt inutile. Peace Hills était-elle au courant de l'existence du contrat de construction ? Il ne fait aucun doute que la défenderesse Peace Hills et son avocat

connaissaient l'existence du contrat sous-jacent. On leur en avait remis une copie. Il n'y a pas de doute que M^c McBrearty en avait reçu une copie et que Peace Hills était parfaitement au courant des dispositions concernant les retenues de garantie étant donné qu'elle avait soulevé cette question auprès de son avocat en décembre 2002. En résumé, les défendeurs savaient, en l'espèce, que le contrat de construction interdisait les retenues de garantie et il s'ensuivait que tout retard à verser des paiements constituait également une rupture de ce contrat. Si, en fait, Peace Hills ou M^c McBrearty ont choisi de ne pas prendre la peine de lire les clauses du contrat, le droit tiendrait normalement pour acquis qu'ils avaient la connaissance requise aux fins de l'établissement du troisième élément du délit (l'ignorance volontaire). Cela règle le cas du quatrième élément essentiel.

B. *L'élément (5) – Le défendeur savait que ses actes entraînaient la rupture du contrat*

[47] Le cinquième élément essentiel oblige le demandeur à établir que le défendeur savait qu'il incitait le tiers à rompre son contrat avec le demandeur. Comme l'a souligné lord Hoffman dans l'arrêt *OBG c. Allan* : [TRADUCTION] « Pour être tenue responsable d'avoir incité quelqu'un à rompre son contrat, il faut qu'une personne sache qu'elle incite quelqu'un à rompre son contrat ». Par ailleurs, si le défendeur croit sincèrement qu'il n'agit pas d'une manière qui cause la rupture du contrat intervenu entre le demandeur et le tiers, sa responsabilité n'est pas engagée. Un des trois appels visés par l'arrêt *OBG Limited c. Allan* illustre l'application de ces principes.

[48] Dans l'affaire *Mainstream Properties Ltd. c. Young*, [2007] U.K.H.L. 21, [2008] A.C. 1, deux employés de la compagnie demanderesse avaient détourné un éventuel projet d'aménagement de terrains au profit d'une coentreprise établie par les deux employés et le défendeur, lequel assurait également le financement du projet. Sans ce financement, la coentreprise n'aurait pas été en mesure de se porter acquéresse des biens. Lorsque la demanderesse fut mise au courant du détournement délictueux, elle a poursuivi les employés et le défendeur pour le motif que la responsabilité délictuelle du défendeur était engagée pour incitation à rupture de contrat. L'action a été rejetée au procès, en appel et devant la Chambre des lords. Lord Hoffman a fait état de la

conclusion du juge du procès selon laquelle le financier défendeur croyait sincèrement que les deux employés ne se trouvaient pas à violer le contrat de travail qui les liait à la demanderesse. Le défendeur avait évoqué, auprès des deux codéfendeurs, la question d'un possible conflit d'intérêts mais ceux-ci lui avaient donné l'assurance qu'il n'y avait aucun conflit parce que la demanderesse s'était vu offrir les biens en question mais avait refusé de les acheter. Cette assurance était fausse. Lord Hoffman a fait observer que le défendeur n'était pas indifférent à l'éventuel conflit d'intérêts et qu'on ne pouvait pas dire non plus qu'il avait pris la décision consciente de ne pas se renseigner de crainte de découvrir une vérité déplaisante. Dans ces circonstances, on a estimé que l'intention requise, savoir l'intention d'inciter quelqu'un à rompre son contrat de travail, n'était pas présente. Le défendeur était au courant de l'existence du contrat de travail et des obligations contractuelles des employés. Ce qu'il ne savait pas, c'était que sa conduite entraînerait la rupture du contrat de travail.

[49] Dans ses motifs, lord Hoffman invoque l'arrêt *British Industrial Plastics Ltd. c. Ferguson*, [1940] 1 All E.R. 479 (Ch. des lords), comme instance dans laquelle la connaissance de la rupture n'a pas pu être établie. Dans cette affaire, l'ex-employé de la demanderesse avait proposé au défendeur des renseignements concernant un secret commercial découlant d'une invention de l'employé. Le défendeur savait que l'employé avait l'obligation contractuelle de ne pas divulguer des secrets commerciaux mais il entretenait l'idée extravagante que si le procédé était brevetable, il serait la propriété exclusive de l'employé. En résumé, le défendeur avait accepté les renseignements en question en croyant sincèrement que l'employé ne violerait pas son contrat de travail. La Chambre des lords était d'accord avec la Cour d'appel pour conclure que le défendeur ne pouvait être tenu responsable d'incitation à rupture de contrat. Le juge du procès avait trouvé justification dans [TRADUCTION] l'« honnêteté » du défendeur au détriment de son [TRADUCTION] « intelligence » (voir [1938] 4 All E.R. 504, à la p. 513).

[50] Pour en revenir à l'instance qui fait l'objet du présent appel, Peace Hills insiste sur le fait qu'elle ne savait pas que ses actes donneraient lieu à la rupture du contrat de construction intervenu entre Eel River et SAR Petroleum. Elle prétend

essentiellement que les défendeurs ne savaient pas que les retenues de garantie entraîneraient la rupture du contrat de construction puisque Peace Hills ne devait pas fournir la totalité du financement, Eel River devant fournir 2 millions de dollars supplémentaires. Par conséquent, les retenues n'allaient pas nécessairement avoir pour conséquence que SAR Petroleum serait impayée, tant et aussi longtemps qu'Eel River puiserait dans les sommes dont elle disposait. En toute déférence, je ne puis souscrire à cet argument. En décembre 2002, Peace Hills savait qu'Eel River avait besoin d'argent pour honorer ses obligations contractuelles envers SAR Petroleum (voir les paragraphes 13 et 14 des présents motifs). Peace Hills savait aussi que le prélèvement des retenues de garantie contrevenait au contrat de construction sous-jacent. On satisfait donc au cinquième élément.

C. *L'élément (6) – L'intention d'inciter quelqu'un à rompre son contrat*

[51] Le sixième élément essentiel est généralement considéré comme l'aspect le plus épineux du délit d'incitation à rupture de contrat. À cette étape-ci, le droit pose en principe que la responsabilité pour incitation à rupture de contrat dépend de l'établissement de l'intention d'inciter quelqu'un à rompre son contrat. En tant que telle, une conduite négligente n'est pas susceptible d'action. Le problème, bien entendu, réside dans le critère qu'il faut appliquer aux fins de décider si le demandeur a établi l'intention nécessaire. Dès le départ, ce délit exigeait que la rupture fût le résultat d'une action volontaire, délibérée et directe dont le défendeur savait ou espérait qu'elle entraînerait la violation des droits contractuels du demandeur. Toutefois, dès que le droit cesse de s'intéresser à la question de savoir si le défendeur avait l'intention de causer un préjudice financier au demandeur pour s'intéresser à celle de savoir si le défendeur avait l'intention de provoquer la rupture du contrat intervenu entre le demandeur et le tiers ou d'inciter quelqu'un à rompre ce contrat, on doit se lancer à la recherche d'un critère concret qui permette de décider ce que l'on entend par le mot « intention ». Cela m'amène à deux paragraphes des motifs de lord Hoffman dans l'arrêt *OBG Limited c. Allan* :

[TRADUCTION]

La question suivante est celle-ci : qu'est-ce qui constitue une intention d'inciter quelqu'un à rompre son contrat ? Il est nécessaire, à cette fin, de faire la distinction entre la fin, les moyens et les conséquences. Si quelqu'un cause sciemment la rupture d'un contrat, il importe peu, habituellement, qu'il s'agisse là du moyen par lequel il entendait parvenir à une fin ultérieure ou même qu'il eût préféré parvenir à cette fin sans causer une rupture. Il est fort probable que M. Gye aurait préféré pouvoir obtenir les services de M^{me} Wagner sans que celle-ci eût à rompre son contrat. Toutefois, cela était sans importance. Je le répète, il est rare qu'une personne cause sciemment des dommages par un moyen illicite par pure malveillance. Elle le fait habituellement pour parvenir à une fin ultérieure qui consiste à obtenir un avantage financier pour elle-même. Comme je l'ai dit, les employés de Dunlop qui ont enlevé les pneus dans l'affaire *GWK Ltd. c. Dunlop Rubber Co, Ltd.* (1926), 42 TLR 376, avaient l'intention de servir les intérêts de la compagnie.

Par ailleurs, si la rupture du contrat n'est ni une fin en soi ni un moyen de parvenir à une fin, mais simplement une conséquence prévisible, j'estime que l'on ne peut, en ce sens, dire que la rupture a été voulue. C'est là, je pense, ce que les juges et les auteurs veulent dire lorsqu'ils précisent qu'il faut que le demandeur ait été « ciblé » ou « visé ». À mon avis, la majorité de la Cour d'appel a eu tort de permettre que l'action soit instruite dans l'affaire *Millar c. Basse*y, [1994] EMLR 44. M^{me} Bassey avait rompu le contrat aux termes duquel elle devait se produire pour la maison de disques et cela avait comme conséquence prévisible que la maison de disques allait devoir rompre ses contrats avec les musiciens qui devaient l'accompagner, mais la rupture de ces contrats n'était ni une fin voulue par M^{me} Bassey ni un moyen de parvenir à cette fin [par. 42 et 43].

[52] Je dégage des passages qui précèdent le critère qui permet d'établir l'intention d'inciter quelqu'un à rompre son contrat : le demandeur doit prouver que la rupture était une fin en soi ou un moyen de parvenir à une fin. En ce qui concerne la rupture qui est une fin en soi, il y a peu d'instances publiées dans lesquelles le défendeur a visé le demandeur par malveillance. Dans l'arrêt *Walsh c. Nicholls*, toutefois, notre

Cour a établi que le délit d'incitation à rupture de contrat pourrait s'appliquer aux experts en sinistres agissant pour le compte d'assureurs dans des circonstances où l'expert en sinistres n'a pas agi de bonne foi (par malveillance) dans le traitement d'une demande de règlement. Voir aussi l'arrêt *Drouillard c. Cogeco Cable Inc.*, qui a été rendu un jour avant l'arrêt *OBG Limited c. Allan*, affaire où la défenderesse avait convaincu le tiers de mettre fin à l'emploi du demandeur et ce, sans rechercher aucun avantage commercial si ce n'était de sévir contre le demandeur qui était un ancien employé de la défenderesse. Par contraste, la plupart des instances concernent des défendeurs accusés [TRADUCTION] d'« agissements commerciaux délibérés » : *Correia c. Canac*, précité.

[53] La manière dont lord Hoffman a formulé le critère ressortissant à l'intention est éminemment logique. Elle s'accorde avec ce que j'estime être un des objectifs fondamentaux du délit : protéger les droits contractuels en apportant des limites à la capacité de chacun de servir ses propres intérêts financiers, dans un marché concurrentiel, sans tenir convenablement compte des droits contractuels d'autrui. L'affaire *Lumley c. Gye* est l'exemple classique. Le droit cherche à dissuader ceux qui adoptent délibérément une ligne de conduite dans le but d'obtenir un avantage contractuel promis à quelqu'un d'autre. De même, ceux qui adoptent une ligne de conduite qui vise à provoquer la rupture d'un contrat dans le but d'en tirer un profit ou avantage financier pour eux-mêmes ou leurs mandants au détriment d'autrui ne devraient pas pouvoir échapper aux conséquences de ce délit intentionnel. Une conduite de cette nature constitue un comportement de nature commerciale qui est inacceptable et que résume le mieux le mot « opportunisme ». Par ailleurs, les défendeurs qui, en toute bonne foi, veillent à leurs intérêts financiers conformément à des droits contractuels existants échappent au champ d'application que l'on a voulu donner à ce délit. On ne pourrait certainement pas les accuser d'avoir agi dans un but illégitime.

[54] La décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Fabbi et al. c. Jones* illustre également le principe voulant que la responsabilité pour incitation à rupture de contrat puisse être imputée si la rupture est considérée être un moyen de parvenir à une fin. Bien que l'analyse juridique qui y est faite ne soit pas aussi exhaustive que celle

effectuée dans l'arrêt *OBG Limited c. Allan*, le message est le même. Dans l'affaire *Fabbi et al. c. Jones*, le demandeur avait passé un contrat avec des producteurs de lait en vue du transport de leur lait en vrac, dans des citernes, et sa livraison aux défendeurs, qui exploitaient une laiterie. Par la suite, les exploitants de la laiterie avaient informé les producteurs de lait que la laiterie assurerait dorénavant le transport du lait, à la suite de quoi les producteurs de lait avaient résilié leur contrat avec le demandeur. L'action que le demandeur avait engagée pour incitation à rupture de contrat a été accueillie par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et par la Cour suprême du Canada. Voici ce qu'a dit la Cour suprême :

À mon avis, la conduite des défendeurs dans la première action était plus qu'une simple immixtion incidente dans les contrats entre [le demandeur] et les producteurs pour servir leurs propres intérêts. Il ne s'agit pas ici d'un cas où les défendeurs auraient simplement causé une rupture de contrat, tout en connaissant l'existence de celui-ci, dans la poursuite d'un but distinct qui leur était propre, mais d'un cas où intentionnellement et en pleine connaissance de cause une rupture a été amenée par des pressions exercées sur les producteurs, qui étaient parties aux contrats, dans la poursuite du même but que réalisait [le demandeur] en exécutant les contrats qu'il avait conclus avec les producteurs : [renvoi omis]. [P. 52.]

[55] En résumé, si la rupture du contrat n'était ni une fin en soi ni un moyen de parvenir à une fin, on doit conclure qu'elle n'était pas voulue. Donc, si le défendeur n'a pas agi par malveillance ou dans le but d'obtenir un avantage financier par suite de la rupture, il devrait s'ensuivre que l'intention requise n'est pas présente et que l'action en responsabilité délictuelle doit être rejetée. Lord Hoffman mentionne une instance qui illustre clairement la façon dont le critère ressortissant à l'intention doit être appliqué. Cette instance est l'arrêt *Millar c. Bassey*, [1993] E.W.J. No. 5409, [1994] E.M.L.R. 44 (C.A.). Il ne fait aucun doute que la conséquence prévisible de la rupture par Shirley Bassey de son contrat avec la maison de disques était que la maison de disques romprait les contrats qu'elle avait passés avec les musiciens qui devaient l'accompagner. En somme, elle était au courant ou était réputée avoir été au courant de l'existence des

contrats passés avec ces musiciens. Toutefois, comme l'a fait observer lord Hoffman, la rupture de ces contrats n'était ni une fin voulue par M^{me} Bassey ni un moyen de parvenir à cette fin. Plus précisément, M^{me} Bassey n'avait pas cherché à obtenir un profit ou un avantage qui serait par ailleurs accru aux musiciens si elle n'avait pas rompu son contrat. Elle avait tout simplement décidé de résilier son contrat et de subir le sort que le droit réserve à quiconque rompt son contrat : payer des dommages-intérêts.

[56] Si j'applique le cadre susmentionné aux faits incontestés de la présente instance, il ne fait aucun doute que Peace Hills n'avait pas l'intention requise, savoir celle d'inciter quelqu'un à rompre le contrat de construction. Premièrement, SAR Petroleum reconnaît à juste titre que Peace Hills n'a pas agi par malveillance. Autrement dit, la rupture du contrat de construction n'était pas une fin en soi. Cela nous amène à nous demander si la rupture était un moyen de parvenir à une fin, mais la réponse est tout aussi claire : Peace Hills n'a obtenu aucun profit ou avantage financier distinct par suite de la rupture du contrat de construction intervenu entre Eel River et SAR Petroleum. Autrement dit, Peace Hills n'a obtenu aucun avantage autre que celui auquel elle avait droit aux termes de la convention de prêt qu'elle avait passée avec Eel River. À n'en pas douter, Peace Hills n'a pas profité de la rupture de la façon dont M. Gye aurait profité de la rupture du contrat de M^{me} Wagner avec M. Lumley n'eût été l'injonction de la Cour. Rien de ce que Peace Hills a fait n'est assimilable à un comportement répréhensible ou opportuniste. Par conséquent, on n'a pas satisfait à l'élément qu'est l'intention et l'action en responsabilité délictuelle doit être rejetée.

[57] Il ne m'a pas échappé que le critère ressortissant à l'intention, tel que formulé par lord Hoffman, peut être converti en un critère permettant de déterminer si le défendeur a agi dans un but illégitime (par malveillance ou par opportunisme). Il faut, à l'inverse, se demander si le défendeur a agi dans un but légitime. Comme nous l'avons vu, il devrait s'ensuivre que si le défendeur n'a pas agi dans un but illégitime, il a forcément agi dans un but légitime. Si nous interprétons le critère ressortissant à l'intention comme un critère qui consiste à savoir si la rupture voulue était un moyen de parvenir à une fin ou une fin en soi, et si nous mettons de côté les cas de malveillance, il

nous reste à décider si le défendeur a cherché à obtenir un avantage commercial ou financier qui a franchi la limite qui sépare le comportement de nature commerciale qui est acceptable de celui qui est inacceptable ou opportuniste. Si le défendeur n'a pas franchi cette limite, c'est parce qu'il a agi dans ce qui est considéré être, en droit, un but légitime. Bien entendu, le plus difficile est d'arriver à un consensus en ce qui concerne la question de savoir ce qui constitue un but ou une fin légitime par opposition à un but ou une fin illégitime. Heureusement, aux fins de trancher le présent appel, nous pouvons tenir pour acquis, sans crainte de nous tromper, qu'un défendeur est fondé à adopter une ligne de conduite qui vise à protéger les droits contractuels ou propriétaires légitimes et existants que lui confère un contrat passé avec le tiers. En résumé, dès lors que l'on pose en principe que le critère ressortissant à l'intention suppose que le défendeur n'a pas agi dans un but illégitime (un moyen de parvenir à une fin), il n'est que logique que le défendeur veuille établir qu'il a agi dans un but légitime : l'exercice et la préservation des droits existants qui lui sont conférés par un contrat passé avec le tiers.

[58] La curiosité juridique amènerait n'importe quel juriste à poser la question suivante : pourquoi Peace Hills n'a-t-elle pas versé intégralement et en temps utile, pour le compte d'Eel River, les paiements proportionnels qui étaient dus à SAR Petroleum ? À mon sens, il y a deux réponses évidentes à cette question. En premier lieu, Peace Hills agissait dans son meilleur intérêt compte tenu des droits qu'elle estimait être les siens aux termes de la convention de prêt. En second lieu, les décisions prises par Peace Hill étaient toutes fondées sur les conseils que lui donnait son conseiller juridique, M^e McBrearty. Le dossier afférent à la motion est rempli de documents qui corroborent la prétention selon laquelle Peace Hills agissait conformément aux instructions reçues de son avocat. Dans son affidavit, dont il est fait état plus tôt dans les présents motifs, John Salisbury reconnaît que c'est M^e McBrearty qui a conseillé Peace Hills et lui a donné des instructions en ce qui concerne le moment où il avait lieu de faire les avances et le montant des avances. C'est M^e McBrearty qui a conseillé Peace Hills et Eel River et leur a donné des instructions en ce qui concerne le paiement final de 250 000 \$. Peace Hills retient toujours ces 250 000 \$ sur les conseils et les instructions de M^e McBrearty. À mon

avis, ces deux motifs confirment que Peace Hills n'avait pas l'intention requise, savoir celle d'inciter quelqu'un à rompre le contrat de construction.

[59] Il va sans dire que l'analyse qui précède ne concorde pas avec l'argumentation des appelants. Ces derniers font valoir, à juste titre, que le demandeur n'a pas à prouver qu'il y a eu malveillance ou intention de nuire de la part du défendeur. Toutefois, les appelants insistent ensuite pour soutenir que [TRADUCTION] « si l'acte qui a entraîné la rupture était intentionnel, les motifs du défendeur n'ont aucune importance ». En résumé, les appelants prétendent que si Peace Hills avait l'intention de faire les retenues de garantie en sachant que cela entraînerait la rupture du contrat de construction, l'intention requise a été établie. Je suis respectueusement d'avis que cet argument est défectueux à un égard. En effet, la question n'est pas de savoir si les actes qui ont entraîné ou causé la rupture étaient intentionnels (ils l'étaient, bien entendu), mais plutôt de savoir s'il y avait une intention de provoquer la rupture du contrat en ce sens que la rupture était une fin en soi ou un moyen de parvenir à une fin.

[60] L'argument subsidiaire avancé par les appelants est que selon la jurisprudence canadienne, le critère ressortissant à l'intention est rempli dès lors que le demandeur établit que le défendeur savait que ses actes occasionneraient une rupture de contrat. Une fois l'intention établie, il ne reste au défendeur que la défense de justification. Comme nous l'avons vu, il existe une jurisprudence antérieure à l'arrêt *OBG Limited c. Allan* qui appuie la prétention des appelants. Toutefois, la décision subséquente de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Correia c. Canac Kitchens* souscrit expressément à la démarche adoptée par lord Hoffman. Les appelants ont soutenu le contraire en s'appuyant sur les commentaires suivants qui sont formulés dans cette décision :

[TRADUCTION]

Les lords ont ainsi défini les éléments du délit d'incitation à rupture de contrat : (1) le défendeur connaissait l'existence du contrat intervenu entre le demandeur et le tiers; (2) la conduite du défendeur avait pour but d'amener le tiers à rompre le contrat; (3) la conduite du défendeur a amené le

tiers à rompre le contrat; (4) le demandeur a subi des dommages par suite de la rupture (voir *OBG* aux par. 39 à 44 (lord Hoffman)). Les lords ont limité le délit en question aux situations où le défendeur savait effectivement que sa conduite amènerait le tiers à rompre le contrat (il ne suffit pas que le défendeur eût raisonnablement dû savoir que sa conduite amènerait le tiers à rompre le contrat); il faut que le défendeur ait voulu la rupture (il ne suffit pas qu'une rupture ait simplement été une conséquence prévisible de la conduite du défendeur); enfin, la rupture doit être réelle (il ne suffit pas que la conduite entrave simplement l'exécution intégrale du contrat) [par. 99].

[C'est le juge d'appel Robertson qui souligne.]

[61] Les appelants se fondent largement sur l'arrêt *Gainers Inc. c. Pocklington Holdings Inc.* J'estime que cet arrêt s'inscrit bien dans le cadre analytique exposé dans les présents motifs. Cette affaire portait sur la responsabilité de l'administrateur d'une société pour le délit ayant consisté à inciter la société à rompre son contrat avec la demanderesse, créancière garantie de la société. Je souligne incidemment que cette catégorie d'instances pose de réelles difficultés. Trop souvent, les demandeurs invoquent le délit en question dans le but d'arracher le voile de la personnalité morale en sachant fort bien que toutes les sociétés doivent agir par l'intermédiaire de leur alter ego. En droit, les actes des administrateurs sont ceux de la société et celle-ci ne peut s'inciter elle-même à rompre son propre contrat. Il y a des cas, néanmoins, où le délit est valablement invoqué et l'affaire *Gainers Inc. c. Pocklington Holdings Inc.* est un de ces cas. Le défendeur, le fameux M. Pocklington, était l'unique administrateur et actionnaire bénéficiaire de « Gainers », laquelle avait une lourde dette envers la Province de l'Alberta. Un jour avant que la Province ne lance une mise en demeure de paiement de son prêt, M. Pocklington avait procédé au transfert d'un élément d'actif de grande valeur de Gainers à sa société à lui, ce qui contrevenait à la convention de prêt. Il se trouve que le transfert était hors de l'atteinte de la Province. Celle-ci a poursuivi M. Pocklington pour avoir incité Gainers à rompre le contrat et elle a perdu au procès. L'appel a été accueilli. Dans des motifs détaillés, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu que M. Pocklington n'avait pas agi en croyant de bonne foi que le transfert ne violerait pas le contrat que Gainers avait passé avec la Province. S'il avait agi en toute bonne foi, sa

responsabilité n'aurait pas été engagée même si cette croyance se révélait être erronée. D'après les faits, la Cour a conclu que l'ignorance volontaire et l'indifférence manifeste de M. Pocklington satisfaisaient à l'élément du délit ressortissant à l'intention (voir aussi l'arrêt *Imperial Oil Ltd. c. C & G Holdings Ltd., Gardiner and Neville* (1989), 78 Nfld. & P.E.I.R. 1 (C.A.T.-N.-L.), [1989] N.J. No. 228 (QL); la décision *McFadden c. 481782 Ontario Ltd. et al.* (1984), 47 O.R. (2d) 134 (H.C.J.), [1984] O.J. No. 3268 (QL), et l'article de W.A. Richardson, intitulé *Making an End Run Around the Corporate Veil: The Tort of Inducing Breach of Contract* (1984), 5 *Advocates' Q.* 103.)

[62] À certains égards, le raisonnement qu'a suivi la Cour dans l'arrêt *Gainers Inc. c. Pocklington Holdings Inc.* a été éclipsé par la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *OBG Limited c. Allan*, mais l'issue de l'affaire albertaine est inattaquable. En sa capacité d'unique administrateur de Gainers, M. Pocklington avait amené cette société à rompre son contrat avec la Province dans le but d'en tirer lui-même un profit ou un avantage aux dépens de la Province et dans des circonstances où la Province n'avait pas de recours approprié contre la société en question. C'était, à mon sens, un cas classique d'« opportunisme », ce qui correspond parfaitement à la décision dans l'affaire *Lumley c. Gye*.

[63] Les appelants ont également attiré notre attention sur deux autres instances. La première est *Brae Centre Ltd. c. 1044807 Alberta Ltd. et al.* Dans cette affaire, le défendeur était l'administrateur de la société locataire qui avait abandonné des locaux loués et était poursuivie en justice par la locatrice pour incitation à rupture du contrat de bail. Dans cette décision, la Cour d'appel de l'Alberta souligne, tout à fait à juste titre, le fléau que constitue le recours au délit d'incitation à rupture de contrat comme moyen commode d'arracher le voile de la personnalité morale. La Cour d'appel y a ensuite parlé de l'élément moral du délit (l'intention) et, s'appuyant sur une jurisprudence antérieure et sur l'ouvrage de Lewis N. Klar, intitulé *Tort Law*, 3^e éd. (Toronto : Thomson Carswell, 2003), a reconnu que [TRADUCTION] « l'intention est prouvée s'il est établi qu'en agissant, le défendeur était mu par le désir de provoquer la rupture d'un contrat » (au par. 27). La Cour a également reconnu que le défendeur qui

agit en croyant de bonne foi qu'aucun droit contractuel ne sera violé n'engage pas sa responsabilité. Toutefois, le défendeur ne peut agir avec témérité ni faire preuve d'ignorance volontaire. La Cour d'appel a accueilli l'appel et a renvoyé l'affaire au juge du procès afin qu'il décide si la conduite du défendeur satisfaisait au critère de la bonne foi. Autant que je puisse déterminer, cette décision ne contredit rien de ce qui est dit dans les présents motifs.

[64] Finalement, les appelants invoquent la décision *Tireco Inc. c. YHI (Canada) Inc.* à l'appui de leur position. Il s'agit d'une instance dans laquelle la Cour a refusé de rendre un jugement sommaire. La demanderesse Tireco était la distributrice exclusive, en Amérique du Nord, de pneus fabriqués par « Nankang ». La convention de distribution exclusive interdisait à Nankang de vendre ses pneus, directement ou indirectement, à qui que ce soit d'autre que Tireco. À la fin de 2006, Tireco avait appris que « YHI » vendait ces pneus dans la région de Toronto et en janvier 2007, Tireco avait écrit à YHI une lettre l'informant de l'existence de la convention de distribution exclusive. YHI a continué à vendre des pneus fabriqués par Nankang. Tireco a poursuivi YHI pour incitation à rupture de contrat et pour avoir causé des dommages par un moyen illicite. Le juge saisi de la motion a souligné, à bon droit, que le délit d'incitation à rupture de contrat ne nécessitait pas un acte illicite et qu'essentiellement, ce délit consiste à avoir l'intention de provoquer, et à provoquer effectivement, la rupture d'un contrat qu'un tiers a passé avec le demandeur. Il est vrai que le juge a statué que [TRADUCTION] « [s]i le défendeur noue, avec un tiers, des rapports contractuels qui, à sa connaissance, sont inconciliables avec les obligations du tiers envers le demandeur, les éléments que sont l'intention et l'incitation sont établis » (au par. 20). Le juge saisi de la motion a invoqué l'arrêt *OBG Limited c. Allan* à l'appui de cette proposition. En toute déférence, cet arrêt n'appuie pas cette proposition. Je ne dirai rien de plus sur cette affaire si ce n'est que je souscris au résultat. Les faits de cette affaire concordent tout à fait avec ceux de l'affaire *Lumley c Gye*.

[65] En résumé, on n'a pas satisfait au critère qu'est l'intention. Les appelants sont incapables d'établir que la rupture du contrat de construction intervenu entre Eel

River et SAR Petroleum était une fin voulue en ce sens que la rupture était une fin en soi ou un moyen de parvenir à une fin. En somme, Peace Hills n'a pas agi dans un but illégitime mais uniquement dans un but valable. Elle cherchait à protéger ses intérêts commerciaux légitimes en agissant sur les instructions et les conseils de son avocat. De plus, puisqu'il n'y a pas de question de fait justiciable en ce qui concerne cet élément essentiel, force m'est de conclure que le juge saisi de la motion n'a pas commis d'erreur en rejetant l'action que les appelants ont engagée contre Peace Hills.

D. *L'élément (7) – Les dommages-intérêts*

[66] Étant donné les conclusions qui précèdent, il est tout simplement inutile d'examiner la question des dommages-intérêts, mais je le fais dans un but précis. L'endroit est tout indiqué pour trancher l'argument des appelants selon lequel le juge saisi de la motion a commis une erreur en statuant que l'omission de Peace Hills de fournir un affidavit des documents, en réponse à la requête des appelants, n'entraînait pas forcément le rejet de la motion en jugement sommaire. J'estime qu'il y a un certain nombre de questions justiciables en ce qui concerne la question des dommages-intérêts et qu'il aurait fallu qu'il y ait échange d'affidavits s'il avait été nécessaire d'examiner la question des dommages-intérêts.

[67] Les appelants prétendent que le juge saisi de la motion a commis une erreur en statuant que l'omission de Peace Hills de fournir un affidavit des documents, en réponse à la requête des appelants, n'entraînait pas nécessairement le rejet de la motion en jugement sommaire. Le juge saisi de la motion a tiré la conclusion qui suit : [TRADUCTION] « Il n'y pas de réponses à des questions controversées dans des documents se trouvant en la possession exclusive de l'une des parties. Tout est connu et non contesté. » Le juge saisi de la motion en est arrivé à cette conclusion après avoir examiné la décision de notre Cour dans l'arrêt *Whelton c. Mercier et al.* et avoir reconnu qu'un affidavit est « en général, indispensable à la découverte de la vérité ». Comme l'a dit le juge en chef Drapeau : « Il en est ainsi tout particulièrement dans un litige, comme

celui qui nous occupe, où la réponse à certaines questions controversées est embusquée dans les documents en la possession exclusive de l'une des parties » (au par. 26).

[68] Les appelants dressent la liste de neuf questions controversées qui sont contestées. Par exemple, la question de savoir si Peace Hills était au courant du fait que les fournisseurs et sous-traitants de SAR Petroleum n'étaient pas payés n'a pas encore été tranchée. Je reconnais que cette question est pertinente en ce qui concerne les dommages-intérêts, mais elle n'a aucune incidence sur celle de savoir si l'élément essentiel qu'est l'intention est présent. Le même raisonnement s'applique à d'autres questions. J'en examine deux en guise d'illustration : de quel droit Peace Hills retient-elle toujours le paiement de 250 000 \$ qui est dû à SAR Petroleum et y a-t-il collusion entre Eel River et Peace Hills en vue de retenir la somme en question et ainsi enrichir Eel River d'une façon injustifiée? La réponse est tout simplement que ces questions ne ressortissent pas au délit d'incitation à rupture de contrat et aucune demande pour enrichissement injustifié n'est formulée dans l'exposé de la demande. En fait, les appelants prétendent que Peace Hills est légalement tenue de verser l'avance finale parce que les travaux à effectuer dans le cadre du projet de construction ont été achevés. En réalité, c'est envers Eel River et non envers SAR Petroleum que Peace Hills a l'obligation d'effectuer le paiement final. Toutefois, je tiens à préciser qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une situation où un emprunteur et un prêteur auraient incité un entrepreneur à effectuer des travaux et où le prêteur aurait ensuite tout simplement refusé d'avancer quelque somme que ce soit. Si c'étaient là les faits, l'argument voulant que des dommages aient été causés par un moyen illicite pourrait sans doute jouer, tout comme d'autres théories juridiques, mais ce ne sont pas là les faits qui nous occupent.

[69] En conclusion, c'est à bon droit que le juge saisi de la motion a statué que l'omission d'échanger des affidavits des documents n'entraînait pas forcément le rejet de la motion en jugement sommaire. Les documents qui existent et qui n'ont pas été divulgués n'avaient pas, et ne pouvait raisonnablement avoir, d'incidence sur la question cruciale qui consistait à savoir si Peace Hills avait l'intention d'inciter à la rupture d'un contrat.

E. *L'élément (8) – La défense de justification*

[70] Dès lors que l'on a conclu que l'élément essentiel qu'est l'intention n'est pas présent, il devrait s'ensuivre qu'il est inutile de passer ensuite à la défense de justification. Je le fais néanmoins pour deux raisons. En premier lieu, comme je l'ai souligné, il y a chevauchement apparent du critère de l'intention et de la défense de justification. En second lieu, une grande partie de l'argumentation présentée au juge saisi de la motion et à notre Cour se rapportait à la question de savoir si les actes de Peace Hills étaient justifiés aux termes de la convention de prêt intervenue entre Peace Hills et Eel River. On se rappellera que le juge saisi de la motion a statué que les clauses de cette convention autorisaient Peace Hills à faire ce qu'elle a fait.

[71] Dans l'arrêt *OBG Limited c. Allan*, la défense de justification n'est mentionnée qu'une seule fois, en passant, et cette mention ne se trouve pas dans les motifs de lord Hoffman. C'est lord Nicholls qui reconnaît ce moyen de défense ainsi que la décision rendue dans l'affaire *Edwin Hill and Partners c. First National Finance Corp. PLC.*, [1989] 1 W.L.R. 225 (C.A.). Selon le professeur Osborne, cet arrêt est une des rares décisions modernes qui soit utile en matière de justification : voir P.H. Osborne, *The Law of Torts*, 2^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2003), à la p. 300.

[72] Dans l'affaire *Edwin Hill*, les banquiers défendeurs étaient titulaires d'une sûreté réelle légale de premier rang grevant un bien franc en garantie de la dette d'un promoteur qui était dans l'incapacité de rembourser le prêt ou de financer l'aménagement du bien-fonds au titre duquel les demandeurs avaient été nommés architectes. Les défendeurs ont accepté de fournir le financement nécessaire à la condition que les architectes soient remplacés par d'autres architectes. Le promoteur a donc renvoyé les architectes qui ont sollicité des dommages-intérêts des défendeurs pour incitation à la rupture de leur contrat avec le promoteur. La Cour a statué que bien que les défendeurs eussent intentionnellement porté atteinte au contrat des demandeurs, l'atteinte était justifiée parce qu'elle avait été commise afin de défendre et de protéger le droit égal ou supérieur qu'avaient les défendeurs d'être payés, en vertu de la sûreté réelle légale, et par

conséquent l'atteinte n'était pas susceptible d'action (voir aussi la décision *Bank of Nova Scotia c. Gaudreau et al.* (1984), 48 O.R. (2d) 478 (H.C.J.), [1984] O.J. No. 3385 (QL)).

[73] Il me semble que la défense de justification, telle qu'elle a été appliquée dans l'arrêt *Edwin Hill*, a été incorporée dans le critère de l'intention qui a été énoncé dans l'arrêt *OBG Limited c. Allan*. Comme je l'ai dit, si nous interprétons le critère ressortissant à l'intention comme un critère qui consiste à savoir si la rupture voulue était un moyen de parvenir à une fin ou une fin en soi, et si nous mettons de côté les cas de malveillance, il nous reste à décider si le défendeur a cherché à obtenir un avantage commercial ou financier qui a franchi la limite séparant le comportement de nature commerciale qui est acceptable de celui qui est inacceptable ou opportuniste. Si le défendeur n'a pas franchi cette limite, c'est parce qu'il a agi dans ce qui est considéré être, en droit, un but légitime. La façon la plus convaincante dont le défendeur peut établir qu'il a agi dans un but légitime consiste à montrer que ses actes ont été accomplis dans le but de protéger les droits contractuels ou propriétaires légitimes et existants que lui confère un contrat passé avec le tiers. En résumé, dès lors que l'on pose en principe que le critère ressortissant à l'intention suppose que le défendeur n'a pas agi dans un but illégitime (un moyen de parvenir à une fin), il n'est que logique que le défendeur veuille établir qu'il a agi dans un but légitime : l'exercice et la préservation des droits existants qui lui sont conférés par un contrat passé avec le tiers. C'est pourquoi le critère de l'intention recouvre en partie la défense de justification telle qu'elle était appliquée avant l'arrêt *OBG Limited c. Allan*. Je dois avouer, toutefois, que je n'ai pas réussi à trouver une instance dans laquelle la Cour aurait statué que le défendeur a agi dans un but illégitime (par malveillance ou par opportunisme) mais où ce dernier aurait néanmoins évité de voir sa responsabilité engagée en invoquant la défense de justification. Cela explique peut-être pourquoi lord Hoffman n'a pas mentionné ce moyen de défense dans ses motifs de jugement.

[74] Cela m'amène à l'argument des appelants selon lequel Peace Hills ne pouvait éviter de voir sa responsabilité engagée parce que le juge saisi de la motion a commis une erreur en concluant qu'elle avait le droit contractuel de faire ce qu'elle a fait

aux termes de la convention de prêt. Les appelants insistent pour soutenir que le juge saisi de la motion et Peace Hills ont mal interprété les articles 10 et 11 de cette convention. Cet argument nous oblige à examiner une autre question d'ordre juridique. Si le défendeur se trouve à servir ses intérêts légitimes conformément au contrat qu'il a passé avec le tiers, mais interprète mal ce contrat, cette omission a-t-elle une incidence sur la responsabilité du défendeur? La réponse à cette question est forcément « non ». Comment le fait que le défendeur a interprété d'une façon inexacte et négligente les droits que lui confère un contrat passé avec un tiers peut-il être converti en un délit intentionnel d'incitation à la rupture du contrat que le demandeur a passé avec ce même tiers? Il ne peut pas l'être, tout comme la croyance mal fondée du défendeur dans le fait que ses actes n'entraîneront pas la rupture du contrat que le demandeur a passé avec le tiers ne constitue pas un motif suffisant pour tenir le défendeur responsable. Si le défendeur a agi de bonne foi (sans malveillance), sa responsabilité délictuelle n'est pas engagée. C'est pourquoi il importe peu que le juge saisi de la motion ait commis une erreur en ce qui concerne l'interprétation des dispositions contractuelles susmentionnées. Personne ne prétend que la conduite de Peace Hills a contrevenu à la norme voulant que l'on agisse de bonne foi. Je fais toutefois la mise en garde suivante : si le défendeur fait preuve d'ignorance volontaire ou d'indifférence quant à savoir ce que peuvent être ses droits ou restrictions contractuels, l'issue pourrait fort bien être différente (*Walsh c. Nicholls, OBG Limited c. Allan et Gainers Inc. c. Pocklington Holdings Inc.*).

[75] Les appelants invoquent une décision à l'appui de la proposition selon laquelle la défense de justification échoue si l'on établit que c'est par erreur que le défendeur s'est appuyé sur un droit contractuel qu'il croyait avoir (d'après son interprétation erronée mais de bonne foi du droit). Autrement dit, les appelants insistent pour prétendre que le défendeur demeure responsable même s'il a agi de bonne foi aux fins d'interpréter les droits conférés par le contrat qu'il a passé avec le tiers. L'instance invoquée est l'arrêt *Thermo King Corp. c. Provincial Bank of Canada et al.* (1981), 34 O.R. (2d) 369 (C.A.), [1981] O.J. No. 3136 (QL), autorisation de pourvoi refusée à [1982] C.S.C.R. n° 251 (QL). Voici les faits essentiels de cette affaire. La banque défenderesse avait accordé une marge de crédit à Hamilton Transport qui était

lourdement endettée envers la banque. Hamilton Transport était une concessionnaire franchisée de la demanderesse, Thermo King. Habituellement, Hamilton Transport obtenait une commande de ses clients et elle achetait ensuite les marchandises à Thermo King en remettant un chèque à la banque, laquelle lui remettait en échange une traite bancaire à l'ordre de Thermo King. Le 25 juin 1976, le dirigeant de Hamilton Transport s'était présenté à la banque pour y déposer des chèques s'établissant à plus de 100 000 \$, dont des chèques faits par trois des clients de Hamilton Transport. Le dirigeant avait alors demandé une traite bancaire à l'ordre de Thermo King. La banque a imposé une condition préalable (la certification des chèques) à la remise de la traite bancaire et le dirigeant s'est conformé à la condition imposée pour apprendre plus tard que la banque avait imputé les 100 000 \$ à la dette qu'avait Hamilton Transport envers elle.

[76] Thermo King a poursuivi la banque pour incitation à rupture de contrat. La Cour a conclu qu'en droit, la banque n'avait pas le droit de faire ce qu'elle avait fait. Le juge du procès aurait tenu la banque responsable n'eût été sa conclusion de [TRADUCTION] « justification raisonnable ». Le juge du procès a statué que la banque n'avait pas agi dans l'intention de causer un préjudice à la demanderesse mais plutôt dans le but de protéger les intérêts légitimes de la banque et que par conséquent, elle n'avait pas commis de [TRADUCTION] « transgression ». La Cour d'appel de l'Ontario avait une opinion différente de la question. Elle a statué que la banque n'était pas fondée à refuser de suivre les instructions de sa cliente une fois la condition préalable remplie. Il appert plutôt que le dépôt de 100 000 \$ [TRADUCTION] « représentait une occasion trop bonne pour la rater » et c'était pourquoi la banque avait [TRADUCTION] « serré la vis » à Hamilton Transport. N'eût été le fait que la banque avait trompé la confiance de sa cliente, la défense de justification aurait pu être accueillie. Je suis respectueusement d'avis que cette instance est une exception à la règle générale qui veut qu'un banquier ait le droit de faire passer ses propres intérêts avant les intérêts opposés de son client ou des personnes qui traitent avec le client de la banque. Il y a des limites au moyen de défense selon lequel le défendeur a agi afin d'exercer ou de protéger ses propres droits contractuels ou propriétaires. La décision rendue dans l'affaire *Thermo King* illustre ce point. D'autres personnes pourront sans doute interpréter cette décision différemment. Je

m'abstiens de la commenter davantage puisque c'est à la Cour d'appel de l'Ontario qu'il appartient de confirmer la valeur qu'a cette décision comme précédent compte tenu des arrêts subséquents qu'elle a rendus dans les affaires *Correia c. Canac Kitchens* et *Drouillard c. Cogeco Cable Inc.*

[77] Il importe de reconnaître que même si Peace Hills avait décidé de rompre son contrat avec Eel River, en n'avançant pas les derniers 250 000 \$ du prêt, la rupture n'est pas assimilable à une transgression, de la part de Peace Hills, qui serait susceptible d'action. On se rappellera que dans l'affaire *Millar c. Bassey*, M^{me} Bassey avait délibérément rompu son contrat avec la maison de disques, ce qui avait obligé cette dernière à rompre ses contrats avec les musiciens qui devaient l'accompagner. Pourtant, selon la Chambre des lords, M^{me} Bassey n'aurait pas été redevable envers les musiciens et la Cour d'appel aurait donc dû accorder un jugement sommaire portant rejet de l'action engagée contre M^{me} Bassey au lieu de laisser l'action être instruite. C'était envers la maison de disques qu'elle était responsable et l'obligation qui lui était faite de payer des dommages-intérêts, sur la base de principes énoncés dans l'arrêt *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Exch. 341, 156 E.R. 145, pouvait même englober la responsabilité de la maison de disques envers les musiciens pour la rupture de leurs contrats. Ainsi, même si l'on pouvait affirmer que Peace Hills a délibérément rompu la convention de prêt qu'elle a passée avec Eel River et qu'il s'en est suivi qu'Eel River a rompu son contrat avec SAR Petroleum, Peace Hills ne serait pas redevable à SAR Petroleum pour incitation intentionnelle à rupture de contrat et ce, pour la raison suivante. La rupture du contrat de construction était une conséquence naturelle et prévisible de la rupture de la convention de prêt, mais cette rupture n'était ni une fin en soi (malveillance) ni le moyen de parvenir à une fin (avantage financier distinct qui serait revenu à Peace Hills en sus de la protection des droits préexistants que lui conférait la convention de prêt).

[78] En résumé, j'estime que Peace Hills était fondée à faire ce qu'elle a fait (elle a agi dans un but légitime). Avant tout, la responsabilité ne saurait être imputée du simple fait que Peace Hills ou son avocat auraient mal interprété les droits légaux qu'avait la première aux termes de la convention de prêt passée avec Eel River.

L'interprétation négligente d'un droit contractuel n'engage pas la responsabilité de qui que ce soit pour le délit d'incitation à rupture de contrat.

XI. Dispositif

[79] Sous réserve d'une modification de l'ordonnance rendue par le tribunal d'instance inférieure afin d'en radier l'obligation des appelants de fournir une sûreté en garantie des dépens à M^e McBrearty, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens de 3 500 \$.